

ACCIÓN DE TUTELA / SENTENCIA QUE ORDENA ESTARSE A LO RESUELTO - En la sentencia de 22 de julio de 2021 / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE REUNIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE MOVILIZACIÓN / DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA / DAÑO ANTIJURÍDICO POR ACTO VANDÁLICO / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA PÚBLICA / PARO NACIONAL

[L]a Sala encuentra que la tutela se centra en esencia, en la crítica a las medidas policivas y sociales de las entidades sociales, con el fin de hacer frente al paro nacional, pues en su sentir se incurrió en exceso de fuerza y en actitudes tendientes a estigmatizar el movimiento social. los derechos establecidos en el artículo 37 de la Constitución sólo pueden delimitarse por el Legislador, quien es el facultado para definir el marco de acción de la autoridad administrativa y las restricciones a estos derechos, también es cierto que la misma disposición Constitucional somete la protección de estas prerrogativas a la licitud del objeto de la reunión o manifestación, aunado a que tales actividades deben ejercerse de forma pacífica. Tales condiciones constituyen un presupuesto del goce de estos derechos que implica que la violencia, sin importar en qué momento se produzca; si como un exceso, a lo que comenzó en términos pacíficos o como el objetivo de una manifestación particular, escapa de la garantía de los derechos, al salirse de su contorno material. Vale resaltar que, si bien una manifestación pacífica puede obstruir las vías públicas o limitar la circulación por algún lugar en razón a la ocupación de un espacio público, tal situación, per se no configura la tipicidad de los delitos previstos en los artículos 353 A y 353 del Código Penal , pues el objetivo de esta no es obstruir las vías, sino comunicar una idea, lo cual se lleva a cabo en el marco de una reglamentación, aun cuando tenga el anterior efecto de manera temporal. El ejercicio de estos derechos (reunirse y manifestarse pública y pacíficamente) es un mecanismo de la protesta, la cual busca irrumpir en la cotidianidad para exteriorizar una idea acerca de un elemento de la vida en sociedad y “tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades [de] ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades” . Sin embargo, tal ejercicio no puede paralizar el desarrollo normal de las actividades en comunidad. En otras palabras, el derecho a protestar o a manifestarse públicamente, no puede anular los derechos de las personas que no están en esa manifestación, aunque momentáneamente padezcan de la limitación de algunos de sus derechos. (...) Pues bien, se encuentra que existe unidad de objeto entre este amparo y la acción de tutela identificada con el radicado número 11001-03-15-000-2021-02367-00, decidida por esta Sala mediante sentencia de 5 de agosto de 2021, cuyo ponente fue el Magistrado, doctor César Palomino Cortés; (...) Asimismo, se infiere la existencia de unidad de causa, por cuanto, ambas acciones constitucionales tienen como asidero el movimiento social surgido debido al paro nacional de abril de 2021 y la dinámica en torno a este. (...) [L]a Sala observa que la sentencia en cita otorgó una protección amplia del derecho de protesta, puesto que, además de amparar el derecho deprecado por los accionantes dentro del expediente (...), extendió dicha protección a “los demás ciudadanos protestantes pacíficos”, circunstancia esta en la que ciertamente se encuentra el señor [S.G.]. (...) [L]a Sala no desconoce que, aun cuando se trata de expedientes diferentes, la protección otorgada en la sentencia de 5 de agosto de 2021, resulta ser predicable en el asunto de la referencia, máxime cuando del escrito de tutela no se advierte una situación excepcional que amerite un mayor estudio del caso, por lo cual se dispondrá estarse a lo resuelto en la referida

providencia, según lo anotado en líneas anteriores.

IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / DERECHO FUNDAMENTAL A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA / DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL - Su protección puede ser deprecada por cualquier ciudadano

A juicio del a quo, la tutela es improcedente debido a que no se demostró un interés cierto del actor en este asunto, toda vez que, lo dicho en el amparo no demostraba que este hubiese participado en las marchas, o bien, hubiere sufrido un perjuicio directo y personal sobre los bienes jurídicos cuya protección pretende. (...) [L]a Sala no comparte la conclusión (...), puesto que, el derecho a la protesta social es una garantía legal de carácter amplio, por tanto, su protección puede ser deprecada por cualquier ciudadano, en forma independiente a si se participó o no en los hechos que dieron lugar al amparo. (...) [E]s evidente que el señor [S.G.] se encuentra legitimado para acudir en procura del derecho a la protesta social de quienes participaron en las marchas convocadas, con ocasión del paro nacional, en forma independiente si este participó o no en ellas.

ACCIÓN DE TUTELA / RESERVA DE LEY / DERECHO FUNDAMENTAL A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA - Su limitación sólo es posible mediante ley / DERECHO DE REUNIÓN / DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA PÚBLICA / PARO NACIONAL

En suma, los derechos a la reunión y a la manifestación pública y pacífica son derechos de libertad, fundamentales y autónomos y están interrelacionados con los derechos a la libertad de expresión, de asociación y participación. Inclusive, se ha determinado que el ejercicio de estos derechos es una manifestación del derecho a la libertad de expresión. Así mismo, sólo es posible su limitación mediante ley, y la protección a la comunicación, colectiva, estática o dinámica, de ideas, opiniones o de la protesta, está supeditada a que se haga de forma pacífica, lo cual excluye las manifestaciones que se hagan con uso de la violencia o que ostenten un objeto ilícito.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 20 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 37 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 189 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 213 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 216 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 218 / CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA - ARTÍCULO 22 / LEY 1801 DE 2016 - ARTÍCULO 166 / CÓDIGO PENAL - ARTÍCULO 353 A / DECRETO 2591 DE 1991

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-02477-01(AC)

Actor: JOSÉ LEONARDO SÁNCHEZ GARCÍA

Demandado: NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - ESCUADRÓN MÓVIL ANTI DISTURBIOS - ESMAD, NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Sala decide la impugnación presentada por la parte actora, contra el fallo de 15 de julio de 2021, proferido por el Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, por medio del cual se declaró improcedente la tutela presentada por el señor José Leonardo Sánchez García.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud y las pretensiones

El señor José Leonardo Sánchez García en ejercicio de la acción de tutela, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad, a la libertad, a la paz y a la libre movilización, que estimó lesionados por el Presidente de la República, la Nación – Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, con las acciones adoptadas con respecto a las movilizaciones que se adelantaron en el país, en el marco del denominado paro nacional.

En amparo de los derechos invocados, solicitó:

“Primera. Declarar que la Presidencia de la República de Colombia, Ministerio de Defensa - Fuerzas Armadas de Colombia - Ejército Nacional - Policía Nacional- SMAD (sic), Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo de Colombia de manera concertada, están violando de manera grosera por acción y por omisión que irrita el espíritu humano de los derechos fundamentales de las poblaciones más vulnerables de Colombia, en especial y a modo de ejemplo los siguientes derechos humanos:

(...).”

2. Hechos

La anterior solicitud se sustentó en los hechos y consideraciones que se resumen a continuación:

Señaló que desde el 28 de abril de 2021, se adelantaron una serie de manifestaciones públicas y pacíficas, en el marco del paro nacional, en las que ha

participado, siendo esta una forma de protesta contra determinadas políticas públicas planteadas por el Gobierno Nacional.

Indicó que ante hechos aislados y particulares, las autoridades y los medios de comunicación, han promovido una propaganda de estigmatización en contra de los ciudadanos que han participado pacíficamente en las movilizaciones, acusándolos de vándalos y terroristas de forma deliberada.

Sostuvo que las autoridades gubernamentales, la Policía Nacional y el Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD – empezaron a realizar los respectivos acompañamientos a las movilizaciones para el aseguramiento del orden público.

Aseveró que la Policía Nacional, en el desarrollo de las movilizaciones, ha desplegado una fuerza desproporcionada, irrazonable e innecesaria, en contra de la ciudadanía que ejerce su derecho fundamental a la manifestación pública y pacífica, utilizando para ello artefactos como lanzadores mecánicos, eléctricos, tanquetas, municiones aturdidoras, disparadores de gases, entre otros. De igual manera, ha efectuado detenciones arbitrarias, tratos inhumanos, crueles y degradantes.

Informó que las actuaciones de la Fuerza Pública se han presentado en distintas ciudades y poblaciones del país a lo largo y ancho del territorio nacional.

Afirmó que desde que se iniciaron las movilizaciones, hasta la fecha de interposición de la tutela se han formulado distintas denuncias contra la Policía Nacional por parte de las personas implicadas y por las Organizaciones de Derechos Humanos, por hechos relacionados con abuso de autoridad y uso desproporcionado de la fuerza.

Manifestó que el Presidente de la República vulneró sus derechos fundamentales y de las personas que han participado en las manifestaciones públicas, porque en su condición de Jefe de Gobierno y Comandante de Supremo de las Fuerzas Armadas, no ha tomado las medidas necesarias para garantizar el libre desarrollo de la protesta pública.

Resaltó que los ataques indiscriminados por parte de los miembros de la Policía Nacional y del Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD, desconocen los principios y funciones que el ordenamiento constitucional y legal les ha otorgado a dicha institución para la protección de la ciudadanía en general, en la medida en

que atentan contra la vida e integridad física de los manifestantes y la libertad de expresión.

3. Trámite

El Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, mediante auto de 18 de mayo de 2021, admitió la demanda y ordenó la notificación a la autoridad accionada, para que hiciera las consideraciones que estimara pertinentes.

4. Intervenciones

La Presidencia de la República solicitó que se declare improcedente el amparo de tutela, por falta de legitimación en la causa por activa, la ausencia del requisito de subsidiariedad y por tratarse de una solicitud con efecto erga omnes. En su defecto, pidió que se niegue la acción constitucional teniendo en cuenta que la entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

Expresó que la acción de tutela se presentó de manera individual actuando en nombre propio, pero hace referencia a una situación general de la garantía de la protesta de todos los que salen a las calles. Asimismo, los actores hacen afirmaciones frente a daños ajenos o de terceros y no allegan una prueba siquiera sumaria de su afectación personal, que acredite el interés para solicitar la protección de los derechos invocados.

Agregó que el tutelante tampoco demostró la imposibilidad de los agenciados, para acudir directamente ante el juez constitucional en busca de la protección de los derechos fundamentales invocados. Razón por la cual no se advierte el interés que les asiste para solicitar el amparo pretendido.

Afirmó que de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución y lo dispuesto en la Ley 1755 de 2015, las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas y a obtener pronta resolución de estas por parte de las autoridades públicas. En este sentido, los accionantes a través de este instrumento jurídico podían promover denuncia penal e iniciar un proceso disciplinario, ante las respectivas entidades, con el fin de denunciar todas las presuntas irregularidades que afecten los derechos fundamentales por parte de la Policía Nacional o los miembros de la fuerza pública.

Resaltó que no se demostró que el actor hubiese interpuesto las respectivas denuncias y quejas disciplinarias ante los correspondientes entes de control (Policía Nacional, Fiscalía y Procuraduría General de la Nación), informando las irregularidades cometidas por los integrantes de la fuerza pública por hechos relacionados con abusos de autoridad o violación a derechos humanos.

Señaló que existe un mecanismo idóneo, encaminado a atender las pretensiones de los tutelantes, que no está siendo utilizado. Por consiguiente, la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiaridad.

Por otra parte, adujo que en el presente asunto, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y/o el señor Presidente de la República, no han vulnerado los derechos fundamentales invocados, toda vez que sus actuaciones se han ajustado a las funciones y competencias constitucionales y legales, sin desconocer los derechos de los accionantes.

Explicó que el Gobierno Nacional, en cumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia STC 7641-2020 del 22 de septiembre de 2020, proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha conformado una mesa de trabajo con la ciudadanía, entidades de control (Fiscalía, Procuraduría, Defensoría y Contraloría), Fuerza Pública (Policía Nacional) y representantes de las entidades territoriales, con los que se logró expedir finalmente el Decreto 003 de 5 de enero de 2021 *“Por el cual se expide el Protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado “ESTATUTO DE REACCIÓN, USO Y VERIFICACIÓN DE LA FUERZA LEGÍTIMA DEL ESTADO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA CIUDADANA”*, como una garantía del derecho a la reunión y manifestaciones pacíficas establecido en el artículo 37 de la Constitución.

La **Fiscalía General de la Nación** solicitó la improcedencia de la acción, puesto que en su concepto, no satisfacía el requisito de subsidiariedad.

En ese orden, argumentó que el señor Sánchez García cuenta con la posibilidad de formular las denuncias penales a que haya lugar, a fin de que se estudie el mérito para iniciar o no una causa penal; sin embargo ha omitido hacerlo.

El Ministerio de Defensa Nacional, solicitó que se nieguen el amparo de tutela, con fundamento en lo siguiente:

Señaló que el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional no han impartido instrucciones para prohibir los derechos a la protesta, participación ciudadana, a la libertad de expresión, reunión y circulación. Tanto así que es un hecho notorio que las asociaciones y ciudadanos en general vienen realizando marchas pacíficas en las cuales han contado con el acompañamiento de la Policía Nacional, personerías, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Veedurías, sin limitación o restricción alguna por parte del ejecutivo.

Sostuvo que al interior de las marchas pacíficas se han venido presentando vías de hecho por parte de manifestantes que han generado graves daños y afectaciones a bienes privados y públicos, infraestructura, servicios públicos, afectación al mínimo vital de los ciudadanos, a su libre circulación y afectación a la economía del país, que ameritaban la intervención de la Fuerza Pública.

Adujo que las anteriores circunstancias en la que se encontraba distintas ciudades, municipios y territorios del país, conllevaron a hacer uso de la Fuerza Legítima para garantizar el orden público, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica.

La **Policía Nacional** pidió ser desvinculada de la acción constitucional, al considerar que de lo señalado por el actor, no es posible inferir la existencia de una conducta que le sea reprochable.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

5. La providencia impugnada

El Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, mediante sentencia de 15 de julio de 2021, declaró improcedente el amparo solicitado por el señor José Leonardo Sánchez García, al advertir que no demostró que le asistía interés en solicitar la protección deprecada.

Señaló que de la revisión del escrito de tutela, no era posible inferir que el actor hubiese sufrido un menoscabo concreto en su humanidad, o bien, una lesión directa de los derechos fundamentales invocados.

Advirtió que la acción de tutela no se acompañó de medios de convicción adecuados, puesto que, aun cuando se aportaron algunos elementos de audio y

video, de estos no se concluía la participación directa del actor en las marchas llevadas a cabo, con ocasión del paro nacional.

6. La impugnación

El señor José Leonardo Sánchez García impugnó la sentencia de primera instancia y solicitó que se revocara la decisión, reiterando los argumentos del escrito de tutela.

Insistió en que existió una actuación estatal contraria a la Constitución Política, en la que el Estado pretendía censurar y reprimir la protesta social, bajo un discurso que buscaba estigmatizar a sus participantes y haciendo uso desmedido de la fuerza pública.

Refirió que la protección al derecho a la participación en protestas pacíficas no precisa que el peticionario haya concurrido activamente a actividades o protestas, puesto que, el contenido del derecho es de carácter abstracto y por tanto, su protección puede ser demandada por cualquier persona.

Concluyó que el derecho a la protesta social se verifica con la existencia de unas condiciones mínimas, que deben ser respetadas de cara a quienes eligen concurrir a estas actividades multitudinarias.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1° del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017¹.

2. Problema Jurídico

La Sala debe decidir si revoca la decisión de primera instancia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, que declaró improcedente

¹ Decreto 1983 de 2017 Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela°, “[...] 5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada. [...]”.

el amparo los derechos fundamentales invocados por el señor José Leonardo Sánchez García.

3. Generalidades de la acción de tutela

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

4. Los derechos a la reunión y la manifestación pacífica en espacios públicos

La Constitución Política en el artículo 37 estableció los derechos a la reunión y a la manifestación pública y pacífica como instrumentos a través de los cuales los ciudadanos y habitantes en el territorio nacional pueden ejercer otros derechos de carácter constitucional como la libertad de expresión y de asociación.

En los términos del artículo 37 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad², los derechos de reunión y manifestación pública y pacífica son derechos autónomos de libertad que, además, se encuentran interrelacionados con los derechos a la libertad de expresión, de asociación y a la participación. Se caracteriza por tener una dimensión estática, cuando se trata de la reunión, o dinámica, en los eventos de manifestación; y su titularidad es individual, aun cuando su ejercicio es colectivo y convoca a una agrupación transitoria con un mismo objetivo. Asimismo, de acuerdo con la norma superior, dichas prerrogativas

² Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos entre otros

solo pueden ser limitadas por la ley, por lo que le corresponde al legislador determinar sus alcances.

En este sentido las prerrogativas concedidas en el artículo 37 de la Carta Política tiene por objeto fortalecer e incentivar la democracia participativa, toda vez que le permite a la población expresar de forma individual o colectiva en el espacio público las diversas opiniones, inconformidades o críticas de determinados sucesos que afectan la vida en sociedad. Así, el referido artículo establece que: *“toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”*.

De este modo, la manifestación pública y pacífica son actividades que buscan *“llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades que ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades”*³, con el fin de fortalecer el ejercicio democrático del país, que permita llegar a consensos y mejorar la convivencia.

Así pues, es claro que la protección a la libre expresión de ideas y opiniones, a través de los derechos de reunión y manifestación pública y pacífica incide directamente en el desarrollo de uno de los principios fundantes del Estado como es el de la “pluralidad” (art. 1º C.P.)⁴, en la medida que incentiva la discusión de diversos temas sociales.

Frente al alcance democrático de la prerrogativa establecida en el artículo 37 de la Carta Política, la jurisprudencia Constitucional resaltó lo siguiente:

“(…) el Constituyente de 1991 quiso revelar que, por su origen, el orden constitucional vigente está edificado sobre la base de una confianza amplia y justificada en la capacidad colectiva del pueblo colombiano para discutir pública y abiertamente los asuntos que le conciernen (CP art. 2), y también para conformar, controlar y transformar sus instituciones en parte a través de manifestaciones públicas y pacíficas. Así, el artículo 37 de la Constitución de 1991 propone un modelo de democracia más robusta y vigorosa que la encarnada por el proyecto de la Constitución de 1886. Al pueblo hoy se le reconoce su capacidad y su derecho a deliberar y gobernar, no sólo por medio de sus representantes, o través del sufragio, sino por sí mismo y por virtud de la deliberación colectiva, pública y pacífica. Con lo cual, simultáneamente, la

³ C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁴ C-169 de 2001 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Constitución de 1991 dice que esa forma de autogobierno debe ser compatible con la paz (CP art. 22)⁵.

Así las cosas, la reunión y la manifestación pacífica en espacios públicos y específicamente, la protesta en el régimen constitucional, constituyen un mecanismo útil para la democracia y para lograr el cumplimiento cabal del pacto social, pues es a través de estos medios de participación que muchas veces se expresan las inconformidades ciudadanas de las minorías discretas y sin voz, es decir, de los grupos sociales que no han sido escuchados institucionalmente⁶.

5. Alcance del derecho a la libertad de expresión.

Teniendo en cuenta que los derechos establecidos en el artículo 37 Superior, son una extensión del derecho a la libertad de expresión y, por lo tanto, permiten su desarrollo, es preciso resaltar el contenido de este derecho, su alcance y limitaciones.

El derecho a la libertad de expresión fue establecido por el Constituyente en el artículo 20 de la Constitución⁷ y, dentro del bloque de constitucionalidad, tal precepto obra en los siguientes estamentos: i) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 19⁸), ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 19⁹ y 20¹⁰), iii) Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13¹¹), y iv) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo IV¹²).

⁵ Sentencia C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶ Desde la perspectiva de teoría política se pregunta por la justificación moral del derecho de protesta en las actuales democracias constitucionales. Lo anterior, pues si en principio se protege el derecho a la libertad de expresión y hay mecanismos institucionales para hacer los reclamos sobre incumplimiento de obligaciones estatales, la protesta corre el riesgo de convertirse en una actividad reprochada penal o disciplinariamente. En esa medida, es importante recordar que desde esta misma perspectiva, el “derecho de resistencia” se llena de contenido a partir de los derechos a la libertad de expresión y de manifestación pública y pacífica, que están expresamente protegidos por la mayoría de Constituciones en la actualidad y por los estándares internacionales referentes a la materia.

⁷ **Artículo 20.** Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

⁸ **Artículo 19.** Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

⁹ **Artículo 19.** 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. // 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. // 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁰ **Artículo 20.** 1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

¹¹ **Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. // 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. // 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. // 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el derecho a la libertad de expresión tiene un contenido genérico, dentro del cual se incluye una variada y compleja lista de derechos y libertades fundamentales¹³. Bajo este parámetro, la Sentencia C-442 de 2011¹⁴ definió la libertad de expresión, en sentido estricto, como aquel derecho que tienen las personas “(...) a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Desde esa perspectiva puede ser entendida como una libertad negativa pues implica el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva, pero también como una libertad positiva pues implica una capacidad de actuar por parte del titular del derecho y un ejercicio de autodeterminación¹⁵”.

De acuerdo con lo dicho, existen diversas manifestaciones del derecho a la libertad de expresión en ámbitos específicos y particulares¹⁶, que constituyen el desarrollo y ejercicio de otros derechos fundamentales¹⁷; como, por ejemplo, la libre expresión artística, la objeción de conciencia, la libertad religiosa, la libertad de cátedra y los derechos a la reunión y a la manifestación pacíficas en el espacio público.

En cuanto a la relación de conexidad que se devela entre los derechos a la libre expresión y a la reunión y a la manifestación, es imperioso resaltar que todos apuntan al fortalecimiento de la democracia, a lograr una mayor participación de todos los actores sociales y a promover una cultura de tolerancia frente a la diversidad; lo que impacta en la construcción de ciudadanía y de Estado. Así lo

el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. // 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

¹² **Artículo IV.** Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

¹³ En sentencia T-391 de 2007 M. P. Manuel José Cepeda Espinoza se indicó: “A la luz de tales instrumentos internacionales, se tiene que el artículo 20 de la Constitución contiene un total de once elementos normativos diferenciables, puesto que ampara siete derechos y libertades fundamentales específicos y autónomos, y establece cuatro prohibiciones especialmente cualificadas en relación con su ejercicio.”

¹⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵ “En fecha reciente algunos autores critican la clásica distinción entre libertades negativas y libertades positivas, al respecto puede consultarse a LUIGI FERRAJOLI. Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. Madrid, Ed. Trotta, Vol. I, p. 151-155”.

¹⁶ Ver las sentencias: SU-056 de 1995 M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-104 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-010 de 2000 y SU-1721 de 2000 M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-1319 de 2001 M. P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-235A de 2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; C-650 de 2003 M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; T-391 de 2007 M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; C-411 de 2011 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-541 de 2014 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre muchas otras.

¹⁷ Por otra parte, existen manifestaciones de la libertad de expresión que constituyen el ejercicio de otros derechos fundamentales, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares. Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) **las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas**; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social.

reafirmó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, cuando indicó:

“La Relatoría subraya que la participación de las sociedades a través de la participación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades. En general, ésta como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho.

(...)

La Relatoría entiende que, dentro de ciertos límites, los Estados pueden establecer regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros. No obstante, al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”¹⁸.

Es claro que la libertad de expresión es uno de los elementos esenciales de una democracia, en tanto el derecho político a la divergencia hace que la construcción de lo público sea realmente colectivo y participativo, puesto todos los actos que implican diversidad, son actos políticos¹⁹.

En términos más específicos relacionados con el derecho a la protesta, es claro que en una democracia participativa “*el primer derecho: [es] el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos*”²⁰, pues ello desarrolla las ideas de autogobierno y protección de derechos fundamentales sobre las cuales descansa el Estado constitucional actual, que corresponden a un gobierno elegido por el pueblo para el cumplimiento de mandatos constitucionales preestablecidos en pactos colectivos.

En este orden, los discursos políticos, religiosos, filosóficos, académicos, investigativos o científicos, estéticos, morales, emotivos o personales, artísticos o simbólicos, la exposición de convicciones, la objeción de conciencia, las expresiones cívicas o de participación ciudadana, el discurso de identidad que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social, entre otros, están

¹⁸ Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión. Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión, 2005. OEA/Ser.L/V/II. 124 Doc. 7, 27 febrero de 2006, original: español).

¹⁹ En términos aristotélicos, bajo los cuales el Estado es una creación que surge de la naturaleza misma del ser humano y a partir de lo cual es claro que, todo acto del hombre en comunidad es un acto político.

²⁰ GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta. El primer derecho. Buenos Aires, Ad Hoc. 2005, pág. 19.

protegidos por la Constitución a través del artículo 20 superior y de otros derechos fundamentales relacionados.

En efecto, según la Sentencia del Tribunal Constitucional C-091 de 2017²¹, en Colombia está prohibida cualquier forma de censura, lo cual a su vez, implica que existe una fuerte presunción a favor de la libertad de expresión, que se garantiza así: (i) toda expresión se considera protegida por el artículo 20 Superior, salvo que, en cada caso se demuestre, de forma convincente que existe una justificación, en los términos de la ponderación con otros principios constitucionales; (ii) cuando se presenta colisión normativa, la posición de la libertad de expresión es privilegiada y goza de una prevalencia inicial; y (iii) existe, *a priori*, una sospecha de inconstitucionalidad de sus restricciones o limitaciones.

En esa medida, se deriva de la Constitución y de los tratados internacionales que, en principio, toda forma de expresión se presume protegida; sin embargo el artículo 13 de la Convención Americana establece que la Ley prohibirá *“toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”*.

En esta misma dirección la jurisprudencia constitucional ha establecido que no son discursos protegidos: *“(...) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cubre las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio. Estas cuatro categorías se han de interpretar con estricta sujeción a las definiciones fijadas en los instrumentos jurídicos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se sancionen formas de expresión legítimamente acreedoras de la protección constitucional”*²².

²¹ M. P. María Vitoria Calle Correa.

²² Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda. Reiterada por la sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto Esta posición también fue reiterada en la sentencia C-452 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva en la que se dijo: “Por esta razón, una medida que pretenda restringir la libertad de expresión debe cumplir con un juicio estricto de constitucionalidad, acreditándose en toda circunstancia que la medida restrictiva acoja los siguientes criterios: “(1) estar prevista de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas definidas de manera concreta y específica en atención a las circunstancias del caso, (3) ser necesaria para el logro de dichas finalidades, (4) ser posterior y no previa a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental, es decir, ser proporcionada.”

Esto, por supuesto, sin perjuicio de la proscripción constitucional de determinados discursos y mensajes que, al tener un valor negativo intrínseco para la democracia y los derechos fundamentales, pueden ser válidamente censurados y penalizados ab initio, como sucede con

Bajo este entendido es claro que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues como se advirtió anteriormente, existen discursos o expresiones que no contribuyen a la convivencia social de una nación y, por el contrario, pueden llegar a generar discordias, como lo ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia Constitucional en varias ocasiones²³, pues, es cierto que existe una excepción a la prohibición de censura, derivada de “(...) *la necesidad y la obligación estatal de prohibir ciertos discursos, principalmente, con miras a erradicar la discriminación y cierto tipo de delitos particularmente ofensivos para la dignidad humana y de la humanidad*”²⁴.

6. El concepto de orden público y su desarrollo jurisprudencial.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en una democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos y de la dignidad de las personas (CP arts 1º, 3º y 5º), el orden público no es un valor en sí mismo, sino que es “*un valor subordinado al respeto a la dignidad humana*”, por lo que, “*la preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático*”²⁵.

En tal virtud, el orden público debe ser entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos²⁶. Este marco constituye el fundamento y el límite del poder de policía, que es el llamado a mantener el orden público, pero en beneficio del goce pleno de los derechos. En ese sentido, la preservación del orden público no puede lograrse mediante la supresión o restricción desproporcionada de las libertades públicas, puesto que el desafío de la democracia es permitir el más amplio y vigoroso ejercicio de las libertades ciudadanas.

Es así como en un Estado social de derecho, el uso del poder correspondiente al mantenimiento del orden público está limitado por los principios contenidos en la Constitución y por aquellos que derivan de la finalidad de mantener el orden

aquellos en donde se comprueba que “la presunción de cobertura por la libertad constitucional ha sido derrotada, en virtud de un consenso internacional plasmado en tratados internacionales vinculantes para Colombia – a saber, la propaganda de la guerra, la apología del odio, la violencia y el delito, la pornografía infantil, y la instigación pública y directa al genocidio”.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda. Reiterada por la sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-019 de 2017 M. P. María Victoria Calle Correa

²⁴ C-019 de 2017 M. P. María Victoria Calle Correa

²⁵ Sentencias C-024 de 1994, Fundamento 4.2, criterio reiterado, entre otras, en la sentencia C-251 de 2002, Fundamentos 9 y ss.

²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-825 de 31 de agosto de 2004, M.P. (E). Rodrigo Uprimny Yepes

público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia C-024 de 1994, al analizar el concepto, las funciones y los límites del poder de policía en un Estado social de derecho (CP art. 1°), señaló unos principios constitucionales mínimos que gobiernan la policía en un Estado democrático, a saber:

El cuerpo de Policía (i) está sometido al principio de legalidad; (ii) su actividad debe tender a asegurar el orden público; (iii) su actuación y las medidas a adoptar se encuentran limitadas a la conservación y restablecimiento del orden público; (iv) las medidas que tome deben ser proporcionales y razonables, sin que puedan traducirse en la supresión absoluta de las libertades o en su limitación desproporcionada; (v) no pueden imponerse discriminaciones injustificadas a ciertos sectores; (vi) la medida policiva debe recaer contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejerce legalmente sus libertades, y que, sus acciones, (vii) obviamente se encuentra sometida a los correspondientes controles judiciales²⁷.

De esta manera, la preservación del orden público en beneficio de las libertades supone el uso de distintos medios, como pueden ser básicamente (a) el establecimiento de normas generales que limitan los derechos para preservar el orden público; (b) la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales, como la concesión de un permiso o la imposición de una sanción, y (c) el despliegue de actividades materiales, que incluyen el empleo de la coacción y que se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función²⁸.

Por estas razones, la Corte Constitucional, en numerosas sentencias²⁹, la Corte Suprema de Justicia, así como la jurisprudencia de esta Corporación, ha distinguido entre poder de policía (reglamentación general), función (adopción de medidas individuales) y actividad de policía (ejecución coactiva), para determinar las formas en que el Estado puede ejercer sus poderes coercitivos.³⁰

²⁷ Criterios reiterados en la sentencia C-1444 de 2000.

²⁸ La literatura jurídica sobre los medios de policía es enorme. Entre otros ver Georges Vedel. Derecho Administrativo. Madrid, Aguilar, 1980, pp 680 y ss. Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo (10 Ed), Madrid, Tecnos, 1992, pp 138 y ss. En la doctrina colombiana, ver Jaime Vidal Perdomo. Derecho Administrativo. Bogotá, Temis, 1994, pp 154 y ss.

²⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-024 de 1994, C-366 de 1996, C-110 de 2000 y C-492 de 2002.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de abril 21 de 1982. M.P. Manuel Gaona Cruz.

7. El poder, la función y la actividad de policía

El poder de policía se caracteriza por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general e impersonal, con fines de convivencia social, en ámbitos ordinarios y dentro de los términos de la salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen.

Dicha potestad, con la cual se permite limitar en general las libertades públicas se encuentra en cabeza del Congreso, quien debe ejercerla dentro de los parámetros de la Constitución. Excepcionalmente, ciertas autoridades administrativas pueden ejercer un poder de policía subsidiario o residual³¹, como en el caso de la competencia de las asambleas departamentales para expedir disposiciones complementarias a las previstas en la ley.

Sobre este particular la Corte Constitucional ha precisado que en el Estado Social de Derecho es lógico que la regulación de los derechos y las libertades públicas esté en cabeza del Legislador, puesto que su protección supone que los actos estatales que los afecten estén rodeados de un conjunto de garantías mínimas, entre ellas la relacionada con la necesidad de que cualquier limitación o restricción se establezca por medio de una ley adoptada por el poder legislativo como expresión de la voluntad popular.

Desde esta perspectiva, no es de recibo que los derechos constitucionales puedan ser restringidos, por vía general, por autoridades distintas al poder legislativo, pues ello no sólo equivaldría a desconocer los límites que el constitucionalismo democrático ha establecido para la garantía de los derechos fundamentales de la persona, sino, además, porque se estarían desconociendo mandatos claros de *ius Gentium*, incorporados en los tratados de derechos humanos, ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93), y que amplían el contenido y el alcance de los derechos previstos en la Carta.³²

De este modo, el artículo 30 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse al alcance de las restricciones de los derechos, dispone que éstas sólo pueden ser aplicadas *“conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*³³. Ahora bien, para

³¹ Corte Constitucional. Sentencia No. C-024 de 1994.

³² Al respecto, ver, entre otras, las sentencias T-1319 de 2001, C-551 de 2003 y T-699 de 2004.

³³ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, la expresión “leyes” contenida en este texto “significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”

la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de *“ley formal como norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”*³⁴.

Conforme con lo expuesto queda establecido que corresponde al Congreso de la República expedir las normas restrictivas de las libertades y derechos ciudadanos con base en razones de orden público e interés general. No obstante, dicha facultada está sujeta a los propósitos establecidos en la Constitución y los tratados y convenios internacionales que reconocen e imponen el respeto y efectividad de los derechos humanos (CP art. 93); límites que emanan de la necesidad de garantizar el respeto a la dignidad humana y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales³⁵.

Por su parte, la función de Policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro del marco impuesto por éste. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por el poder de policía a las autoridades administrativas. Dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad. Su ejercicio compete, en el orden nacional, al Presidente de la República, según el numeral 4° del artículo 189 de la Carta, y en el nivel territorial, a los gobernadores y a los alcaldes, quienes ejercen la función de policía (arts. 303 y 315-2 C.P.), dentro del marco constitucional, legal y reglamentario.

No obstante, ante la imposibilidad del legislador de prever todas las circunstancias fácticas a las que puede verse sometida la sociedad, ha ocasionado que las leyes de policía dejen entonces un margen de actuación a las autoridades administrativas para su concretización, quedando a expensas de las autoridades locales, la forma y oportunidad para limitar derechos en los casos particulares, siendo este es el denominado *“poder administrativo de policía”*, que más exactamente corresponde a una *“función o gestión administrativa de policía”*, que implica la atribución y el ejercicio de competencias concretas asignadas mediante el poder legislativo a las autoridades administrativas, quienes en todo caso deben ejercerlo dentro del marco constitucional, legal y reglamentario, mediante la

³⁴ Ver Corte Interamericana. Opinión Consultiva OC-6 de 1986

³⁵ Sentencia C-110 de 2000

expedición de disposiciones de carácter singular (órdenes, mandatos, prohibiciones, etc).³⁶

Ahora bien, la actividad de policía, propiamente dicha, se predica de los oficiales, suboficiales y agentes de policía, quienes no expiden actos, sino que actúan, no deciden, sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan, por orden superior, la fuerza material como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo.

Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor al hacer cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía. Es una actividad estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia del uso reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni reguladora de la libertad.³⁷

8. La Policía Nacional y su función constitucional.

El artículo 2 de la Constitución establece los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales están: servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, entre otros. La misma disposición asigna a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares y del Estado.

Para dicho cometido, el artículo 216 de la Constitución instituyó la Fuerza Pública conformada por las fuerzas militares y la Policía Nacional. Por su parte, el artículo 218 *ibídem* señala que la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente, de naturaleza civil, a cargo de la Nación y tiene como objetivo principal mantener “*las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*”.

³⁶ Sentencia C-366 de 1996

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 21 de 1982. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz.

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha definido la función de la Policía nacional³⁸. Así, en la sentencia C-453 de 1994, consideró que *“la misión de la Policía es eminentemente preventiva y consiste en evitar que el orden público sea alterado”*. También ha dispuesto que *“de su accionar depende, por una parte, que los asociados puedan ejercer a plenitud sus derechos y libertades dentro del marco de la Constitución y la ley y, por otra, garantizar la convivencia pacífica dentro del seno de la sociedad colombiana”*³⁹. En términos similares ha concluido que *“[e]l servicio público de Policía tiene entonces como fin primordial, la garantía de bienes comunitarios esenciales, presupuesto de la convivencia, tales como la seguridad, la tranquilidad y la salubridad que transfieren ese carácter esencial a la actividad encaminada a preservarlos, en función de atribuciones ordinarias señaladas en el artículo 213 de la Carta Política”*⁴⁰.

En un Estado Social de Derecho, la preservación del orden público⁴¹ representa el fundamento y el límite de las competencias de Policía. Así las cosas, la Corte ha considerado que este deber de protección es función, principalmente, de las autoridades de Policía, por ser las encargadas de garantizar el derecho constitucional fundamental a la salvaguarda de todas las personas dentro del territorio de la República⁴².

La noción de Policía presenta varias acepciones⁴³, todas ella dirigidas al cumplimiento de los deberes sociales, el logro de la convivencia pacífica entre los asociados y el mantenimiento de la seguridad individual y colectiva⁴⁴. La jurisprudencia Constitucional en la sentencia C-223 de 2017, reiteró lo considerado en la sentencia C-117 de 2006, en virtud de la cual se precisaron las formas de actividad del Estado relacionadas con la preservación y el

³⁸ Ver sentencias C-1214, C-421 de 2002, T-1206 de 2001 y C-453 de 1994, entre otras.

³⁹ Sentencia C-525 de 1995 reiterada en la sentencia C-1214 de 2001. En la sentencia T-552 de 1995 la Corte consideró que *“La actividad que cumple la Policía es, entonces, de vital importancia para sostener las condiciones mínimas de convivencia, sobre la base de la persecución material al delito, merced a las acciones y operativos indispensables para la localización y captura de quienes lo perpetraron y para la frustración de sus antisociales propósitos”*.

⁴⁰ Sentencia C-020 de 1996.

⁴¹ Según las Sentencias C-813 de 2014, C-889 de 2012, C-179 de 2007, C-825 de 2004, C-251 de 2002, SU-476 de 1997 y C-024 de 1994, entre otras, el Orden Público es *“el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos”*

⁴² En la sentencia C-020 de 1996, la Corte estableció que *“el servicio público de Policía está íntimamente ligado al orden público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio público de Policía no pueden concurrir los particulares, y así lo precisa el artículo 216 de la Carta Política al estipular que ‘la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional’” (subraya fuera del texto)*. Ver sentencia C-252 de 1995.

⁴³ La sentencia C-024 de 1994 hizo una primera presentación del tema señalando cuatro significaciones: *“El concepto de Policía es multívoco por cuanto tiene al menos cuatro significaciones diversas en el régimen constitucional colombiano. De un lado, se refiere a unas formas de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público: es el poder, la función y la actividad de la Policía administrativa. De otro lado, se refiere a las autoridades encargadas de desarrollar tales formas de actividad: son las autoridades administrativas de Policía. En tercer término, la Policía es también un cuerpo civil de funcionarios armados: la Policía Nacional. Finalmente, esta noción se refiere a la colaboración que pueden prestar ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los delitos: es la Policía judicial”*.

⁴⁴ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-211 de 2017, C-490, C-492 y C-790 de 2002, C-110, C-1444, y C-1410 de 2000, SU-476 de 1997, C-366 de 1996, C-024, C-044 y C-226 de 1994 y C-557 de 1992 y de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena sentencia de abril 21 de 1982.

restablecimiento del orden público, en el marco de los conceptos de poder de policía, función de policía y actividad de policía.

En este sentido, las medidas para preservar el orden público pueden consistir en “(i) el establecimiento de normas generales que limitan los derechos para preservar el orden público; (ii) la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales; (iii) el despliegue de actividades materiales, que incluyen el empleo de la coacción y que se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función”⁴⁵.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha reiterado que el ejercicio del poder, función y actividad de Policía no es absoluto y que se encuentra limitado. El poder de Policía está sujeto a los mandatos constitucionales y a la regulación internacional sobre derechos humanos ratificados por Colombia⁴⁶. La función de Policía además de los límites constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos se encuentra sometida al principio de legalidad⁴⁷, a la eficacia⁴⁸ y necesidad del uso del poder⁴⁹, a la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, y al respeto del principio de igualdad; porque las medidas de Policía no pueden traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población. La actividad de Policía, por su parte, se encuentra limitada por los aspectos señalados anteriormente para el poder y la función de Policía, por el respeto de los derechos y libertades de las personas y por los controles judiciales a su ejercicio⁵⁰.

Según lo dispuesto en el actual Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016) la función policial tiene carácter preventivo y busca “establecer las condiciones para la convivencia en el territorio nacional” propiciando el cumplimiento de los deberes y obligaciones las personas y reglamentando el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía. La misma regulación acoge

⁴⁵ En la sentencia C-117 de 2006 la Corporación precisó la relación existente entre el poder y la función de Policía, señalando que “el ejercicio del poder de Policía, a través de la ley, delimita derechos constitucionales de manera general y abstracta, y establece las reglas que permiten su concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo, mientras que a través de la función de Policía se hacen cumplir las disposiciones legales establecidas en virtud del ejercicio del poder de Policía, a través de actos administrativos concretos”. Ver sentencias C-179 de 2007, C-117 de 2006 y C-825 de 2004.

⁴⁶ En la sentencia C-211 de 2017, la Corte aclaró que “los poderes subsidiarios de Policía podrán ser ejercidos por las asambleas departamentales y el concejo distrital de Bogotá, y los residuales por los demás concejos distritales y municipales (arts. 12 y 13, Código Nacional de Policía y Convivencia). Los gobernadores y alcaldes podrán ejercer poder de Policía extraordinario para la prevención del riesgo o ante situaciones de emergencia, seguridad y calamidad (art. 14)”.

⁴⁷ Este principio es relevante en tanto el ejercicio de sus funciones puede afectar libertades y derechos.

⁴⁸ La actuación de la Policía llega hasta donde comienzan las relaciones privadas. En este sentido, la Policía no está instituida para proteger intereses estrictamente privados.

⁴⁹ El artículo 3º del “Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 169/34 del 17 de diciembre de 1979, establece que las autoridades solo utilizarán la fuerza en casos estrictamente necesarios.

⁵⁰ Sentencias C-813 de 2014 y C-241 de 2010.

los conceptos de poder⁵¹, función⁵² y actividad⁵³ de Policía estructurados por la jurisprudencia constitucional.

Sobre el alcance del concepto de seguridad, la normativa mencionada indica que se orienta a garantizar la protección de los derechos y libertades constitucionales y legales de las personas en el territorio nacional y la tranquilidad, buscando que las personas ejerzan sus derechos sin abusar de los mismos, y con plena observancia de los derechos ajenos.

Dispone además que los fines de las normas de convivencia social previstas en este Código son los siguientes: *“1. Que el ejercicio de los derechos y libertades sean garantizados y respetados en el marco de la constitución y la ley. 2. El cumplimiento de los deberes contenidos en la Constitución, la ley y las normas que regulan la convivencia. 3. El respeto por las diferencias y la aceptación de ellas. 4. La resolución pacífica de los desacuerdos que afecten la convivencia. 5. La convergencia de los intereses personales y generales para promover un desarrollo armónico. 6. Prevalencia de los valores sociales de solidaridad, tolerancia, responsabilidad, honradez, respeto, bondad, libertad, justicia, igualdad, fraternidad, lealtad, prudencia y paz”*⁵⁴.

Así las cosas, la Policía Nacional tiene como fin principal la prevención de aquellas conductas que constituyen amenazas de afectación del orden público o impiden la convivencia entre las personas. Las medidas para preservar el orden público y la convivencia provienen del poder de Policía, la función de Policía y la actividad de Policía, cada uno ejercido por distintas autoridades, las cuales encuentran límites definidos por la Constitución y por la ley.

9. El uso de la fuerza en virtud de la actividad de Policía

De acuerdo con lo dicho, el objetivo constitucional de la Policía Nacional está enmarcado en la actividad de policía. Así pues, en atención a lo dispuesto en el artículo 218 de la Carta Política, dicha institución es un cuerpo armado de naturaleza civil, perteneciente a la fuerza pública y cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y la convivencia pacífica para los habitantes de Colombia.

⁵¹ Artículo 11, Ley 1801 de 2016.

⁵² Artículo 16, Ley 1801 de 2016.

⁵³ Artículo 20, Ley 1801 de 2016.

⁵⁴ Artículo 7, Ley 1801 de 2016.

A partir de lo anterior, se puede colegir que la Policía Nacional tiene a su cargo desarrollar acciones eminentemente preventivas y desprovistas de carácter castrense, dirigidas al manejo del orden público y, de manera particular, al logro de la convivencia entre las personas, a través de la preservación de la tranquilidad y seguridad pública.

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que la Policía Nacional está ubicada en una zona intermedia en la que confluyen los criterios de seguridad y defensa.⁵⁵ Esto debido a que los integrantes de la Policía Nacional comparten varios atributos con los demás miembros de la fuerza pública y, en particular, su carácter no deliberante, la reserva legal sobre privación de grados y honores, así como el reconocimiento de fuero penal. No obstante, tanto la naturaleza civil de la Policía Nacional, como su finalidad preventiva de las conductas potencialmente atentatorias del orden público y la convivencia social, imponen restricciones particulares en lo que respecta al uso de la fuerza armada.⁵⁶

En este sentido, es importante señalar que la utilización de las armas en ejercicio de la actividad de policía es privativa del personal uniformado de la Policía Nacional, por razón del principio de exclusividad y el carácter excepcional que reviste a dicha institución. Así, el artículo 22 del Código Nacional de Policía y Convivencia dispone que *“la utilización de la fuerza legítima corresponde de manera exclusiva, en el marco de este Código, a los miembros uniformados de la Policía Nacional, de conformidad con el marco jurídico vigente, salvo en aquellos casos en los que de manera excepcional se requiera la asistencia militar.”*

Este argumento tiene como corolario la imposición de un juicio de proporcionalidad estricto para el uso de la fuerza armada en el contexto de la actividad policial. Así, solo será constitucionalmente admisible el uso de la fuerza cuando tenga carácter imperioso y se enmarque en una medida de última instancia para el mantenimiento del orden público y la convivencia.

Adicionalmente, dado que la institución está desprovista de la disciplina castrense, no hay lugar a la aplicación en la Policía Nacional de la obediencia debida, de manera tal que quienes ostentan materialmente el uso de la fuerza armada están

⁵⁵ En este apartado se recapitulan las reglas fijadas en la sentencia C-1214 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁶ “La Policía Nacional se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial.” Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

subordinados a sus superiores solo desde un punto de vista funcional y administrativo, lo que implica su responsabilidad en la ejecución de las órdenes que reciban. Esta condición resulta particularmente importante tratándose de la coacción de los ciudadanos mediante el uso de las armas, tanto por su alto potencial de interferencia con los derechos de las personas, como por la mencionada naturaleza excepcional en el caso estudiado, en consideración de la finalidad preventiva de la actividad de policía.

Al respecto, la Corte ha señalado que el *“fundamento de la separación entre lo civil y lo militar no proviene de una distribución funcional de tareas estatales, sino de un principio esencial en la organización de las relaciones entre el Estado-aparato y los gobernados, que puede ser expresado como sigue: el ejercicio de la fuerza pública debe ser el mínimo necesario para mantener las condiciones de libertad que permitan el ejercicio de los derechos fundamentales. La enorme capacidad destructiva del poder militar y su connotación invasiva o defensiva de territorios o instituciones, hace de este un poder inadecuado para el manejo de la seguridad cotidiana del ciudadano. El poder policivo, en cambio, dado su carácter meramente preventivo y la relativa debilidad de su poder bélico, se encuentra en mejores condiciones para proteger la libertad ciudadana.”*⁵⁷

En este orden, la Policía Nacional, aunque hace parte de fuerza pública, tiene naturaleza civil y su actividad está enfocada esencialmente a la prevención de aquellas conductas que afectan el orden público o impiden la convivencia entre las personas. Por tanto, el ejercicio de la actividad de policía encuentra una doble restricción: de un lado, debe sujetarse a la regulación que sobre la materia prevé la Constitución y la ley; de otro, debe tender hacia el aseguramiento de los objetivos antes señalados.

Por otro lado, en lo que atañe al uso de la fuerza, el contenido y alcance del principio de exclusividad implica que las únicas personas autorizadas para su porte y utilización son el personal uniformado de la Policía Nacional. Esto no solo en razón del monopolio estatal de los elementos bélicos, sino porque dichas autoridades están investidas de la actividad de policía por ministerio de la Constitución y la ley y, en consecuencia, también están sujetas a las condiciones y límites que les impone el carácter público de la función que ejercen.

10. Alcance del uso de fuerza por parte de la Policía Nacional

⁵⁷ Sentencia C-543 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En relación al uso de la fuerza por parte de entidades y servidores que ejercen la “actividad de policía”, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, para los derechos Humanos – ACNUDH, en referencia con el artículo 3° del Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley”, destacó lo siguiente:

“a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, **no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.**

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. **En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.**

c) **El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.**⁵⁸ (Negrilla fuera de texto).

En el contexto nacional, con respecto al uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional, la potestad está regulada en el artículo 166 de la Ley 1801 de 29 de julio de 2016⁵⁹, en cuyo contenido se indica: *“Es el medio material, necesario, proporcional y racional, empleado por el personal uniformado de la Policía Nacional, como último recurso físico para proteger la vida e integridad física de las personas incluida la de ellos mismos, sin mandamiento previo y escrito, para prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública, de conformidad con la ley.”*

En los términos del referido artículo 166 de la Ley 1801 de 2016, esta facultad, otorgada a los miembros de la Policía Nacional, solo podrá emplearse en circunstancias muy específicas y excepcionales, para prevenir la inminente o

⁵⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>

⁵⁹ “Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana”

actual comisión de comportamientos contrarios a la convivencia, de conformidad con lo dispuesto en el régimen de Policía y en otras normas.

Así pues, los eventos en los que se puede hacer uso de la fuerza son los siguientes:

“(...)

1. Para prevenir la inminente o actual comisión de comportamientos contrarios a la convivencia, de conformidad con lo dispuesto en el régimen de Policía y en otras normas.
2. Para hacer cumplir las medidas correctivas contempladas en este Código, las decisiones judiciales y obligaciones de ley, cuando exista oposición o resistencia.
3. Para defenderse o defender a otra persona de una violencia actual o inminente contra su integridad y la de sus bienes, o protegerla de peligro inminente y grave.
4. Para prevenir una emergencia o calamidad pública o evitar mayores peligros, daños o perjuicios, en caso de haber ocurrido la emergencia o calamidad pública.
5. Para hacer cumplir los medios inmateriales y materiales, cuando se presente oposición o resistencia, se apele a la amenaza, o a medios violentos. (...).”

Asimismo, la referida disposición en sus párrafos 1, 2 y 3 establece las condiciones para que los uniformados de la Policía Nacional pueden hacer uso de la fuerza en los casos antes descritos, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 1o. El personal uniformado de la Policía Nacional sólo podrá utilizar los medios de fuerza autorizados por ley o reglamento, y al hacer uso de ellos siempre escogerá entre los más eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes.

PARÁGRAFO 2o. El personal uniformado de la Policía Nacional está obligado a suministrar el apoyo de su fuerza por iniciativa propia o a petición de persona que esté urgida de esa asistencia, para proteger su vida o la de terceros, sus bienes, domicilio y su libertad personal.

PARÁGRAFO 3o. El personal uniformado de la Policía Nacional que dirija o coordine el uso de la fuerza, informará al superior jerárquico y a quien hubiese dado la orden de usarla, una vez superados los hechos que dieron lugar a dicha medida, precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y desenlace de los hechos. En caso de que se haga uso de la fuerza que cause daños colaterales, se remitirá informe escrito al superior jerárquico y al Ministerio Público. (...).”

De lo anterior se coligue entonces que el uso de la fuerza, además de ser excepcional, debe someterse a dos filtros de control: en primer lugar, al principio de legalidad, toda vez que la actuación de los miembros de la Policía Nacional debe estar sometida a la ley o reglamentos internos que establecen los medios y parámetros para el uso de la fuerza y, en segundo lugar, a un control posterior al uso de la fuerza que debe presentarse mediante informe por parte del uniformado que acudió excepcionalmente a esta prerrogativa.

Con relación al principio de legalidad en el uso de la fuerza, los uniformados en el ejercicio de la “actividad de policía” deberán someterse a lo dispuesto en la Constitución Política, en la Ley 1801 de 2016, más concretamente en su artículo 166 y como norma específica deberán ceñirse a la Resolución No. 02903 del 23 de junio de 2017, “*por la cual se expide el reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales*”, expedida por el Director General de la Policía Nacional de Colombia, en ejercicio de las facultades otorgadas por el numeral 8° del artículo 2 del Decreto N° 4222 de 23 de noviembre de 2006⁶⁰.

El referido acto administrativo, fue expedido con fundamento en la normativa internacional y local relativa al respeto de los derechos humanos, y se enfatizó en el deber de los uniformados de hacer un uso moderado de la fuerza, con base en los siguientes principios:

“(...) Principio de Necesidad: Es decir, utilizar en la medida de lo posible medios preventivos y disuasivos antes de recurrir al uso de la fuerza y de armas de fuego. Podrán acudir al uso de la fuerza cuando los medios preventivos y disuasivos resulten ineficaces y no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

Principio de Legalidad: Al hacer uso de la fuerza debe cumplirse con las leyes y normas adoptadas por el estado colombiano y la reglamentación y disposiciones institucionales.

Principio de Proporcionalidad: El personal uniformado al hacer uso de la fuerza y de las armas o demás elementos menos letales a su disposición, deberá hacerlo de manera moderada y actuando en proporción a la gravedad de la amenaza y el objetivo legítimo que se quiere lograr, escogiendo entre los medios eficaces aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y sus bienes.

⁶⁰ “**ARTÍCULO 2°. Funciones del Director General de la Policía Nacional de Colombia.** El Director General de la Policía Nacional de Colombia tendrá, además de las funciones que le señalen disposiciones legales especiales, las siguientes:

(...)

8. Expedir dentro del marco legal de su competencia, las resoluciones, manuales, reglamentos y demás actos administrativos necesarios para administrar la Policía Nacional en todo el territorio nacional, pudiendo delegar de conformidad con las normas legales vigentes.

(...)”

Principio de racionalidad: Es la capacidad del uniformado para decidir cuál es el nivel de fuerza que debe usar según el escenario al que se enfrenta, de acuerdo con las leyes y normas vigentes. (...).

A partir de los referidos criterios y principios, la Policía Nacional debe determinar el grado o magnitud de uso de la fuerza a emplear dependiendo de las circunstancias a las que se encuentren sometidos sus integrantes. Así pues, el artículo 9 de la mencionada resolución, en cuanto a la valoración para el uso diferenciado y proporcionado de la fuerza, establece que: *“El funcionario de la policía, al intervenir en el cumplimiento de su actividad podrá encontrar como respuesta una serie de conductas clasificadas en niveles de resistencia, que van desde el riesgo latente hasta la agresión letal, ante lo cual el policía deberá hacer un uso diferenciado de la fuerza, definiendo entre los medios disponibles aquellos que sean proporcionales para controlar la situación.”*

De esta manera, el artículo 10 de la Resolución N° 02903 de 2017 describe los niveles de resistencia en los siguientes términos:

(...) Artículo 10. Niveles de resistencia. Las conductas y comportamientos asumidos por los ciudadanos que determinan el uso diferenciado y proporcionado de la fuerza son:

1. Resistencia Pasiva

Riesgo latente: Es la amenaza permanente no visible presente en todo procedimiento policial.

Cooperador: Persona que acata todas las indicaciones del efectivo policial, sin resistencia manifiesta durante la intervención.

No cooperador: No acata las indicaciones del efectivo policial. No reacciona ni agrede.

2. Resistencia Activa

Resistencia física: Se opone a su reducción, inmovilización y/o conducción llegando a un nivel de desafío físico contra el personal policial.

Agresión no letal. Agresión física al personal policial o personas involucradas en el procedimiento, pudiendo utilizar objetos que atentan contra la integridad física.

Agresión letal. Acción que pone en peligro inminente de muerte o lesiones graves al funcionario policial o a terceras personas involucradas en el procedimiento. (...).

Ahora bien, según los artículos 11, 12 y 13 de la Resolución N° 02903 de 2017 el uso de la fuerza, dependiendo de las circunstancias, puede ser de dos tipos: i)

preventiva o ii) reactiva. La primera consiste en la presencia policial ante un motivo de policía o un comportamiento contrario a la convivencia, está acompañada por un proceso de comunicación y disuasión que integra:

“(...)

1.- Presencia Policial. Es entendida como demostración de autoridad, por ello el funcionario de policía, dotado, equipado, en actitud diligente y alerta, será suficiente para disuadir y prevenir la comisión de una infracción a la ley penal o comportamientos contrarios a convivencia. Esa presencia siempre debe ser en lo posible igual o superior al número de personas a intervenir en un procedimiento.

2.- Comunicación y Disuasión: incluye:

- a. **Contacto visual:** Es el dominio visual sobre una persona o vehículo, a fin de impedir la realización de un acto ilícito o contrario a la convivencia.
- b. **Verbalización:** Es el uso de la comunicación oral con la energía necesaria y el empleo de términos adecuados que sean fácilmente entendidos comprendidos por las demás personas (procesos verbales). Las variaciones en el tono de voz dependen de la actitud de la persona intervenida. En situaciones de riesgo es necesario el uso de frases cortas y enérgicas. La verbalización debe ser utilizada en todos los niveles del uso de la fuerza.

El entrenamiento y la experiencia mejoran la capacidad de verbalizar. Durante su empleo debe mantenerse contacto visual con el infractor, siempre que sea posible. (...).”

Entre tanto, el segundo tipo de uso de la fuerza policial, esto es, la fuerza reactiva, es la que debe emplear el uniformado cuando se enfrenta a una resistencia activa y comprende:

“(...)

1. **Fuerza Física:** corresponde al empleo de:

a.- Control Físico: Técnicas policiales que permiten controlar, reducir, inmovilizar y conducir al infractor.

b.- Tácticas defensivas: permiten contrarrestar y/o superar el nivel de resistencia, con la intención de lograr un impacto psicológico para que el infractor desista de su actitud.

2. **Armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales:** Todos aquellos medios físicos técnicos, que permiten hacer uso diferenciado de la fuerza, sin llegar al despliegue de la fuerza letal.

3. **Armas de fuego: Según el decreto 2535 de 1993** “Por el cual se expiden normas sobre armas municiones y explosivos” se entiende por arma el instrumento fabricado con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona. Las armas de fuego son las que

emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química.

Solo podrá hacer uso de las armas de fuego en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida. En todo caso, su empleo estará cobijado por el marco jurídico del uso de la fuerza y la reglamentación vigente. (...).”

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Policía Nacional, en ejercicio de la actividad de policía cumple funciones de naturaleza preventiva y no represiva. En este sentido, como ya se dijo, las actuaciones preventivas o correctivas de la institución siempre deben estar sujetas al principio de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, con el ánimo de garantizar en todo momento los derechos de los ciudadanos y no reprimir o sancionar determinadas conductas.

Así pues, es evidente que el uso de la fuerza reactiva es una medida excepcional a la que pueden recurrir los uniformados de la Policía Nacional en determinados eventos, únicamente, cuando sea indispensable para preservar el orden público en beneficio de las libertades y derechos de los ciudadanos, lo cual no puede traducirse en una limitación absoluta de los mismos.

De esta manera, se concluye que el uso de la fuerza es un mecanismo al que puede acceder la Policía Nacional para atender y controlar situaciones de alteración del orden público, cuyos límites radican en los principios de legalidad, necesidad, racionalidad y proporcionalidad, dentro del marco de la constitución y la ley, para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades públicas. Por consiguiente, toda actuación contraria a tales principios se considera como un uso excesivo de la fuerza y abuso de autoridad.

11. Caso concreto

El señor José Leonardo Sánchez García, manifestó que la Nación - Presidencia de la República, la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Escuadrón Móvil Antidisturbios - ESMAD, la Nación - Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la participación política, a la libre movilidad y a la integridad personal de los manifestantes que participaron en las movilizaciones

llevadas a cabo, como consecuencia del paro nacional ocurrido en abril de 2021.

A juicio del *a quo*, la tutela es improcedente debido a que no se demostró un interés cierto del actor en este asunto, toda vez que, lo dicho en el amparo no demostraba que este hubiese participado en las marchas, o bien, hubiere sufrido un perjuicio directo y personal sobre los bienes jurídicos cuya protección pretende.

Pues bien, la Sala no comparte la conclusión a la cual llegó el Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, puesto que, el derecho a la protesta social es una garantía legal de carácter amplio, por tanto, su protección puede ser deprecada por cualquier ciudadano, en forma independiente a si se participó o no en los hechos que dieron lugar al amparo.

Bajo estas condiciones, es pertinente resaltar que si bien los derechos establecidos en el artículo 37 de la Constitución sólo pueden delimitarse por el Legislador, quien es el facultado para definir el marco de acción de la autoridad administrativa y las restricciones a estos derechos, también es cierto que la misma disposición Constitucional somete la protección de estas prerrogativas a la licitud del objeto de la reunión o manifestación, aunado a que tales actividades deben ejercerse de forma pacífica.

Tales condiciones constituyen un presupuesto del goce de estos derechos que implica que la violencia, sin importar en qué momento se produzca; si como un exceso, a lo que comenzó en términos pacíficos o como el objetivo de una manifestación particular, escapa de la garantía de los derechos, al salirse de su contorno material.

Así pues, es claro que las prerrogativas establecidas en el artículo 37 Superior tienen un contorno material del cual no solo escapan los objetivos ilícitos, sino además las manifestaciones o reuniones violentas.

Vale resaltar que, si bien una manifestación pacífica puede obstruir las vías públicas o limitar la circulación por algún lugar en razón a la ocupación de un espacio público, tal situación, *per se* no configura la tipicidad de los delitos previstos en los artículos 353 A y 353 del Código Penal⁶¹, pues el objetivo de esta

⁶¹ Modificados por los artículos 44 y 45 de la Ley 1453 de 2011 - Los tipos penales de “obstrucción de vías” y “perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional con Sentencia C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

no es obstruir las vías, sino comunicar una idea, lo cual se lleva a cabo en el marco de una reglamentación, aun cuando tenga el anterior efecto de manera temporal.

El ejercicio de estos derechos (*reunirse y manifestarse pública y pacíficamente*) es un mecanismo de la protesta, la cual busca irrumpir en la cotidianidad para exteriorizar una idea acerca de un elemento de la vida en sociedad y “*tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades [de] ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades*”⁶². Sin embargo, tal ejercicio no puede paralizar el desarrollo normal de las actividades en comunidad. En otras palabras, el derecho a protestar o a manifestarse públicamente, no puede anular los derechos de las personas que no están en esa manifestación, aunque momentáneamente padezcan de la limitación de algunos de sus derechos.

En efecto, acciones como la movilización por vías, la ocupación de una plaza pública, el ruido o el reparto de folletos, son elementos que sirven para protestar y llamar la atención de la ciudadanía y las autoridades, las cuales genera una tensión, e incluso entran en conflicto, con el goce pleno de los derechos a la locomoción o a la tranquilidad; no obstante, la naturaleza del derecho a la protesta en esta modalidad, requiere de la utilización de lugares de tránsito público como espacio de participación y, en cualquier caso, se parte de que tales irrupciones son temporales, aunque unas tomen más tiempo que otras.

La jurisprudencia Constitucional, como por ejemplo, la sentencia C-742 de 2012, señaló que la Constitución autorizó al Legislador para establecer los términos del ejercicio del derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente, por lo que dicha autoridad era la encargada de expedir la reglamentación con la que se definieran las medidas para que su ejercicio “*no afecte de manera significativa el desarrollo normal de las actividades urbanas, se asegure la circulación, los derechos de quienes no participan en la manifestación pública y se promueva la tolerancia*”.

Por otro lado, recalcó que la Carta Fundamental rechaza cualquier forma de manifestaciones violentas; las que no se justifican desde ningún punto de vista, dada, además, la existencia de diversos medios legítimos para expresar las

⁶² Sentencia C-742 de 2012 M.P. María Victoria Correa Calle.

inconformidades ciudadanas previstas en las leyes que reglamentan los mecanismos de participación.⁶³

Desde tal perspectiva, es evidente que el ejercicio de los derechos a la reunión y manifestación pública y pacífica, al tener lugar en el espacio público, inciden en los derechos y deberes de otros ciudadanos y en la posibilidad del uso de los bienes públicos. Luego, aun cuando la protección a esta libertad es amplia, no es posible, a la luz del estatuto superior, que su ejercicio desencadene un desequilibrio irrazonable en relación con los derechos de terceros, la seguridad ciudadana y el orden público, ni puede significar un bloqueo absoluto de la vida en sociedad. Por tanto, las colisiones que se presenten entre estos derechos, deben ser resueltas a partir del juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

En suma, los derechos a la reunión y a la manifestación pública y pacífica son derechos de libertad, fundamentales y autónomos y están interrelacionados con los derechos a la libertad de expresión, de asociación y participación. Inclusive, se ha determinado que el ejercicio de estos derechos es una manifestación del derecho a la libertad de expresión. Así mismo, sólo es posible su limitación mediante ley, y la protección a la comunicación, colectiva, estática o dinámica, de ideas, opiniones o de la protesta, está supeditada a que se haga de forma pacífica, lo cual excluye las manifestaciones que se hagan con uso de la violencia o que ostenten un objeto ilícito.

En punto a la legitimación del derecho a la protesta pacífica, la Sala destaca el pronunciamiento realizado por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil en sentencia de 22 de septiembre de 2020 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona), en el que se adujo:

“Algunas de las autoridades accionadas alegaron en la réplica al escrito inaugural que los suplicantes carecían de interés para accionar, dado que no acreditaron estar involucrados, directamente, en las manifestaciones objeto de la contienda y, por ello, sus pedimentos debían ser desestimados.

⁶³ Sentencia C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa. “4.6. Y es importante resaltar lo siguiente. La Constitución rechaza expresamente el uso de la violencia dentro del marco del Estado de derecho. Cuando existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad, como el estatuto de la oposición, la revocatoria de mandato, el principio de la soberanía popular, el control de constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de cumplimiento y las acciones populares, o las manifestaciones pacíficas, pierden sustento los posibles motivos usados para legitimar la confrontación armada o las actitudes violentas de resistencia a la autoridad. Para la Corporación,

“[...] los correctivos a las fallas en el manejo del poder político tienen que ser de derecho y no de hecho. La vía de hecho no puede, bajo ningún aspecto, conducir al restablecimiento del orden, no sólo por falta de legitimidad in causa para ello, sino porque siempre es, dentro del Estado de Derecho, un medio inadecuado, desproporcionado y generador de desorden”.

Al respecto, se aprecia que los accionantes plantearon la salvaguarda desde la óptica de la “amenaza” a sus garantías en el ejercicio de la protesta pacífica ante las “sistemáticas” agresiones del ESMAD, que, en su percepción, les restringe tal prerrogativa por el temor que les genera dicho cuerpo policial. Pero, además, es inocultable, algunos de los intervinientes han visto afectados sus derechos fundamentales directamente.

Bajo ese horizonte, los tutelantes tienen legitimación para implorar protección a sus derechos fundamentales porque de acuerdo con el canon 1° del Decreto 2591 de 1991, “(...) toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (...)” el auxilio a sus intereses, cuando éstos resulten amenazados por entidades públicas como las aquí enjuiciadas. Con esa comprensión, para el caso, no se requiere que todos o algunos de los actores hubiese participado en los hechos acá esbozados, pues el ejercicio del ruego tuitivo no está supeditado a un requisito previo que impida concurrir a quien se sienta afectado en sus derechos, para clamar el amparo de la Constitución Política a través de esta vía, aspecto que, a su vez, descarta per se, el incumplimiento del presupuesto de inmediatez alegado por la pasiva.

(...)”.

Así las cosas, es evidente que el señor Sánchez García se encuentra legitimado para acudir en procura del derecho a la protesta social de quienes participaron en las marchas convocadas, con ocasión del paro nacional, en forma independiente si este participó o no en ellas.

Ahora bien, la Sala encuentra que la tutela se centra en esencia, en la crítica a las medidas policivas y sociales de las entidades sociales, con el fin de hacer frente al paro nacional, pues en su sentir se incurrió en exceso de fuerza y en actitudes tendientes a estigmatizar el movimiento social.

Pues bien, se encuentra que existe unidad de objeto entre este amparo y la acción de tutela identificada con el radicado número 11001-03-15-000-2021-02367-00, decidida por esta Sala mediante sentencia de 5 de agosto de 2021, cuyo ponente fue el Magistrado, doctor César Palomino Cortés; en la medida que las dos acciones constitucionales buscan revisar el accionar del aparato policial del estado, que el actor señala como contrario a la Constitución Política, debido a las posibles acciones por exceso en el uso de la fuerza, u omisiones, por ausencia de control, en que incurrieron las accionadas.

Asimismo, se infiere la existencia de unidad de causa, por cuanto, ambas acciones constitucionales tienen como asidero el movimiento social surgido debido al paro

nacional de abril de 2021 y la dinámica en torno a este.

En ese contexto, es de destacar que esta Sala, mediante la mencionada sentencia, efectuó un análisis de la pertinencia constitucional de los argumentos planteados por el actor, en los siguientes términos:

(...)

Los hechos cuestionados en el presente asunto, permiten advertir que, en parte, el comportamiento desplegado por los efectivos de la Policía Nacional y del ESMAD, surge de la falta de capacitación y práctica de los protocolos definidos recientemente por la institución, con los cuales los uniformados puedan identificar los momentos en los que es procedente el uso de la fuerza de acuerdo con los postulados establecidos en el Decreto N° 003 de 2021 y demás normas concordantes, toda vez que la normativa que regula el proceder de los efectivos en eventos de manifestaciones no han sido debidamente socializadas y asimiladas por sus integrantes dado que no se observa en la práctica la aplicación adecuada de los conceptos definidos en dichas disposiciones.

Cabe agregar que el Decreto 003 de 2021, fue expedido el 5 de enero de este año y hasta ahora, según lo probado, por la Policía Nacional, con los documentos allegados al expediente de tutela, es que las instrucciones y socialización que se ha impartido de dicho Estatuto solo se ha limitado a funcionarios superiores y no al personal de campo que atiende las situaciones generadas en medio de las manifestaciones.

Adicionalmente, se debe destacar que a pesar de que el Gobierno Nacional y las administraciones territoriales han implementado Puestos de Mando Unificado – PMU e instalado de mesas de trabajo de concertación con los representantes de los manifestantes en cada una de las ciudades y municipios con la presencia de la Policía Nacional, lo cierto es que los escenarios de confrontación en los que han participado miembros de la fuerza pública han sido una constante, lo que demanda por parte de las accionadas y las vinculadas una labor más activa frente al acompañamiento y seguimiento de las protestas sociales.

De este modo, si bien se evidencia que las entidades accionadas han realizado diferentes actividades previas y concomitantes a las manifestaciones iniciadas desde el 28 de abril de 2021 y días siguientes, de las previstas en el Decreto 003 de 2021, es necesario indicar que sus esfuerzos no han sido suficientes, pues no se advierte que el acompañamiento a las manifestaciones sea una labor permanente, especialmente del Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, pues se reitera, el desarrollo de las manifestaciones demuestra uso excesivo de la fuerza, en la que se privilegia el uso de armas como elemento principal, y no se acredita en el plenario, la implementación real y en campo de los protocolos dispuestos por el precitado Decreto 003.

No obstante, para la Sala es importante resaltar que el derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica previsto en el artículo 37 superior, no es absoluto, pues como se indicó en líneas anteriores, dichas prerrogativas están limitadas a que se ejerzan de manera sosegada y tranquila, tal como lo expresa la misma norma constitucional, o en su defecto a que se desarrolle conforme con los parámetros definidos por el legislador.

Lamentablemente, las manifestaciones pacíficas que se han realizado en las distintas ciudades y municipios de nuestro país se han visto empañadas por episodios de vandalismo extremo, dado que algunos de los participantes han tenido algunas reacciones violentas contra los integrantes de la fuerza pública, los bienes del Estado y los bienes de los particulares de forma indiscriminada, generando caos y zozobra en los territorios, por lo que estas situaciones han ocasionado la intervención de la fuerza pública, quienes a través de la indumentaria y el armamento que portan deben ejercer las acciones concomitantes a las protestas y marchas, previstas en el Decreto 003 de 2021, para restablecer el orden, en favor de la seguridad de las personas que no participan en dichas marchas y de los bienes públicos y privados.

Al respecto, se debe señalar que la garantía constitucional de reunirse y manifestarse públicamente no otorga per se el derecho a los servidores públicos (miembros de la fuerza pública, personal gubernamental y de las entidades de control que acompañan las marchas), para atentar contra los bienes jurídicos protegidos por la constitución y la ley, toda vez que el respeto por la vida e integridad de las personas no solo es una obligación del Estado, sino que también es un deber ciudadano que habita en el territorio nacional, tal y como se desprende de los numerales 1, 3 y 4 del artículo 95 de la Constitución, los cuales indican lo siguiente: "(...) 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; (...) 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales; (...) 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; (...)".

Bajo este entendido, es pertinente aclarar que el equipamiento con el que cuenta el ESMAD para ejercer su función constitucional (artículo 218) y legal de preservar el orden público y la convivencia pacífica, impone el deber de garantizar y respetar los derechos fundamentales tanto de las personas que marchan y se manifiestan pacíficamente, como de aquellos que no participan en dichas actividades; por esta razón, cualquier comportamiento de los miembros de la fuerza pública contrario al ordenamiento jurídico debe ser denunciado y puesto en conocimiento de las autoridades competentes a través de los instrumentos legales definidos para ello, con el fin de que se inicien y tramiten las investigaciones correspondientes y se sancione a los responsables.

En este contexto, si bien los hechos acreditados en el expediente de tutela dan cuenta del uso excesivo de la fuerza, también es cierto que están acreditados los casos de vandalismo y acciones violentas por parte de algunos manifestantes que han puesto en peligro los bienes jurídicos de los cuales son titulares los ciudadanos que no se encontraban inmersos en las manifestaciones. En consecuencia, las autoridades disciplinarias y penales han procedido a iniciar las acciones respectivas

para identificar a los responsables, para procesarlos y/o judicializarlos, tal y como se evidencia de las actuaciones adelantadas por las entidades de control reseñadas en esta providencia.

En este sentido, es pertinente advertir que frente al uso excesivo de la fuerza por parte de la Policía Nacional y el ESMAD, en la actualidad existen algunas decisiones de jueces de tutela, mediante las cuales se ha accedido al amparo de los derechos fundamentales a la protesta pacífica, la vida, integridad personal, libertad y debido proceso, entre otros; y en consecuencia, se ha ordenado a las autoridades gubernamentales, administrativas, a la Policía Nacional y al ESMAD, adoptar unos protocolos claros y precisos que permitan garantizar el goce de los derechos protegidos; asimismo, se ha ordenado a las entidades accionadas acogerse y poner en práctica los lineamientos diseñados para la atención de las manifestaciones públicas, aunado a la promoción de capacitaciones dentro de la Policía Nacional para que el personal socialice dichas directrices.

En virtud de lo anterior, la Sala considera que emitir una decisión en el mismo sentido de las que ya se han fallado desnaturalizaría este mecanismo constitucional de protección, dilatando el cumplimiento de las decisiones y generando confusión respecto de las ordenes que deben acatarse por parte de las autoridades gubernamentales para la protección de los derechos fundamentales; razón por la cual lo procedente es atender lo ordenado por los jueces constitucionales en los otros amparos y, de ser el caso, propender por su cumplimiento a través de los respectivos incidentes de desacato, que deberán iniciar los titulares de los derechos protegidos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que las decisiones judiciales de tutela que se han emitido hasta el momento guardan relación con las pretensiones expuestas en las demandas incoadas, en tanto le han ordenado Gobierno Nacional, la Policía Nacional, y las entidades de control (Procuraduría y Defensoría) del orden nacional y territorial, mantener la neutralidad y no estigmatización de las personas que participan en las movilizaciones y manifestaciones pacíficas, la implementación del protocolo de acciones preventivas concomitantes y posteriores previstas en el Decreto 003 de 2021 “Estatuto de Reacción, Uso, Verificación de la Fuerza Legítima del Estado, y Protección del Derecho a la Protesta Pacífica Ciudadana”, y el control de armas de fuego, con el fin de garantizar que el uso de la fuerza por parte de los uniformados corresponda a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, dentro de los supuestos establecidos en el artículo 166 de la Ley 1801 de 2016.

Adicionalmente cabe mencionar, que debido a los sucesos sociales acaecidos en materia de protesta social en país, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en sentencia STC 7641-2020 del 22 de septiembre de 2020, conminó al Gobierno Nacional para iniciar acciones que permitan fomentar la confianza institucional de los ciudadanos hacia la Policía Nacional, y en particular del ESMAD, razón por la cual el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa – Policía Nacional, procedió a elaborar y radicar algunos proyectos de ley, con el fin de establecer mejores prácticas institucionales en asuntos relacionados con manifestaciones públicas y derechos

humanos. En este sentido, el Congreso de la República es el escenario idóneo para discutir y definir el alcance de los protocolos y procedimientos de la Policía Nacional, atendiendo, entre otros aspectos, las recomendaciones dadas al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH en su visita a Colombia, dado el momento histórico por el que atraviesa el país.

(...)

En ese orden, el estudio de la Sala concluyó con la orden de amparo contenida en esa providencia, en los siguientes términos:

“PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la reunión y manifestación pública y pacífica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad y libre movilización de los accionantes y demás ciudadanos protestantes pacíficos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. (Resalta la Sala).

SEGUNDO: ORDENAR a la Policía Nacional - Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie un proceso de capacitación de sus patrulleros, oficiales y suboficiales, en ética y derechos humanos, conocimiento, socialización y entendimiento del Decreto 003 de 2021; en especial de los principios básicos sobre el uso de la fuerza, acciones preventivas, concomitantes y posteriores, empleo de armas y dispositivos menos letales, particularmente el lanza cohetes Venom; y la jurisprudencia de las Altas Cortes, relativas al derecho fundamental de la protesta pacífica y no violenta en Colombia, para que actúen como agentes de paz y garanticen el derecho a la vida e integridad personal de los marchantes y no marchantes y así evitar el uso desproporcionado de la fuerza.

TERCERO: ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría de Pueblo, para que a través de sus delegadas y representantes, en cumplimiento de sus funciones legales, constitucionales y reglamentarias, especialmente, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 del Decreto 003 de 2021, a partir de la notificación de esta providencia y en las próximas movilizaciones y marchas que se convoquen y que surjan en ejercicio del derecho de manifestación pacífica en el territorio nacional, procedan, antes y después de estas actividades, a solicitar y verificar el listado del personal asignado por la Policía Nacional y el Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD, que hacen el acompañamiento de las mismas, el tipo de armas, elementos y dispositivos no letales que se emplearán con sus respectivos seriales de identificación.

CUARTO: CONMINAR a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para que de manera célere, prevalente y especial realicen las investigaciones penales y disciplinarias por los posibles hechos delictivos y de abuso de poder de los servidores públicos, acaecidos en el marco de las protestas desarrolladas desde el día 28 de abril de 2021 y siguientes en el territorio nacional, con la

finalidad de que los acciones penales y disciplinarias no prescriban, toda vez que las resultas de esos procesos representan un interés nacional por el momento histórico que atraviesa el país.

QUINTO: CONMINAR a la Fiscalía General de la Nación para que de manera celeré, prevalente y especial, realice las investigaciones penales por los posibles hechos delictivos en los que resultaron afectados los integrantes de la Policía Nacional y del ESMAD en su integridad física, así como los bienes públicos y privados, durante el desarrollo de las protestas realizadas desde el día 28 de abril de 2021 y siguientes, en el territorio nacional.

SEXTO: CONMINAR a los ciudadanos manifestantes para que adelanten el ejercicio del derecho legítimo de reunirse y manifestarse públicamente de manera pacífica y cumplan con el deber de denunciar aquellas conductas al margen de la ley realizadas por quienes ejecuten actos violentos que atenten contra los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

(...)"

Corolario de lo anterior, la Sala observa que la sentencia en cita otorgó una protección amplia del derecho de protesta, puesto que, además de amparar el derecho deprecado por los accionantes dentro del expediente 11001-03-15-000-2021-02367-00, extendió dicha protección a “*los demás ciudadanos protestantes pacíficos*”, circunstancia esta en la que ciertamente se encuentra el señor Sánchez García.

En ese orden, la Sala no desconoce que, aun cuando se trata de expedientes diferentes, la protección otorgada en la sentencia de 5 de agosto de 2021, resulta ser predicable en el asunto de la referencia, máxime cuando del escrito de tutela no se advierte una situación excepcional que amerite un mayor estudio del caso, por lo cual se dispondrá estarse a lo resuelto en la referida providencia, según lo anotado en líneas anteriores.

III. DECISIÓN

En conclusión, la Sala revocará la sentencia de 15 de julio de 2021 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, dentro del asunto de la referencia; en su lugar, se dispondrá estarse a lo resuelto en la providencia de 5 de agosto de 2021 (C.P. César Palomino Cortés) dentro del radicado 11001-03-15-000-2021-02367-00, conforme con lo expuesto en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de 15 de julio de 2021, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, dentro de la tutela de la referencia, atendiendo a las razones expuestas en la parte considerativa de la providencia.

SEGUNDO. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia de 5 de agosto de 2021, proferida por esta Sala dentro de la tutela con radicado número 11001-03-15-000-2021-02367-00, conforme lo señalado en precedencia.

TERCERO. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Envíese copia de esta providencia al Despacho de origen.

Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

ACCIÓN DE TUTELA / ACLARACIÓN DE VOTO / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE REUNIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE MOVILIZACIÓN / DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA / DAÑO ANTIJURÍDICO POR ACTO VANDÁLICO / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA PÚBLICA / PARO NACIONAL / EFECTOS INTER COMUNIS DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EFECTOS INTER PARTES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

[P]rocedo a aclarar el voto (...) por cuanto si bien se comparte la apreciación acerca de la vulneración constitucional advertida en la decisión judicial objeto de aclaración, se dispuso en su parte decisoria estarse a lo resuelto en la sentencia de 5 de agosto de 2021, dictada por esta Sala dentro de la acción de tutela 11001-03-15-000-2021-02367-00, al estimar que en esa providencia, además de tutelar los derechos fundamentales invocados por los allí actores, se extendió dicha protección a «los demás ciudadanos protestantes pacíficos», circunstancia en la que se halla el aquí tutelante (...) [S]e advierte que si bien es cierto que en el citado fallo de 5 de agosto de 2021 (al que se ordena estarse a lo resuelto en la sentencia dictada en este asunto) se dispuso, además de amparar los derechos constitucionales fundamentales «a la reunión y manifestación pública y pacífica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad y libre movilización de los accionantes», conceder dicha protección a los «demás ciudadanos protestantes pacíficos», también lo es que no se consignó que esa providencia fuera dictada con efectos inter comunis, con el fin de garantizar el principio de igualdad, lo que resultaba indispensable para hacer extensivos sus efectos al aquí accionante (...) [S]e advierte que a pesar de que el tutelante aduce la condición de manifestante, la orden de «estarse a lo resuelto» en la sentencia de 5 de agosto del año en curso da a entender que en ella ya se decidió el amparo que aquí depreca, lo cual no se ajusta a la realidad, toda vez que el señor [S.G.] no promovió esa acción constitucional ni fue vinculado a tal asunto, por ende, tampoco tendría certeza acerca de cuál de las decisiones judiciales puede exigir el cumplimiento. Por consiguiente, estimo que, con la finalidad de salvaguardar la efectiva protección constitucional que se solicita, lo jurídicamente correcto en la parte decisoria del fallo era, en primer lugar, amparar, de manera expresa, los derechos fundamentales invocados por el actor en el presente trámite y, en segundo, expresar que, para asegurar su materialización, no resultaba necesario señalar medidas distintas o adicionales a las ordenadas en la referida sentencia de tutela de 5 de agosto de 2021, puesto que con ellas también garantizan las prerrogativas superiores cuya protección reclama el tutelante.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 20 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 37 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 189 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 213 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 216 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 218 / CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA - ARTÍCULO 22 / LEY 1801 DE 2016 - ARTÍCULO 166 / CÓDIGO PENAL - ARTÍCULO 353 A / DECRETO 2591 DE 1991

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Aclaración de voto

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-02477-01(AC)AV

Actor: JOSÉ LEONARDO SÁNCHEZ GARCÍA

Demandado: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, COMANDANTE DEL EJÉRCITO NACIONAL, DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL, COMANDANTE DEL ESCUADRÓN MÓVIL ANTIDISTURBIOS (ESMAD); PROCURADOR Y FISCAL GENERALES DE LA NACIÓN Y DEFENSOR DEL PUEBLO

Con mi acostumbrado respeto, procedo a aclarar el voto en relación con la providencia adoptada en sala de subsección de 22 de septiembre de 2021 en el asunto del epígrafe, por cuyo conducto se revocó la sentencia de 15 de julio del año en curso, por medio de la cual esta Corporación (subsección A de la sección segunda) declaró improcedente la tutela de la referencia.

Lo anterior, por cuanto si bien se comparte la apreciación acerca de la vulneración constitucional advertida en la decisión judicial objeto de aclaración, se dispuso en su parte decisoria estarse a lo resuelto en la sentencia de 5 de agosto de 2021, dictada por esta Sala dentro de la acción de tutela 11001-03-15-000-2021-02367-00, al estimar que en esa providencia, además de tutelar los derechos fundamentales invocados por los allí actores, se extendió dicha protección a «*los demás ciudadanos protestantes pacíficos*», circunstancia en la que se halla el aquí tutelante, por consiguiente, pese a que se trata de trámites diferentes, el amparo concedido en el citado fallo «*[...] resulta ser predicable en el asunto de la referencia, máxime cuando del escrito de tutela no se advierte una situación excepcional que amerite un mayor estudio del caso [...]*». Pero, al respecto, cabe realizar algunas precisiones jurídicas.

En principio, los fallos dictados dentro de acciones de tutela, conforme al artículo 48 (numeral 2)⁶⁴ de la Ley 270 de 1996⁶⁵, producen efectos *inter partes*, esto es, la determinación allí adoptada únicamente concierne a quienes concurrieron a ese trámite constitucional, sin embargo, existen algunos asuntos de esta naturaleza en los que por sus particularidades resulta indispensable extender esos efectos subjetivos, lo que ha desarrollado la Corte Constitucional a través de los denominados efectos *inter comunis* e *inter pares*.

⁶⁴ «Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

[...]

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

[...]

⁶⁵ «Estatutaria de la administración de justicia».

En lo que atañe a los efectos *inter comunis*, se tiene que estos constituyen «[...] un dispositivo de amplificación de la decisión que [se] utiliza cuando [se] advierte que, en razón de las particularidades fácticas del caso, el accionante pertenece a un grupo de personas cuyos intereses [...]» son (i) «Inversamente proporcionales, por lo que las órdenes que imparta pueden afectarlas en distinto grado y, por ello, resulta necesario tomar las medidas correspondientes para atender adecuadamente dicha tensión [...]»⁶⁶; o (ii) «Paralelos y, en virtud de consideraciones relacionadas con el principio de igualdad, la economía procesal o la especial protección constitucional que gozan ciertos sujetos, se torna imperioso que las consecuencias del fallo se extiendan a todos los miembros de la respectiva colectividad»⁶⁷.

La Corte Constitucional aplicó por primera vez los efectos *inter comunis* en la sentencia SU-1023 de 2001⁶⁸, por cuanto en el caso bajo estudio en esa oportunidad se concluyó que la orden dirigida al liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S. A., consistente en que diera prelación al pago de las pensiones de jubilación sobre otras clases de créditos, no podía beneficiar exclusivamente a los accionantes sin desconocer los intereses de los demás acreedores de este tipo.

Por otro lado, a los efectos *inter pares*⁶⁹ se acude «[...] cuando frente a un problema jurídico determinado [...] existe una única respuesta válida de conformidad con los mandatos constitucionales, la cual debe aplicarse en todos los casos similares sin excepción alguna. En este sentido, debe llamarse la atención de que la regla jurisprudencial fijada para solucionar la controversia puede estar fundada en: (i) una excepción de inconstitucionalidad [...], o (ii) en una interpretación determinada de un conjunto de normas para un escenario fáctico específico»⁷⁰.

Así las cosas, se concluye que por disposición legal los fallos de tutela producen efectos *inter partes*, sin embargo, en casos excepcionales, es factible extender aquellos a sujetos diferentes a los que participaron en esa acción constitucional por conducto de los efectos *inter comunis* e *inter pares*.

Con base en lo anterior, se advierte que si bien es cierto que en el citado fallo de 5 de agosto de 2021 (al que se ordena estarse a lo resuelto en la sentencia dictada en este asunto) se dispuso, además de amparar los derechos constitucionales fundamentales «a la reunión y manifestación pública y pacífica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad y libre movilización de los accionantes», conceder dicha protección a los «demás ciudadanos protestantes pacíficos», también lo es que no se consignó que esa providencia fuera dictada con efectos *inter comunis*, con el fin de garantizar el principio de igualdad, lo que resultaba indispensable

⁶⁶ Sentencia SU-37 de 2019, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁹ Se han impartido estos efectos en el auto 71 de 2001, M. S. Manuel José Cepeda Espinosa, y en la sentencia SU-214 de 2016, M. P. Alberto Rojas Ríos, de la Corte Constitucional.

⁷⁰ Sentencia SU-37 de 2019, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

para hacer extensivos sus efectos al aquí accionante, conforme se expuso en precedencia.

Además, se advierte que a pesar de que el tutelante aduce la condición de manifestante, la orden de «*estarse a lo resuelto*» en la sentencia de 5 de agosto del año en curso da a entender que en ella ya se decidió el amparo que aquí depreca, lo cual no se ajusta a la realidad, toda vez que el señor Sánchez García no promovió esa acción constitucional ni fue vinculado a tal asunto, por ende, tampoco tendría certeza acerca de cuál de las decisiones judiciales puede exigir el cumplimiento.

Por consiguiente, estimo que, con la finalidad de salvaguardar la efectiva protección constitucional que se solicita, lo jurídicamente correcto en la parte decisoria del fallo era, en primer lugar, amparar, de manera expresa, los derechos fundamentales invocados por el actor en el presente trámite y, en segundo, expresar que, para asegurar su materialización, no resultaba necesario señalar medidas distintas o adicionales a las ordenadas en la referida sentencia de tutela de 5 de agosto de 2021, puesto que con ellas también garantizan las prerrogativas superiores cuya protección reclama el tutelante.

A partir de los anteriores prolegómenos, aclaro mi voto, insisto, al considerar que, pese a que comparto la decisión de revocar la sentencia de primera instancia, al estimar que, contrario a lo allí determinado no deviene en improcedente esta acción, sino que se configura el quebranto constitucional alegado por el tutelante, se debieron amparar sus prerrogativas superiores de manera individual y concreta, en lugar de disponer estarse a lo resuelto en la sentencia de 5 de agosto de 2021, emitida dentro del expediente de tutela 11001-03-15-000-2021-02367-00, y acoger dicha sentencia para plantear que carecía de objeto dictar órdenes adicionales a las allí impartidas, dado que también protegen los derechos fundamentales del actor.

Atentamente,

CARMELO PERDOMO CUÉTER