Garantías del derecho a la protesta social en Colombia: una propuesta desde el garantismo ferrajoliano

Diego Alain Navajas Barrera

Trabajo de grado para optar el título de abogado

Directora

Natalia Sánchez Rodríguez

Magister en derecho con énfasis en derecho administrativo

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

2023

Dedicatoria

A la causa vital de nuestro mundo, a mi familia y a mi alma máter la Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, quienes fueron los factores cruciales para que este proyecto se realizara en el espacio y momento apropiado.

Agradecimientos

A mi directora de tesis Natalia Sánchez Rodríguez, por sus aportes, lectura y sugerencias sobre los contenidos de este trabajo de investigación. A la profesora Joyce Katherine Cuadrado Siosy, por sus recomendaciones sobre el diseño metodológico. Y a María Alejandra Castro Galán y Diego Francisco Calderón Aponte, mis asesores de investigación con quienes nació la idea de investigar la protesta social en nuestro país.

Contenido

Introducción 13

1. Garantías del derecho a la protesta social en Colombia: una propuesta desde el garantismo ferrajoliano 18

1.1 Objetivos 18

1.1.1 Objetivo general 18

1.1.2 Objetivos específicos 18

2. Diseño metodológico 19

2.1 Tipo de investigación: básica (pura) 19

2.2 Tipo de estudio: descriptivo 19

2.3 Métodos de investigación: inductivo y analítico 20

2.4 Unidades o fuentes de información 20

2.5 Técnicas de construcción y análisis de información 21

2.5.1 Análisis jurisprudencial 21

2.5.2 Análisis documental 22

3. Marco teórico 23

3.1 El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo como paradigma del derecho: un panorama general 23

3.2 El neoconstitucionalismo y algunas teorías para la defensa de los derechos fundamentales 27

3.2.1 Teoría de la argumentación jurídica 27

3.2.2 El principialismo 28

3.2.3 El garantismo 29

3.3 El garantismo de Luigi Ferrajoli: del garantismo penal al garantismo de los derechos..... 30

3.3.1 Los tres sentidos del garantismo penal 30

3.3.2 Los tres sentidos del garantismo de los derechos 32

3.4 El modelo normativo de derecho y las garantías..... 33

3.5 Una apuesta: el garantismo del derecho fundamental a protestar 35

4. La protesta social y los derechos humanos..... 36

4.1 El derecho fundamental a protestar..... 37

4.2 Derechos humanos relacionados con el ejercicio del derecho a protestar 40

4.2.1 La protesta social y el derecho de reunión..... 41

4.2.2 Protesta y expresión 42

4.2.3 Acción colectiva, protesta y derecho de asociación..... 43

4.2.4 Libertad de asociación sindical, huelga y otras formas de protesta..... 43

4.2.5 Participación en política desde la protesta social..... 44

4.3 Núcleo básico de protección del derecho a protestar 46

5. La protesta social en la Corte Constitucional. Narrativa jurisprudencial..... 49

5.1 Consideraciones previas al análisis jurisprudencial..... 50

5.2 Estructura y composición de la línea jurisprudencial..... 51

5.2.1 Escenarios constitucionales del derecho a la protesta social..... 51

5.2.2 Formulación del problema jurídico y polos decisionales 54

5.2.3 Sentencia arquimédica: STC-7641-2020 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia 54

5.2.4 Nicho citacional de primer y segundo nivel 55

5.2.5 Conjunto de sentencias relevantes a analizar 56

5.2.6 Línea jurisprudencial graficada 57
5.3 Narrativa jurisprudencial 59
5.3.1 Nacimiento de la línea jurisprudencial en materia de protesta social (1992-1994) 59
5.3.2 Reconfiguración de la línea jurisprudencial sobre la protesta social (2000-2016): aciertos y desaciertos 61
5.3.3 El nuevo paradigma garantista del derecho a protestar (2017-actualidad) 63
6. La protesta social en Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el control de convencionalidad 65
6.1 La protesta social en el SIDH 66
6.1.1 Declaración Americana de DDHH (1948) 66
6.1.2 Convención Americana de DDHH (1969) 67
6.1.3 Declaración de principios sobre la libertad de expresión (2000) 67
6.1.4 Carta Democrática Interamericana (2001) 68
6.2 Lineamientos jurídicos de protección y garantía del derecho a protestar 69
6.2.1 La protesta es un derecho democrático que permite la participación ciudadana en la política 70
6.2.2 Derecho a la protesta pacífica y no violenta 71
6.2.3 La protesta social goza de reserva legal en materia de su eventual regulación (principio de legalidad) 72
6.2.4 Protección de los discursos de protesta y el derecho de la libertad de expresión 74
6.2.5 Prohibición de los discursos violentos y de apología al odio en medio de las manifestaciones sociales 76

6.2.6 Libertad de asociación con fines políticos, ideológicos, sociales y de cualquier otra índole incluido los fines de protesta social 78
6.3 El control de convencionalidad 81
6.3.1 Dos tesis sobre el control de convencionalidad 83
6.3.2 Modalidades del control de convencionalidad 85
6.3.3 El control de convencionalidad en Colombia: la postura de la Corte Constitucional vía bloque amplio de constitucionalidad 86
6.3.4 Control de convencionalidad y protesta social: referentes teóricos y normativos 89
6.3.5 La competencia de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos 91
6.4 Justiciabilidad en materia de la protesta social en el SIDH 93
7. El garantismo y las garantías del derecho a protestar 95
7.1 El cambio de paradigma entre la constitución de 1886 y la de 1991 96
7.2 El aviso previo de las movilizaciones sociales 99
7.3 La reserva legal (estatutaria) sobre el derecho a protestar 101
7.4 La protección de la protesta y la libertad de expresión 104
7.5 El choque entre el derecho a la protesta y otros derechos 106
7.6 El uso de la fuerza y la prevalencia del diálogo 109
7.7 Justiciabilidad del derecho a protestar 111
8. Conclusión 115
Referencias 118

Lista de tablas

Tabla 1. *Unidades o fuentes de información* ……20

Tabla 2. *Criterios de inclusión y exclusión de las unidades o fuentes de información*…….21

Tabla 3. *Polos decisionales de la línea jurisprudencial*…….54

Tabla 4. *Nicho citacional de la línea jurisprudencial*…….56

Tabla 5. *Conjunto de sentencias a analizar en la línea jurisprudencial*…….57

Tabla 6. *La protesta social en el SIDH*…….69

Tabla 7. *Resumen de los lineamientos jurídicos de protección y garantía de la protesta social en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humano.*…….79

Lista de figuras

Figura 1. *Núcleo duro o ámbito irreductible del derecho a protestar* ……48

Figura 2. *Escenarios constitucionales del derecho a protestar* ……..……52

Figura 3. *Línea jurisprudencial sobre el derecho a protestar (1992-2021)*……58

Figura 4. *Dos tesis sobre el control de convencionalidad*……85

Figura 5. *Referentes teóricos y normativos para el control de convencionalidad de la protesta social*……...…...…90

Resumen

El derecho a protestar hoy día es visto como un derecho necesario para nuestras democracias contemporáneas. Además, este derecho ha sido reconocido como derecho humano fundamental en varios tratados y convenios internacionales, así como también en los textos constitucionales de muchos Estados en el mundo. Así las cosas, este trabajo parte de dicha comprensión fundamental del derecho a protestar para realizar un estudio de este derecho humano desde el garantismo de Luigi Ferrajoli que surge dentro del fenómeno de la constitucionalización del derecho después de la segunda posguerra. La constitucionalización del derecho buscó entonces establecer la supremacía de la Constitución y la materialización de los derechos fundamentales y el garantismo fue una teoría y episteme construida en esta dirección. ¿Por qué estudiar los derechos fundamentales desde el garantismo? El garantismo ferrajoliano sostiene que para defender los derechos fundamentales hace falta establecer en el ordenamiento jurídico garantías de primer y segundo grado. Las primeras, para señalar prerrogativas a favor de cada derecho y las segundas para exigir su efectividad en caso de que se desconozcan las primeras. Dicho lo anterior, en este texto se estudia el derecho fundamental a protestar desde la óptica garantista y el objetivo primario de investigación es escudriñar aquellas garantías -primarias y secundarias- para la protección y defensa de este derecho fundamental en nuestro país. Con ese objetivo en mente se realiza un estudio exhaustivo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Palabras clave: derecho a protestar, constitucionalización del derecho, derechos fundamentales, garantismo, garantías del derecho a protestar

Abstract

The right to protest is now viewed as a necessary right for contemporary democracies. Furthermore, this right has attained the status of a fundamental human right in numerous international treaties, conventions, and constitutional texts from many countries around the world. Therefore, this paper begins by embracing this foundational comprehension of the right to protest, aiming to conduct a comprehensive examination of this human right through the lens of Luigi Ferrajoli's garantismo, a theory that emerged during the constitutionalization of law following the Second World War. The constitutionalization of law then sought to establish the supremacy of the Constitution and the materialization of fundamental rights, and garantismo is a theory and episteme built in this direction. Why do we study fundamental rights from the perspective of garantismo? Garantismo holds that to defend fundamental rights, it is necessary to establish first and second-degree guarantees in the legal system. The former indicates prerogatives in favor of each right and the latter demands their effectiveness when the former is disregarded. Hence, this study examines the fundamental right to protest from a guarantee perspective, and the primary research objective is to scrutinize these guarantees -primary and secondary- for the protection and defense of this fundamental right in our country. With this objective in mind, an exhaustive study was carried out in the jurisprudence of the Constitutional Court and the Inter-American Human Rights System.

Keywords: right to protest, the constitutionalization of law, fundamental rights, garantismo, guarantees of the right to protest

Abreviaturas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PICDP
Declaración Americana de Derechos Humanos	DUDH
Convención Americana de Derechos Humanos	CADH
Convenio Europeo de Derechos Humanos	CEDH
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	SIDH
Organización de los Estados Americanos	OEA
Relatoría Especial para la Libertad de Expresión	RELE
Sistema Universal de Derechos Humanos	SUDH
Organización de Naciones Unidas	ONU
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Co IDH
Organización Internacional del Trabajo	OIT

Introducción

El derecho a protestar, en líneas generales, puede ser entendido como aquel derecho humano que permite la defensa la democracia[1]. Así, en esta amplia concepción, podemos enunciar que el ejercicio de este derecho propicia la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (Lalinde Ordóñez, 2019), y en últimas, como aquel derecho humano que permite, mediante la expresión de las demandas sociales, la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad por parte del Estado (Rincón, 2011). Así, el derecho de protesta o manifestación se ha erigido dentro de nuestras sociedades como un derecho esencial para la vida de las naciones y, por tanto, se ha contemplado así en diversos tratados y convenios internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Muchos Estados han replicado esta misma decisión al contemplar este derecho humano dentro de sus Constituciones nacionales.

La importancia del derecho a protestar no solo se ve en su inclusión dentro de instrumentos internacionales o en textos constitucionales. Esta importancia democrática viene acompañada del reconocimiento de la protesta como derecho humano con estatus de fundamental, es decir, como un derecho necesario para toda la sociedad, que es inherente al carácter de ser humano; y el cual no puede ser desconocido por los Estados, aún en situaciones de anormalidad y descontrol social.

El presente trabajo de investigación parte de dicha comprensión sobre el derecho a protestar para proponer un estudio sobre la protesta desde el paradigma del garantismo. Este paradigma del derecho se explica desde el fenómeno conocido como la constitucionalización del derecho después

[1] Varios autores como Lalinde Ordóñez (2019), Ortegón Osorio (2016), Cruz Rodríguez (2015), Rincón (2011) y Gargarella (2005), aunque con diferentes matices, arriban a esta misma conclusión. En igual sentido, las recomendaciones de la Comisión Interamericana sobre la materia, las sentencias de la Corte Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sostienen que la protesta social es indispensable para el funcionamiento del sistema democrático.

de la segunda guerra. Con este fenómeno, surgieron entonces en el plano de la episteme jurídica nuevas teorías, corrientes y escuelas de pensamiento que buscaban interiorizar la nueva avanzada del derecho después de la segunda guerra mundial. Una de estas nuevas teorías fue el garantismo, el cual surgió como una teoría prominente desde la dogmática penal; esta, a su vez propendía por la creación de una serie de mínimos derechos con los cuales todo procesado debía contar pese a la comisión de un injusto, sin que el Estado pudiera vulnerar sus derechos fundamentales y su dignidad humana.

Dentro del garantismo podemos encontrar varios autores representativos; uno de ellos es Luigi Ferrajoli, quien no solo desarrolló la teoría del garantismo penal, sino que, por iniciativa propia, propuso la expansión del garantismo hacia el garantismo de los derechos fundamentales[2]. Al igual que Ferrajoli, otros autores han contribuido a la consolidación de una episteme garantista del derecho. Una muestra de ello son los aportes realizados en la materia por Ríos Ojeda (2021), Moreno Cruz (2007) y Peña Freire (1997), aunque con distintos enfoques, comparten una misma visión del derecho como creador de garantías para la protección de los derechos humanos. Esto, a la luz de la consolidación en la teoría jurídica contemporánea del Estado Democrático y Constitucional de Derecho, el cual tiene por ejes rectores el respeto de la dignidad humana, el establecimiento de nuevos derechos y la materialización del principio democrático (Ferrajoli, 1995; 2009).

En ese estado de cosas, y de acuerdo con el paradigma de garantista, la concepción de los derechos humanos pasa necesariamente por una reconceptualización en cuanto a la forma en que estos se protegen en el ordenamiento jurídico de cada país. Por esto, las garantías se convierten

[2] Dicha empresa teórica de Ferrajoli puede verse con claridad en su obra *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, en la cual explica que el garantismo de los derechos más allá de ser una teoría plausible, es una teoría necesaria para las sociedades que propugnan la defensa de los derechos fundamentales.

en una suerte de obligaciones para la protección de los derechos humanos fundamentales. Así, acorde con el paradigma garantista, un derecho fundamental se compone de diversas garantías para su protección y materialización, no sólo en el plano de su validez jurídica (normatividad) sino también en el ejercicio de la vida cotidiana (facticidad).

Desde el paradigma garantista, en este trabajo de investigación se conceptualiza el derecho humano fundamental a protestar con las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano para su ejercicio, así como para otros de los derechos humanos que se relacionan con la protesta. En ese sentido, este ejercicio permitió analizar el derecho a la protesta desde el lugar de pensamiento del garantismo jurídico, tomando como referencia la normatividad constitucional, especialmente, la jurisprudencia; y los lineamientos jurídicos establecidos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que obligan al Estado colombiano mediante el principio de convencionalidad.

Ahora bien, ¿por qué estudiar los derechos humanos y en particular el derecho a la protesta desde el garantismo? El estudio de los derechos humanos a partir del garantismo es una temática que la teoría jurídica contemporánea ha desarrollado progresivamente desde la aparición de una corriente epistémica garantista asumida desde esta disciplina. Desde entonces, los aportes a este objeto de estudio llaman la atención de teóricos e investigadores del derecho sobre la necesidad de conceptualizar los derechos humanos, en particular, desde esta nueva óptica en lo que se refiere al establecimiento de garantías y sus diferentes clases para lograr su protección y materialización.

Así, el estudio del derecho a la protesta que aquí se realiza permite, por un lado, alcanzar algunos fines teóricos como ahondar en la conexión que ha establecido la teoría jurídica contemporánea entre el garantismo y la forma en que este permite la protección de los derechos humanos fundamentales a la luz del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Concurrentemente, esta investigación sitúa el nivel y la óptica garantista que ha adoptado la Corte Constitucional, tanto por decisión interna como por adopción de parámetros convencionales sobre la protección de los derechos humanos. Lo anterior, en lo que se refiere al estudio del derecho a la protesta social y de los derechos humanos relacionados con este fenómeno.

Y finalmente, desde la normatividad abordada en esta investigación, el desarrollo analítico-investigativo permitió establecer un marco actual sobre los lineamientos jurídicos que rigen la protección del derecho a protestar y que, desde esta propuesta, se leen como garantías. Específicamente, se formuló un marco jurídico que incluye parámetros actuales establecidos por la jurisprudencia constitucional y por los instrumentos convencionales del Sistema Interamericano sobre la protesta y los derechos humanos relacionados con esta como la libertad de expresión, el derecho de reunión, la asociación y la participación política.

En adelante, este texto se encuentra divido en cuatro capítulos. El primero, referido a pensar la protesta social desde los derechos humanos y a escudriñar la relación que los derechos de reunión, de expresión, de asociación y de participación política sostienen con la protesta. En el segundo capítulo, se estudia la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y cómo este órgano ha evolucionado la forma en que comprende y protege este derecho fundamental. Enseguida, el tercer capítulo analiza la protesta desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en particular, el test de convencionalidad como garantía para la defensa del derecho a protestar.

Finalmente, en el capítulo cuatro se condensa el estudio sobre la protesta presentando las garantías para defender el derecho a protestar en el ordenamiento jurídico colombiano que se han establecido desde la Corte Constitucional y el Sistema Interamericano. En el apartado de la

conclusión se aborda el tema de por qué es fundamental poner en discusión las cuestiones sobre el derecho a protestar.

1. Garantías del derecho a la protesta social en Colombia: una propuesta desde el garantismo ferrajoliano

1.1 Objetivos

1.1.1 Objetivo general

Describir las garantías jurídicas existentes en Colombia para el ejercicio del derecho a la protesta social y los derechos humanos intrínsecos a este, desde la teoría dogmática garantista y según la normatividad constitucional y convencional aplicable al ordenamiento interno.

1.1.2 Objetivos específicos

A. Exponer un marco jurídico de los derechos humanos relacionados con el ejercicio del derecho fundamental a protestar y que permitan la estructuración de su núcleo básico de protección según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.
B. Presentar las garantías establecidas por la Corte Constitucional para el ejercicio del derecho a protestar y de los derechos humanos relacionados con esta en Colombia a partir de una línea jurisprudencial desde la sentencia fundadora de la línea T-456 de 1992.
C. Identificar los lineamientos jurídicos establecidos en los instrumentos internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que garantizan el Derecho a la Protesta social y que obligan al Estado colombiano mediante la aplicación del principio de convencionalidad.

2. Diseño metodológico

2.1 Tipo de investigación: básica (pura)

De acuerdo con Zenteno y Osorno (2015) la investigación básica tiene como fin aumentar el conocimiento teórico sobre un tema y no tanto sobre sus aplicaciones prácticas. Este tipo de investigación, también conocido como pura o teórica, "es la que se desarrolla sobre objetos abstractos que no se perciben sensorialmente, y cuya materia prima son datos indirectos, no tangibles" (Villabella, 2015). Para el caso de esta investigación lo es el derecho a protestar.

El objeto de estudio de esta investigación se refiere al estudio de las garantías de la protesta social. Este proyecto se enfoca en el análisis de fuentes primarias de investigación como la jurisprudencia y los tratados internacionales. Así mismo, este proyecto muestra un reducto teórico sobre las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano para la protección del derecho fundamental a protestar.

2.2 Tipo de estudio: descriptivo

Dentro de la investigación teórica que se realizó, se desarrolló un estudio descriptivo. Este tipo de estudio permite la descripción de los hechos tal cual son observados por el investigador (Zenteno y Osorno, 2015). Para el proyecto, este método de estudio facilitó el análisis de las garantías y/o prerrogativas establecidas en la jurisprudencia y en el sistema Interamericano de Derechos Humanos lo cual permitió describir las cualidades de estas y la forma en que protegen el derecho a la protesta.

2.3 Métodos de investigación: inductivo y analítico

Para el desarrollo del trabajo se hizo uso de dos métodos de investigación en particular: el inductivo y el analítico.

Por regla general, el método inductivo se conoce como aquel que parte del estudio de hechos particulares hasta obtener una o varias conclusiones generales aplicables a otros casos (Villabella, 2015). Para la presente investigación este método posibilitó el desarrollo del objetivo específico B. Para iniciar, se estudiaron casos jurídicos particulares planteados en sentencias judiciales hasta identificar los precedentes judiciales vigentes y aplicables en materia de garantías de la protesta social.

En cuanto al método analítico, Villabella (2015) sostiene que este permite descomponer el objeto estudiado y recomponerlo a partir de la interrelación que surge de analizar el todo con sus partes. Para el trabajo de investigación este método permitió el desarrollo de los objetivos específicos A y C, en los cuales se realizó una revisión analítica de sistemas normativos de los cuales se derivaron conclusiones relacionadas con la protección y amparo de la protesta social.

2.4 Unidades o fuentes de información

En este trabajo de investigación se hizo uso de fuentes de información primarias. Estas fuentes constituyen el objeto básico de investigación y análisis. Estas son:

Tabla 1. *Unidades o fuentes de información*

Unidades o fuentes de información
Jurisprudencia Corte Constitucional y sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia
Tratados, instrumentos y convenios internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ante el amplio universo de información primaria que se puede encontrar, se han definido, acorde a la metodología de Bassi (2015), algunos criterios de inclusión y exclusión de unidades o fuentes de información:

Tabla 2. *Criterios de inclusión y exclusión de las unidades o fuentes de información*

Unidad o fuente de información		**Criterios de inclusión**	**Criterios de exclusión**
Jurisprudencia	Temática	Protesta social, derecho a la protesta, reunión, manifestación, libertad de expresión y asociación política	Huelga sindical, derechos de los trabajadores y afines
	Ámbito	Constitucional y convencional SIDH	Penal, laboral, privado
	Fecha	Constitucional: 1992-2021 Convencional: <2021	Constitucional: <1992 y >2021 Convencional: >2021
Instrumentos y convenios del Sistema Interamericano	Temática	Protesta social, derecho a la protesta, reunión, manifestación, libertad de expresión y asociación política	Huelga sindical, derechos de los trabajadores y afines
	Ámbito	Derechos humanos	Convenciones económicas, laborales y afines
	Fecha	<2021	>2021

2.5 Técnicas de construcción y análisis de información

2.5.1 Análisis jurisprudencial

de acuerdo con López Medina (2006), los análisis jurisprudenciales resultan provechosos para determinar las subreglas de derecho (precedentes) vigentes en un determinado tema, de

conformidad con las decisiones de los jueces en el país. De allí que constituyan herramientas de estudio en la profesión jurídica y que enriquezcan la teoría jurídica.

El análisis de jurisprudencia constitucional aquí planteado se desarrolló bajo la metodología propuesta por López Medina (2006), y que permitió describir las garantías de la protesta en Colombia establecidas por la Corte Constitucional logrando dar solución al objetivo específico B de la investigación. Este análisis está compuesto de las siguientes etapas:

- Definición del problema jurídico
- Planteamiento de escenarios constitucionales
- Selección final del problema
- Investigación jurisprudencial
- Diseño y análisis de la línea jurisprudencial.

Se estudiaron las sentencias judiciales dictadas entre los años 1992 y 2021. Como punto de partida se fijó el año de 1992 ya que en este se emitió el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la protesta con la sentencia fundadora de línea T-456 y en el 2021 como el año más reciente para identificar los precedentes judiciales vigentes sobre la temática.

Con este tipo de análisis jurisprudencial se desarrolló el eje central de la investigación mediante la identificación de las garantías de la protesta social en Colombia. Estas se derivaron del desarrollo que la Corte Constitucional ha adelantado sobre este derecho.

2.5.2 Análisis documental

El análisis documental puede definirse como “el conjunto de operaciones intelectuales que buscan describir y representar documentos de forma unificada”, logrando el procesamiento

analítico-sintético de la información (Dulzaides y Molina, 2004). De esta manera, este análisis resulta pertinente para recuperar información y procesarla a criterio del investigador.

Con este análisis se desarrolló el objetivo específico A y C relativos a los instrumentos del SIDH sobre la protección y garantía de la protesta social en el hemisferio americano. Este análisis siguió la metodología sugerida por Sánchez Megía (2012) en lo referente al análisis documental en derechos humanos. Esta metodología se compone de las siguientes etapas:

- Objeto de estudio y fuentes
- Búsqueda y recopilación de información
- Elaboración de fichas bibliográficas
- Estudio de la información

3. Marco teórico

3.1 El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo como paradigma del derecho: un panorama general

En la filosofía o teoría del derecho existen diversas corrientes para asumir la ciencia jurídica en un contexto teórico y práctico. Así las cosas, las más conocidas son: el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo jurídico. No obstante, y con el advenimiento de necesidades profundas de reforma social después de la segunda guerra mundial, el derecho no fue ajeno y las nuevas formas de asumirlo hicieron lo propio.

Dicho esto, el marco teórico de la presente investigación sobre las garantías de la protesta social en Colombia se funda en el constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo europeo como una de esas nuevas formas de asumir el derecho. Concretamente, en esta

investigación se asume el constitucionalismo contemporáneo como aquel paradigma epistémico del derecho que tiene como propósito fundamental la defensa de los derechos fundamentales.

El neoconstitucionalismo, o también llamado constitucionalismo, contemporáneo surge de la crisis de la segunda posguerra mundial y de la necesidad de la protección de los derechos humanos, que fueron vulnerados durante las guerras mundiales. Según Carbonell (2007), el constitucionalismo que surgió después de la segunda guerra se puede explicar en tres niveles: primero, en el ámbito de los nuevos textos constitucionales de la posguerra; segundo, en el contexto de prácticas jurisprudenciales renovadas bajo la constitucionalización del derecho; y el tercer nivel, relacionado con los nuevos desarrollos teóricos.

En primer lugar, Carbonell (2007) señala que después de la segunda guerra mundial, las nuevas Constituciones de los Estados no se limitaron a establecer competencias orgánicas para el funcionamiento del Estado y la separación de poderes[3]. Sino que también, estos nuevos textos constitucionales, incluyeron normas de tipo sustancial, dogmático o axiológico que condicionaban la actuación del Estado (Carbonell, 2007). Por ejemplo, en estas Constituciones se incorporó un catálogo amplio de derechos fundamentales que se reconocen a las personas por su condición de seres humanos y que, en su práctica, funcionan como normas que condicionan el actuar del Estado en sus tres esferas: ejecutiva, legislativa y judicial.

Después de la segunda guerra, la creación de nuevas Constituciones viene a representar para Ferrajoli (2007) el paso de un Estado legislativo de derecho a un Estado constitucional y democrático de derecho. El autor señala que, en ese nuevo Estado, además de contener normas sobre la limitación a la competencia orgánica del Estado y la separación de poderes, las

[3] Lo que hasta en su momento era la razón de ser del clásico Estado de derecho o Estado legislativo de derecho.

Constituciones incluyeron normas de derechos fundamentales que reconocían las libertades civiles y políticas además de los derechos de tipo social como el derecho al trabajo y un ambiente sano (Ferrajoli, 2007; 1995). Así mismo, con estos nuevos textos constitucionales y con la inclusión de los derechos fundamentales en estos, nos adentramos en un paradigma nuevo de democracia constitucional cuyo fin principal es lograr la garantía y protección de todos los derechos (Ferrajoli, 2007).

En el segundo nivel, Carbonell (2007) señala que, el nuevo fenómeno de la constitucionalización del derecho, originado por el auge de los nuevos textos constitucionales, impulsó directamente otro fenómeno: el surgimiento de prácticas jurisprudenciales renovadas. Con este otro fenómeno, el autor señala que, con la constitucionalización del derecho, los jueces, en especial los constitucionales, se vieron obligados a incluir nuevas técnicas de interpretación y de argumentación jurídica como la ponderación (Carbonell, 2007). De esta manera, un derecho constitucional naciente, que irradia todo el ordenamiento jurídico, exigía que los jueces reevaluasen las formas tradicionales en que se aplicaba el derecho mediante silogismos jurídicos y se atendiera, ahora sí, a las necesidades de una sociedad cambiante y con derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿qué implicó la constitucionalización del derecho en el constitucionalismo contemporáneo? Para Prieto Sanchís (2007), este nuevo fenómeno trajo consigo la idea de "concebir a los derechos como normas supremas, efectiva y directamente vinculantes" (pág. 16). Entonces, los derechos dejaron de ser declaraciones y expectativas y pasaron a ser, en el nuevo Estado constitucional de derecho, normas verdaderamente vinculantes que requieren aplicación efectiva e inmediata para su cumplimiento. Sumado a esto, en caso de ser necesario, estos derechos adquirieron una garantía de justiciabilidad para que el poder judicial pueda ordenar su

cumplimiento y goce cuando se desconozcan o vulneren. Es decir, bajo el fenómeno de la constitucionalización del derecho, los jueces desarrollen un rol como guardianes de los derechos y de la constitución.

Así mismo, Santiago Sastre (2003) señala que el papel de los jueces dentro del constitucionalismo contemporáneo es esencialmente predominante porque los derechos, y demás normas sustanciales u orgánicas contenidas en los nuevos textos constitucionales son enunciados en forma indeterminada y abierta. De esta manera, son los órganos legislativos y en su momento los judiciales, los llamados a determinar la concreción de estos mandatos constitucionales bien sean mediante la expedición de leyes o la resolución de casos mediante sentencias judiciales respectivamente.

En el tercer nivel, Carbonell (2007) anota que los nuevos textos constitucionales y las prácticas jurisprudenciales renovadas son fenómenos que propiciaron la aparición de desarrollos teóricos alternativos desde la filosofía y ciencia del derecho. Desde una mirada crítica al quehacer del derecho, esto resultó trascendental pue33s se formularon nuevos modelos teóricos sobre temas que el constitucionalismo contemporáneo traía para discutir. Así mismo, los desarrollos teóricos neoconstitucionalistas no solo marcaron una guía para la comprensión de los fenómenos jurídicos sino también ayudaron a su creación (Carbonell, 2007). De esta forma, en lo que tiene que ver con los derechos fundamentales, surgieron varios modelos teóricos que abordaron tema como la protección del principio democrático, el Estado de derecho, y los derechos fundamentales.

Para seguir con el objeto de investigación, enseguida se abordan algunos modelos teóricos relevantes dentro del paradigma constitucionalista del derecho que tienen como fin salvaguardar la aplicación de estos derechos.

3.2 El neoconstitucionalismo y algunas teorías para la defensa de los derechos fundamentales

Como se anotaba preliminarmente, la cuestión de los derechos fundamentales no ha sido menor dentro del paradigma constitucionalista del derecho. Para muchos autores ha sido este un eje central en sus disquisiciones teóricas. Así puede verse en Luigi Ferrajoli y Robert Alexy, por citar solo dos ejemplos. En este apartado se abordarán algunas corrientes teóricas propuestas para lograr la protección y materialización de los derechos fundamentales. Estas serán: la teoría de la argumentación jurídica, el principialismo, y el garantismo; en este último se centrará este trabajo de investigación.

3.2.1 Teoría de la argumentación jurídica

Uno de los autores más relevantes sobre la teoría de la argumentación jurídica dentro del constitucionalismo contemporáneo es el profesor alemán Robert Alexy, distinguido por su obra Teoría de los derechos fundamentales y por señalar la necesidad de la argumentación en el derecho.

En principio, para Alexy (1993) todo sistema jurídico está compuesto por normas y estas son de dos clases: reglas y principios. Ciertamente, las reglas están destinadas a su aplicación tal y como dispone el enunciado normativo y los principios requieren particularmente de la interpretación para su aplicación en un caso concreto. Sobre los derechos fundamentales enuncia que estos bien pueden ser normas-reglas o normas-principios, pero que en todo caso no pierden su grado de norma superior (Alexy, 1993). Así mismo, el profesor alemán es reconocido por su propuesta de la ponderación judicial para superar el enfrentamiento entre reglas y principios en un caso concreto.

Para Alexy (1993) la argumentación jurídica se compone de cuatro tipos de discursos: (1) el discurso práctico general, (2) el procedimiento legislativo, (3) el discurso jurídico y (4) el procedimiento judicial. No obstante, el autor señala que la argumentación jurídica iusfundamental se desliga del segundo tipo de discurso (la ley) y depende más bien de las disposiciones constitucionales, de los precedentes judiciales y de la dogmática en derechos fundamentales.

La propuesta sobre la argumentación en derechos fundamentales presentada por Alexy requiere necesariamente una asociación a la teoría de la argumentación jurídica y a la argumentación práctica general. Dicho así, las normas de derecho fundamental son necesariamente interpretadas por los jueces constitucionales y estos las interpretan de acuerdo con las reglas del discurso en general y las de los discursos jurídicos en particular; así como también con las necesidades de la ciudadanía (Cano y Llano, 2016).

3.2.2 El principialismo

En esta corriente teórica del derecho, sus autores sostienen que cualquier ordenamiento jurídico está compuesto no solo por reglas de derecho sino también por principios que fundan la base del ordenamiento. De esta manera, para estos autores, los principios son normas más allá de las reglas del derecho y pueden servir para solucionar casos cuando no esté prevista una regla de derecho o su aplicación pueda ser confusa. Aquí podemos encontrar como principal exponente a Ronald Dworkin y su obra más reconocida: los derechos en serio.

Para Dworkin, los jueces están llamados a interpretar la Constitución resolviendo el problema con la solución que más se ajuste al caso, desde el ordenamiento jurídico. Así, para Cano y Llano (2016) Dworkin defiende la idea de la materialización de los derechos fundamentales

como exigencia a los Estados, y para ello, es necesario incluir los principios como mecanismo efectivo para que las instituciones estatales materialicen los derechos.

3.2.3 El garantismo

Por su parte, el garantismo vendría a defender la tesis que señala que cada ordenamiento positivo consagra mecanismos para "garantizar" la materialización de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, Ferrajoli[4] (1997), principal exponente del garantismo sostiene que los sistemas jurídicos deben adjudicarle garantías a los derechos para que el Estados y los particulares puedan hacerlos efectivos.

Ferrajoli retoma la idea del garantismo penal desarrollado en el Estado de derecho de la Ilustración. En este garantismo primigenio se idearon garantías de tipo penal y procesal para la defensa del derecho a la vida y los derechos de libertad de los investigados y procesados por injustos penales (Ippolito y Ibáñez, 2018). De esta manera, el garantismo penal que se desarrolló desde la Ilustración se concibió como la creación de límites a las actuaciones del Estado -en este caso el Estado que por medio de sus instituciones investigaba y sancionaba conductas punibles- como forma de garantizar los derechos mínimos de los ciudadanos (Ferrajoli, 1995).

No obstante, el garantismo de Ferrajoli va más allá del garantismo penal y propone, consecuentemente, el garantismo de todos los derechos -eso incluye también el derecho administrativo, constitucional, civil, entre otras especialidades- en tres niveles: como modelo normativo, como teoría y crítica del derecho, y como filosofía política. De esta forma, el

[4] Si bien Ferrajoli prefiere autodenominarse como un autor dentro de la corriente del post-positivismo jurídico y no en el nuevo constitucionalismo (neoconstitucionalismo), para una facilidad conceptual en este texto se tomará como un autor más dentro de este constitucionalismo contemporáneo.

garantismo ferrajoliano es una teoría cuyo eje central se traduce en lograr la protección y materialización de los derechos fundamentales frente a Estados anti-garantistas y totalitarios.

Como se dijo previamente, este trabajo de investigación se circunscribe en el modelo de comprensión teórica de los derechos fundamentales a partir del garantismo. En ese sentido, se seguirá el garantismo de los derechos de Luigi Ferrajoli expuesto en su obra *Razón y Derecho. Teoría del garantismo*, obra en la que plantea la visión comprensiva del garantismo de los derechos y la cuestión de los derechos fundamentales.

3.3 El garantismo de Luigi Ferrajoli: del garantismo penal al garantismo de los derechos

El garantismo es una corriente teórica que nace a la par del surgimiento del Estado liberal moderno durante la Ilustración. El fin principal de esta corriente, dice Ferrajoli (1995) era lograr la creación de unos contra-poderes para limitar el poder del Estrado frente a sus ciudadanos. Ahora bien, al principio esta teoría fue aplicada solo para la ciencia del derecho penal, pues el garantismo (penal) estuvo orientado a la creación de garantías penales para salvaguardar los derechos a la vida, a la libertad y a un proceso justo para las personas que cometían conductas punibles en la edad moderna.

Ferrajoli (1995) comprende el garantismo penal en tres sentidos: primero, como modelo normativo de derecho penal; segundo, como teoría y crítica del derecho penal; y, por último, lo entiende como filosofía del derecho penal. Con base en estos tres sentidos, el autor florentino identificó una teoría garantista penal cuyo fue salvaguardar los derechos de las personas investigadas y condenadas por conductas que afecten a la sociedad.

3.3.1 Los tres sentidos del garantismo penal

Como modelo normativo de derecho penal Ferrajoli (1995) explica el garantismo en tres planos: epistemológico, político y jurídico. En cuanto al primer plano, el garantismo es un modelo de poder mínimo que solo juzga con base en lo que se conoce (modelo cognoscitivo). De otra parte, en el plano político, este modelo implica la tutela o protección de los derechos de los ciudadanos; y en el plano jurídico, representa aquellos vínculos y límites que el garantismo impone a las potestades punitivas del Estado para la protección de los derechos de los ciudadanos.

Así mismo, como modelo de derecho, el garantismo es un sistema de grados y niveles en el cual los Estados que construyan mayores garantías para la protección de los derechos serán más garantistas (Ferrajoli, 1995). En ese sentido, esta primera acepción está representada en un modelo enfocado a normas y a su capacidad de proteger a los ciudadanos de un eventual actuar antijurídico por parte del Estado.

En cuanto a la segunda acepción, como teoría y crítica de derecho penal, Ferrajoli (1995) anota que el garantismo evalúa la validez y efectividad del derecho en los sistemas jurídicos. Aquí, dicha teoría se preocupa por la divergencia entre el ser y el deber ser del derecho (Ferrajoli, 1995) y en esa medida, critica el derecho penal vigente evaluando el derecho que existe y el derecho que debería ser, de conformidad con los presupuestos normativos que rigen su vigencia y validez.

En esta acepción, la de teoría y crítica del derecho, Ferrajoli (1995) señala que es el campo de acción de la ciencia del derecho penal, la cual se preocupa y cuestiona por el derecho positivo vigente, y a su vez estimula su cambio y reforma constantes. En este punto, es relevante la labor valorativa y crítica del jurista sobre las implicaciones del derecho vigente, dejando de lado la ortodoxa y tradicional corriente positivista del derecho que defendía la avaloratividad de la ciencia jurídica.

Y en última instancia, el garantismo como filosofía del derecho penal designa una filosofía política encargada de la justificación externa de los Estados (Ferrajoli, 1995). Al respecto, el autor entiende como justificación externa aquellas premisas que acompañan la existencia y creación de un Estado que precisamente no surgen desde adentro sino desde afuera, y es en últimas su fin mismo. Aquí, Ferrajoli (1995) señala que la tutela de los derechos ciudadanos en el proceso penal es lo que justifica (externamente) la existencia de los Estados en el garantismo. Así, la defensa de los derechos es una justificación política y no jurídica del Estado.

En cuanto a este último significado de garantismo, Ferrajoli (1995) añade que debe presuponerse la separación entre derecho y moral, pues bien, la justificación externa de los Estados es una asunción política antes que jurídica.

Ahora bien, para Ferrajoli (1995) el garantismo no solo debe reducirse a una teoría del derecho penal; por el contrario, el garantismo puede hacerse extensivo a una teoría general del derecho (no solo penal sino también civil, administrativa, constitucional, entre otras) en sus mismas tres acepciones: como modelo de derecho, teoría y crítica del derecho y filosofía del derecho.

3.3.2 Los tres sentidos del garantismo de los derechos

En primer lugar, como teoría general del derecho, el garantismo defiende la existencia de un modelo basado en el Estado de derecho y la democracia (Ferrajoli, 1995). Aquí, el garantismo argumenta la necesidad de asumir un Estado de derecho el cual se basa en un texto constitucional con mandatos generales e infranqueables de competencia (Ferrajoli, 1995). Y, por otra parte, sostiene que en este Estado no basta con pregonar una democracia formal o aparente, sino que debe garantizar una democracia sustancial.

En segundo lugar, como teoría y crítica del derecho, el garantismo es una corriente que tiene como eje central la crítica del derecho ilegítimo (Ferrajoli, 1995). En ese sentido, Ferrajoli (1995) es enfático en señalar que, si bien el garantismo presupone el positivismo jurídico, este positivismo no es de corriente ortodoxa ni tradicional, sino que por el contrario es un positivismo jurídico crítico[5] que se concentra en discutir el derecho vigente desde una mirada externa (política) y también interna (jurídica).

Finalmente, el garantismo como filosofía del derecho es una orientación hacia la puesta en práctica del Estado como instrumento para garantizar los derechos de los ciudadanos y no como fin en sí mismo (eticismo político) (Ferrajoli, 1995). En esta corriente es donde encontramos la justificación externa de los Estados; justificación que está en función de los ciudadanos y no del Estado mismo, como sucede en los Estados autoritarios, cuyo fundamento es su existencia como órgano y no como instrumento.

3.4 El modelo normativo de derecho y las garantías

De las tres acepciones en las que Ferrajoli (1995) entiende el garantismo como corriente teórica, este trabajo se ocupa en particular de la primera, la cual entiende el garantismo como modelo normativo de derecho. Siguiendo a Torres Ávila (2017), el modelo normativo de derecho en el sentido ferrajoliano "asegura los derechos frente al poder y establece límites a este" (p. 141).

Siguiendo a Ferrajoli (1995), este modelo normativo de derecho es capaz de asegurar los derechos en la medida en que cree garantías (aquellos límites o vínculos materiales) que obligan al Estado para la protección de los derechos. Así, el propósito central de esta investigación fue

[5] Este positivismo jurídico es a efectos prácticos lo que también en la ciencia y filosofía del derecho se ha denominado el postpositivismo jurídico.

identificar aquellas garantías establecidas dentro del sistema jurídico colombiano que protegen y materializan el derecho fundamental a protestar.

Como ya se anunció, hablar de un modelo normativo de derecho es hablar de las garantías establecidas en un sistema jurídico. En ese sentido, resulta pertinente abordar la pregunta sobre cómo entender una garantía, de acuerdo con los postulados del garantismo ferrajoliano, ya que la definición de este concepto permitirá identificar las garantías durante el desarrollo de esta investigación. A continuación, se abordará el concepto de una garantía según Ferrajoli, las clases de garantías que existen y la diferencia de estas con el concepto de derechos fundamentales.

Ferrajoli (2001) abordó el concepto de derechos fundamentales y cómo entender este dentro del nuevo paradigma constitucionalista del derecho. El propósito principal del autor fue establecer las bases para un entendimiento del concepto de derecho fundamental, el de una garantía, y su relación en el Estado constitucional (o garantista) de Derecho.

Por derechos fundamentales Ferrajoli (2001) entiende aquellos “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p. 2). El autor sostiene que la distinción conceptual entre derechos fundamentales y garantías es plausible y necesaria en la medida que la existencia de los primeros no puede estar supeditada a la existencia de las segundas (Ferrajoli, 2001). En ese sentido, el autor florentino argumenta que en los ordenamientos jurídicos actuales existen derechos sin sus correspondientes mandatos de aseguramiento y protección (garantías) y no por ello puede asegurarse que la inexistencia de garantías para su protección sea pretexto para admitir su desconocimiento e inexistencia.

Cabe agregar que, para Ferrajoli (2004) las garantías se entienden en dos grados: primarias y secundarias. Las primeras señalan los mandatos para su realización (prestaciones u obligaciones)

que entraña un derecho. En cambio, las segundas son necesarias en los casos en que se desconozcan las garantías de primer grado y se requiera asegurar su cumplimiento. Con respecto a este último tipo de garantías puede señalarse como ejemplo la garantía justiciabilidad de un derecho para exigir su cumplimiento ante el sistema judicial.

Ahora bien, más allá de las disquisiciones de tipo teórico y conceptual sobre cómo los postulados ferrajolianos entienden una garantía, en esta investigación se situaron algunos parámetros semánticos que permitieron la identificación de una garantía. En ese sentido, se entendió por garantía primaria aquel mandato que exige la realización de una acción concreta para el aseguramiento del derecho. A su vez, se entendió por una garantía secundaria aquella obligación que se activa cuando una garantía primaria se desconoce y es necesario asegurar la materialización del derecho.

3.5 Una apuesta: el garantismo del derecho fundamental a protestar

Como se puede apreciar, este trabajo de investigación pretende analizar el derecho fundamental a protestar en Colombia, desde el enfoque del garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli. Dicha intención se concreta en identificar las garantías que incluye el derecho a protestar de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. Estas garantías se derivaron de un análisis de la jurisprudencia constitucional y de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que son vinculantes para el Estado colombiano en materia de la manifestación social.

Así mismo, este trabajo presenta un estudio descriptivo del derecho a la protesta y desde allí busca generar una discusión jurídica y socio-jurídica amplia sobre este derecho fundamental. Esto debido a que en nuestro país esta discusión ha sido insuficiente para dimensionar la necesidad de la protesta en nuestras sociedades y en la cultura jurídica actual.

De esta manera, la investigación que se deja entrever desde estas primeras líneas tiene como fin asegurar la democracia haciendo uso del derecho a protestar. Ferrajoli dedicó numerosos escritos a este tema: la materialización de la democracia, en particular de la democracia sustancial, que debe realizarse mediante el Estado constitucional y democrático de derecho.

4. La protesta social y los derechos humanos

En este capítulo se habla sobre el fenómeno de la protesta social y el derecho a protestar desde una comprensión contemporánea. En ese sentido, se realiza una conceptualización del derecho a protestar, a su vez se explica cómo este derecho fue reconocido como tal desde mediados del siglo XX, cómo evolucionó a ser concebido como derecho autónomo y fundamental, y cuál fue la importancia que la ciencia jurídica le dio a este fenómeno que en principio parecía metajurídico.

Posteriormente, se hace una exposición sobre los derechos, que, en una lectura contemporánea del derecho a protestar, se relacionan con el fenómeno de la protesta social. Así mismo, se explica cómo estos derechos componen e integran el derecho a protestar, los cuales reafirman su carácter de derecho fundamental y constituyen estándares para el establecimiento de garantías para su protección y materialización.

Finalmente, en este capítulo, se propone una delimitación del núcleo básico de protección del derecho fundamental a protestar, núcleo en el cual se relacionan las prerrogativas mínimas que debe incluir este derecho para su efectiva realización. De esta manera, este núcleo básico de protección será el objeto base de estudio para los capítulos subsiguientes.

4.1 El derecho fundamental a protestar

En nuestras democracias contemporáneas, el derecho a protestar es reconocido como un derecho humano fundamental. Ha sido también reconocido como un derecho necesario para expresar el disenso en las sociedades actuales, así como también para exigir cambios y reformas estructurales, y en general, para permitir la expresión social de la ciudadanía. No por menos, Gargarella (2005), le atribuye a la protesta la calidad de ser el "primer derecho[6]".

La importancia social del derecho a protestar parece ya una cuestión dada y asumida, al menos así ha sido por una numerosa literatura académica de corte social y humanista. Al respecto conviene resaltar aportes como los de Archila Neira (2007) que presenta cómo la protesta social en Colombia ha sido un medio de expresión que ha catalizado cambios sociales y políticos. Del mismo modo, Lalinde Ordóñez (2019) resalta que la protesta en una democracia es importante para la participación de la ciudadanía en la deliberación de los asuntos que los afectan, y señala, especialmente, la importancia de entender la protesta como una forma de participación política disruptiva que promueve la acción social colectiva.

En el plano normativo, diferentes instrumentos de protección de derechos humanos, tanto regionales como universales, han reconocido el valor de la protesta para la democracia, y le han adjudicado el estatus de derecho humano. De igual manera, estos instrumentos de derechos humanos han establecido una serie de obligaciones a cargo de los Estados para proteger este derecho y permitir que la ciudadanía pueda ejercerlo libremente. Estas obligaciones y prerrogativas se han establecido en estos instrumentos mediante asociación a derechos humanos, como el de reunión y manifestación específicamente. Para ilustrar esta cuestión, en el Pacto Internacional de

[6] Igualmente, dice el autor, no es que se desconozca la importancia de otros derechos humanos fundamentales como la vida, la libertad o la igualdad, sino que la adjudicación de la categoría de primer derecho a la protesta señala a este derecho como una línea de defensa para otros derechos.

Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se reconoce el derecho de reunión pacífica en el artículo 21. Por otra parte, los artículos 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconocen de forma similar el derecho de reunión pacífica y el de manifestación de la ciudadanía.

En el mismo sentido, en las Constituciones Nacionales de países latinoamericanos como Colombia, la protesta social se encuentra consagrada como derecho fundamental en el artículo 37, bajo la referencia expresa al derecho de reunión y manifestación pacíficas. Por otra parte, en la Constitución ecuatoriana, en los artículos 66.6 y 66.13 se reconocen los derechos de expresión en todas sus manifestaciones y el derecho de asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria, respectivamente. Y en el caso chileno, el artículo 19.13 consagra el derecho de reunión pacífica sin permiso previo y sin armas.

Aunque, si bien parece que el derecho a la protesta se encuentra plenamente reconocido como derecho humano fundamental en países con Estados de derecho democráticos, su reconocimiento como derecho humano y luego como derecho humano autónomo y fundamental es un suceso con antecedentes históricos recientes. Al respecto, los profesores Bassa y Moncada (2019) señalan que, en principio, la protesta social era vista como un fenómeno metajurídico sin mayores implicaciones en la ciencia jurídica, no obstante, acotan que dicha forma de entender la protesta cambió con las crecientes movilizaciones sociales en Estados Unidos en la década de los 60, que reflejaron la necesidad de vincular la protesta con el derecho a la libertad de expresión, de manera que se consolidó, lo que ellos determinan la doctrina del derecho a la protesta social:

> Si bien no hay acuerdo al origen de esta doctrina, el caso Hague v. CIO ha sido identificado como la punta de lanza a la hora de referirse a la libertad de expresión como protesta social. Dicho caso enfrentó a Frank Hague, alcalde de New Jersey durante 1939, con Committe

> for Industrial Organization, CIO, integrada por sindicatos de trabajadores industriales. Hague dictó una ordenanza que prohibía a los trabajadores reunirse en espacios públicos y distribuir panfletos vinculados a su organización. El caso fue conocido por la Corte de distrito y posteriormente por la Suprema Corte, que falló a favor de los trabajadores, determinando que la ordenanza vulneraba la primera enmienda y el derecho de reunión (Bassa y Moncada, 2019, págs. 110-111)[7].

Siguiendo el hilo de lo expuesto por los autores, sería hasta la vinculación de la libertad de expresión con la protesta que se empezaría a dar un verdadero valor y reconocimiento al derecho a protestar. Así, la protesta ya no se estudiaría como un fenómeno social ajeno a la ciencia jurídica, sino como un fenómeno sobre el cual el derecho establece pautas para su ejercicio y aplicación. Esta cuestión, además de ser históricamente relevante, es también un antecedente necesario para comprender que el reconocimiento del derecho a protestar es un hecho reciente, cuya doctrina no es milenaria, sino que aún se encuentra en construcción por parte de la ciencia del derecho.

Además, la vinculación de las protestas con el derecho a la libertad de expresión fue un primer relacionamiento necesario que unía el fenómeno de las protestas con un derecho contenido en la Constitución Norteamericana de 1777. No obstante, el derecho a protestar ha sido vinculado necesariamente con otros derechos como el de reunión o manifestación, el de asociación y el de la participación política. Estos derechos, en conjunto, señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), constituyen una base de apreciación para el fenómeno de la protesta social y para la comprensión del derecho humano fundamental a protestar.

---

[7] La cita de los profesores Bassa y Moncada es relevante porque identifica en la jurisprudencia norteamericana el nacimiento de la doctrina del derecho a protestar. No sería hasta entonces que ejercer la protesta se concibiera como un derecho humano que en principio fue aparejado con el derecho a la libertad de expresión y más adelante con los derechos de reunión y asociación, especialmente en el contexto latinoamericano. Esto permitió que la protesta se definiera como un derecho autónomo y con el estatus de fundamental.

En resumen, el derecho a protestar fue reconocido como derecho humano a mediados del siglo pasado, vinculado primigeniamente solo con la libertad de expresión. Posteriormente, el derecho a protestar sería vinculado con otros derechos humanos como el de manifestación o el de reunión; derechos con los cuales se reafirmaría a la protesta el carácter de derecho humano, además de ratificar también su carácter de derecho autónomo fundamental, el cual se relaciona con otros derechos humanos.

4.2 Derechos humanos relacionados con el ejercicio del derecho a protestar

El ejercicio analítico aquí propuesto sobre las garantías del derecho a la protesta en Colombia requiere en sentido estricto un estudio de estas fuentes del derecho: la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) principalmente. Para realizar dicho propósito, es necesario escrutar en primera medida los derechos que se relacionan con la protesta social y que hacen parte integrante del derecho a protestar en sí. De esta manera, las garantías establecidas para tales derechos las serán también para el derecho a la protesta social.

Metodológicamente, el ejercicio para determinar qué otros derechos o sub-derechos contiene un determinado derecho humano se le denomina, en investigación de Derechos Humanos, la técnica del "desempaque o desagregación" (Vázquez, 2012). Esta técnica consiste en examinar aquellos otros derechos relacionados, o que un órgano institucional en la materia ha determinado que deben aparejarse cuando se hable en concreto de tal derecho humano. Por ejemplo, el desempaque del derecho a protestar da como resultado que este derecho contiene dentro de sí el derecho a la libertad de expresión, a la participación política y a la asociación, por citar solo algunos de ellos.

No obstante, en este capítulo no estaremos interesados en realizar un desempaque o desagregación en sentido estricto del derecho a la protesta social, y solo se hará referencia a un cúmulo de derechos humanos que algunos órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) y el SIDH, han señalado que son los derechos con los que se debe asociar el derecho a protestar. Un desempaque o desagregación del derecho a protestar no estaría mal para este punto de la investigación, pero extendería y sobrepasaría nuestro objeto principal de estudio, a saber, las garantías que se han establecido con respecto a este derecho[8].

Retomando la idea central de este capítulo, en el apartado subsiguiente se exponen algunos derechos humanos que autoridades en materia de sistemas de protección de derechos humanos han relacionado con el derecho a protestar. La Relatoría para la libertad de expresión (RELE) de la CIDH ha relacionado los siguientes derechos humanos con la protesta: el derecho de reunión o manifestación, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad sindical y de huelga y el derecho a la participación política. A continuación, se explica cada relación con los estándares adoptados por instancias en materia de derechos humanos.

4.2.1 La protesta social y el derecho de reunión

La RELE (2019) ha sostenido que el derecho de reunión consagra la facultad para que los ciudadanos puedan reunirse en un lugar concreto para expresar y manifestar sus opiniones, acuerdos y desacuerdos sobre asuntos que les afectan. En lo que tiene que ver con la protesta social, estas manifestaciones por lo general se desarrollan en un lugar determinado del territorio de un

[8] Para apreciar el desempaque o desagregación del derecho a protestar en el SIDH véase el artículo de mi autoría "El desempaque del derecho a la protesta social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: garantías frente a su criminalización y represión", en donde presento una mirada general del derecho a la protesta en el marco de este sistema regional de protección de derechos humanos.

país, involucra la aglomeración de personas y por tanto requiere necesariamente el ejercicio del derecho de reunión.

En la observación general número 37 del Comité de Derechos Humanos (2020) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), este comité afirmó que dentro del alcance del derecho de reunión "implica organizar una reunión de personas o participar en ella con la intención de expresarse, transmitir una posición sobre una cuestión concreta o intercambiar ideas. La reunión también puede tener por objeto afirmar la solidaridad o la identidad del grupo". De tal forma que la protesta social en muchas ocasiones hace uso del derecho de reunión pacífica para visibilizar ante la sociedad determinadas exigencias y opiniones frente a temas que los afectan.

4.2.2 Protesta y expresión

La cuestión de la libertad de expresión es uno de los primeros derechos con los que se vinculó el fenómeno de la protesta social tal y como lo explicaban Bassa y Moncada (2019) en la jurisprudencia norteamericana. De otra parte, en el contexto del SIDH, fue relevante el Informe anual de la CIDH (2005) en los que ya se reconocía formalmente la relación entre los derechos de libertad de expresión, de reunión y el de la protesta social: "el intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone el ejercicio de derechos conexos, tales como el derecho de los ciudadanos a reunirse y manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información" (p. 130).

De esta manera, al interior de la CIDH y específicamente de su Relatoría para la libertad de expresión, se ha consolidado una línea de comprensión de la protesta social como manifestaciones concretas o ejercicios particulares del derecho de libertad de expresión, pues la difusión de información, opiniones y reclamos son cuestiones centrales de las protestas (RELE,

2019). Así, una vulneración del derecho a protestar conlleva a una vulneración del derecho a la libertad de expresión y muchos de los estándares aplicados para la protección de la expresión lo son también de la protesta y la manifestación social.

4.2.3 Acción colectiva, protesta y derecho de asociación

Correlativamente al ejercicio de los derechos de expresión y reunión, debe aparejarse el de libertad de asociación. De esta manera, la protesta social también puede ser representada o ejercida por colectivos sociales que utilizan este medio -la protesta- como plataforma para visibilizar sus reclamos y demandas sociales. En otras palabras, el ejercicio de la protesta social también puede entrañar el ejercicio de la acción social colectiva representada por organizaciones de personas con identidades comunes y/o incluso movimientos sociales.

La Relatoría para la libertad de expresión (2019) señala que la protesta social abarca la consecución de objetivos legítimos por parte de agrupaciones sociales, por lo que la protección de la libertad de asociación también puede aplicarse al ejercicio del derecho de protesta. De igual forma, este órgano institucional también señala que la protección brindada por el derecho de asociación se extiende tanto a agrupaciones formalizadas o no formalizadas, y que ello no es un criterio diferenciador del nivel de protección, ni de su aplicabilidad al ejercicio mismo del derecho a protestar (RELE, 2019).

4.2.4 Libertad de asociación sindical, huelga y otras formas de protesta

Sobre el particular, la libertad sindical y de huelga debe entenderse como una extensión específica del derecho de asociación aplicado en relaciones jurídicas derivadas del trabajo. La RELE (2019) identifica que el derecho de huelga es una de las formas concretas en que se puede

ejercer el derecho a la protesta en el contexto de relaciones de trabajo, por lo que además de los estándares normativos derivados de los derechos humanos mencionados, son aplicables los estándares específicos para colectividades agrupadas en contextos laborales como los sindicatos.

A pesar de la necesaria vinculación del derecho a la protesta con el derecho de huelga en particular, no se puede desconocer que este último goza de protección especial a nivel internacional, regional y nacional. Así, si bien puede relacionarse la huelga con la protesta no debe olvidarse que prima la aplicación de su regulación específica contenida en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ¨Protocolo de San Salvador¨ en su artículo 8.1.b, en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), o la regulación contenida en el Código Sustantivo del Trabajo Parte Colectiva, artículo 429, para el caso colombiano.

4.2.5 Participación en política desde la protesta social

El derecho a la participación política se ha relacionado recientemente con el derecho a la protesta social. Al respecto, parte de esta comprensión consiste en adjudicar un verdadero rol de deliberación pública y democrática al ejercicio de las protestas sociales (Lalinde Ordóñez, 2019). Dicha comprensión se entiende perfectamente al concebir la protesta social como un medio no institucional de participación en política que, partiendo de la acción colectiva, busca generar una disrupción entre las narrativas institucionales de la participación ciudadana en los asuntos que les afectan.

Al respecto, la Relatoría (2019) sostiene que este derecho está intrínsecamente relacionado con la protesta social toda vez que esta implica la participación (directa o indirecta) de la ciudadanía en los asuntos públicos de un país. Para afirmar lo anterior, la Relatoría se basa en

concreto, en los valores y principios suscritos por los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) con la firma de la Carta Democrática Interamericana, en los que se reafirma la vocación democrática de dichos Estados, el respeto de los derechos y la importancia de la ciudadanía en la toma decisiones públicas.

Como se puede apreciar, son varios los derechos humanos que pueden ser relacionados con la protesta social, en donde se reconocen ciertas facetas del ejercicio del derecho a protestar que también encuadran con el ejercicio de otros derechos como los de reunión y expresión. Cabe acotar que son varios los derechos que se relación con la protesta, y los derechos enunciados anteriormente no constituyen una lista reducida y acabada, y en la medida que se tomen criterios nuevos[9] para relacionar uno y otro derecho con este fenómeno, dicha lista podrá aumentarse y/o reducirse según cada pretensión analítica de preferencia.

Ahora, dentro del derecho fundamental a la protesta social se tiene que existe, como en cualquier otro derecho fundamental, un ámbito irreductible de protección o núcleo duro, que permite identificar los límites que no se pueden desconocer para hacer efectivo un derecho. En ese sentido, conviene escrutar cuáles derechos, independientemente de los criterios que se tengan para relacionarlos con una u otro tipo de protesta hacen parte de este núcleo. En otras palabras, es preciso ahora establecer cuál sería aquel núcleo básico de protección del derecho a protestar y qué derechos o sub-derechos lo integran. Esta misma cuestión será relevante para los capítulos siguientes pues sobre tales derechos de este núcleo de protección es que se estudiarán las garantías para la defensa del derecho a protestar en el ordenamiento jurídico colombiano.

[9] Esto también necesariamente hace alusión al principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

4.3 Núcleo básico de protección del derecho a protestar

¿Por qué establecer aquí un núcleo básico de protección del derecho a protestar? Esto se puede explicar por dos razones. En primer lugar, el núcleo que aquí se establezca terminará por concretizar el objeto de estudio de este trabajo de investigación. Así, los derechos y sub-derechos que integren el núcleo de protección del derecho a protestar serán, como se dijo anteriormente, sobre los cuales más adelante se analicen sus respectivas garantías aplicables en el ordenamiento nacional.

En segundo lugar, dicho núcleo permite establecer un término de referencia claro sobre a qué nos referiremos cuando hablemos del derecho a protestar, derecho de manifestación o derecho de movilización como categorías de derecho sinónimas y de igual significancia. Esta cuestión esencial sobre la protesta permitirá trazar una línea clara sobre a qué se refiere este trabajo por protesta y a qué no, teniendo claro que aquí se analiza dicha cuestión desde un estudio meramente normativo sobre fuentes formales del derecho.

Dicho lo anterior, se analiza aquí la cuestión sobre ese núcleo de protección del derecho a protestar. Como se anunciaba antes, este núcleo se referirá a esos derechos que involucran el derecho a protestar y que pueden caracterizar a cualquier tipo de protesta social sin importar sus características diferenciadoras como identidad, fines, estructura, entre otras características.

Para lograr de la mejor manera la construcción de este núcleo de protección se tomó como referencia algunos criterios preliminares. Estos criterios son: 1) cuestiones que se prediquen sobre cualquier tipo de protesta; 2) derechos que se refieran a cuestiones generales del derecho a protestar y no tipos de protesta en particular; 3) que dichos criterios sean más incluyentes que excluyentes. Teniendo como referencia estos criterios, podemos arribar a la siguiente propuesta de núcleo básico de protección del derecho a protestar.

Como primera cuestión esencial de este núcleo básico de protección del derecho a protestar podemos referirnos al derecho a la libertad de expresión, como aquel derecho de la ciudanía para expresar sus desacuerdos. Este derecho no puede desconectarse arbitrariamente del derecho de protesta, ya que la protesta es un ejercicio de expresión. Así, la libertad de expresión abarca cualquier tipo de protesta, no define a una en particular y merece un puesto crucial en este núcleo de protección.

Seguidamente, no puede dejarse de lado el derecho de reunión, ampliamente vinculado por los sistemas de protección de derechos humanos con la protesta social. Esto es así por cuanto el fenómeno de la protesta social no puede, a hoy, pensarse sin reunir los requisitos esenciales del derecho a reunirse de un conjunto de personas. En dicha comprensión, la protesta se vincula necesariamente con un lugar concreto y determinado, en el que la ciudadanía se aglomera y se hace visible ante la sociedad.

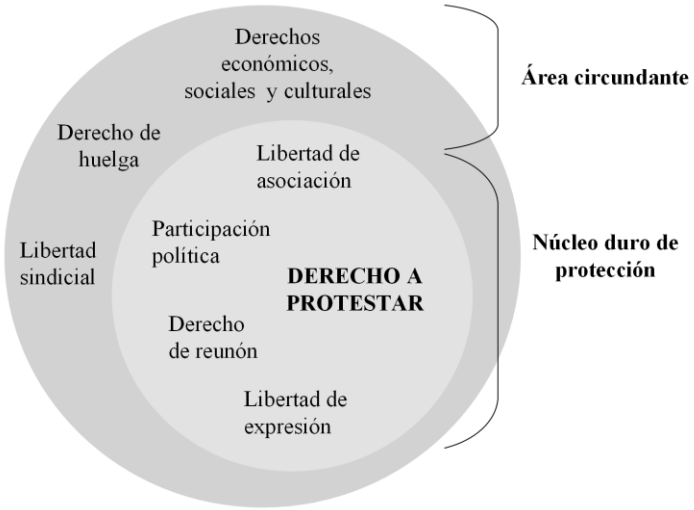
Hasta aquí, cualquier tipo de protesta social podría funcionar según los estándares normativos en materia de derechos humanos. No obstante, y con prospectiva de hacer lo más incluyente posible este núcleo de protección, es necesario incluir los derechos de asociación y participación política. Esto sucede porque no puede perderse de vista que la protesta la impulsa la acción social colectiva que realizan agrupaciones de ciudadanos. Además, dicha acción social busca que la ciudadanía pueda participar en los asuntos públicos que les incumben.

Dicho lo anterior, no cabe en este núcleo de protección derechos como la libertad de asociación sindical o el derecho de huelga. No caben aquí por cuanto son derechos que se refieren a tipos particulares de protesta, las surgidas en el contexto de las relaciones de trabajo y no el amplio campo de relaciones y conflictos sociales. De otra parte, son derechos cuyos criterios relacionados con la protesta son más excluyentes que incluyentes, puesto que solo pueden ser

ejercidos por una población específica y no se podría reputar estos derechos por parte de un grupo que busca la reivindicación racial, por citar un ejemplo.

Gráficamente, este núcleo de protección del derecho a protestar podría representarse así:

Figura 1. *Núcleo duro o ámbito irreductible del derecho a protestar*



Como se aprecia de una lectura de la figura 1, los derechos referidos a la libertad sindical, el derecho de huelga y los derechos económicos, sociales y culturales pueden clasificarse en el área circundante de este núcleo de protección del derecho a protestar. Estos otros derechos, ya importantes, se explicaba, se refieren a tipos y contenidos de protesta, por lo que su interés analítico y grado de protección se activan según se presenten en el contexto de la protesta estudiada.

Por su parte, la propia Corte Constitucional ha establecido el siguiente núcleo duro o ámbito irreductible de protección del derecho a protestar:

> En ese sentido, puede decirse que el ámbito irreductible de protección del derecho a la reunión, manifestación y protesta es la conglomeración de personas, identificadas con fines comunes, cuyo fin es manifestarse –libertad de expresión- frente al funcionamiento del

gobierno –control político-, a través de la presión en la calle y mediante un actuar pacífico y sin armas (Corte Constitucional, C-223, 2017).

Como puede observarse, el núcleo duro al que arriba la Corte no difiere significativamente del aquí propuesto, pues en esencia contempla el apartado del derecho de expresión, la reunión y conglomeración de personas, seguido del control político que ejerce la ciudadanía en las calles. Este último vendría a ser el derecho a la participación en política que aquí se ha señalado.

Hasta aquí se pretende ilustrar teórica y conceptualmente el derecho a protestar desde el enfoque de los derechos humanos relacionados con este fenómeno y sobre la construcción de un núcleo de protección común para todos los tipos de protesta. Desde el segundo capítulo se estudiará el derecho a protestar desde este núcleo de protección para establecer las garantías y prerrogativas erigidos en el ordenamiento jurídico colombiano para proteger este derecho fundamental.

5. La protesta social en la Corte Constitucional. Narrativa jurisprudencial

En el análisis sobre las garantías de la protesta social en Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional resulta ser un material necesario de análisis toda vez que es el alto tribunal en materia de derechos fundamentales. En ese sentido, no puede aquí abordarse la cuestión del derecho a protestar sin necesariamente analizar este tema en la jurisprudencia de la Corte. De ahí a que el objetivo B de investigación se encause necesariamente a analizar las garantías -siguiendo el paradigma ferrajoliano- de la protesta social establecidas por dicho tribunal.

Ahora bien, el análisis jurisprudencial que se presenta a continuación sigue la metodología propuesta por Diego López Medina en el *derecho de los jueces* (2006) sobre el análisis dinámico de jurisprudencia. Dicho análisis está compuesto en primer lugar por la exposición de los escenarios constitucionales posibles sobre la protesta social. Seguidamente, se realizó formulación

del problema jurídico, y a su turno se proponen los polos decisionales que dan respuesta del problema. Posteriormente se recurre a la muy útil herramienta de diagramación gráfica de la línea jurisprudencial obtenida y la ubicación de las correspondientes sentencias en esta línea.

En último lugar, se propone el análisis de la jurisprudencia en sentido estricto que se desarrolla mediante la narración de la línea en tres momentos claves: primero, el nacimiento de la línea (1992-1994); segundo; la reconfiguración, aciertos y desaciertos (2000-2016); y tercero, el nuevo paradigma garantista del derecho a protestar en la Corte Constitucional (2017-2021).

5.1 Consideraciones previas al análisis jurisprudencial

El análisis jurisprudencial presentado se sitúa en el periodo de entre 1992 y 2021. Este periodo corresponde, por un lado, al inicio de funciones de la Corte Constitucional en nuestro país (1992), y de otro, se ubica el 2021 como fecha de corte para analizar la jurisprudencia en un periodo no superior a los treinta años. Se advierte que, pese a la vastedad del periodo analizado, se demostrará más adelante que los pronunciamientos jurisprudenciales del alto tribunal han sido pocos —aunque significativos— y no fue una tarea inabarcable para las pretensiones de este capítulo.

Se insiste, pues, en que se analizó la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia del derecho a la protesta social con el fin de estudiar las garantías establecidas por este tribunal con respecto a la protesta social y los derechos que involucra su núcleo esencial de protección establecidos ya en el capítulo 1: libertad de expresión, reunión o manifestación, asociación y participación política. De esta manera, las garantías sobre la protesta también son aquellas relacionadas con estos derechos.

Por otra parte, este análisis jurisprudencial se compuso del estudio de sentencias de tutela de revisión (tipo T) y sentencias de acción pública de inconstitucionalidad (tipo C). No se estudiaron sentencias de unificación jurisprudencial (tipo SU) puesto que la Corte Constitucional no ha visto la necesidad de unificar su jurisprudencia en la materia. Del mismo modo, es relevante mencionar que también se incluyó una sentencia de tutela, pero de segunda instancia, decidida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Esta sentencia es la única que no corresponde al tribunal constitucional y su inclusión en este capítulo obedece que, para la fecha de corte del análisis (2021), esta sentencia fue el pronunciamiento en materia constitucional más relevante y reciente sobre la protesta social, pues es del año 2020.

En lo que tuvo que ver con aspectos conceptuales y/o gramaticales del análisis, se entendió por "garantía" aquellas disposiciones normativas o subreglas de derecho, que la jurisprudencia establece en las sentencias judiciales, tendientes a proteger un derecho fundamental, establecer una limitación u orden expresa a una autoridad en particular, o determinar el grado de aplicación o interpretación de determinada ley. En el caso concreto se estudiaron las garantías en función de su relación con la protección y materialización del derecho a protestar.

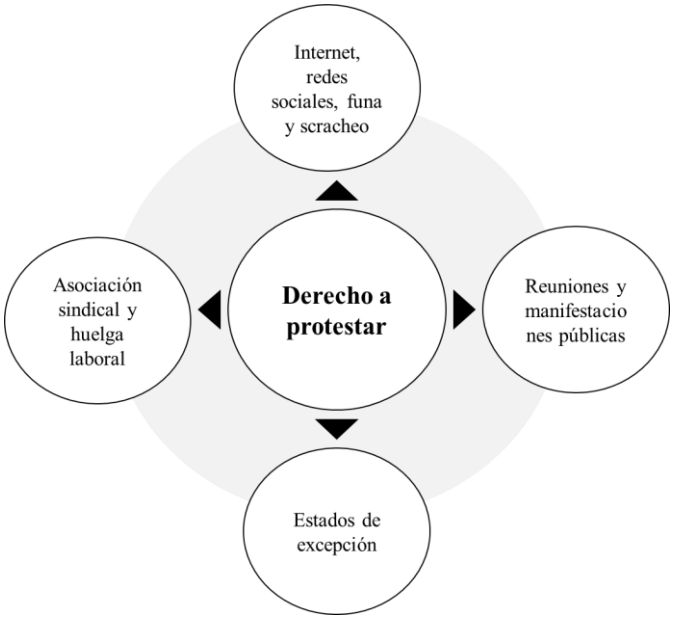
5.2 Estructura y composición de la línea jurisprudencial

5.2.1 Escenarios constitucionales del derecho a la protesta social

Siguiendo la metodología de López Medina (2006), un derecho fundamental, en el análisis de casos jurisprudenciales, puede ser analizado en diferentes escenarios constitucionales, razón por la cual existen diferencias en cómo entender dicho derecho de acuerdo con su contexto. En ese sentido, conviene aquí primero identificar los posibles escenarios donde se puede desarrollar el

derecho a la protesta social en Colombia, y que a su vez han sido varias de las perspectivas desde las cuales se ha trabajado este derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Figura 2. *Escenarios constitucionales del derecho a protestar*



El derecho a protestar, como se puede ver en la ilustración anterior, puede entenderse en varios escenarios constitucionales como los cuatro anteriormente citados. Así, en un primer momento podemos identificar la protesta con las movilizaciones ciudadanas en calles y plazas públicas, no obstante, no es el único escenario en el que se puede desarrollar este derecho fundamental.

Así mismo, otro escenario constitucional que podemos identificar con la protesta social es el que se realiza mediante el uso de internet y las redes sociales, en los que incluso la Corte Constitucional ha considerado que prácticas como el escrache o la funa social son formas de protesta ciudadana ejercidas contra determinados actores de la sociedad (SU-420 de 2019; T-452 de 2022).

Por otra parte, otros escenarios constitucionales en los que se ejerce el derecho a protestar lo son el de las huelgas laborales en ejercicio del derecho de asociación sindical. La huelga es también considerada por la Corte Constitucional como una forma de ejercer el derecho a la protesta, pero específicamente en el mundo del trabajo y de las relaciones laborales, pues la voz de rechazo expresada por los trabajadores es también un acto de protesta contra el empleador y las condiciones de trabajo que este impone (C-858 de 2008).

Finalmente, la Corte también ha estudiado en sede de constitucionalidad el derecho a la protesta en los eventos de Estado de excepción en lo que tiene que ver con las libertades que puede o no reducir el poder ejecutivo en medio de estos Estados de emergencia y anormalidad institucional. Así, ha dicho la Corte que no es dable, aún en Estados de excepción, limitar un derecho fundamental como el de manifestación y protesta social (C-179 de 1994).

Estos escenarios constitucionales no son los únicos en los que podemos identificar el ejercicio del derecho a la protesta social, pues solo se citan algunos ejemplos ilustrativos y no se realiza una lista exhaustiva del tema. Aun así, estos ejemplos sirven para afirmar que el escenario constitucional con el cual se realizará el análisis jurisprudencial lo será el de reuniones y manifestaciones públicas.

Esta elección sucede por varias razones. En primer lugar, porque la protesta en los contextos de las reuniones y manifestaciones públicas es de los eventos que más abarca el derecho a protestar en relación con los demás escenarios constitucionales. Segundo, porque este escenario constitucional es el principal objeto de estudio dentro de esta investigación; y tercero, porque el núcleo esencial del derecho a protestar es íntegramente abordado en este escenario a diferencia de los otros, en los que se da primacía a diferentes derechos como la huelga en el escenario de la asociación sindical y la libertad de expresión como en el de escrache y funa social.

5.2.2 Formulación del problema jurídico y polos decisionales

El problema jurídico planteado tiene como supuesto cuestionar el margen de restricción del derecho a la protesta social en el contexto de las reuniones y manifestaciones públicas, para que a partir de la solución concreta que ofrezca la Corte en cada sentencia, se puedan identificar las garantías que propendan por la materialización y protección de este derecho. Este es el siguiente:

Tabla 3. *Polos decisionales de la línea jurisprudencial*

¿Cuál es el nivel de garantismo del derecho a la protesta social en Colombia en el contexto de las reuniones y manifestaciones públicas?	
Polo decisional A	Polo decisional B
El derecho a protestar cuenta con un amplio margen de protección mediante el establecimiento de garantías para su materialización	El derecho a protestar tiene un margen reducido de protección en el establecimiento de pocas o ninguna garantía real para su materialización

Nota. Fuente: elaboración propia (2023)

El polo decisional A expresa un grado fuerte de protección del derecho a la protesta social vía establecimiento de garantías para su realización en sede judicial, mientras que el polo B expresa un grado débil de protección de este derecho en el cual se tienen pocas garantías para su establecimiento y por tanto un grado mayor de admisibilidad de restricción de este derecho.

5.2.3 Sentencia arquimédica: STC-7641-2020 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

De conformidad con la metodología de análisis jurisprudencial propuesta por López Medina (2006), la sentencia arquimédica es el primer eslabón de la línea jurisprudencial. Así las

cosas, esta sentencia[10] al ser reciente y tener relación con el problema jurídico estudiado presenta dentro de su contenido las citas jurisprudenciales más relevantes para la decisión del caso y que pueden constituir la base misma de la línea.

En el caso concreto, la línea jurisprudencial que más adelante se presenta sobre el derecho a la protesta social parte de la sentencia arquimédica STC-7641 de 2020 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Este es un fallo de segunda instancia en el que se decidió una acción de tutela sobre la protección del derecho a protestar en los eventos específicos de protesta ocurridos en el país en el año 2019 a partir del 21 de noviembre conocido como las marchas del 21N.

Ahora, si bien el objetivo esencial de este capítulo es analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la sentencia arquimédica corresponde al alto tribunal de la jurisprudencia ordinaria por cuanto este encuadra perfectamente con el problema jurídico analizado, es un pronunciamiento en materia constitucional, para las fechas de corte de estudio es el pronunciamiento más reciente y permite enriquecer el conjunto de sentencias a analizar toda vez que la jurisprudencia citada en este fallo es apego estricto de la jurisprudencia en la materia establecida por la Corte Constitucional.

5.2.4 Nicho citacional de primer y segundo nivel

El nicho citacional que subyace al desarrollo del análisis y línea jurisprudenciales, como se dijo anteriormente, se desprende de la sentencia arquidémica STC-7641-2020 de la Sala Civil

[10] Líneas arriba se expuso la razón por la cual esta es la única sentencia que no corresponde a la Corte Constitucional sino a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en segunda instancia de tutela. Se hace énfasis en esto toda vez que el estudio presentado en este capítulo 2 solo se enfoca principalmente en la jurisprudencia constitucional del alto tribunal y solo por facilidades metodológicas se incluyó una sentencia de su homóloga, la Corte Suprema.

de la Corte Suprema de Justicia, decisión de tutela en segunda instancia. Es desde esta sentencia que se constituye el nicho citacional en primer y segundo nivel acorde a la metodología de López Medina (2006).

Tabla 4. *Nicho citacional de la línea jurisprudencial*

Sentencia arquimédica: STC-7641-2020/Corte Suprema de Justicia S. Civil 2da instancia Tutela						
Primer nivel						
C-009/2018	C-281/2017	C-223/2017	T-366/2013	C-742-2012	~~C-575/2009~~	~~T-391/2007~~
Segundo nivel						
C-223-2017	T-456-1992	T-366-2013	T-456-1992	T-456-1992		
C-281-2017	C-742-2012	T-456-1992	C-742-2012	C-179-1994		
C-024-1994	T-366-2013	C-024-1994		C-024-1994		
~~C-211-2017~~	C-024-1994	C-179-1994				
~~C-176-2007~~		C-742-2012				
T-456-1992						
C-742-2012						
~~C-442-2011~~						
T-366-2013						
~~C-452-2016~~						

5.2.5 Conjunto de sentencias relevantes a analizar

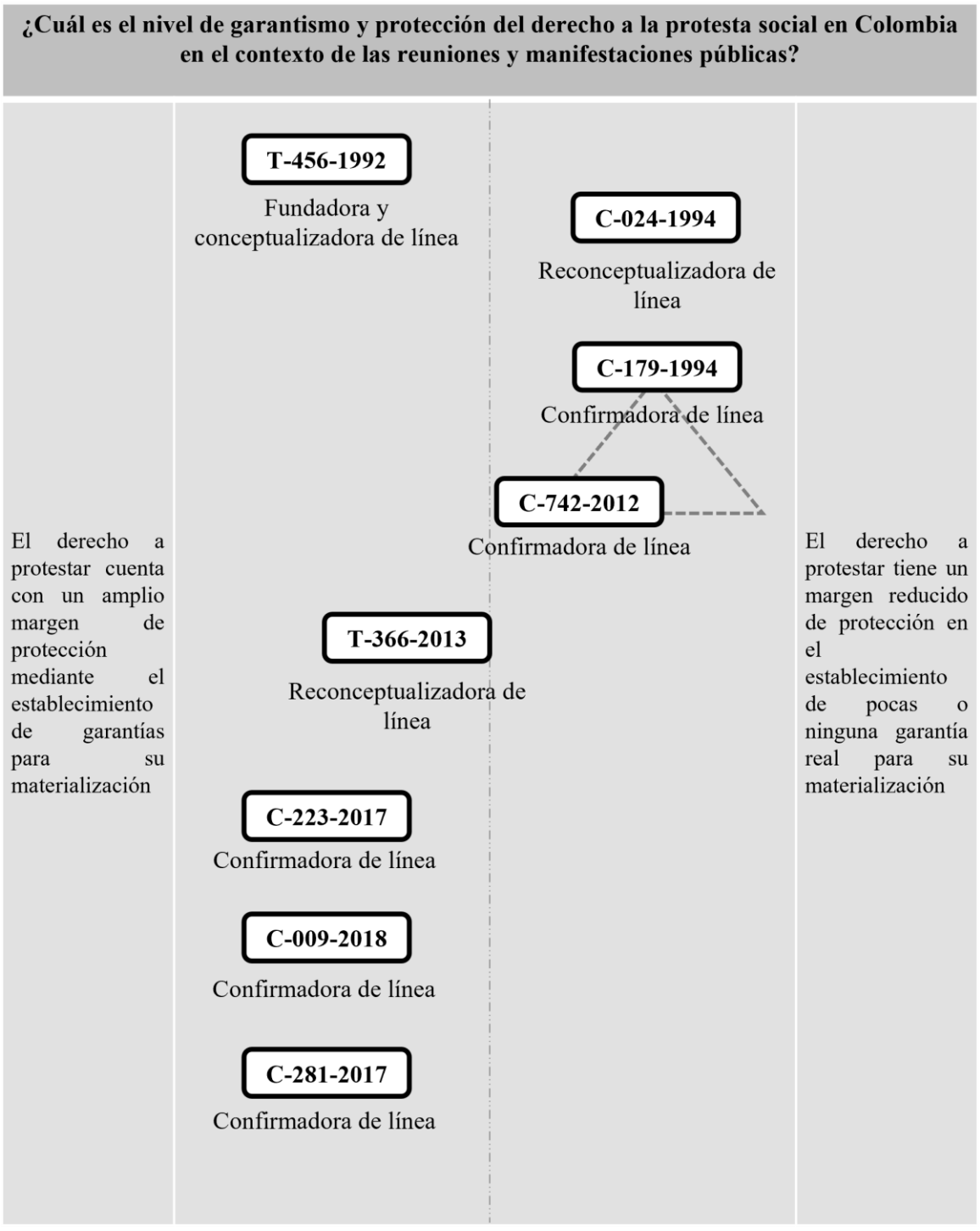
Del estudio preliminar del nicho citacional (tabla 4), se seleccionaron las siguientes sentencias que guardan relación fáctica y jurídica con el problema jurídico en cuestión (tabla 3), razón por la cual por lo cual con base en estas sentencias se desarrolló la línea jurisprudencial y su posterior análisis. Las sentencias que en la tabla 4 aparecen con una raya a la mitad fueron descartadas por no guardar identidad ni conexidad con el problema jurídico del análisis jurisprudencial.

Tabla 5. *Conjunto de sentencias a analizar en la línea jurisprudencial*

Sentencias
STC-7641-2020 (sentencia arquimédica)
C-009/2018
C-281/2017
C-223-2017
T-366/2013
C-742-2012
C-179-1994
C-024-1994
T-456-1992 (sentencia fundadora de línea)

5.2.6 Línea jurisprudencial graficada

Figura 3. *Línea jurisprudencial sobre el derecho a protestar (1992-2021)*


¿Cuál es el nivel de garantismo y protección del derecho a la protesta social en Colombia en el contexto de las reuniones y manifestaciones públicas?
El derecho a protestar cuenta con un amplio margen de protección mediante el establecimiento de garantías para su materialización
El derecho a protestar tiene un margen reducido de protección en el establecimiento de pocas o ninguna garantía real para su materialización
T-456-1992
Fundadora y conceptualizadora de línea
C-024-1994
Reconceptualizadora de línea
C-179-1994
Confirmadora de línea
C-742-2012
Confirmadora de línea
T-366-2013
Reconceptualizadora de línea
C-223-2017
Confirmadora de línea
C-009-2018
Confirmadora de línea
C-281-2017
Confirmadora de línea

5.3 Narrativa jurisprudencial

El análisis sobre la línea jurisprudencial del derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (ver figura 3) puede estudiarse en los siguientes tres periodos históricos de conformidad con el impacto de la protesta social en el contexto colombiano: primero, nacimiento de la línea jurisprudencial en materia de protesta social (1992-1994); segundo, reconfiguración de la línea jurisprudencial sobre la protesta (2000-2016); y tercero, el nuevo paradigma garantista del derecho a protestar (2017-actualidad).

5.3.1 Nacimiento de la línea jurisprudencial en materia de protesta social (1992-1994)

Sentencia hito-fundadora de línea T-456-1992. Esta decisión judicial estudia por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional el derecho fundamental a protestar. En aquella ocasión se debatió si una alcaldía municipal debía o no exigir el requisito de aviso previo para realizar un desfile cívico. La Corte estableció que la exigencia de un aviso previo para realizar un acto o manifestación pública no debía entenderse como un permiso o autorización previa, sino como un acto que permitía a los entes territoriales adoptar medidas tendientes a garantizar el derecho a la manifestación pública.

En ese mismo sentido, la Corte señaló que “un peligro eventual o genérico” no constituye una razón suficiente para que las reuniones o manifestaciones públicas fueran prohibidas o disueltas. A lo que terminó agregando que los entes territoriales deben respetar el desarrollo de las manifestaciones previstas. Por las anteriores consideraciones, esta sentencia se ubicó cercana al polo decisional A ya que hace prevalecer los derechos de los manifestantes sobre formalidades de la protesta o manifestación, como lo sería el aviso previo.

Años más tarde la Corte analizó en la sentencia C-024-1994 una acción pública de inconstitucionalidad dirigida contra varios artículos del código de policía (decreto-ley 1355 de 1970) vigente para la época. Dentro de las disposiciones demandadas estaban los artículos 102 y 105 que exigían la realización del aviso previo a las alcaldías municipales de las manifestaciones sociales a realizar. De no cumplirse con dicho requisito, el código facultaba a la policía nacional para disolver aquellas reuniones o manifestaciones.

En el control abstracto de constitucionalidad practicado por la Corte, esta encontró las normas demandadas ajustadas a la constitución. El máximo tribunal constitucional argumentó que el aviso previo se erigía dentro de la facultad legislativa para limitar el derecho de manifestación pública otorgada por el constituyente del 91 al Congreso de la República. De esta manera, la Corte realizó una reinterpretación más restrictiva del precedente inmediatamente anterior (ver figura 3) establecido en sentencia T-456-1992. Así las cosas, la sala plena avaló la obligatoriedad del aviso previo y por tanto convalidó la facultad de la policía nacional para disolver aquellas reuniones o manifestaciones que no habían sido avisadas previamente, desprotegiendo las protestas que se realizasen de forma espontánea.

En ese mismo año, la Corte analizó en sentencia C-179-1994 una demanda de inconstitucionalidad contra la ley estatutaria 137 de 1994 que reglamenta los Estados de excepción. En materia de la protesta social, los accionantes demandaron el literal d del artículo 38, al considerar que la facultad entregada al gobierno de restringir y someter a aviso previo las manifestaciones sociales que pudiesen perturbar el orden público en el Estado de conmoción interior vulneraba la constitución del 91.

Practicado el análisis de constitucionalidad de la norma acusada, la Corte determinó que esta se ajustaba a la Constitución por cuanto no se había violado la reserva legal al respecto, y el

legislador estaba facultado para establecer límites a la protesta social. En el pronunciamiento, la sala plena reafirmó el precedente jurisprudencial inmediatamente anterior establecido en la sentencia C-024-1994, aduciendo que las limitaciones establecidas a la protesta pretendían velar por el mantenimiento del orden público, más aún, en situaciones excepcionales de conmoción interior. Por las razones anteriores las dos sentencias de 1994 se ubicaron hacia el polo decisional B, toda vez que encontraron admisibles unas restricciones más fuertes sobre la protesta social.

Los tres pronunciamientos judiciales señalados anteriormente (sentencias T-456-1992, C-024-1994 y C-179-1994) constituyeron el nacimiento de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de la protesta social. Estos pronunciamientos se destacaron por abordar cuestiones relativas al aviso previo y la facultad o no de la policía nacional para disolver aquellas manifestaciones que no hubiesen cumplido con dicho requisito. Sin embargo, el primer pronunciamiento fue reinterpretado más restrictivamente en los dos posteriores en control abstracto de constitucionalidad.

Aunque el abordaje sobre la protesta social fue somero y superficial en estos pronunciamientos, estos sentaron las bases para que la jurisprudencia constitucional años más tarde perfeccionara el análisis de constitucionalidad sobre las normas en materia de protesta social, y reajustara su línea jurisprudencial en la materia.

5.3.2 Reconfiguración de la línea jurisprudencial sobre la protesta social (2000-2016): aciertos y desaciertos

Años más adelante, la Corte Constitucional en sentencia C-742-2012 analizó la constitucionalidad de dos normas penales. Concretamente se demandaron los artículos 44 y 45 de la ley 1453 de 2011 que crearon los tipos penales de obstrucción a las vías públicas y perturbación

al transporte público. Los demandantes señalaron que los tipos penales constituían una clara criminalización de la protesta social, toda vez que sancionaba penalmente la realización de las protestas en las vías públicas y las perturbaciones que ello pudiese generar en el transporte público.

La Corte encontró ajustadas a la constitución los tipos penales demandados por cuanto consideró que estos se referían a graves obstrucciones y afectaciones a las vías públicas y al transporte público. Aunque se declararon exequibles las disposiciones acusadas, la Corte hizo referencia a que cualquier malestar u obstrucción generada en los actos de manifestaciones sociales no constituían motivos suficientes para iniciar un proceso penal contra los manifestantes.

Aunque la Corte prefirió optar por la aplicación del principio de conservación del derecho y no declarar inexequibles las normas acusadas, los argumentos usados por la sala permitieron evidenciar un corto viraje en la jurisprudencia existente hasta el momento en la materia. De esta forma, esta sentencia se ubicó más hacia el centro entre los polos decisionales A y B, siendo una de las primeras sentencias que permitió a la Corte reconfigurar su línea jurisprudencial establecida hasta el momento.

Más adelante, en sentencia T-366-2013 la Corte estudió una acción de tutela interpuesta por una estudiante universitaria contra la entidad de financiación educativa Icetex. La accionante señaló que la entidad se negó a continuar financiando sus estudios, ya que ella participó en una manifestación pública contra la entidad. La sala de revisión de tutelas determinó que la entidad había vulnerado los derechos de la accionante, y que, en adelante, conductas como las realizadas por el Icetex debían entenderse como violatorias del derecho fundamental a protestar y de la libertad de expresión.

La sentencia analizada permitió a la Corte añadir al escenario constitucional de discusión sobre el derecho a la protesta social su relación con el derecho a la libertad de expresión. Así la

sala estableció que en materia de protesta social no solo debía tenerse en cuenta el artículo 37 constitucional, sino aquellos relacionados con la libertad de expresión, y con los derechos civiles y políticos en general. Por estos argumentos, este pronunciamiento se ubicó más hacia el polo decisional A, al ser una decisión hito en la nueva configuración del paradigma garantista del derecho a protestar.

5.3.3 El nuevo paradigma garantista del derecho a protestar (2017-actualidad)

Con motivo de la expedición del nuevo código de policía (ley 1801 de 2016) se presentan las sentencias C-223-2017, C-281-2017 y C-009-2018. Estas sentencias coinciden en que se estudian demandas de inconstitucionalidad contra los artículos que regulan el derecho de reunión y manifestación pública en el código. En la sentencia C-223 la Corte estudió la demanda por violación de la reserva legal en materia del derecho a la protesta social, al considerar los demandantes que los artículos que regulan este derecho en el código habían sido expedidos bajo una ley ordinaria y no una estatutaria, como lo ordena la Constitución de 1991.

En dicha sentencia la Corte determinó que el legislador había vulnerado la reserva legal estatutaria en materia del derecho fundamental a protestar. La sala plena estableció que una regulación sistemática y completa de la protesta debió hacerse realizado bajo una ley estatutaria y no una ordinaria. Por lo anterior, se decidió declarar inexequible todo el título que reglamentaba las reuniones y manifestaciones públicas, pero con efectos diferidos hasta el año 2019, en el que formalmente dejaron de existir en el ordenamiento jurídico nacional.

En sentencias C-281-2017 y C-009-2019 la Corte analizó demandas de inconstitucionalidad contra los artículos relativos al aviso previo, la facultad de la policía nacional y el ejército para intervenir y disolver las protestas sociales y sobre el contenido temático de las

manifestaciones públicas. La Corte declaró exequibles la mayoría de las disposiciones acusadas, pero condicionó estas al establecimiento de unas garantías concretas de protección de la protesta social en el país.

Sobre el aviso previo se reiteró que este no debía entenderse como un permiso o autorización previa, sino como un acto para que las entidades territoriales puedan tomar medidas tendientes a la garantía de las manifestaciones. Sobre la facultad de la policía nacional y el ejército de intervenir las protestas, definió garantías estrictas de procedencia para las intervenciones de la fuerza pública y no hacer nulo el derecho a protestar. Y finalmente, sobre el punto relacionado con los contenidos de la protesta social, refirió que gozaban de plena protección constitucional todos los contenidos de estas a excepción de los relacionados con los discursos de odio y la incitación a la violencia.

Así, los tres pronunciamientos referidos se ubicaron hacia el polo decisional A, al reconstruir una línea jurisprudencia sólida en materia de protección al derecho fundamental a protestar. Así, son estos los precedentes jurisprudenciales que constituyen materia relevante al momento de analizar la protección de este derecho en la actualidad constitucional colombiana.

De otro lado, frente a la sentencia arquimédica STC-7641-2020, esta se ubica como una sentencia confirmadora de línea que replica los precedentes constitucionales sentados por la Corte hasta el momento. Concretamente en ese pronunciamiento de la Corte Suprema en segunda instancia se amparó los derechos fundamentales de un conjunto de manifestantes que señalaron la sistematicidad con que el gobierno colombiano ha restringido el derecho a protestar en los últimos años (2019-2020). La sala avaló los argumentos de los accionantes y procedió a amparar los derechos invocados.

Así se tiene que a lo largo de 30 años la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia del derecho a la protesta social ha evolucionado, desde la consideración previa de avalar algunas restricciones fuertes de la protesta social, hasta reinterpretar los precedentes judiciales anteriores bajo un esquema constitucional más garantista de este derecho. No sin desconocer la importancia que radica en proteger este derecho fundamental en democracias constitucionales como la colombiana.

6. La protesta social en Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el control de convencionalidad

Como se aprecia en los capítulos precedentes, la cuestión de la protesta social no solo atañe al derecho nacional de los Estados considerados individualmente, sino que ha sido un asunto promovido desde los sistemas de protección de derechos humanos. Las instituciones de estos sistemas de derechos humanos establecieron muchas de las garantías y lineamientos jurídicos de protección sobre el derecho a protestar, como la no necesidad del aviso previo y el amparo sobre los discursos de protesta.

A continuación, se abordará en concreto la cuestión de la protesta social desde el sistema regional de protección de derechos del Sistema Interamericano. Dicho esto, se presenta primero los tratados y convenios regionales que son fuente primaria para la interpretación del derecho a protestar. Seguidamente se expone los lineamientos jurídicos normativos que a primera vista permiten defender de forma amplia el derecho a protestar y finalmente se aborda como cuestión esencial la justiciabilidad de este derecho por vía del control de convencionalidad.

6.1 La protesta social en el SIDH

El marco normativo sobre la protesta social en el SIDH aquí referido da cuenta de aquellas disposiciones normativas tendientes a regular y/o proteger el derecho a la protesta solo en cuanto a su naturaleza se refiere. En ese sentido, resulta pertinente abordar en este apartado los derechos relacionados con este fenómeno como el derecho de reunión, la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho de participación política. Sobre los anteriores derechos trata el marco jurídico expuesto a continuación y el eje central en el desarrollo del objetivo específico c de investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente en este punto estudiar cuatro instrumentos normativos del SIDH, estos son: la Declaración Americana (1948), la Convención Americana (1969), la Declaración de principios sobre la libertad de expresión (2000) y la Carta Democrática Interamericana (2001). A continuación, cada instrumento se explica en detalle y se señala la importancia, el contenido y el alcance de sus disposiciones normativas.

6.1.1 Declaración Americana de DDHH (1948)

Esta declaración tiene como fin principal la consagración de un decálogo de derechos y deberes que se deben entender integrados de manera correlativa e intrínseca en toda actividad social y política del hombre. Así mismo, si bien estos principios se suscribieron como una declaración y no como un tratado regional, tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han afirmado que la Declaración es fuente de obligaciones para los Estados miembros de la OEA.

Dicho lo anterior, en materia del derecho a la protesta, esta declaración consagra principalmente cuatro derechos humanos que evidencian la intención de proteger la movilización

ciudadana: el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad de asociación y el derecho de participación política.

6.1.2 Convención Americana de DDHH (1969)

Este instrumento se redactó y firmó en noviembre de 1969. Es quizás la herramienta más importante en materia de protección de derechos humanos dentro del Sistema Interamericano debido a que exige la obligatoriedad de su cumplimiento mediante la aplicación del principio de convencionalidad[11] por parte de todos los Estados que han adoptado este instrumento. Así mismo, la Convención consagra reglas expresas en materia de protección de derechos que en caso de desconocimiento permite la posibilidad de exigir su justiciabilidad ante los mecanismos jurisdiccionales que consagra el sistema regional.

Sobre el particular de la protesta social, observamos que consagra derechos relacionados directa o indirectamente con esta en los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación), y 23 (derechos políticos).

6.1.3 Declaración de principios sobre la libertad de expresión (2000)

Esta declaración fue un documento en el cual se consignó como resultado del informe de gestión de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión creada por la Comisión Interamericana para analizar el estado de cosas actual sobre este derecho convencional en el contexto americano. De igual manera, este instrumento señala un marco jurídico orientador para el reconocimiento de la

[11] Sobre el principio o control de convencionalidad véase en detalle el punto número ocho de esta investigación

libertad de expresión en América, y a su vez, es un documento esencial para la interpretación y aplicación del artículo 13 de la Convención Americana.

Frente a la protesta social podemos señalar estos principios que permiten ejercer la libertad de expresión en estas manifestaciones: el principio 1, sobre la libertad de expresión como un derecho fundamental; el principio 2, que habla de la participación equitativa de este derecho; el principio 5, señala la prohibición de censura previa; y, finalmente, el principio 6, sobre el reconocimiento de este derecho sin límites o condición alguna.

6.1.4 Carta Democrática Interamericana (2001)

La Carta Interamericana es un instrumento que busca el fortalecimiento de la democracia en los Estados americanos. Este documento reafirma la vocación que deben tener los Estados en la promoción de la participación política de forma abierta y plural en todo momento. A su vez, esta disposición normativa del Sistema Interamericano es reconocida como la "cláusula democrática" que obliga a todos los Estados miembros de la OEA a cumplirla de forma inmediata, permitiendo también la imposición de sanciones en caso de su incumplimiento.

Frente a la protesta social y su vocación como mecanismo democrático de participación pueden resaltarse los artículos 1, 2 y 6 que sientan las bases necesarias para la inclusión de pautas y principios democráticos de gobierno que deben seguir los Estados americanos.

A continuación, estas disposiciones normativas se condensan en la siguiente tabla:

Tabla 6. *La protesta social en el SIDH*

Instrumento regional	Derecho humano	Artículo(s)
Declaración Americana de Derechos Humanos (1948)	De reunión	21
	Libertad de expresión	4
	Libertad de asociación	22
	Participación política	20
Convención Americana de Derechos Humanos (1969)	De reunión	15
	Libertad de expresión	13
	Libertad de asociación	16
	Participación política	23
Declaración de principios sobre la libertad de expresión (2000)	Libertad de expresión	1, 2, 5 y 6
Carta Democrática Interamericana (2001)	Participación política	1, 2 y 6

Estas disposiciones normativas, como se anotó antes, son la base para el reconocimiento del derecho a protestar en la región de las Américas, pues bien, son fuente formal y primaria en este sistema de protección de derechos humanos. Ahora, conviene ahondar en la interpretación que se les han dado a estas normas en relación con el fenómeno de la protesta y cómo estas deben ser interpretadas en el contexto democrático actual.

6.2 Lineamientos jurídicos de protección y garantía del derecho a protestar

De la tabla 6 se lograron extraer estos lineamientos jurídicos de protección y garantía de la protesta social en el Sistema Interamericano. Estos lineamientos hacen referencia a las diversas obligaciones contenidas en los instrumentos convencionales frente al ejercicio de algunos derechos relacionados con la protesta social (participación política, reunión, libertad de expresión y libertad de asociación) que están los Estados miembros de la OEA en la obligación de cumplir y respetar.

6.2.1 La protesta es un derecho democrático que permite la participación ciudadana en la política

De acuerdo con la Relatoría (2019) sobre la libertad de expresión y la protesta, las manifestaciones sociales deben entenderse como el ejercicio libre y consciente de la ciudadanía en la política de su país. De esta forma, la protesta social se ve respaldada desde la Carta Democrática Interamericana de la OEA, la cual consagra que la democracia es la base fundamental de los Estados americanos.

En ese sentido, la protesta social debe tener la protección convencional que le asiste a las demás formas de participación política de la ciudadanía en los asuntos de su interés. Así, los Estados tienen obligaciones concretas dentro de este lineamiento jurídico. Estas obligaciones deben entenderse en un aspecto positivo en cuanto que le exigen al Estado poner en práctica una serie de acciones que permitan la participación de la ciudadanía en política.

La primera de estas obligaciones es la promoción y defensa de la democracia en los términos del orden normativo constitucional previsto en cada Estado. Así, los Estados cuentan con la obligación de promover la participación democrática de la ciudadanía, y defender su participación cuando esta se vea amenazada por otras personas, autoridades o por entidades estatales.

De otra parte, también es obligación de los Estados el reconocimiento del derecho de la ciudadanía de participar en política y tener injerencia en los asuntos que les afecten. Los Estados deben poner al alcance de la ciudadanía las herramientas y medios mediante los que puedan participar democráticamente en política, formal y material, dotándoles de sentido e impacto a las expresiones que la ciudadanía brinde en su intervención.

Estas obligaciones anteriores resaltadas son relevantes en cuanto a la protesta social, ya que posibilitan su concepción como un mecanismo de participación ciudadana; que, si bien no es un mecanismo institucionalizado por la naturaleza de las movilizaciones, sí deben considerarse en el marco de la participación democrática de la ciudadanía en los asuntos que les afectan. De igual manera, los Estados deben disponer de la ciudadanía todos los medios para garantizar el ejercicio del derecho a protestar y no desconocerlo poniendo en práctica decisiones arbitrarias o contrarias a los lineamientos de protección de este derecho previstos en el Sistema interamericano.

No obstante, en el marco de este sistema regional de derechos humanos, el derecho a la protesta no es absoluto y por ello su ejercicio debe realizarse con el respeto de unas reglas mínimas de restricción y aplicación. Por ejemplo, no es legítimo cualquier ejercicio de la protesta social, pues el mismo sistema regional solo ha previsto la defensa del derecho pacífico y no violento de la protesta social.

6.2.2 Derecho a la protesta pacífica y no violenta

Los instrumentos convencionales como la Declaración y Convención Americanas de Derechos Humanos consagran el derecho a la reunión pacífica[12] y no violenta, exigiendo a los Estados garantizar el ejercicio de este derecho siempre y cuando las manifestaciones no acudan a la violencia o al uso de las armas. Esto sucede así por cuanto el ejercicio violento de la protesta resulta contrario a los intereses democráticos en una sociedad contemporánea.

Igualmente, este lineamiento de protección y garantía de la protesta social contempla que los Estados americanos tienen la obligación de reconocer este derecho convencional y permitir su

[12] Al respecto véase el artículo 15 de la Convención que declara que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas” y el artículo 21 de la Declaración el cual señala que “toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria (…)”.

libre ejercicio. Además, esta obligación debe entenderse en un aspecto positivo, pues cada Estado debe reconocer y permitir el desarrollo de la protesta social en el territorio nacional sin mayor limitación que aquella que señalan los instrumentos convencionales, como aquella restricción que exige que este derecho sea pacífico y sin armas.

De otra parte, debe entenderse que el ejercicio violento o armado de la protesta social no goza de protección convencional y, por lo tanto, los Estados están facultados para disuadir legalmente este tipo de manifestaciones contrarias a derecho. No obstante, este margen discrecional de disuasión de la protesta social no es absoluto puesto que debe ceñirse a unos parámetros estrictos de aplicación, señalados por la Convención Americana en el artículo 15 sobre el derecho de reunión:

> El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

En ese sentido, una restricción a la protesta social no podrá ser arbitraria, pues debe realizarse por medio de una ley, y en todo caso esta debe atender a unos fines concretos, como la preservación de la democracia o la seguridad nacional. Este mandato se concreta en el desarrollo del principio de legalidad que el legislador convencional ha previsto para los casos en que los Estados pretendan limitar o restringir el derecho de reunión.

6.2.3 La protesta social goza de reserva legal en materia de su eventual regulación (principio de legalidad)

Como se anotaba, los Estados, en ejercicio de su potestad soberana, pueden limitar o restringir el ejercicio del derecho de reunión, y por tanto el de la protesta social. Pero, igualmente

deben respetarse los fines y las formas que consagra la Convención Americana cuando se pretenda regular un derecho fundamental como el de manifestación o movilización social. Es este el caso del principio de legalidad o reserva legal en materia de la regulación a la protesta.

Esta reserva exige que, en cualquier evento, la protesta social solo podrá regularse mediante la expedición de una ley, y no en ejercicio de otras facultades o poderes estatales, como lo podría ser el poder ejecutivo o administrativo. En otras palabras, la Convención ha previsto que un interés legítimo, como lo es el protestar en una democracia, solo puede regularse mediante un procedimiento claro y taxativo, como lo sería mediante la expedición de una ley que debe surtir unos debates al interior de un Congreso o Parlamento, y que además tenga en cuenta los intereses mayoritarios de la sociedad allí representada.

Así se tiene que, la regulación de la protesta social no podrá ser arbitraria ni deberá obedecer a los intereses del gobierno o administración de turno, pues se deben respetar las formas democráticas y los intereses de la mayoría de la sociedad. De igual forma, esta reserva legal exige que aquellos eventos en que se pretenda limitar la protesta sean claros, fácticamente definidos y no abiertamente imprecisos, toda vez que la restricción a la manifestación social no puede ser la regla general en la práctica democrática de una nación americana.

Como ejemplo de lo anterior, la Relatoría (2019) ha señalado que cuando los Estados pretendan regular la protesta social mediante el derecho penal, el respeto por el principio de legalidad requiere concretamente:

> (…) que el órgano legislativo adopte la norma según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado (legalidad formal); y que los tipos penales estén formulados sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con

> precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos sancionables bajo otras figuras penales (legalidad material) (p. 67).

De esta manera, el principio de legalidad o la reserva legal en materia de la regulación de la protesta social se asemeja a los estándares exigidos por el derecho penal en materia del principio de legalidad[13] y tipicidad.

Pese a la reserva legal de la protesta social, debe recordarse que la protesta social no es un derecho absoluto y que involucra derechos e intereses de terceros. Estos conflictos de derechos o de intereses pueden resolverse concretamente por los Estados dando privilegio a uno u otro interés, pero no pueden desconocer el derecho de protesta ni desconocer su naturaleza ni negar la protección de que debe tener este derecho en cuanto a su contenido y alcance.

6.2.4 Protección de los discursos de protesta y el derecho de la libertad de expresión

Otro lineamiento jurídico de la garantía protesta social en el Sistema interamericano es aquel sobre la protección de la protesta en la órbita de amparo del derecho fundamental a la libertad de expresión. En ese sentido, cuando un grupo de ciudadanos decide manifestarse en plaza pública, lo hace con un discurso de acción social que busca presentar sus reclamos ante un interlocutor y lograr la satisfacción de sus intereses colectivos.

Conforme a lo anterior, los discursos de acción social[14] gozan de protección convencional gracias al derecho de libertad de expresión; derecho que necesariamente se ve inmiscuido en la protesta social. Así, las manifestaciones sociales son una de las varias formas de ejercer el derecho

---

[13] Por analogía interpretativa resultan aplicables en este tema los artículos 8 y 9 de la Convención, relativos a las "garantías judiciales" y al "principio de legalidad y retroactividad" respectivamente.

[14] Un ejemplo de estos discursos de acción social lo pueden ser los discursos sobre la igualdad de género manifestados por grupos feministas; o aquellos discursos sobre las condiciones laborales expresados por movimientos sindicales.

a la libertad de expresión durante los actos de protesta, en donde los manifestantes expresan reclamos, difunden información y comparten sus opiniones frente a temas que les afectan.

Por otro lado, hay que resaltar que esta protección de los discursos de acción social es un lineamiento jurídico estatal aplicable en cualquier tipo de discurso como regla general, sin embargo, como excepción, podemos acotar que no se encuentran aquí protegidos los discursos discriminatorios, violentos o que hagan apología al odio. Este lineamiento debe entenderse en una doble dimensión: por un lado, en una intervención positiva (reconocimiento concreto de derechos o garantías); y de otro, en un aspecto negativo (abstención de acciones específicas frente a la libertad de expresión).

En cuanto a la dimensión positiva de esta obligación, es importante resaltar que la Convención y la Declaración exigen que los Estados reconozcan el derecho de libertad de expresión y, por tanto, permitan su ejercicio en cualquier evento, incluido en las manifestaciones sociales (Relatoría, 2019). Así se tiene que, este aspecto positivo permite la protección de los discursos de acción social en el marco de la protesta social, aspecto que necesariamente exige la práctica de la neutralidad política de los Estados, pues estos no pueden desproteger selectivamente un discurso por ser contrario a sus intereses.

Seguido a lo anterior, la neutralidad política como obligación de los Estados contiene implícitamente la prohibición de censura previa de los discursos de acción social, aspecto que se configura dentro de la dimensión negativa de este lineamiento jurídico analizado sobre la libertad de expresión.

En ese sentido, la dimensión negativa de este lineamiento jurídico hace referencia a la abstención de censura de los discursos de expresión por parte de los Estado. Esta prohibición

abarca la protección de los medios por los que se difunden este tipo de discursos: medios de comunicación, redes sociales, plazas públicas, escuelas o universidades.

No obstante, como se decía, no todos los discursos de acción social gozan de protección convencional y, por tanto, la prohibición de censura no debe entenderse de forma absoluta. Así, aquellos discursos de expresión que pongan en peligro intereses legítimos de los Estados, como la preservación de la democracia o el orden público, podrán ser objeto de censura, toda vez que los instrumentos convencionales facultan a los Estados para que en estos eventos disuadan este tipo de discursos y puedan proteger a la ciudadanía.

Como ejemplo de lo anterior, la Convención Americana prevé que en los casos en que se realicen discursos violentos o de apología al odio, que pongan en peligro intereses legítimos[15] de los Estados, estos podrán disuadir su alcance y/o censurarlos. Aun así, debe resaltarse que la Relatoría (2019) señala que estos discursos deben ser lo suficientemente graves y explícitos para que los Estados puedan limitar su alcance o expresión, pues de lo contrario, deben protegerse al igual que los otros tipos de discursos por ser expresiones ciudadanas legítimas.

6.2.5 Prohibición de los discursos violentos y de apología al odio en medio de las manifestaciones sociales

Este lineamiento jurídico de protección y garantía se erige sobre la base de la relación del derecho a protestar con el derecho a la libertad de expresión enunciada en la garantía anterior. Así, los instrumentos convencionales se refieren a la libertad de expresión como un derecho que no es absoluto y por tanto tiene sus limitaciones cuando afecte intereses legítimos que también deben

[15] Sobre este tipo de intereses legítimos, la Convención Americana en el artículo 13 sobre libertad de pensamiento y expresión señala los siguientes: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

proteger los Estados. En ese sentido, cuando en ejercicio del derecho a la protesta se expresen discursos violentos o de apología al odio, la protesta pierde su protección y respaldo convencionales, toda vez que en este derecho es inadmisible la afectación fundamental de los demás ciudadanos y/o de las instituciones democráticas.

De lo anterior, se tiene que la protesta social es un mecanismo de participación ciudadana idóneo para que un grupo de ciudadanos pretenda hacer valer sus derechos fundamentales, mostrar su descontento y exigir la satisfacción de sus intereses. No obstante, cuando una protesta salga de sus límites legítimos y pretenda afectar o discriminar a otros grupos sociales incitando a su destrucción y afectación, la protesta entra en el ámbito de no protección por parte del SIDH y el Estado queda facultado soberanamente para limitar la difusión de este tipo de manifestaciones violentas y reprimirlas desde el ordenamiento jurídico[16].

Este lineamiento debe entenderse en una dimensión positiva, toda vez que le exige a los Estados garantizar que este tipo de manifestaciones, y concretamente, estos discursos violentos no gocen de la protección jurídica necesaria dentro del derecho a la protesta social, y los manifestantes violentos o incitadores al odio sean sancionados ulteriormente mediante la aplicación de normas jurídicas coactivas.

De igual manera, debe resaltarse que en este tipo de eventos deben aplicarse todas las herramientas de interpretación y análisis que exige la aplicación del derecho fundamental a la libertad de expresión, y, por lo tanto, deberá analizarse cada discurso en particular. Lo anterior, toda vez que la represión de la protesta social vía legal no puede ser arbitraria, ni convertirse en la

[16] Al respecto véase el numeral 2 del artículo 13 de la Convención que consagra la prohibición de la censura previa y solo permite responsabilidades ulteriores a quienes en ejercicio de este derecho han afectado intereses legítimos de protección del Estado.

regla general de su aplicación por parte de los gobiernos de turno que puedan interpretar una manifestación contraria a sus intereses políticos.

6.2.6 Libertad de asociación con fines políticos, ideológicos, sociales y de cualquier otra índole incluido los fines de protesta social

Finalmente, dentro del derecho a la libertad de asociación, los instrumentos convencionales analizados propenden por la garantía del derecho de la ciudadanía de agruparse en movimientos colectivos mediante los cuales puedan promover sus intereses políticos, ideológicos, sociales y de cualquier otra índole. En ese sentido, los Estados no pueden crear barreres que les impidan a sus ciudadanos asociarse con los fines que quieran perseguir a través de sus plataformas políticas, ideológicas o sociales.

De igual forma, no se puede desconocer que la protesta social en su naturaleza es una agrupación en la cual las personas buscan la consecución de un fin común. Es aquí donde debe entenderse protegida la protesta a través de la libertad de asociación, pues la ciudadanía cuenta con su derecho a agruparse con aquellas otras personas con las que compartan intereses comunes. Es así como se puede explicar la creación de agrupaciones o movimientos sociales como los colectivos feministas, movimientos sindicales, o agrupaciones LGTBQ+, entre otros.

En ese sentido, debe entenderse este lineamiento jurídico, sobre la libertad de asociación, en una doble dimensión, una positiva y otra, negativa. Por un lado, en cuanto su dimensión positiva, esta hace referencia a que la agrupación ciudadana con fines de protesta social no es un derecho prohibido por el Sistema interamericano, y que incluso los Estados están obligados a reconocer y proteger dentro del ordenamiento jurídico.

Y, de otra parte, sobre su dimensión negativa, esta se refiere a que este derecho no puede ser restringido (abstención de prohibición) salvo por los fines que sean extremadamente necesarios para la existencia de una democracia. Esto se entiende que este derecho, como otros, no es absoluto y puede restringirse en aquellos eventos en los que se constituyan asociaciones ciudadanas que lesionen o pongan en riesgo intereses legítimos del Estado.

Sobre este aspecto, conviene enunciar aquellos intereses legítimos previstos por la Convención Americana que, de afectarse, permiten la restricción de la asociación ciudadana:

> Artículo 16. Libertad de Asociación. (…) 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. (…).

Aun así, el instrumento convencional arriba mencionado es claro en señalar que estas restricciones deberán respetar la reserva de ley o principio de legalidad. Es decir, que deberán ser previstas en una ley nacional que cumpla con los estándares democráticos de su aprobación y promulgación. Buscando con ello proteger este derecho ante la arbitrariedad en la que puedan incurrir los Estados al momento de restringirlo.

Tabla 7. *Resumen de los lineamientos jurídicos de protección y garantía de la protesta social en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

	Lineamiento jurídico	Obligaciones concretas	Dimensión en la que deben entenderse
1.	La protesta es un derecho democrático que permite la participación ciudadana en la política	Promoción y defensa de la democracia	Positiva - Promoción y defensa de la democracia
		Reconocimiento y promoción de la democracia	Positiva - Reconocimiento del ejercicio de participación política

Lineamiento jurídico	Obligaciones concretas	Dimensión en la que deben entenderse
	Reconocimiento del derecho de la ciudadanía a la participación en las decisiones de interés general	Positiva - Reconocimiento del derecho ciudadano a la participación política
2. Derecho a la protesta pacífica y no violenta	Reconocimiento derecho de reunión pacífica y sin armas	Positiva - Reconocer el derecho
3. La protesta social goza de reserva legal en materia de su eventual regulación (principio de legalidad)	Restricción del derecho a la reunión solo mediante una ley	Negativa - Abstención de la restricción por fuera de una ley
4. Protección de los discursos de protesta y el derecho de la libertad de expresión	Reconocimiento libertad de pensamiento y expresión para toda persona sin restricción de la intención, fronteras o medios	Positiva - Reconocimiento del derecho
	Prohibición general de la censura previa – Responsabilidad ulterior excepcional fijada en la ley	Negativa - Abstención de censura
5. Prohibición de los discursos violentos y de apología al odio en medio de las manifestaciones sociales	Prohibición de los discursos de discriminación, violencia y apología al odio	Positiva - Garantizar la prohibición
6. Libertad de asociación con fines políticos, ideológicos, sociales y de cualquier otra índole incluido los fines de protesta social	Reconocimiento derecho de asociación con fines políticos, ideológicos o de cualquier otra índole	Positiva - Reconocimiento del derecho
	Prohibición de restricción de la asociación ciudadana salvo que sea para la protección de intereses legítimos de los Estados previstos en la ley	Negativa - Abstención de restricción del derecho salvo excepciones legales

Expuestas ya las disposiciones normativas y su correlativa interpretación en el ámbito del Sistema Interamericano, no puede olvidarse que el control de convencionalidad es un mecanismo por el que los Estados miembros de este sistema cumplen los instrumentos de protección de derechos. Así, el control de convencionalidad es quizás el mecanismo contencioso que permite que los Estados adecúen su sistema jurídico interno en consonancia con las disposiciones en materia de derechos humanos. A continuación, se hablará sobre este control, su alcance, la forma en que ha sido aplicado en el ordenamiento jurídico interno y cómo aplicarse en lo referente a la salvaguarda del derecho a protestar.

6.3 El control de convencionalidad

Los lineamientos jurídicos de protección y garantía de la protesta social (ver apartado anterior) son obligaciones que los Estados miembros del SIDH están obligados a cumplir. De esta forma, un incumplimiento parcial, relativo o absoluto es causal de exigibilidad de estas obligaciones ante los mecanismos jurisdiccionales que consagra el mismo sistema, a saber: la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. No obstante, la habilitación de su competencia no es automática y los ciudadanos deben primero agotar las vías judiciales y administrativas internas de los Estados a fin de restablecer sus derechos, ello en atención al carácter subsidiario de los órganos de este sistema.

La Corte Interamericana (2006) ha desarrollado dentro de su jurisprudencia la definición del control de convencionalidad y su finalidad. Por ejemplo, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, se refirió a la obligación de los Estados de cumplir en todas sus instancias con los acuerdos suscritos por estos a nivel regional:

> 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (p. 47).

De lo dicho por la Corte se tiene que el control de convencionalidad es una herramienta o test de aplicación e interpretación normativa que busca contrastar la realidad fáctica o normativa con los postulados de la Convención Americana y sus otros referentes de interpretación[17]. Su aplicación no tiene otro fin más que el de determinar el ajuste del marco normativo interno de cada Estado a los presupuestos del instrumento convencional y en tal caso, determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas en materia de derechos humanos.

A pesar de que el control de convencionalidad pareciera tener una claridad conceptual admisible, son varios los presupuestos que ha sentado la misma Corte para su aplicación, que van desde la oportunidad de su realización hasta su exigibilidad. Así mismo, la doctrina jurídica constitucional latinoamericana se ha referido al tema, y al respecto no existen criterios pacíficos

[17] Como ejemplo de estos otros referentes, la Corte ha añadido que la Convención debe interpretarse también de conformidad con la Declaración Americana, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDDHH), así como también con los otros tratados y convenios suscritos por cada Estado en cuestión.

sobre este tema. De esta manera, al respecto existen dos tesis, aunque contrarias, que han predominado alrededor del control de convencionalidad, su aplicación y alcance.

6.3.1 Dos tesis sobre el control de convencionalidad

Las dos tesis aquí referidas sobre el alcance del control de convencionalidad en el hemisferio americano son fruto de los aportes de varios autores en la materia que han discutido el tema. No obstante, cabe aclarar que estas tesis no son más que una categorización analítica en la que se incluyen dos formas generales de ver el control de convencionalidad compartidas por unos y otros autores, sin embargo, dentro de estos pueden existir divergencias y matices que no son el centro de este debate.

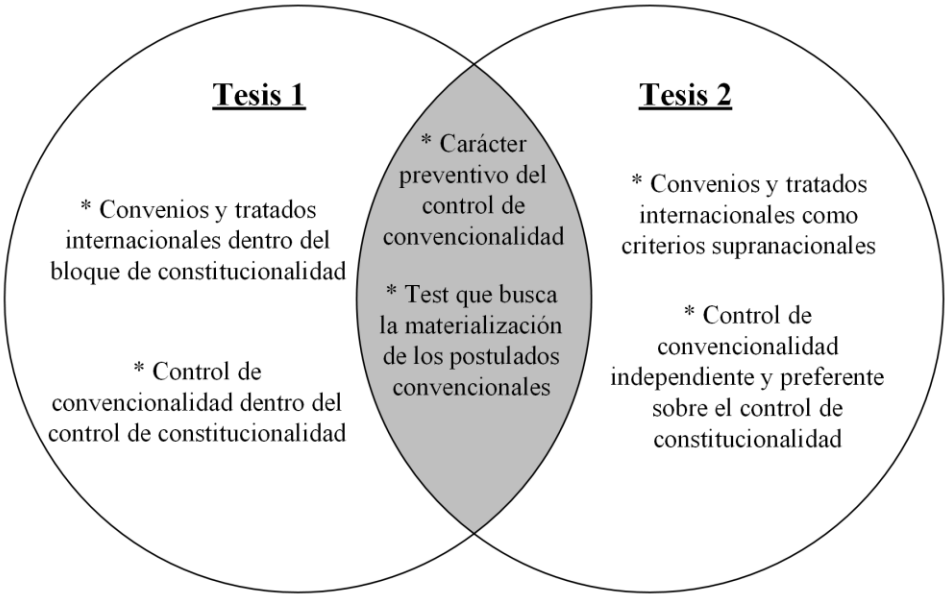
1. *Tesis 1 - El control de convencionalidad como un estándar normativo dentro del bloque de constitucionalidad.* Esta tesis sostiene que el control de convencionalidad es una herramienta analítica que se encuadra perfectamente en el bloque de constitucionalidad de un país. Específicamente esta tesis se refiere a que los tratados y convenciones firmados por los Estados hacen parte de su bloque de constitucionalidad y por tanto se puede aplicar el criterio de convencionalidad dentro del control abstracto y el control concentrado de constitucionalidad. En esta corriente podemos encontrar autores como Cruz Cadena et al. (2020) y Quinche Ramírez (2009), quienes sostienen que el test de convencionalidad es un estándar normativo más que se analiza dentro del control o excepción de inconstitucionalidad, el cual están obligados a ejercer los jueces de la República y también los funcionarios y servidores administrativos. De otra parte, los defensores de esta tesis observan problemática la tesis contraria que busca situar por encima de la constitución la aplicación del control de convencionalidad. Es decir, aquella tesis que sostiene que debe

aplicarse preferente el test de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad, pues en la jerarquía normativa la Convención Americana está por encima de las constituciones de los Estados.

2. *Tesis 2 - El control de convencionalidad supraconstitucional.* Esta tesis sostiene que el control de convencionalidad es una herramienta de interpretación que está por encima de la Constitución y no tiene que realizarse vía bloque de constitucionalidad, pues es autónoma y no tiene otro referente normativo más que la misma Convención. Al respecto, autoras como García y Ramírez (2014) señalan que el control de convencionalidad busca la aplicación inmediata de la Convención, y que incluso el texto constitucional debe ceder ante la Convención en caso de incompatibilidad. De esta forma, se tiene que la Convención es un criterio supranacional que los operadores judiciales deben tener en cuenta y, además, aplicarlo de forma preferente e inmediata. Esta postura es ante todo problemática pero no minoritaria en la discusión académica sobre el tema. Tiene como partida la premisa que los tratados y convenios internacionales suscritos por los Estados están por encima de la normatividad interna; esto como presupuesto de efectiva y material aplicación de estos acuerdos internacionales. Sostener lo contrario, afirman sus defensores, sería restarle importancia al principio de lo pactado es ley para las partes (*pacta sunt servada)*.

Aun así, estas tesis tienen puntos convergentes como sostener que el principio de convencionalidad ante todo busca hacer realizables las disposiciones convencionales contraídas por los Estados. Así como también comparten el carácter preventivo de este control, toda vez que busca evitar futuras condenas de responsabilidad de los Estados ante los tribunales internacionales o regionales por el desconocimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Figura 4. *Dos tesis sobre el control de convencionalidad.*



6.3.2 Modalidades del control de convencionalidad

La Corte Interamericana ha definido en su jurisprudencia varias formas en las que debe ser ejercido el control oficioso de convencionalidad dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Al respecto pueden señalarse las siguientes modalidades del control de convencionalidad que también han sido discutidas por la doctrina constitucional:

Control concentrado: realizado por la Corte Interamericana, la cual es la máxima autoridad para la aplicación e interpretación de la Convención. En esta modalidad de control la Corte determina si frente a un hecho sometido a su conocimiento, los Estados cumplen o no con los estándares normativos de la Convención, así como de sus obligaciones en general suscritas en materia de derechos humanos (Cruz Cadena et al., 2020).

Control abstracto: debe ser ejercido en revisión de una ley de un Estado, donde los tribunales constitucionales deben contrastar si esta se ajusta o no a los estándares normativos de la

Convención Americana y de sus referentes de interpretación y sus efectos son *erga omnes* (Franco, 2015).

Control concreto o difuso: debe ejercerse en sede judicial o administrativa por parte de operadores judiciales o administrativos, donde deben determinar si un hecho que produce efectos jurídicos se ajusta en concreto con la Convención (Franco, 2015). A diferencia del control abstracto, en este control los efectos jurídicos del control de convencionalidad solo deben entenderse frente a ese hecho analizado y no en general de la ley o acto administrativo en los que se amparaba dicha acción.

6.3.3 El control de convencionalidad en Colombia: la postura de la Corte Constitucional vía bloque amplio de constitucionalidad

En Colombia, para autores como Quinche Ramírez (2009), el control de convencionalidad no ha sido de aplicación unánime y constante en las diferentes áreas normativas del Estado. En igual sentido, para autores como Franco (2015) y Cruz Cadena et al. (2020), en nuestro país, la Corte Constitucional ha definido una metodología aplicable del control de convencionalidad como un criterio normativo más dentro del bloque de constitucionalidad. Es decir, la aplicación del control de convencionalidad se debe entender realizada cuando los jueces y funcionarios administrativos en sus decisiones tienen en cuenta el bloque amplio de constitucionalidad. Así, la Corte Constitucional determinó en sentencia C-146/2021 que:

> 111. Ahora bien, en la Sentencia C-659 de 2016, la Corte afirmó que el bloque de constitucionalidad "se acompasa perfectamente" con la figura del CCI, desarrollado por la Corte IDH, según la cual todas las autoridades estatales deben efectuar "un control del derecho interno a la luz de la convención, fundado en la obligación del art. 2 del Pacto de

> San José, que exige adecuar las normas del derecho interno a los compromisos en materia de derechos humanos adquiridos con la Convención Americana de Derechos Humanos".
>
> 112. Sin embargo, tal afirmación no significa que la Corte se hubiere reconocido como juez de convencionalidad ni que el CCI sea compatible con la Constitución Política, sino que la finalidad última del CCI también puede lograrse mediante la figura del bloque de constitucionalidad. Esto, por cuanto el bloque incorpora normas de DIDH (i.e. CADH) al parámetro de constitucionalidad, lo cual implica que la Corte debe tener en consideración dichas normas para efectuar el control de constitucionalidad de las leyes.

Interesante resulta comparar la postura de la Corte Constitucional, en la que señala que no es juez de convencionalidad, con la tesis que defiende el Consejo de Estado que difiere de su homóloga:

> 14. Lo anterior quiere decir que los jueces colombianos deben «realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»[20], lo cual se fundamenta en los principios del efecto útil de la CADH[21] y del principio *pacta sunt servanda,* contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados[22], e igualmente en los deberes de respeto y garantía contenidos en los artículos 1.1[23] y 2.°[24] de la Convención Americana. Sobre este último artículo, se resalta que consagra la obligación de los Estados Partes de adecuar su ordenamiento jurídico a los términos de la CADH, lo cual puede realizarse, ya sea mediante la legislación (en sentido material) o por la aplicación del control difuso de convencionalidad en la solución de casos concretos.

> 15. En efecto, se destaca que, al igual que ocurre con el control de constitucionalidad abordado en el acápite anterior, en materia de convencionalidad también existe un sistema mixto de control, en el que, el de carácter concentrado, es competencia subsidiaria de la Corte IDH[25], y con ocasión de este puede declarar la responsabilidad internacional de los diferentes Estados Partes de la Convención y ordenar modificaciones a su derecho interno con el fin de adecuarlo a dicha norma[26]_[27]. Por otro lado, el difuso, es el que deben hacer todos los jueces y autoridades[28] cobijadas por la CADH, cuando inaplican en casos concretos

Así las cosas, con la cita en mención, el Consejo de Estado se reconoce como juez difuso de convencionalidad e incluso señala que su deber como este tipo de juez es el de hacer compatibles los instrumentos convencionales con el ordenamiento interno. Es dable entonces sostener que la postura de esta corporación difiere de la de la Corte. Esta diferencia entre estos tribunales se ha acentuado por el en el caso Gustavo Petro Vs. Colombia decido por la Corte Interamericana (2020) en la que resolvió que las autoridades administrativas colombianas no pueden anular los derechos políticos de los servidores públicos elegidos popularmente, sino que esto es competencia de una instancia judicial con fundamento en lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana.

En resumen, la Corte ha desarrollado una metodología de aplicación del control de convencionalidad vía bloque de constitucionalidad -que comparte el Consejo de Estado- pero que difiere en cuanto a que la Corte le da un alcance relativo al señalar que no es juez de convencionalidad y por tanto prima también el ordenamiento constitucional interno; por el contrario, el Consejo de Estado sí se ha reconocido como juez difuso de convencionalidad. Por su parte, la postura adoptada por la Corte Constitucional ha sido criticada por varios autores, entre

ellos García y Ramírez (2014) quienes sostienen que resta efectividad material a los postulados de la Convención y a otros instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues establece como prioridad la aplicación de las normas de derecho interno, aun cuando estas sean contrarias a la Convención.

Visto ya que es procedente el control de convencionalidad en Colombia, aunque de diversas maneras y matices, conviene ahora señalar qué referentes o parámetros normativos deben tener en cuenta las autoridades, en especial las judiciales, para hacer efectivo el derecho a la protesta en el contexto de la aplicación material de los postulados convencionales.

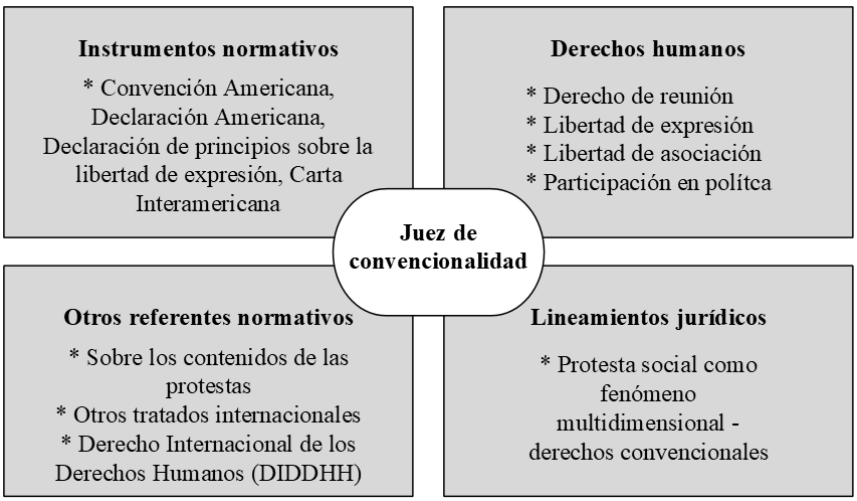
6.3.4 Control de convencionalidad y protesta social: referentes teóricos y normativos

En cuanto a la protesta social y sus garantías en el sistema interamericano, el control de convencionalidad se constituye también como una garantía de efectividad material de la aplicación de dichos lineamientos de protección del derecho a protestar. En ese sentido, los jueces de la jurisdicción interna de los Estados están facultados para aplicar un control de convencionalidad oficioso tanto de manera difusa como abstracta (para el caso del tribunal constitucional). En donde deben determinar si una norma o una actuación del Estado se ajusta o no a los parámetros convencionales en la materia.

En este aspecto, los jueces deben tener como referentes normativos la Convención Americana principalmente, así como también disposiciones normativas orientadoras como la Declaración Americana, la declaración de principios sobre libertad de expresión y la Carta Democrática Interamericana. Así, se debe tener en cuenta todo el marco amplio y estricto de la normativa del SIDH sobre la protesta social, y de ser necesario, el juez deberá tomar las decisiones correspondientes para aplicar materialmente los postulados de la Convención.

Además, resultan aplicables los lineamientos jurídicos señalados inicialmente en este capítulo, en donde se expuso la interpretación de las normas aplicables en materia de la protesta social. Fue ahí donde se hizo explícita mención de la relación del derecho de protesta con el derecho de reunión, la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho a la participación política. Entendiendo de forma multidimensional la protesta social como un fenómeno social de participación ciudadana en democracia.

Figura 5. *Referentes teóricos y normativos para el control de convencionalidad de la protesta social.*



Hasta aquí ha podido verse la amplia cuestión que implica el test o control de convencionalidad para exigir la defensa de un derecho humano fundamental como la protesta. Así las cosas, el control de convencionalidad en este trabajo es visto como una garantía de segundo grado para la protección de la protesta que se activa de forma subsidiaria cuando el ordenamiento interno de un Estado ha desconocido sus obligaciones en la materia y por tanto ha vulnerado un derecho humano. Correlativamente, esta garantía de segundo grado busca defender las de primer

grado, que en el caso del Sistema Interamericano son referidas a los derechos de reunión, libertad de asociación, expresión y de participación política.

No obstante, como ya se ha expuesto antes, la justiciabilidad por vía del control de convencionalidad de este derecho no es principal sino subsidiaria, por lo tanto, resulta ahora importante conocer en detalle las competencias de la Comisión y la Corte en este sistema de protección de derechos humanos.

6.3.5 La competencia de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos

6.3.5.1 La Comisión Interamericana. De conformidad con los artículos 41 a 43 de la Convención Americana, podrá estudiar casos concretos sobre la aplicación o no de los derechos y deberes convencionales en el marco de la soberanía de los Estados-parte. En ese sentido, la comisión podrá realizar estudios, preparar informes y observar el cumplimiento de estas obligaciones. No obstante, los Estados deberán primero reconocer su competencia, ya sea por un determinado periodo de tiempo o para casos en específico.

Resulta importante destacar en esta parte el procedimiento de conocimiento de la Comisión de casos de vulneración de derechos humanos en el contexto latinoamericano. Al respecto, el artículo 48 de la Convención habla sobre el recibimiento por parte de este organismo de aquellas denuncias, en las cuales esta Comisión podrá pedir informes a los Estados sobre el objeto de estudio, elevar solicitudes de cumplimiento de los derechos, y ordenar medidas de protección[18] para las personas que les han sido vulnerados sus derechos. Así mismo, podrá establecer el estado

[18] Sobre estas medidas de protección se profundiza en el capítulo 4 en el apartado temático que versa sobre la justiciabilidad del derecho a protestar.

de cosas en los que se encuentra los derechos en cuestión, y podrá pedir acciones concretas que deberán ejecutar los Estados.

Es importante destacar este procedimiento toda vez que es el requisito previo y necesario para acudir a las competencias contenciosas de la Corte Interamericana. De tal suerte que, si un caso de vulneración de derechos humanos en el contexto americano no ha sido primero estudiado por la Comisión, la Corte no tendría competencia para conocerlo a fondo y resolverlo.

6.3.5.2 La Corte Interamericana. En consonancia con lo anterior, se tiene que la competencia de la Corte se activa una vez la Comisión haya conocido primero del caso en cuestión. En ese sentido, sobre la vulneración de derechos humanos, la Corte podrá declarar la responsabilidad de los Estados en el desconocimiento de sus obligaciones convencionales y obligar a reparar a las víctimas.

De otro lado, podrá la Corte, en virtud del control oficioso de convencionalidad que ejerce en mayor jerarquía, determinará si las acciones de los Estados se ajustan a los postulados convencionales, y además, podrá estudiar la legislación de dicho país para establecer si cumple esos mismos estándares normativos. Esto resulta importante ya que los Estados deberán asegurar el cumplimiento de los instrumentos convencionales en todas sus actuaciones, desde la previsión normativa, el reconocimiento de derechos y en su abstención de no regular aquello que prohíbe la misma convención.

En ese sentido, y de acuerdo con la Convención, los fallos de la Corte son obligatorios para los Estados involucrados, así como también para aquellos otros Estados por estar incurriendo en conductas similares o iguales sobre las que ya ha decidido la misma Corte. De igual forma, sobre

las sentencias de la Corte se debe hacer el respectivo seguimiento, para determinar si los Estados han cumplido o no con lo allí decido.

Las funciones de la Comisión y la Corte, en sus respectivos ámbitos de competencia, desarrollan la forma de hacer exigible (justiciabilidad) un derecho -en este caso el de la protesta- en el ámbito interamericano. De forma general se explica ahora la forma como funciona este procedimiento para hacer justiciable un derecho en este sistema.

6.4 Justiciabilidad en materia de la protesta social en el SIDH

Los lineamientos jurídicos de protección y garantía de la protesta social aquí desarrollados pueden ser exigibles jurisdiccionalmente en el marco del sistema regional de protección de derechos humanos. De conformidad con los procedimientos expuestos anteriormente, inicialmente es competencia de la Comisión Interamericana el conocimiento de potenciales casos de vulneración del derecho a protestar y sus otros derechos conexos, como el de reunión, la libertad de expresión o la libertad de asociación.

En primera instancia, la Comisión podría determinar en contexto la situación sometida a su conocimiento, como lo sería la recepción de informes, entrevistas y testimonios de la ciudadanía afectada, así como también podría ordenar una visita *in loco* al Estado en cuestión. En ese momento, la Comisión podría constatar la vulneración del derecho a protestar (y conexos), exigiendo al Estado medidas concretas y determinar si podría llegar a un acuerdo entre la ciudadanía o comunidades afectadas y sus autoridades.

No obstante, si la Comisión sigue constatando la vulneración de estos derechos, y de presentarse la renuencia del Estado a superar este contexto de vulneración de estos, la Comisión puede someter a conocimiento de la Corte Interamericana estos hechos. Esta última, en ejercicio

de sus competencias contenciosas, podría decretar medidas provisionales, y eventualmente determinar la responsabilidad del Estado en cuestión, obligando a reparar a las víctimas, y a realizar ajustes normativos en correspondencia con el contexto de vulneración constatado.

Sobre las actuaciones de la Comisión en materia de la protesta social, véase por ejemplo los casos de vulneración de derechos humanos en el contexto de las protestas sociales en Colombia (2021), Ecuador (2021), Cuba (2021) y Honduras (2021), en las cuales manifiesta su preocupación por las actuaciones del Estado de la represión de la protesta, tales como los abusos de autoridad policial, criminalización de las protestas, y restricciones a la libertad de expresión.

De otra parte, en varias ocasiones la Corte Interamericana ha resuelto asuntos contenciosos relacionados con la vulneración del derecho a protestar. Acá se puede resaltar, por ejemplo, el Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México (2018), en el que la Corte encontró que el Estado mexicano hizo un uso desmedido de la fuerza en el contexto del manejo de las protestas de organizaciones campesinas frente a medidas de política pública estatal. También se puede mencionar el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile (2014), en donde la Corte encontró que el Estado en chileno vulneró el principio de legalidad en materia de la protesta social al establecer tipos penales restrictivos del derecho a protestar, configurando el fenómeno de la criminalización de este derecho, llevando al procesamiento penal injustificado de líderes y activistas sociales.

Así mismo, se puede citar como ejemplo el Caso Escher y otros Vs. Brasil (2009), en el que la Corte delimitó el alcance de los derechos de reunión y libertad de asociación en el contexto de las manifestaciones sociales. Lo anterior, durante las protestas adelantadas por las organizaciones COANA (Cooperativa agrícola nacional) y ADECON (Agencia de desarrollo), las

cuales eran organizaciones sociales, culturales y agrícolas brasileñas que alegaron ante la Corte la vulneración de sus derechos a la protesta por las autoridades estatales del Brasil.

Es así como puede sintetizarse en esta parte que la protesta social y sus derechos conexos pueden garantizarse en el contexto interamericano de derechos humanos en cabeza de la Comisión y la Corte Interamericanas, las cuales en uso de sus competencias pueden constatar la vulneración de estos derechos y establecer medidas preventivas y resarcitorias al respecto. No obstante, los Estados deberán garantizar el cumplimiento de estas medidas, toda vez que son obligatorias, más aún, cuando los Estados han sido hallados responsables de su vulneración por la Corte Interamericana.

7. El garantismo y las garantías del derecho a protestar

Visto ya el panorama de cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Sistema Interamericano han abordado el derecho a protestar desde sus diversas esferas de decisión judicial e institucional, en este último capítulo se presentará una síntesis de aquellas garantías que se han establecido desde estos dos escenarios para asegurar y proteger el derecho a protestar en Colombia.

Así, y siguiendo la tesis ferrajoliana de este trabajo, deben identificarse estas garantías como presupuestos normativos establecidos en el ordenamiento jurídico para materializar el derecho a protestar. En estos casos, la mayoría de las garantías para asegurar el derecho a protestar han sido establecidas mediante mandato jurisprudencial (Corte Constitucional y Corte Interamericana), así como también otras mediante expreso establecimiento en la Constitución Política de 1991 y en los instrumentos convencionales del Sistema Interamericano (ej. la garantía de reserva legal de este derecho). Dichas garantías podríamos categorizarlas como de primer orden

por cuanto buscan proteger o asegurar el derecho fundamental, creando mandatos para que se pueda hacer efectivo en la realidad misma del derecho.

Por otra parte, encontramos otro tipo de garantías que Ferrajoli identifica como de segundo grado y se activan ante el evidente desconocimiento de las de primer grado. Estas otras garantías en este trabajo se han identificado como de justiciabilidad del derecho a protestar que se explican al final de este capítulo y contemplan la opción de activar la tutela judicial para asegurar el cumplimiento del derecho.

Aun así, no podríamos iniciar el desarrollo de este capítulo sin antes hacer algunas disquisiciones sobre lo que en el caso colombiano representó pasar de una Constitución de corte conservador y limitadora de los derechos, a una en la que se tiene un catálogo amplio de derechos fundamentales y bajo la premisa del Estado social de derecho se debe buscar la efectividad de estos en la cotidianidad de la vida nacional.

7.1 El cambio de paradigma entre la constitución de 1886 y la de 1991

Como se anunciaba previamente, parte del nuevo andamiaje constitucional que trajo consigo la Constitución de 1991 permitió una nueva lectura y comprensión de los derechos fundamentales en el Estado colombiano, situación que representó un cambio frente la ortodoxa y limitada concepción de estos mientras estuvo en vigor la Constitución de 1886. Así, el nuevo texto constitucional se ha entendido como uno de avanzada jurídica en su hemisferio por contener un catálogo amplio de derechos fundamentales, establecer la primacía de la dignidad humana, así como por contemplar mecanismos judiciales para hacer efectivos los derechos, y por un establecer un esquema político-administrativo que superaba el hipercentralismo de su predecesora.

Teniendo de presente dicho estado de cosas, el derecho a protestar bajo la órbita de la Constitución de 1886 se encontraba restringido desde su expresión normativa en el artículo 46, el cual solo contemplaba el derecho de reunión o congregación pacíficas, y que además estas reuniones podían ser disueltas si la autoridad competente evidenciaba que estas finalizarían en asonadas o tumultos que obstruyesen las vías públicas. Así las cosas, el ejercicio del derecho a protestar además de ser limitado por expresa remisión constitucional, estaba restringido a un solo espacio de manifestación social: la reunión, que no permitía la movilización activa y dinámica en las calles.

De igual manera, bajo la Constitución de 1886, y debido a su amplia laxitud por la no defensa de los derechos, se expidieron legislaciones y estatutos normativos que criminalizaban la protesta social. Así, podemos señalar la existencia del Código de Policía de 1970 que aumentaba los requisitos mínimos para ejercer el derecho de reunión. Del mismo modo, la expedición de estatutos normativos de emergencia que bajo el pretexto de hacer frente al fenómeno del terrorismo y con la doctrina del enemigo interno, señalaron como objetivo militar a las personas que ejercían la protesta pues se les señalaba como contradictores del gobierno y promotores del comunismo internacional. Dicha legislación, bajo el amparo de la Constitución del 86, cercenaba la protesta y creaba amplios espacios para criminalizar y judicializar a los manifestantes.

Posteriormente, y con entrada en vigor de la Constitución de 1991, sucede un cambio de paradigma en la concepción de los derechos fundamentales como libertades mínimas para la nación; se crea el amparo constitucional de tutela, y el país se inserta en la nueva visión del Estado social de derecho que bajo el principio de la dignidad humana buscaba entablar una nueva relación con la ciudadanía y sus derechos.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-009 de 2018 señaló que el paso de la Constitución del 86 a la del 91 significó un cambio total de paradigma para comprender el derecho a protestar. En primer lugar, señala la Corte, el artículo 37 de la nueva Constitución eliminó la potestad discrecional con que contaban las autoridades para disolver estas reuniones. Seguidamente, el nuevo texto constitucional amplió el margen de acción de este derecho pues contempló el derecho de reunión y de manifestación, por lo que se incluye la defensa del derecho a protesta de forma dinámica. Y tercero, la expresión de ideas y opiniones mediante los derechos de reunión y manifestación señala la Corte, permiten la materialización del principio de pluralismo político de la Constitución de 1991. Además de ello, el artículo 37 constitucional hace parte del declarado catálogo de derechos fundamentales, por lo que el derecho a la protesta se encuentra con un rango superior al que establecía la Constitución anterior.

Por otra parte, también es necesario que, con la entrada en vigor de la nueva Constitución, entró en funcionamiento la nueva Corte Constitucional como guardiana de los derechos y máximo intérprete del texto constitucional. Así, desde la jurisprudencia de dicho Tribunal fue como se empezó a gestar en nuestra cultura jurídica nacional una nueva forma de comprender el texto constitucional y proteger los derechos fundamentales (López Medina, 2006).

En cuanto al derecho a protestar, desde la sentencia T-456 de 1992, se abrió la jurisprudencia del tribunal sobre la materia y se amplió el horizonte de comprensión de este derecho —aunque baste decir, con algunos desaciertos—. En ese entonces, una de las primeras prerrogativas que entraría a defender la Corte Constitucional a favor de la protesta social sería sobre la no obligatoriedad del aviso previo en una línea jurisprudencial sobre este aviso que se mantiene hoy día vigente.

7.2 El aviso previo de las movilizaciones sociales

Una de las primeras garantías de primer grado para la protección del derecho a protestar que se avizoró en la jurisprudencia naciente de la Corte Constitucional fue la relativa a la no obligatoriedad del aviso previo para realizar reuniones o manifestaciones sociales establecida en sentencia T-456 de 1992. Por lo que las manifestaciones que en aquel entonces y las de ahora que no hubiesen sido anunciadas previamente contarían con el mismo respaldo constitucional que las que sí lo hiciesen.

Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte establecería desde entonces que el aviso previo no era obligatorio y que además no podía entenderse como una solicitud de autorización previa para poder manifestar. De igual forma, después, esta garantía de la no obligatoriedad del aviso previo ampararía el derecho de los manifestantes que decidiesen ejercer su derecho a protestar espontáneamente sin anunciar previamente la protesta.

La no obligatoriedad del aviso previo es quizás una de las primeras garantías necesarias para permitir que la protesta social pueda surgir, pues de lo contrario, someter a las manifestaciones a aviso o autorización previa sería una forma institucional de censurar a aquellas manifestaciones que no deseen ser anunciadas con antelación o las que por ser incómodas a las autoridades de turno (nacionales o territoriales) evidentemente no les será permitido ejercer este derecho.

No obstante, la exigencia del aviso previo en no fue eliminado del ordenamiento jurídico, sino que fue reinterpretado aplicando el principio de conservación del derecho. Así las cosas, desde la sentencia T-456 de 1992 hasta la actualidad la Corte reinterpretó el aviso previo estableciendo que no es obligatorio ni puede ser entendido como autorización previa, pero que en todo caso subiste en el ordenamiento jurídico como una opción que tienen los manifestantes de anunciar previamente algunas manifestaciones para que de acuerdo con las autoridades competentes se

garantice asuntos de orden público el día de la manifestación, se dispongan de medios para garantizar la vida y la seguridad ciudadanas, así como también para se permita el ejercicio libre del derecho de protesta y se gestione la afectación de otras personas que no protestan.

Aunque tal reinterpretación del aviso previo por parte de la Corte Constitucional es loable, no deja de ser problemático el hecho de que subsista aún el aviso previo en el ordenamiento jurídico colombiano[19], pues algunas autoridades -sobre todo territoriales- con desconocimiento de la jurisprudencia constitucional en la materia, aún continúan limitando el derecho de protesta solo a aquellos que anuncien previamente las manifestaciones, indiquen motivos, recorridos y fecha a realizarse.

Por otra parte, la interpretación del aviso previo realizada por la Corte Constitucional no ha sido aislada, sino que ha sido una concepción más dentro del diálogo constitucional y convencional interamericano. Como muestra de lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) ha sostenido que "los requerimientos que creen una base para que la reunión o manifestación sea prohibida o limitada como, por ejemplo, a través de la exigencia de un permiso previo, no son compatibles con este derecho" (p. 55). Incluso, tales decisiones en este diálogo interamericano han permitido nutrir la jurisprudencia de la Corte Constitucional y ajustarla a estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Ahora bien, en cuanto al tema del aviso previo se refiere, no se puede dejar de lado las consideraciones que se dejaron entrever en las sentencias C-223 de 2017 y C-009 de 2018 en las que la jurisprudencia de la Corte Constitucional también se refirió a la protección constitucional

[19] Si bien el aviso previo contenido en el título VI del código de policía dejó de estar vigente desde el año 2019 por previa declaratoria de inexequibilidad de la Corte Constitucional, esta figura sigue estando presente en decretos y resoluciones administrativas que regulan coyunturas nacionales de protesta social. Por ejemplo, véase el Decreto 003 de 2021 del Ministerio del Interior que en su artículo 21 se refiere al aviso de la realización de una jornada de protesta o movilización.

con la que cuentan los lugares escogidos para ejercer el derecho de manifestación. De esta manera, la garantía de no obligatoriedad del aviso previo se refuerza constitucionalmente con la protección que se le brinda al lugar escogido para realizar la manifestación o reunión públicas. Razón por la cual, la autoridad administrativa no puede negar el derecho de manifestación aludiendo como motivo la escogencia de un lugar no conveniente o permitido para ejercer la protesta, aún menos cuando se trate de una plaza o lugar público.

La protección constitucional del lugar para ejercer la protesta no es una cuestión menor, pues parte de la no obligatoriedad del aviso previo es prevenir que las autoridades administrativas y de gobierno puedan tomar medidas tendientes a desestimular el ejercicio de la protesta en lugares previamente conocidos. De tal suerte que sin conocer el lugar previamente, y protegiendo la manifestación no avisada o la que surge de manera espontánea, el derecho a protestar se ve reforzado y con las garantías mínimas para permitir su ejercicio.

7.3 La reserva legal (estatutaria) sobre el derecho a protestar

De una lectura del artículo 37 sobre el derecho de reunión y manifestación contenido en la Constitución del 91 se tiene que solo el Congreso de la República puede establecer una serie de restricciones al ejercicio de este derecho. Así, como primera garantía para la defensa de este derecho encontramos una restricción sobre cuál poder público puede señalar cuando sí y no puede limitarse la protesta social en nuestro país.

Esta garantía sobre la reserva legal en materia del derecho a protestar señala que solo el Congreso, como representante de la soberanía popular, puede establecer cuando es o no legítimo el ejercicio del derecho a protestar, y también cuándo es necesario restringirlo y limitarlo. Una garantía de este tipo, contenida en la Constitución, se interpreta como una forma que estableció el

Constituyente primario para que una restricción a la protesta sea establecida con la suficiente representación popular de la sociedad y que esta no fuese evidentemente contraria a los intereses de la misma ciudadanía que protesta.

Por otra parte, esta misma garantía señala como prohibición constitucional que sea otro poder del Estado, como el ejecutivo, quien pueda establecer limitaciones al ejercicio de la protesta. Esta cuestión evita la discrecionalidad administrativa con la que cuentan estas autoridades nacionales o regionales y que pueden llegar a señalar restricciones a las protestas cuando son contrarias a los intereses de los gobiernos de turno.

El respeto del mandato constitucional sobre la reserva legal en la protesta vendría a afirmarse en sentencias T-456 de 1992, C-024 de 1994, y C-742 de 2012 por ejemplo. Así, la jurisprudencia de la Corte contempla que solo aquellas limitaciones provenientes del mandato legislativo serían válidas para restringir el ejercicio del derecho a protestar. No obstante, fue a partir de la expedición de la sentencia C-023 de 2017 que revisó la constitucionalidad de las normas referidas sobre la protesta social, la que encontró que tal regulación no bastaba que hubiese sido mediante el trámite de expedición de una ley ordinaria con cuatro debates legislativos, sino que debía ser mediante el trámite de una ley estatutaria con ocho debates legislativos por tratarse de la regulación de un derecho fundamental como lo es el de protesta[20].

Así las cosas, la garantía constitucional sobre reserva legal en materia del derecho a protestar fue reforzada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que solo haría permisible la regulación de este derecho mediante una ley estatutaria, razón por la cual declararía inexequible e inconstitucional el texto de la ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Policía, Seguridad y

[20] Esto en concordancia con el artículo 152 de la Constitución Política que señala que el Congreso de la República deberá regular mediante ley estatutaria los derechos fundamentales, entre otros asuntos.

Convivencia Ciudadana) en lo referente al capítulo que regulaba, mediante ley ordinaria, el derecho de manifestación y reunión.

Además, la reserva legal estatutaria en materia del derecho a protestar no sería el único requisito adicional que estableció la Corte Constitucional en su jurisprudencia a partir del año 2017. En este sentido, la Corte además le exigió al Congreso que el estatuto que regule en un futuro la protesta social no puede ser amplio ni genérico y debe respetar el principio de legalidad propio del derecho penal. Así, la facultad legislativa que le brindó el artículo 37 de la Constitución al Congreso no puede entenderse como una facultad ilimitada para hacer imposible e inefectivo el ejercicio del derecho a protestar. A su vez, estableció que las limitaciones que contemple el Congreso para ejercer el derecho fundamental a protestar deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo que no le está permitido al Congreso establecer limitaciones desproporcionadas y sin fundamento constitucional alguno.

De esta manera, el Congreso de la República al momento de regular la protesta en nuestro país deberá respetar por una parte que la regulación cumpla con los requisitos que requiere la expedición de una ley estatutaria. Y por otra, que las limitaciones establecidas a este derecho sean realmente justificadas y necesarias y que hallen fundamento para proteger los valores y principios de la Constitución del 91. Ahora bien, no está demás señalar que esta regulación sobre la protesta es hasta el momento inexistente en nuestro ordenamiento jurídico pues desde que entró en vigor la declaratoria de inexequibilidad del Título VI sobre regulación del derecho de manifestación y reunión en el código de policía el legislativo no ha expedido una nueva ley en su reemplazo[21].

[21] La sentencia C-023 de 2017 de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad de todo el titulo VI del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana también señaló que esta declaratoria empezaría a tener efectos jurídicos a partir del 20 de junio de 2019, fecha en la que, si el Congreso no expedía una nueva regulación en reemplazo de la anterior, la existente hasta su momento dejaría de estar en el ordenamiento jurídico colombiano.

No obstante lo anterior, eso no ha sido óbice para que el gobierno vía decreto y resoluciones administrativas haya establecido normas para el ejercicio del derecho a protestar en situaciones coyunturales a nivel nacional como en paros cívicos nacionales y jornadas extendidas de protesta social como los ocurridos en los años 2019 y 2021 recientemente en los que se expidieron sendas regulaciones administrativas sobre el ejercicio del derecho a protestar que riñen con la reserva legal en esta materia[22].

7.4 La protección de la protesta y la libertad de expresión

Una de las garantías que más atañe al contenido mismo de las protestas y manifestaciones sociales es la que tiene que ver con la protección de la libertad de expresar opiniones e ideas en el ejercicio del derecho a protestar. Así, los discursos y sus contenidos que son expresados en las jornadas de protesta deben entenderse protegidos bajo la órbita del derecho a la libertad de expresión. Esta garantía más allá de proteger la expresión del discurso mismo está también enfocada a la prohibición implícita de todo intento de censura gubernamental o particular y por tanto se permita la manifestación de discursos incómodos a otras personas y autoridades.

Dicho esto, bajo el amparo de la libertad de expresión, no debe existir distinción alguna entre los discursos que se expresan en las manifestaciones sociales pues estos se encuentran protegidos por la Constitución del 91 y por la misma Convención Americana de Derechos Humanos. Esto significa que no le está permitido a nadie establecer qué discursos están permitidos o no, o cuales deben contar o no con protección constitucional y convencional.

[22] Al respecto puede señalarse la regulación en materia de la protesta social impartida mediante la Resolución 1139 de 2020 y el Decreto 003 de 2021, ambos del ministerio del Interior en los que se establecían límites para el ejercicio de la protesta social bajo el pretexto de indicar instrucciones y órdenes parala preservación del orden público.

No obstante, encontramos que por mandato de la misma Convención Americana establece que excepcionalmente no se encuentran protegidos bajo el derecho a la libertad de expresión los discursos que promuevan la violencia, la discriminación y/o la apología al odio. Esto en especial cuando estos discursos se encuentran dirigidos, especialmente, en contra de grupos minoritarios, en condición de vulnerabilidad o históricamente marginados. La propia Corte Constitucional ha establecido en este aspecto que:

> En consecuencia, el criterio genérico acerca de los discursos permitidos cobija todas las expresiones posibles, menos aquellas que admiten una restricción previa. Es decir, lo protegido es todo tipo de discurso y lo prohibido es aquello que los parámetros constitucionales han determinado que se puede prohibir, a saber: (i) la propaganda de la guerra; (ii) la apología al odio, a la violencia y al delito; (iii) la pornografía infantil; y (iv) la instigación pública y directa a cometer delitos; y (v) lo que el Legislador señale de manera expresa (Corte Constitucional, C-099, 2018).

Aunque, si bien esta excepción parece constitucional y convencionalmente permisible -y necesaria- cabe aún cuestionarse cuáles son realmente los estándares para determinar cuándo nos encontramos frente a un discurso violento, discriminatorio o que haga apología al odio, y no se censure simplemente un discurso el cual no compartamos pero que igualmente debe ser protegido. Esta cuestión es importante pues se habla de una censura y cargos por responsabilidad amparados por las autoridades estatales dirigidos contra los manifestantes en el ejercicio de un derecho fundamental.

A su vez, debe tenerse la precaución aquí de no caer en nociones generales y abstractas, o hacer recurso a conceptos abiertos e indeterminables en conceptos como el de bienestar o interés común y general, que siguiendo a Gargarella (2005) no indican nada adicional sobre cuándo y por

qué limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Por lo que es tarea argumentativa del poder judicial y legislativo hacer referencia a qué mandatos y conceptos constitucionales que, cuando sean vulnerados, se esté en presencia o no de un discurso violento, discriminatorio y/o que haga apología al odio.

7.5 El choque entre el derecho a la protesta y otros derechos

El derecho a protestar ha sido reconocido por la literatura especializada y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional[23] como un derecho que en su esencia tiene una naturaleza conflictiva. Esta naturaleza hace referencia bien a que el ejercicio de la protesta puede afectar otros derechos o intereses y resultar incómodo para otras personas y/o autoridades. Esta última afectación se conoce como un choque o tensión entre derechos. En dicho choque se tendrá que dar prevalencia a uno u otro interés, por lo que en este apartado conviene analizar los estándares que la Corte Constitucional y el Sistema Interamericano han señalado al respecto.

En primer lugar, el ejercicio del derecho a protestar puede afectar otros intereses de terceros que no representan necesariamente un derecho fundamental. Así las cosas, cuando un grupo de ciudadanos decide como acto de protesta bloquear una vía o calle de la ciudad ello afecta el derecho de tránsito de las personas o su derecho de acceso al transporte público. En estos casos, si bien la protesta choca con otros derechos como el de tránsito o el uso del transporte, este enfrentamiento no involucra la afectación de un derecho fundamental, por lo que no debe caber duda de que se le debe dar mayor peso al derecho a protestar por su carácter de fundamental.

[23] Al respecto puede verse las sentencias T-456 de 1992, C-023 de 2017 y C-009 de 2019 de la Corte Constitucional.

Sobre esta cuestión, la Corte Constitucional decidió en la sentencia C-742 de 2012 una demanda contra dos tipos penales que criminalizaban actos de protesta como lo son el bloqueo de vías públicas y el del acceso al transporte público y masivo. Si bien la Corte avaló la existencia de estos tipos penales que aún se mantienen en la legislación penal colombiana, pues determinó que estos se ajustaban a la Constitución, señaló también que no bastaba cualquier perturbación u obstrucción a las vías y al transporte público para criminalizar y judicializar a los manifestantes.

Así las cosas, la Corte optó problemáticamente por la conservación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico y no dio mayor garantía al respecto para el ejercicio de la protesta salvo señalar que debía cumplirse con una antijuridicidad en la conducta lo suficientemente mayor para poder iniciar la operación del aparato judicial estatal contra los manifestantes.

No obstante, como bien lo diría el profesor Gargarella[24](2005), en este tipo de enfrentamiento de derechos no cabe duda de que debe darse mayor relevancia al derecho a protestar porque es un derecho que está íntimamente ligado al sistema democrático, en contravía de la afectación al derecho de tránsito pues es un derecho que no tiene la misma relevancia democrática como la tendría la protesta social. En ese sentido, es permisible afectar sustancialmente el derecho de tránsito toda vez que su ejercicio no involucra la expresión de ideas, opiniones o rechazos como sí lo hace el ejercicio de la protesta, que de no permitirse sí afectaría la democracia y nuestro derecho a participar en ella.

Por otra parte, también cabe el enfrentamiento o choque del derecho a protestar con otros derechos, pero de carácter fundamental. En esta situación podríamos traer por ejemplo el derecho de propiedad que se ve afectado en medio de las jornadas de movilización social cuando

[24] El profesor Gargarella analiza esta misma situación en los casos de los famosos cortes de ruta en la Argentina, en la que campesinos y comunidades regionales bloquean las principales rutas nacionales de dicho país en señal de protesta para exigir la satisfacción de necesidades básicas como agua y vivienda.

manifestantes realizan grafitis en las fachadas de edificios y plazas, así como también cuando se generan disturbios y resultan afectadas las propiedades de terceros con ventanas rotas, saqueos, incendios y demoliciones. En dicha situación no parece fácil encontrar la preponderancia de uno u otro derecho pues en principio son derechos fundamentales que merecen la misma jerarquía y aplicación.

Al respecto el profesor Gargarella (2005) señala que cada derecho fundamental tiene su importancia, no obstante, entre estos aún prevalecen jerarquías y en muchos casos -sin justificar todos- derechos como el de propiedad pueden ceder ante el derecho a protestar precisamente también por la importancia de este último al sistema democrático. Aun así, la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional estableció en sentencia C-223 de 2017 que en estos eventos debe darse aplicación a una lectura de cada caso concreto para establecer cuál es la afectación real de cada interés fundamental y establecer cuando debe ceder el derecho a protestar. Si esto último no es posible hacerse, la Corte estableció que debe operar la presunción favor libertatis que señalar que ante duda de la afectación que realiza el derecho a protestar esta debe resolverse en favor de los titulares del derecho a protestar y por tanto hacer efectivo su ejercicio.

Por su parte, en caso de ser necesario imponer límites a la protesta por medio de los operadores judiciales, la Corte ha sostenido en su jurisprudencia desde la sentencia T-456 de 1992 que estos límites deben respetar un mínimo de razonabilidad. Es decir, que el poder judicial no puede hacer menos efectivo o anti-garantista el derecho a protestar y por demás debe ser cuidadoso de las limitaciones o restricciones que imponga otra autoridad sobre el derecho a protestar.

Así, el mandato de la Corte Constitucional ha sido claro en que el poder judicial -en cualquiera de sus instancias o esferas- debe tener en cuenta dentro de esta razonabilidad judicial el respeto del núcleo esencial del derecho a protestar, el cual se encuentra referido al derecho de

reunión, la expresión de ideas y la participación ciudadana. Así mismo, debe tenerse en cuenta la proporcionalidad de los límites o restricciones a imponer sobre el derecho a protestar, y la importancia que la protesta tiene para el sistema democrático colombiano.

7.6 El uso de la fuerza y la prevalencia del diálogo

No es un invento que en la mayoría de las ocasiones -por no decir que todas- el ejercicio de la protesta es acompañado por dispositivos de fuerza integrados en su mayoría por policías y efectivos del Escuadrón móvil antidisturbios. Esta forma de gestionar y contener la protesta ha sido bastante estudiada en la literatura especializada en nuestro país y otras latitudes de la región latinoamericana. El caso colombiano no es una excepción a dicha regla y son varias las quejas y denuncias presentadas por los manifestantes por abusos en el uso de la fuerza en la contención de las protestas. Así las cosas, esta sección se refiere exclusivamente a hablar sobre algunas de las garantías que la Corte ha establecido sobre el uso de la fuerza en jornadas de manifestación.

En primer lugar, la Corte ha establecido que el uso de la fuerza en las jornadas de protesta debe ser el último recurso para usar por parte del Estado, por lo que es antijurídico que se pretenda como primera opción responder a la protesta con el uso de la fuerza. Así, ha establecido la Corte que el acompañamiento policial puede ser necesario para garantizar el ejercicio de la protesta[25] pero no es permisible que se use la fuerza (armas, carros, equipamiento) para contener y/o dispersar la protesta sin recurrir a otras opciones como el diálogo previo y concurrente con los manifestantes.

[25] La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que la presencia de las autoridades de policía en las jornadas de manifestación es un recurso necesario y legítimo para garantizar la vida y seguridad ciudadanas en estas jornadas de manifestación. No obstante, no deja de ser crítico el hecho de en qué eventos la presencia de la fuerza pública es el motivo principal por el cual las jornadas de manifestación se tornan tensas y son proclives a los desmanes y/o a los disturbios.

Sobre la primacía del diálogo antes que recurrir al uso de la fuerza la Corte erigió esta garantía en defensa del derecho a manifestar, para que las autoridades de policía permitan el ejercicio del derecho sin que se atente contra este. De tal forma, es obligación de la Policía Nacional y de las autoridades regionales establecer canales de diálogo con los manifestantes como herramienta preventiva para evitar disturbios y/o con enfrentamientos con la fuerza pública.

En relación con lo anterior, la Corte también dispuso en sentencia C-023 de 2017 que no basta cualquier peligro eventual o genérico para la disolución de la protesta, sino que la autoridad de policía debe evaluar las circunstancias de orden público y en caso en que estas sean graves se podrá disolver la misma. Si bien los criterios para entender una afectación grave al orden público no son establecidos por la Corte, ello no puede ser carta de permiso para que las autoridades de policía crean contar con la potestad discrecional para no permitir o interrumpir el ejercicio del derecho de manifestación.

Las premisas que la Corte intenta defender con estas garantías son dos. Por un lado, la del privilegio del derecho a protestar sobre cualquier presunta o mínima alteración al orden público[26] y por otro, la de la prevalencia del diálogo antes que recurrir al uso de la fuerza. Esta última premisa resulta importante a la luz de las últimas jornadas de manifestación que vivenció nuestro país en los años 2019 y 2021 en los que el uso de la fuerza[27] pareció la regla general y no la excepción como lo preceptúa la Corte.

[26] No deja aún de ser problemático el uso de este concepto de orden público por cuanto no se cuentan con criterios claros sobre cuándo el "orden público" se ve alterado y las causas de dicha alteración, o hasta qué punto una tensión o alteración social se puede o no considerar como causa para alterarlo.

[27] Sobre el particular véase las notas de prensa de la CIDH sobre estas jornadas en las que se puso de presente el abuso sistemático de la fuerza por parte de las autoridades de policía en el año 2021: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp

Y en última instancia, pero no menos importante, la Corte ha sido enfática en prohibir por regla general la presencia de las fuerzas militares como opción para garantizar y/o restablecer el orden público, por cuanto, reitera, esta función fue asignada por mandato constitucional a la Policía Nacional como cuerpo uniformado de carácter civil. Aun así, la Corte su misma jurisprudencia avala la presencia de las fuerzas militares para gestionar el orden público en aquellos lugares o regiones del territorio en los que no sea posible la presencia de la Policía Nacional, o en los lugares que estén presentes grupos armados organizados al margen de la ley.

7.7 Justiciabilidad del derecho a protestar

Finalmente, las garantías de justiciabilidad no se han dejado para la última sección de este capítulo de forma aleatoria, sino con un fin específico. Siguiendo el arquetipo de garantías señaladas por Ferrajoli (2004), las de segundo grado se activan cuando las primeras son desconocidas por las autoridades y/o por cualquier otra persona, de manera que sea el poder judicial el que dicte las órdenes para que el goce del derecho no se vea menoscabado y no se genere perjuicio y/o vulneraciones adicionales a las personas titulares de estos derechos.

Sobre el derecho a protestar podemos señalar como dos garantías de justiciabilidad en manera concreta: en el ordenamiento jurídico interno, la acción de tutela y la acción pública de inconstitucionalidad; y en el sistema convencional, la demanda estatal contra el Estado para aplicar el control de convencionalidad.

En primera instancia, la acción de tutela como medida de amparo de los derechos fundamentales es una herramienta judicial útil para recurrir decisiones y/o vulneraciones concretas al derecho a protestar. Como se pudo ver en la línea jurisprudencial presentada en el capítulo 2 de este texto, la Corte Constitucional ha protegido en varias ocasiones -aunque en otras no- el derecho

a protestar en situaciones concretas y ha establecido órdenes a entidades para que se abstengan de ejercer acciones contrarias a este derecho.

Así mismo, ejemplo de lo anterior es la sentencia STC 7641 de 2020 la cual es una sentencia de tutela de segunda instancia decidida por la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil. En su momento, la Corte Suprema determinó que le gobierno colombiano había vulnerado sistemáticamente el derecho a protestar de cientos de manifestantes en las jornadas de protestas ocurridas en el año 2019 cuyo inicio protagónico fueron el 21 de noviembre (21N) y que duraron alrededor de un mes en contra del gobierno de turno.

En su momento, la Corte Suprema destacó que el gobierno había abusado en el uso de la fuerza por parte del ESMAD (Escuadrón Móvil Antidisturbios), así como también que habían ocurrido detenciones sistemáticas ilegales de manifestantes y en general, se había actuado con abierta parcialidad en contra de las jornadas de protesta. De tal forma que evidenció la vulneración del derecho a la protesta y el ejercicio de un control policial represivo y criminalizador de las manifestaciones.

Así las cosas, la acción de tutela puede resultar en un recurso útil para proteger este derecho en jornadas previas a la realización de las protestas, o como mecanismo ulterior determinador de responsabilidades sobre jornadas ya ocurridas como ocurrió con la sentencia STC 7641 de la Corte Suprema de Justicia. En uno u otro evento, se pone de relieve vulneraciones concretas frente a la protesta y las decisiones que allí se tomen sirven como precedente judicial constitucional relevante para prevenir vulneraciones a la protesta en situaciones futuras.

Por otra parte, cuando se trate de las expediciones de leyes de la República que vulneren presuntamente el derecho a protestar y/o los derechos relacionados con este fenómeno, la acción

pública de inconstitucionalidad actúa como una garantía de justiciabilidad de este derecho ante generalidades normativas que pongan en riesgo el ejercicio del derecho a la protesta social.

Si bien la acción pública de inconstitucionalidad solo puede referirse a situaciones abstractas y generales, ello no es obstáculo para que en sede de control de constitucionalidad la Corte Constitucional establezca garantías primarias para la salvaguarda de este derecho fundamental. Incluso, como puede constarse de una revisión rápida sobre la línea jurisprudencial presentada en el capítulo 2, la mayor parte de las garantías han sido establecidas en sede de control abstracto de constitucionalidad puesto que la jurisprudencia sobre revisión de acciones de tutela es minoritaria en este sentido.

Ahora bien, si las garantías de justiciabilidad en el ordenamiento interno fallan o resultan defectuosas para una adecuada protección del derecho a protestar, aún queda de manera subsidiaria recurrir a los mecanismos dispuestos en el sistema Interamericano. En primer lugar, y como se señalaba en el capítulo 3, deberá someterse el caso a conocimiento de la Comisión Interamericana y en último lugar se podrá activar la competencia de la Corte Interamericana ante una evidente y recurrente violación sistemática del derecho por parte del Estado demandado.

Aquí es trascendental resaltar las medidas de protección que pueden solicitarse ante la Comisión para que de forma preventiva este órgano ordene al Estado adoptar acciones para prevenir o cesar las acciones que vulneran este derecho. La Comisión se refiere a estas así:

> Por un lado, tienen una función "cautelar" en el sentido de preservar una situación jurídica bajo el conocimiento de la CIDH en peticiones o casos; por otro, una función "tutelar" en el sentido de preservar el ejercicio de los derechos humanos, con independencia de si existe una petición o caso subyacente. (…)

> Con respecto al aspecto cautelar, las medidas pueden estar destinadas a impedir la ejecución de medidas judiciales, administrativas o de otra índole, cuando se alega que su ejecución podría tornar ineficaz una eventual decisión de la CIDH sobre una petición individual. (…) Por lo que se refiere al aspecto tutelar, las medidas buscan evitar que se consuma un daño de naturaleza irreparable y preservar por lo tanto el ejercicio de los derechos humanos.

Estas medidas son trascendentales pues su ordenación y práctica por parte de la Comisión constituyen una garantía en sí misma para proteger el derecho -y en este caso la protesta social-. Así, tienen una función preventiva, como ya se veía, y buscan que la vulneración del derecho humano llegue a un estado de agravación. Así las cosas, este órgano, aunque no es jurisdiccional, sí tiene la potestad para garantizar en el ámbito de su competencia la protesta social.

Por otra parte, en sede jurisdiccional, la Corte Interamericana podrá aplicar un control de convencionalidad concentrado sobre las vulneraciones concretas sobre el derecho a protestar como de vulneraciones abstractas sobre el mismo. Así las cosas, la Corte Interamericana revisará de manera completa y por los alegatos presentados aquellas violaciones sistemáticas al derecho a protestar que en su momento hayan presentado los demandantes, haciendo efectivos los lineamientos jurídicos de protección y garantía sobre este derecho que se desprenden de los instrumentos convencionales regionales en la materia.

La justiciabilidad ante la Corte Interamericana es un recurso de última instancia, lento y pocas veces concedido, por lo que en lo que es resuelto por dicho tribunal las vulneraciones al derecho aún subsistirán en el ordenamiento interno y deberán ajustarse de forma gradual en caso de que el Estado sea hallado culpable por las violaciones a los derechos humanos.

Aun así, si bien activar la jurisdicción para la defensa de los derechos no es garantía misma de que estos vayan a ser efectivamente protegidos, sí es una forma de someter al escrutinio público las vulneraciones de estos por parte de las autoridades, y que la ciudadanía en pleno se dé por enterada de las mismas.

8. Conclusión

De lo recorrido hasta aquí hemos podido ver la trascendencia de la protesta social para nuestras democracias contemporáneas. Este derecho fundamental permite la expresión del descontento y malestar ciudadano, además, es innegable que la protesta es una expresión social que ayuda al establecimiento democrático y permite que diversas personas y organizaciones colectivas alcen su voz y presenten su rechazo o apoyo a intereses comunes a la Nación. La importancia de este derecho no es menor y Gargarella le ha atribuido el carácter del primer derecho, en señal de que este derecho es la primera barrera para defender los derechos ante la arbitrariedad e intransigencia de los Estados.

Dado el valor del derecho fundamental a protestar, se ha podido constatar que a este se le han atribuido diversas garantías -tanto primarias como secundarias- para su protección y materialización. Así mismo, estas garantías se han consolidado para la defensa de este derecho fundamental que, además de ser de naturaleza conflictiva, con frecuencia está en choque con otros derechos e intereses fundamentales. De ahí a que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales propendan por establecer diferentes arquetipos de obligaciones para protegerlo.

Estas garantías primarias y secundarias sobre el derecho a protestar fueron el propósito de la presente investigación en torno a la protesta en nuestro país y los objetivos de investigación se han cumplido de forma satisfactoria. Especialmente, de los resultados de investigación puede

resaltarse que se logró construir un núcleo básico de protección sobre el derecho a protestar el cual, necesariamente, incluye el derecho de expresión, la libertad de reunión, así como los derechos de asociación y participación política. Sin estos derechos en particular, cualquier protesta perdería su naturaleza y su ámbito de protección dentro del ordenamiento jurídico que debe protegerlo por ser un derecho humano fundamental.

Seguidamente, la construcción de este núcleo de protección permitió revisar las garantías constituidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la defensa de la protesta. Estas garantías son fruto de un constante diálogo latinoamericano, constitucional y convencional, que han permitido hacer bastante prolífica la normatividad en derechos humanos para permitir la efectividad de la protesta ciudadana.

Si bien a lo largo de este texto se han mencionado varias garantías sobre el tema, no está demás volver a enunciar la importancia de la no obligatoriedad del aviso previo, la de la protección de los discursos de protesta mediante la libertad de expresión y la justiciabilidad, en general, de todas las garantías, las cuales fueron pioneras en la normatividad constitucional y convencional.

Y como si fuese poco, el modelo normativo de derecho compuesto de garantías propuesto por Ferrajoli ha sido bastante útil en este propósito de estudiar las garantías de la protesta social en nuestro país. Al concebir las garantías como mandados de aseguramiento para la defensa de un derecho se ha podido establecer que estas surgen en contextos particulares ante la evidente o futura vulneración de este, por lo que son más que necesarias para la defensa de los derechos fundamentales en el Estado constitucional y democrático de derecho que también propuso Ferrajoli dentro de su sistema de pensamiento.

Ahora bien, las garantías estudiadas con mayor profundidad se han enunciado descriptivamente en el capítulo cuatro, pero la cuestión no acaba allí. Este trabajo solo muestra

una parte del panorama jurídico para la protección y defensa del derecho a protestar, pero nada habla sobre la efectividad y cumplimiento de estas por parte del poder Ejecutivo, del ramo legislativo o del mismo poder Judicial. Por ejemplo, examinar críticamente si las instancias administrativas (como alcaldías, gobernaciones, concejos municipales y asambleas departamentales) acatan o no estos mandatos de protección sobre la protesta ciudadana, resulta un aspecto sensible aún; y también lo es indagar si permiten su ejercicio libre en el ámbito de su jurisdicción.

Así mismo, una cuestión aún pendiente es analizar en profundidad cómo ha sido la receptividad por parte de esferas de decisión inferior del poder judicial (tribunales y juzgados) en cuanto estas garantías primarias y secundarias sobre el derecho a protestar. O de cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado -otros tribunales de cierre de mayor jerarquía- han adoptado la jurisprudencia de la Corte Constitucional o han estado en franca disidencia con sus precedentes en materia de dicho derecho fundamental.

Este trabajo es apenas una invitación para empezar a tomar en serio la cuestión del derecho a protestar en nuestro país. Esto debido a que la protesta social es y seguirá siendo un medio para que los ciudadanos presenten su voz de rechazo ante las injusticias cotidianas, y sea el mecanismo de petición para la satisfacción de sus necesidades básicas en salud, trabajo, educación y vivienda.

¿Por qué defender este derecho fundamental? ¿Por qué tomar en serio la cuestión fundamental de protestar? La protesta social es nada más y nada menos que uno de los últimos bastiones para la defensa del sistema democrático en sí y una opción legítima para hacer frente a la arbitrariedad y el totalitarismo del poder que tanto sigue atemorizando a las democracias del nuestro tiempo.

Referencias

Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales.

Archila Neira, M. (s.f.). Protestas, movimientos sociales y democracia en Colombia (1975-2007).

Bassa Mercado, J., y Mondaca Garay, D. (2019). Protesta social y derecho: una tensión irresoluble. Izquierdas, 46, 105–136.

Bassi, J. (2015). Formulación de proyectos de tesis en ciencias sociales. Manual de supervivencia para estudiantes de pre- y posgrado. FACSO/EL BUEN AIRE.

Carbonell, M. (2007). Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta, S.A. https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/53683

Carta Democrática Interamericana, Sept. 11, 2001

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (29 de junio de 2021) Auto de unificación jurisprudencial AIJ 01-2021 [M.P. William Hernández Gómez]

Colombia. Corte Constitucional. (12 de diciembre de 2022) Sentencia T-452 [M.P. Diana Fajardo Rivera]

Colombia. Corte Constitucional. (12 de septiembre de 2019) Sentencia SU-429 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas]

Colombia. Corte Constitucional. (13 de abril de 1994) Sentencia C-179 [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

Colombia. Corte Constitucional. (14 de julio de 1992) Sentencia T-456 [M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y Eduardo Cifuente Muñoz]

Colombia. Corte Constitucional. (20 de abril de 2017) Sentencia C-223 [M.P. Alberto Rojas Ríos]

Colombia. Corte Constitucional. (20 de mayo de 2021) Sentencia C-146 [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]

Colombia. Corte Constitucional. (26 de septiembre de 2012) Sentencia C-742 [M.P. María Victoria Calle Correa]

Colombia. Corte Constitucional. (27 de enero de 1994) Sentencia C-024 [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

Colombia. Corte Constitucional. (27 de junio de 2013) Sentencia T-366 [M.P. Alberto Rojas Ríos]

Colombia. Corte Constitucional. (3 de mayo de 2017) Sentencia C-281 [M.P. Aquiles Arrieta Gómez]

Colombia. Corte Constitucional. (3 de septiembre de 2008) Sentencia C-858 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]

Colombia. Corte Constitucional. (7 de marzo de 2018) Sentencia C-009 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de septiembre de 2020) Sentencia STC-7641 [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona]

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia). 44va Ed. Editorial Legis

Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José, Costa Rica", Nov. 22, 1969.

Cruz Cadena, K. Y., Caballero Palomino, S. A., Vásquez Gualdrón, L., y Moreno Ortiz, M. (2020). Alcance del control difuso de convencionalidad en las providencias judiciales en Colombia. Advocatus, 34, 37–46. https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.34.6587

Cruz Rodríguez, E. (2015). El derecho a la protesta social en Colombia. Pensamiento Jurídico, 42, 47–69.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, May. 2, 1948.

Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Oct. 20, 2000.

Fernando, M., y Ramírez, Q. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Núm., 12, 163–190.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta S.A.

Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales.

Ferrajoli, L. (2007). Sobre los derechos fundamentales. In M. Carbonell (Ed.), Teoría del neoconstitucionalismo (pp. 71–89). Editorial Trotta S.A. https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/53683

Franco, P. (2015). Hacia la construcción del control de convencionalidad en Colombia. Revista de Derecho Público, 34, 1–34. https://doi.org/10.15425/redepub.34.2015.25

García Atehortúa, A. K., y Ramírez Rivero, L. S. (2014). La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. Universitas Estudiantes, 11, 87–102.

Gargarella, R. (2005). El derecho a la protesta. El primer derecho. AD-HOC.

Ippolito, D., y Ibáñez, P. A. (2018). El espiritu del garantismo: Montesquieu y el poder de castigar. Editorial Trotta, S.A. https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/129482

Lalinde Ordóñez, S. (2019). Elogio a la bulla protesta y democracia en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

López Medina, D. E. (2006). El derecho de los jueces. Legis.

María, L., Dulzaides Iglesias1, E., María, L. A., y Gómez1, M. (s.f.). Análisis documental y de información: dos componentes de un mismo proceso.

Moreno Cruz, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueve Serie Año XL, 825–852.

OEA. Corte IDH. (24 de noviembre de 2006) Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú

OEA. Corte IDH. (28 de noviembre de 2018) Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México

OEA. Corte IDH. (29 de mayo de 2014) Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile

OEA. Corte IDH. (6 de julio de 2009) Caso Escher y Otros vs. Brasil

ONU. (2020). Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1l5979OVGGB%2BWPAXj3%2Bho0P51AAHSqSubYW2%2FRWvqeXcmwcJPCLnvmaZpSJEbfB4flbHl%2FZJNeiAUlys1WX8gRUG7qPXbYwn%2B1weWE#:~:text=Todos%20tienen%20el%20derecho%20a,los%20refugiados%20y%20los%20ap%C3%A1tridas.

Ortegón Osorio, J. (2016). ¡La tal marcha sí existe! Garantías para la protesta social en Colombia [Trabajo presentado como requisito para optar al título de Magister en Estudios Latinoamericanos]. Pontificia Universidad Javeriana.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Dic. 16, 1966.

Peña Freire, A. M. (1997). La garantía en el Estado Constitucional de derecho. Trotta S.A.

Prieto Sanchís, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. In M. Carbonell (Ed.), Teoría del neoconstitucionalismo (pp. 213–235). Editorial Trotta S.A. https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/53683

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE). (2019). Protesta y Derechos Humanos.

Rincón, O. (2011). De rebeldías y protestas públicas y masivas. In Vamos a portarnos mal. Protesta social y libertad de expresión en América Latina (pp. 5–13). Centro de Competencia en Comunicación para América Latina, C3 FES.

Ríos Ojeda, V. (s.f.). Democracia y Garantismo. Arandura.

Sánchez Megía, L. A. (2012). Metodología de Investigación Científica en Derechos Humanos: Las Fuentes de Información en Derechos Humanos. Revista de Derecho UNED, 11, 773–802.

Sastre, S. (2003). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In M. Carbonell (Ed.), Neoconstitucionalismo(s) (pp. 239–258). Editorial Trotta S.A.

Torres Ávila, J. (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. 47.

Vázquez, D. (2012). Fundamentos teóricos para la metodología aplicada a los derechos humanos.

Velasco Cano, N., y Llano, J. V. (2016). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica el garantismo y el comunitarismo. Novum Jus, 10(2), 35–55. https://doi.org/10.14718/novumjus.2016.10.2.2

Villabella Armengol, C. M. (2009). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones.

Zenteno Trejo, B. Y., y Osorno Sánchez, A. (2015). Elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.