

Orden público, uso de la fuerza y legitimidad en las actuaciones del estado: abordaje al decreto 003 de 2021 frente a la figura del escuadrón móvil antidisturbios¹*Alonso Lagos Chinchilla²**Director: Miguel Andrés López Martínez³***Resumen**

El decreto 003 de 2021 busca regular el derecho de protesta en conexión con la libertad de pensamiento y reunión, así como la figura del Escuadrón Móvil Antidisturbios. Sin embargo, a esto la norma en cuestión plantea múltiples aspectos que deben ser estudiados frente a los parámetros y límites que existen frente al derecho de protesta pacífica, así como el uso de la fuerza, la protección del orden público y la legitimidad como forma de actuar frente a la fuerza pública dentro de las protestas. Es por ello que se parte de la pregunta problema: *¿Cumple el Decreto Nacional 003 de 2021 con el mandato de protección al derecho fundamental a la protesta pacífica y los parámetros de uso de la fuerza, legítima actuación y protección del orden público, al regular la operación del Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD)?* Se desarrolló mediante un método descriptivo, explicativo y documental, cuyos principales resultados y conclusiones permiten indicar que, si bien la norma en principio resulta positiva de cara al derecho fundamental de reunión, dentro de la praxis puede tener matices contrarios a la constitución y a su vez poco legítimos frente a la población. Esto debido a que acude a aspectos que privilegian la protección del orden público sobre los derechos de los manifestantes, así como el uso de la fuerza de forma arbitraria.

Palabras Clave: Fuerza pública, Derecho de reunión, Libertad de expresión, Orden público, Protesta pacífica.

Public order, use of force and legitimacy in state actions: approach to decree 003 of 2021 in relation to the figure of the mobile anti-disturb squad**Abstract**

Decree 003 of 2021 seeks to regulate the right to protest in connection with freedom of thought and assembly, within the Colombian State, as well as the figure of the Mobile Riot

¹ Artículo científico presentado como opción de grado para optar por el título de Magister en Derecho Público. El presente documento es resultado de investigación adelantado en el marco del Proyecto de Investigación Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD) y su rol en las manifestaciones públicas de protestas.

² Profesional universitario grado 1 de la planta central de la Gobernación de Santander, abogado de la universidad Uniciencia de Bucaramanga, con especialización en derecho administrativo de la universidad Santo Tomás Bucaramanga, cursando Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás Bogotá. Correo de contacto: alonso.lagosabogado@hotmail.com.

³ Abogado (Cum Laude) de la Universidad Santo Tomás de Tunja, con maestría en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Se ha desempeñado como docente investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Tunja y de la Escuela Superior de Administración Pública Cetap Boyacá-Casanare. Ha sido codirector del Proyecto Responsabilidad Patrimonial del Estado por Actos Terroristas, Responsabilidad del Estado por Desplazamiento Forzado y Estado de Cosas Inconstitucional.

Squad. However, to this the norm in question raises multiple aspects that must be studied against the parameters and limits that exist regarding the right of peaceful protest, as well as the use of force, the protection of public order and legitimacy as a form of act against the public force within the protests. That is why we start with the problem question: Does National Decree 003 of 2021 comply with the mandate to protect the fundamental right to peaceful protest and the parameters of the use of force, legitimate action and protection of public order, by regulating the operation of the Mobile Riot Squad (ESMAD)?? which was developed through a descriptive, explanatory and documentary method. Whose main results and conclusions allow us to indicate that, although the norm in principle is positive in the face of the fundamental right of assembly, within the praxis this may have nuances contrary to the constitution and in turn not very legitimate in front of the population. This is because it resorts to aspects that reward the protection of public order over the rights of the protesters, as well as the use of force in an arbitrary manner.

Keywords: Freedom of expression, Public order, Peaceful protest, Public force, right of assembly.

Sumario

1.Derecho a la protesta y orden público estatal; 1.1. Abordaje y justificación conceptual de la protesta; 1.1.1. Principios de la práctica de la protesta; 1.1.2. Supuestos jurisprudenciales dados por la Corte Constitucional en materia de derecho a la protesta; 1.1.1.1. Reglas jurisprudenciales en materia de derecho a la protesta; 1.1.3. Límites a la protesta frente al orden público; 2. Potestad del uso de la fuerza y actuación legítima; 2.1. Decreto 003 de 2021; 2.2. Actuación del ESMAD en las protestas; 2.3. Parámetros normativos dados en el Decreto 003 de 2021; 2.3.1. Aspectos generales del decreto; 2.3.1.1. Uso de la fuerza; 2.3.1.2. Uso de la fuerza diferenciado; 2.3.2. Aspectos preventivos; 2.3.3. Acciones concomitantes y posteriores; 3. Cumplimiento de parámetros por parte del ESMAD. 3.1. Aspectos criticables y mejorables; 3.2. Sobre la restricción legítima de los derechos en el marco de las protestas; 3.2.1. Evaluación al uso de la fuerza; 3.3. Aspectos a criticar y mejorar del Decreto 003 de 2021; 3.3.1. Indebida producción normativa del Decreto 003 de 2021; 3.3.2. Falta de claridad en los parámetros del decreto; 3.3.3. Aspectos a mejorar en la norma. Conclusiones.

Introducción

A partir de la promulgación de la Carta Política de 1991, el Estado colombiano atravesó una serie de cambios en su estructura como Estado, paso de ser de Derecho a uno con características de Social y Democrático de Derecho. Tal escenario en términos de Vesga (2019) le otorgo a la Constitución un conjunto de nuevas prerrogativas jurídicas las cuales elevaban la dignidad humana como uno de los máximos pilares fundamentales del país, así como nuevos elementos tendientes a modificar los paradigmas de la finalidad del Estado.

Muestra de lo anterior es que estos nuevos cambios le permitían al Estado tener como fin social, darle primicia a la necesidad general sobre la particular, así como la salvaguardia de los derechos fundamentales como un medio de garantía que tenía el Estado frente a la nación (Arrieta & Duran, 2022).

Tal escenario fue el idóneo para que Colombia pudiese desarrollar y promover los derechos colectivos y sociales, permitiendo que sea el mismo Estado el encargado de promocionar, preservar y proteger todos los derechos conexos a estos, así como los diferentes bienes jurídicos tutelados, que de lo contrario se estaría en contravía de la propia finalidad de la Carta Política.

Es así como se crearon una serie de garantías tendientes a proteger a la población en sus múltiples derechos, como lo es el caso de la libertad de expresión, de pensamiento, opinión e ideología, que al tenor de los artículos 11, 12, 16, 20 y 24 establecen que no se puede y no se debe censurar o reducir a otra persona por el hecho de tener un ideario diferente. Es por ello que, en conexión a la libertad de reunión y huelga, Colombia ha creado una serie de herramientas tendientes a impedir la vulneración de derechos, cuando con ocasión a estas libertades se le genera un daño o detrimento a una persona.

La situación del Estado colombiano a diferencia de otros países resulta ser un caso singular y altamente debatible en tanto que el cuerpo de policía debido a las políticas de contrainsurgencia producto del mismo contexto social ha llevado a que esta se militarice, lo que ha llevado a que la contención de las protestas sociales y de las manifestaciones tengan un marcado enfoque tendiente al uso excesivo de la fuerza como manera de represión de las diferentes manifestaciones colectivas (Cruz, 2015).

Sobre estas líneas la Corte Suprema de Justicia (2020) en la sentencia STC7641 buscando proteger estos aspectos y dándole materialización a los factores y elementos de derecho social dados por la Constitución Política, amparó los aspectos de participación, democracia, reunión y protesta pacífica, creando consigo una serie de directrices y lineamientos a los que el Estado dentro de su organización y estructura debía acogerse.

Lo anterior se generó en el marco de una serie de protestas por parte de la población en la que el Estado, actuando en cumplimiento de su deber estatal, realizó acciones en contravía de la legítima actuación, así como un uso excesivo de la fuerza, buscando proteger y darle primacía al orden público estatal. Entre los principales aspectos fácticos que originaron la sentencia fue debido a la falta de una norma estatutaria que pudiera reglamentar y desarrollar de manera adecuada el uso de la fuerza dentro de las protestas, así como las actuaciones de estigmatización, desproporcionalidad, detenciones arbitrarias e ilegales, ataques contra la prensa y uso sistemático de actuaciones violentas por parte de la fuerza pública. Esto generó que el alto tribunal emitiera tres órdenes directas que debían tenerse en cuenta para cualquier actuación en la que el Estado se viese involucrado como forma de evitar actuaciones violentas, arbitrarias y de orden sistemático.

Dentro del fallo en cuestión se le ordenaba al Estado i) tomar partido de las diferentes movilizaciones y protestas y llegar a negociaciones, ii) crear por vía de Ley estatutaria – en desarrollo del derecho a la libertad de expresión y protesta- un marco normativo que permitiera a) un límite a las protestas y b) la forma en que el Estado en cabeza de su fuerza

pública pudiese actuar en uso de la fuerza; finalmente, iii) lineamientos de organización para la fuerza pública frente a la legitimidad que existe en su actuación.

Tal escenario llevo a que para el año de 2021 se emitiera el Decreto 003 de 2021 por parte del Gobierno Nacional, el cual buscaba no solo acatar el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia frente a lo sucedido dentro de las protestas y la fuerza pública, sino que, a su vez, realizaba un desarrollo determinante frente a la manera en que figuras como el Escuadrón Móvil Antidisturbios –ESMAD– podían hacer uso de la fuerza y tener una legítima actuación para poder mantener el orden público. Sin embargo, esto no queda del todo claro dentro del decreto en la medida en que, para autores como Uprimny (2021), dicho decreto si bien tiene clara su finalidad, los aspectos relativos al derecho fundamental de la protesta, podrían verse menguados por el decreto, pues se estaría ante un vaciamiento del derecho en la medida que se restringen y estigmatizan las actuaciones dadas dentro de la protesta creando con ello un limitante a la libertad de expresión y de reunión

Es por ello que el presente artículo tiene como finalidad y objetivo general analizar el decreto 003 de 2021 frente a la potestad que se le otorga al ESMAD⁴, como lo son el uso de la fuerza diferencial⁵ y la aplicación de los principios de proporcionalidad y necesidad, respecto de las actuaciones que pueden tener las personas dentro de las marchas y protestas cuando estas se tornan contrarias al orden público. Para determinar si se cumple con los parámetros del uso de fuerza, legítima actuación y protección del orden público, se tiene como pregunta problema eje del escrito:

¿Cumple el Decreto Nacional 003 de 2021 con el mandato de protección al derecho fundamental a la protesta pacífica y los parámetros de uso de la fuerza, legítima actuación y protección del orden público, al regular la operación del Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD)?

Para el desarrollo del anterior interrogante, en el contenido formal del artículo se buscará resolver esto en tres grandes momentos, el primero encaminado a analizar el derecho a la protesta y los límites que estos tienen frente a las actuaciones en las cuales el Estado puede actuar en legítima potestad de orden público. El segundo momento, analizar el Decreto 003 de 2021 o también denominado como Estatuto de la regulación de la protesta pacífica dentro del Estado colombiano, en donde se estudiará la figura del uso de fuerza, legítima actuación y protección del orden público. Finalmente, en el tercer momento se determinarán los

⁴ En este entendido a partir del año 2022 el ESMAD recibió una serie de modificaciones que buscan dar aplicación no solo al decreto en cuestión en lo relativo al uso de la fuerza, sino a su vez en la manera en que pueden actuar frente a las manifestaciones y la estructura interna de la figura del ESMAD (Cedeño, 2022).

⁵ Tal concepto se acoge a partir del párrafo 1. Del artículo 32 del Decreto 003 de 2021 en donde se establece que el uso de la fuerza diferencial va dirigido a poder neutralizar ciertos sucesos o daños graves dentro de las manifestaciones sin que esto implique necesariamente alterar el orden y la integridad de las personas teniendo como principal enfoque el identificar sujetos en multitudes.

aspectos positivos y negativos que presenta dicha norma, de manera que se pueda concluir con posterioridad si existe o no un cumplimiento de parámetros por parte del ESMAD.

Resultados

1. Derecho a la protesta y orden público estatal

Dentro del presente acápite se busca hacer un análisis de los aspectos conceptuales, principialísticos y de índole jurisprudencial que rodean el derecho a la protesta, así como las reglas y aspectos que lo limitan de cara a poder establecer los elementos que cimientan el derecho a nivel jurídico.

1.1. Abordaje y justificación conceptual de la protesta.

El derecho a la protesta en términos de Zaffaroni (2010) depende estrechamente del reconocimiento que el mismo Estado realiza sobre esta potestad constitucional. Esto quiere decir que solo cuando el aparato estatal hace una plena declaración de este medio como un mecanismo para reconocer y demandar derechos, la misma administración pública deberá garantizarlo.

En otros términos, la protesta es un medio que en principio debe ser reconocido por el Estado para poder considerarse además de un derecho, un mecanismo efectivo para materializar dicho derecho. En este orden de ideas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 18 realiza una definición más clara al respecto, en donde afirma que tal derecho es una manifestación colectiva o individual en donde se pueden realizar expresiones de libertad de pensamiento, ideología y expresión, en donde además se conjugan los derechos de libertad de asociación y reunión.

Sobre esto Torres (2013) expresa que tal derecho se conjunta como un acto en el cual se pueden tomar acciones colectivas e individuales, en donde se puedan tomar posturas en contra de las diferentes decisiones que el Estado o administración pública toman frente a un asunto que involucra a las diferentes colectividades que conforman la nación.

La protesta al ser un medio para ir en contra de las mismas decisiones y posturas del Estado, es necesario que se dé su pleno reconocimiento como derecho conexo indiscutiblemente a la libertad de expresión, asociación y reunión, pues en este sentido es deber del aparato estatal velar por que todos los derechos se protejan y aún más cuando este resulta el medio idóneo para generar reclamos públicos de una situación de malestar o discusión.

Sin embargo, tal derecho no puede promulgarse como total y amplio, pues este al contener acciones por parte de colectividades implica de contera acciones o escenarios en donde los reclamos no se hacen de manera formal, directa o por el diálogo, sino que se acude a vías de hecho, dándole la posibilidad a discusiones entre la población y las fuerzas públicas de un Estado, contra las diferentes tensiones que se puedan generar.

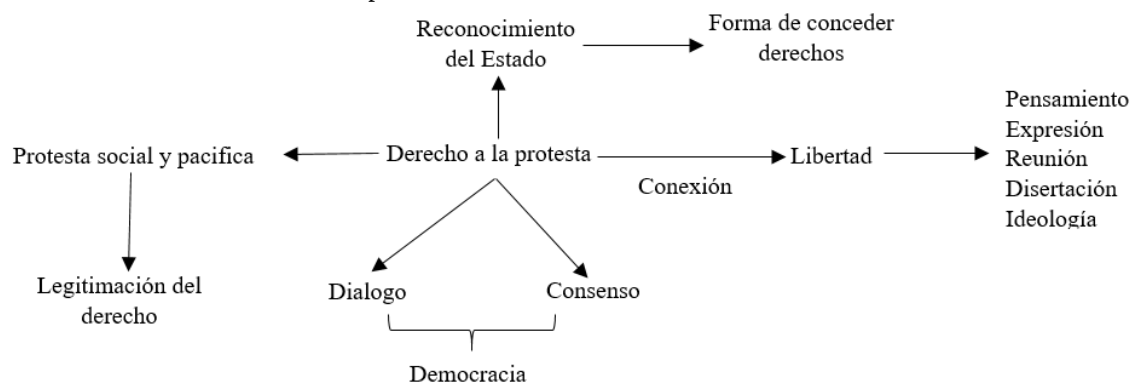
En este escenario es dable señalar que la protesta social parte de tener una presunción en donde si bien se discuten y reclaman derechos o situaciones frente al Estado, esta es principalmente pacífica, en tanto que se considera que esta nace de forma espontánea o de manera previa cuando existen concertaciones por parte de las colectividades que buscan proteger un interés en común (Sánchez, Uribe, Vivas, 2019).

Si bien existe un claro escenario en el que la protesta social se pueda relacionar con las alteraciones al orden público, la realidad es que esto no puede tomarse como una verdad. Sobre esto Manzo (2018) explica que, si bien la protesta resulta en la práctica una manera de dirimir tensiones y realizar ejercicios de poder entre el Estado y la Sociedad, una protesta, cuando su fin es el de discutir situaciones no puede acudir a vías de hecho en tanto que se pierde la legitimidad en las diferentes luchas.

En tal sentido Barrera (2020) señalaba que la protesta social tiende a ser pacífica en la forma que busca i) luchar sobre las situaciones de abuso de poder y sujeción contra el Estado y ii) sobre la recuperación y protección de los derechos. Es por ello que al constituirse este derecho como el medio para poder proteger otros frente al Estado, el actuar de las personas debe ser además de legítimo, válido sobre los respectivos reclamos, lo que también se extiende hacia el Estado y la manera en que estos pueden responder.

Sobre estas líneas Gargarella (2017) señala que la protesta al ser pacífica y social, esta se encuentra enmarcada en las diferentes opiniones de la sociedad, implica que las bases en las que se cimienta sean las democráticas y esto solo puede garantizarse mediante el diálogo y los acuerdos sociales que se puedan realizar entre los gobiernos y la población. Así mismo lo explica Arrieta y Duran (2022) al indicar que la protesta cuando tiene las vías pacíficas y adquiere un margen de legitimidad entre la población, funciona como un acto de control sobre todas las actuaciones que el Estado quiera realizar.

Gráfico 1. Desarrollo del derecho a la protesta



Realización propia a partir de Gargarella (2017) y Arrieta y Duran (2022).

Lo anterior adquiere mayor relevancia al considerarse que esta cimentada sobre la democracia, pues permite que las minorías y comunidades puedan adquirir relevancia para

los gobiernos, cuando por medio de esta herramienta se visibilizan y se permiten escenarios de debate y diálogo público (Gargarella, 2017). Es decir que la protesta permite que exista un margen de igualdad entre quienes acuden a este mecanismo, pues significa que todos poseen igualdad de derechos y por lo tanto de oportunidad para poder sembrar el debate público ante la opinión de la población como forma de hacerse oír.

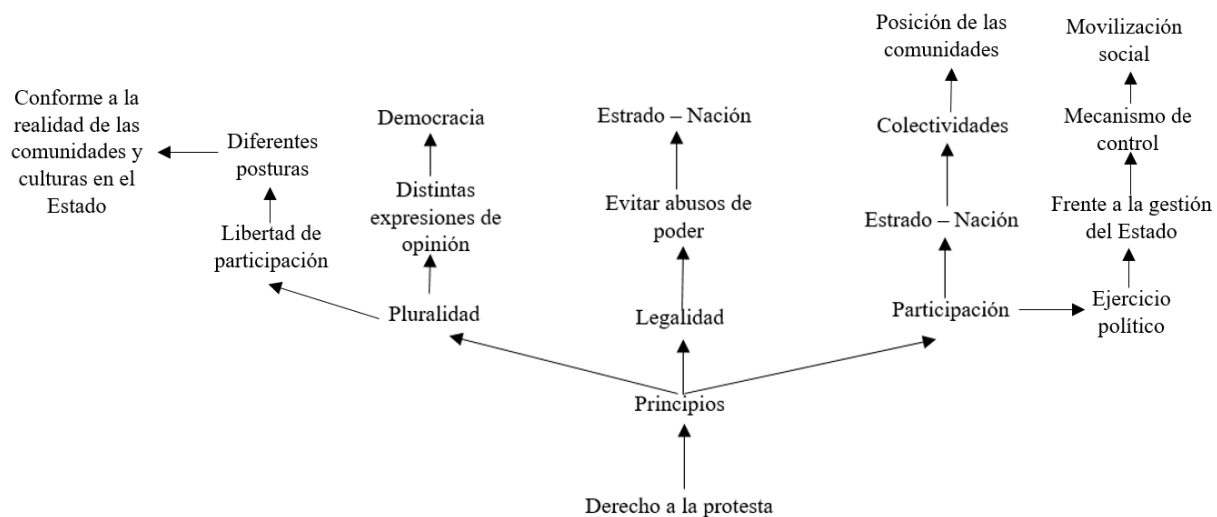
1.1.1. Principios de la práctica de la protesta.

Deben existir una serie de principios dentro de la práctica del derecho a la protesta que deben materializarse en debida forma, es decir que sin estos mandatos de optimización no puede existir una ley de restricción legítima y constitucionalmente admisible. Según Sánchez, Uribe y Vivas (2019) los principios reguladores son el de pluralidad, participación y legalidad.

Frente al primero se afirma según Cruz (2017) que es la aceptación que el Estado colombiano ha tenido sobre la diversidad no solo a nivel poblacional, sino de opiniones que pueden existir dentro de la sociedad. De manera que esto es un esfuerzo amplio por aceptar la multiplicidad de escenarios que existen dentro de la nación, es por ello que la protesta se cimienta sobre la democracia como valor.

El segundo de estos principios implica la participación, la cual implica un disenso entre las partes inmersas dentro de esfera del Estado, pues al igual que las diferentes colectividades hacen parte de las manifestaciones, el aparato estatal también lo debe hacer para poder crear un escenario de diálogo adecuado y pertinente para todos. En este sentido Cruz (2017) expresa que la participación tiene como finalidad poner sobre la mesa del debate público todas las diferentes cosmovisiones de los asuntos que se discuten, así como los objetivos políticos susceptibles de cambio y mejora. Es por ello que al referirse a este principio es necesario que exista un amplio involucramiento político, un número activo de personas y un proyecto claro sobre el cual realizar las protestas.

Finalmente, cuando se habla de legalidad, esto implica que el ejercicio del derecho a la protesta se cimienta en que toda actuación debe estar dada sobre la voluntad del imperio de la constitución y la ley, esto permite evitar que existan abusos de poder tanto de la población que acude a las manifestaciones como del mismo Estado con su fuerza pública por impedir las. En este sentido, tal principio permite que exista una debida armonía entre la participación y la pluralidad de opiniones, sin que se desvirtúen las protestas o se ponga en pie de duda el actuar del Estado.

Gráfico 2. Relación derecho y principios

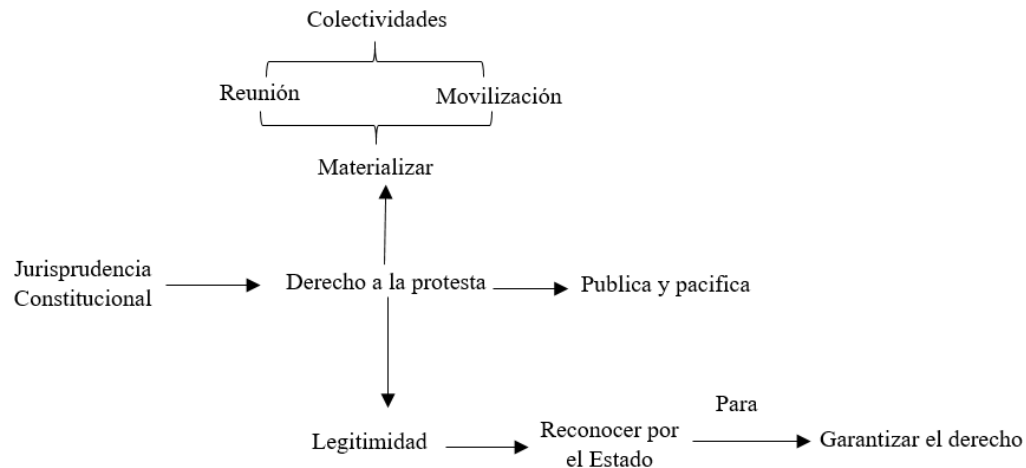
Realización propia a partir de Sánchez, Uribe y Vivas (2019) y Cruz (2017).

A razón de lo anterior es dable señalar que estos mandatos de optimización permiten disponer de condiciones sociales adecuadas para un adecuado goce de los demás derechos constitucionalmente reconocidos y del accionar estatal de las entidades del Estado, por lo que el derecho no puede considerarse estático, sino por el contrario este es dinámico y evolutivo, en tanto que no necesariamente es total pues existen limitaciones y maneras de evitar que tal medio se desdibuje por parte de la población (Barrera & Hoyos, 2020).

1.1.2. Supuestos jurisprudenciales dados por la Corte Constitucional en materia de derecho a la protesta.

Dentro del Estado colombiano la estructura del derecho a la protesta parte esencialmente de los elementos constitucionales dados de forma conexas entre los derechos a la libertad y reunión, esto ha implicado que la Corte Constitucional se pronuncie múltiples veces sobre esto y le diese además de una correcta interpretación, una estructura con base en reglas que permiten definir los límites y el objeto aceptado jurídicamente por el Estado colombiano a razón del orden público.

Sobre esto la Sentencia C-009 de 2018 ha señalado que el derecho a la protesta parte esencialmente de las manifestaciones que deben cumplir con la potestad de ser i) públicas y ii) pacíficas. Esto implica también que no puedan ser en un primer momento ilícitas y segundo tener como finalidad la violencia por las vías de hecho. De aquí que exista la justificación doctrinal del reconocimiento del Estado como forma de legitimar la protesta, pues por el contrario no pudiese ser garantizable. Sobre esto la misma jurisprudencia ha señalado la existencia de dos (2) criterios, el primero en donde se implica que para declararse protesta deben contemplarse la materialización de la reunión de colectividades y segundo que exista la dinámica clara y tendiente de la movilización.

Gráfico 3. Aspecto jurisprudencial del derecho a la protesta

Realización propia a partir de la sentencia C-009 de 2018

Así mismo, lo ha afirmado el alto tribunal constitucional, al expresar que se debe dar cumplimiento a su vez a los principios que rigen tal derecho, que entre otros son el de pluralismo, participación y sobre estos el de legalidad. Lo que representa que no puede existir materialización de la protesta, cuando esta se da por vías no aceptadas jurídica y constitucionalmente dadas dentro del Estado colombiano. De aquí que la importancia de la práctica de este derecho sea el poder ejercerlo desde la democracia. Sobre esto la Corte Constitucional ha tenido un desarrollo amplio partiendo con sentencias desde el año de 1992 a 2021.

1.1.2.1. Reglas jurisprudenciales en materia de derecho a la protesta

En estas el alto tribunal ha señalado diferentes criterios y reglas a tener en cuenta dentro de la práctica: i) no puede limitarse el derecho a las manifestaciones por vía de decretos dentro de los municipios y departamentos, y aún menos cuando estas prohibiciones no tienen fundamento fáctico y jurídico válido (Corte Constitucional, Sentencia T-456, 1992); ii) Las personas recluidas de la libertad pueden organizarse y ejercer el derecho a la reunión y libertad de pensamiento al no considerarse que este sea un derecho limitado por la constitución o la convención en materia de DD. HH (Corte Constitucional, T-219, 1993; iii) Debe existir un aviso previo o justificado fácticamente para poder emitir captura de personas dentro de las manifestaciones públicas (Corte Constitucional, Sentencia C-024, 1994); iv) en los Estados de excepción aunque se puedan limitar los derechos, las manifestaciones y los derivados de las libertades de expresión como el de la protesta no pueden limitarse (Corte Constitucional, Sentencia C-179, 1994).

Así mismo el alto tribunal determinó por otra parte unas reglas tendientes a poder limitar el uso del poder de policía dentro de las manifestaciones, así como el de los protestantes en caso

contrario de exceder la legitimidad dada por las protestas sociales. Se indica que i) la fuerza pública podrá evitar la realización de una manifestación cuando esta excede la finalidad por la cual se convocó, así como los fines supuestos de la marcha pacífica al vulnerar otros derechos en su proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-711, 2005); ii) Es penalizable la obstrucción de vías públicas siempre y cuando exista afectación directa al adecuado orden nacional, es decir que este punible no va en contravía del derecho de protesta, sino de la perturbación, selectiva, temporal y general que pueden llevarse por las vías de hecho (Corte Constitucional, Sentencia C-742, 2012); finalmente debe motivarse por parte del Estado la negativa posición que pueda generarse al prohibir las manifestaciones por vías públicas de lo contrario se estaría en contravía de su finalidad y se crearía un límite al mismo (Corte Constitucional, Sentencia C-009, 2018).

1.1.3. Límites a la protesta frente al orden público.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional mediante sentencia C-009 de 2018 ha sido muy tajante al referirse que si bien el derecho a la protesta se debe generar en espacios públicos y a su vez se debe dar la movilidad de las diferentes colectividades para que esto se considere materializado, también es cierto que al estar inmersos los derechos de todas aquellas personas que no participaron de las huelgas, existen posibles afectaciones a bienes públicos y privados. De manera que es dable señalar que este derecho tiene como límite el no afectar en su integridad los derechos de otras personas.

Lo anterior encuentra fundamento en lo expuesto por Burbano (2018) que expresa que, si bien existe amplia garantía de protección de este derecho, no por tal hecho se debe crear un desequilibrio total en donde por garantizar la protesta se vaya en contravía de i) el orden público y ii) la seguridad ciudadana, como tampoco la integridad, vida y libertad de pensamiento de todas aquellas personas que no fueron partícipes directas de las manifestaciones. Es por ello que para la Corte Constitucional en la sentencia C-009, es proporcional y razonable crear criterios de limitación a tal derecho.

Si bien como se ha indicado anteriormente el derecho a la protesta no se encuentra vinculado directamente al desorden social, es menester que no se configuren aspectos de violencia o hechos que terminen por materializar actos punibles, en tanto que esto no solo iría en contravía de la legalidad y constitución, sino también de los mismos límites que la Corte Constitucional ha enmarcado para la regulación de la protesta social.

A su vez la sentencia STC-7641 de 2020 ha expresado que la libertad de expresión que se manifiesta dentro de las protestas también tiene una limitante doble. Por una parte, la dada del Estado hacia las colectividades, en el que la fuerza pública o el aparato estatal no puede censurar a la población ni impedir que se lleven a cabo las protestas y por otra parte la de la población, la cual no puede en pro del derecho a la protesta generar actos de intolerancia que vayan en contra de los principios básicos del Estado de derecho, como la xenofobia, el racismo o situaciones de discriminación.

2. Potestad del uso de la fuerza y actuación legítima.

En el presente título se realiza una descripción acerca de los aspectos relativos al decreto 003 de 2021, en donde se estudiará la manera en que actúa el ESMAD, los parámetros normativos dados por el decreto, así como las generalidades y acciones que puede emplear la fuerza pública dentro de las manifestaciones.

2.1. Decreto 003 de 2021

Teniendo de presente el concepto de protesta, sus elementos, sustento jurisprudencial y limitaciones existentes dentro del derecho, es menester comprender la necesidad de una regulación directa y amplia por parte del Estado colombiano frente a este medio. Para el año de 2020, la Corte Suprema de Justicia dentro de su sentencia STC7641, emitió una serie de ordenes tendientes a regular el conjunto de prerrogativas jurídicas inmersas dentro de la protesta pacífica. Por una parte, tal sentencia seguía el hilo conductor que la Corte Constitucional en el fallo C-742 de 2012 había establecido, al señalarle al gobierno nacional la necesidad por crear cuerpos normativos que permitieran la regulación de la protesta, así como del uso de fuerza y la legitimidad que ambas partes tienen dentro de las manifestaciones, tanto de establecer límites claros para los protestantes como de prohibiciones para la fuerza pública. Esto se realizaba con la finalidad de cumplir los fines del Estado Social de Derecho y a su vez del principio de legalidad en el que se encuentra enmarcado el derecho de protesta.

Es por ello que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil, le ordenó al Estado colombiano crear un estatuto que regulara dicho derecho fundamental y con ello les permitiera a las fuerzas públicas tener un actuar legítimo siempre y cuando el orden público se encontrara en peligro. En este sentido, el gobierno nacional emitió estos aspectos por vía del decreto 003 de 2021 o también llamado “Estatuto de Reacción, Uso y Verificación de la Fuerza Legítima del Estado y Protección del Derecho a la Protesta Pacífica Ciudadana”. Esta norma buscaba crear un protocolo que le permitiera al Estado salvaguardar el orden público y crear acciones tendientes a evitar que la protesta social y pacífica se tornara en acciones delictivas o potencialmente peligrosas para la seguridad ciudadana, dotando a las autoridades de policía y al ESMAD de herramientas legales para actuar legítimamente frente a los hechos que se puedan presentar en una manifestación.

Esto implica una doble finalidad, por una parte, evitar que la protesta social y las manifestaciones se extralimiten y desvirtúen su finalidad y con ello garantizar el adecuado ejercicio del derecho de protesta, por otra parte, impedir que de forma injustificada e ilegítima la fuerza de policía y ESMAD hicieran un uso abusivo de la fuerza.

2.2.Actuación del ESMAD en las protestas

El decreto en su artículo 34 establece las formas y maneras en que el ESMAD podrá actuar de forma específica. Se indica que este escuadrón deberá atender siempre las últimas instancias y servir como recurso de control para disminuir y supeditar cualquier acto de violencia que vaya en contravía del orden público y de las manifestaciones pacíficas. En este sentido el ESMAD podrá poner en marcha i) procedimientos y ii) planes que sean fijos y anticipados para poder satisfacer todos los postulados de necesidad, proporcionalidad y legalidad.

Esto significa que el ESMAD podrá tener presente de manera anticipada todos los planes que sean necesarios para poder disminuir situaciones contrarias a los elementos de las protestas, pero siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos que el mismo decreto estipula.

- El ESMAD por regla general en todas las manifestaciones deberá estar ubicado en lugares estratégicos que permitan que de manera oportuna realice sus protocolos, siempre que existan escenarios de violencia o vulneración de derechos fundamentales. No obstante, esta orden está supeditada a la potestad del alcalde municipal y distrital.
- Los comandantes del ESMAD tendrán intervención y comunicación directa con el PMU, y esto permitirá tener diálogos concertados para salvaguardar las diferentes situaciones que se puedan generar.
- Finalmente, previa a la intervención del ESMAD y que hubiesen tomado el control de la situación, se dará orden de retirada, no obstante, si se tuvo que acudir al uso de la fuerza por parte de esta institución, se deberán realizar los respectivos documentos e informes pertinentes para dar a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que será dirigida a los superiores.

Dentro de los párrafos siguientes se reitera que el ESMAD deberá considerar como última ratio el uso de la fuerza como forma de restablecer las condiciones de seguridad ciudadana y la convivencia. Pero recordando que se deberán agotar las instancias del consenso, mediación y diálogo. Aspecto que se refuerza de manera directa con el fortalecimiento de los diferentes programas en materia de derechos humanos que deberá acatar la policía nacional como requisitos para i) ingresar a la institución y ii) ascender dentro de ella. En este sentido, buscando que se haga un correcto uso de la fuerza y la institución no pierda legitimidad, se deberá instruir al ESMAD en nuevas tácticas y técnicas de intervención de manifestaciones.

2.3. Parámetros normativos dados en el Decreto 003 de 2021

El Decreto 003 de 2021 tiene su origen en las múltiples protestas que se originaron en el año 2019 y 2021 en el marco de las diferentes manifestaciones generadas en todo el país. La sentencia de la cual partió su génesis ordenaba en su punto quinto que, con miras a garantizar la protesta pacífica, era necesaria una fuerte regulación, así como de definir legalmente cómo pueden operar los parámetros del uso de fuerza, orden público y actuación legítima. Sobre esto Botero (2020) analizando el fallo que lo originó expresó que la norma debía en su entero

cuerpo normativo evitar cualquier abuso por parte de las fuerzas de policía, así como una eficiencia en todas las actuaciones que las instituciones del Estado tuviesen.

La norma en cuestión está dividida en cuatro grandes capítulos en donde se estructuran los diferentes parámetros y formas en las que el Estado y la fuerza pública pueden actuar, así como las maneras en que se buscará garantizar el derecho de protesta dentro del orden público. Estos capítulos son i) aspectos generales, ii) acciones preventivas, iii) acciones concomitantes, y iv) acciones posteriores.

2.3.1. Aspectos generales del decreto

El primer título establece aspectos que son abiertamente positivos para el desarrollo democrático de la protesta, pues señala como principal cláusula la posibilidad de generar diálogo entre las partes, así como posibilitar los escenarios de mediación y acuerdo. A su vez hace uso directo de los principios anteriormente explicados en donde se le ordena a las autoridades de policía acogerse a los mandatos de optimización de proporcionalidad, necesidad y legalidad, así como evitar actuaciones donde se le estigmatice y discrimine a la población dentro de las manifestaciones.

Es así que, en desarrollo de los apartados, el decreto estipuló un margen prohibicionista bastante amplio y garantista al señalar que se debe impedir cualquier acto que i) descalifique, ii) deslegitime y iii) perjudique la integridad de las personas y el desarrollo del derecho de protesta. Las generalidades en cuestión hacen un apartado conceptual tendiente a establecer de forma sucinta el carácter de respeto hacia la dignidad humana, el uso legítimo de la fuerza y la manera en que se generan actos violentos por todas las partes inmersas dentro del entramado jurídico. Cabe la necesidad de analizar el concepto de uso legítimo de la fuerza tanto desde la visión de la norma como de la doctrina con miras a poder determinar los diferentes aspectos que lo abordan y si este parámetro desde la óptica jurídica se cumple en el decreto.

2.3.1.1. Uso de la fuerza

Sobre lo anterior la norma señala que en términos del artículo 166 de la Ley 1801 de 2016, las autoridades de policía podrán, acudiendo a los parámetros de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, hacer uso de la fuerza como **último recurso** físico como forma de generar protección a la integridad y vida de las personas, tanto que sean terceros afectados por las manifestaciones, como protestantes e incluso de ellos mismos, sin que exista un mandamiento escrito, previo y directo de poder efectuar el uso de la fuerza.

El artículo en comento señala que se **podrá** hacer uso legítimo de la fuerza cuando ocurra uno o más de los siguientes cinco (5) casos: i) prevenir la posibilidad de que exista la comisión de un comportamiento contrario a la convivencia, ii) hacer cumplir las medidas restrictivas o cuando existe resistencia u oposición para la materialización de las decisiones

judiciales u obligaciones que la norma señala; iii) prevenir la materialización de una calamidad o emergencia que pueda terminar por generar un perjuicio público; iv) defender a la comunidad de la violencia contra la integridad personal y de bienes privados y públicos; finalmente v) para prevenir una posible emergencia.

En este sentir el parágrafo primero y segundo de la norma expresan que el uso de la fuerza es una potestad facultativa en la medida que solo puede autorizarse cuando i) exista un reglamento para ello, ii) el medio que se implemente sea el más eficiente y iii) se cause el menor daño posible a la integridad de las personas como de los bienes públicos y privados. Esto permite que cuando exista una situación en que se requiera de ayuda urgente por parte de la fuerza pública, estos puedan asistir para proteger bienes y personas. Finalmente, en el parágrafo tercero se establece que es requisito informar a los superiores siempre que se haga uso de la fuerza, esto como forma de determinar los hechos, el modo, tiempo y lugar en que pudo suscitarse este medio.

2.3.1.2. Uso de la fuerza diferenciado

Uno de los principales aspectos que trae la norma en cuestión es el uso de la fuerza diferencial que según el literal J del artículo tercero (3) establece que la policía nacional y eventualmente el ESMAD, deberán regir el uso de la fuerza de manera diferencial entre los manifestantes pacíficos y quienes efectúan actos de violencia. Este mandato de optimización permite que la fuerza pública pueda emplear diferentes niveles de fuerza o de acciones contra los manifestantes de conformidad con los actos que se llevan a cabo en el momento e instante de los hechos violentos.

Aspecto que se refuerza en los postulados que describe el artículo cuarto (4) en su literal C, al definir el uso diferencial de la fuerza como todos aquellos niveles en que se puede intervenir por parte del ESMAD y la policía nacional en las dinámicas de las manifestaciones o protestas. Esto puede escalar o desescalar conforme a i) la resistencia de las personas en las manifestaciones o ii) a la forma en que actúan las personas. Lo que implica que para actuar se deba ver también los aspectos de racionalidad, legalidad, necesidad y proporcionalidad.

De aquí que el artículo treinta (30) de la mencionada norma, establezca que “(...) el uso de la fuerza sobre los actos de violencia que surjan de manera concomitante a la realización de las manifestaciones (...)” lo que implica que se puede abstener de ejecutar actos generales y procuraran hacerlos sobre un grupo determinado de personas.

Esto quiere decir que el contenido de la norma busca básicamente que se pueda focalizar ciertos grupos o personas específicas dentro de las marchas y con ello ejercer el uso de la fuerza para buscar disminuir todo acto violento que se dé dentro de las manifestaciones.

Sin embargo, a concepto propio esto permitiría un mayor nivel de permisibilidad respecto del uso de la fuerza, así como la discriminación de un determinado grupo de personas dentro de las marchas, por lo que, si bien se busca focalizar la fuerza sobre unas determinadas

personas y proteger otras, termina por violentar a todas aquellas personas dentro de las manifestaciones y evitando todas aquellas fuera de ellas.

2.3.1.3. Obligación de informar

Sobre este aspecto el artículo 40 retoma los aspectos dados en el código de policía y señala que es requisito para poder avanzar con los procedimientos de policía, informar, verificar y dar adecuado seguimiento para dar la respectiva autorización del uso de la fuerza, para poder desplegar todas sus competencias contra los actos violentos. Esto implica ser un aspecto facultativo en tanto que el mismo ESMAD puede actuar inmediatamente si las circunstancias lo requieren y posterior a ello informar los aspectos de tiempo y lugar.

2.3.2. Aspectos preventivos

Entrando al segundo apartado de la norma en cuestión, el gobierno nacional emitió una serie de actos tendientes a garantizar el ejercicio de la propuesta por medio de acciones i) preventivas, ii) organizadas y iii) comunicacionales. Este tipo de actuaciones dadas en el decreto permiten que se puedan realizar acciones de control por parte de la policía nacional antes de la realización de las manifestaciones como forma de poder realizar i) control y ii) veeduría de las formas en que las protestas se llevaran a cabo.

La norma en cuestión crea la figura del Puesto de Mando Unificado –PMU– la cual tiene como principal finalidad el evaluar las diferentes garantías que requieren los manifestantes dentro de los actos de protestas. A su vez se expresa por parte del gobierno nacional dentro del decreto la posibilidad de concretar mesas de coordinación y diálogo en materia de derechos humanos, las cuales tendrán como principal papel la planeación de la policía en conjunto a las autoridades administrativas para poder ejercer actos de control en las manifestaciones públicas. De forma que con esta norma se crean las figuras del PMU, las mesas nacionales de diálogo, las mesas de nivel territorial –municipio y departamento– y las de verificación. Esto permite a su vez que por medio de convocatorias nacionales se puedan crear consensos cuando así se requiera para poder llevar soluciones a las diferentes comunidades que se encuentran manifestando de forma efectiva y eficiente (Decreto 003, Art. 8, 2021).

En este orden de ideas las mesas estarán organizadas por múltiples entidades del Estado colombiano y podrán hacer actos de verificación tanto del ejercicio de la protesta como de la posibilidad de darla por terminada en caso de llegar a acuerdos rápidos y efectivos (Decreto 003, Art. 8, 2021).

La norma dispone de la necesidad de formar y capacitar a la fuerza de policía en derechos humanos, así como en la capacidad que estos tienen para actuar de manera transversal en las manifestaciones públicas. A su vez señala que aun cuando las manifestaciones no generen disturbios, la fuerza como el ESMAD deberá estar atento y pendiente de cualquier situación

que sea necesaria ya sea por convocatoria directa del jefe de policía o porque las mesas así lo requirieron (Decreto 003, Art. 20, 2021).

Tal escenario se crea mediante la figura de planeación del servicio de policía, que señala que debido a que las protestas y manifestaciones deben avisarse en hora, fecha y lugar al tenor de la jurisprudencia constitucional, la policía nacional podrá reunirse y generar planes de contingencia como forma de evitar que se generen disturbios o se termine por desvirtuar las protestas por los hechos de terceros.

2.3.3. *Acciones concomitantes y posteriores*

Finalmente, en lo que se refiere con acciones concomitantes y posteriores el decreto expresa que las acciones concomitantes son consideradas todas aquellas destinadas al cumplimiento de la constitución y demás leyes supeditadas, por otra parte, establece que se deberá garantizar el adecuado ejercicio de las manifestaciones públicas por medio de la ejecución de las diferentes actuaciones que el Estado tiene.

Establece la posibilidad de que las manifestaciones estén acompañadas directamente de las autoridades de policía, lo cual implica que estas puedan hacer uso legítimo de la fuerza en cualquier momento de la protesta siempre que encuentren actos de violencia o alteración del orden público. No obstante, también señalan que para poder efectuar este apartado se deberá realizar un aviso por parte de la policía nacional acerca de que se realizaran actos de fuerza como forma de menguar la continuidad de actos violatorios de los mandatos constitucionales.

Esto implica que existe un margen de diálogo antes del uso de la fuerza por lo que se pueden establecer dentro de la norma la existencia de una etapa de diálogo previo, una etapa intermedia de verificación de lo ocurrido y una posterior en donde la policía efectuará la fuerza como última medida. En donde se establece que el uso de la fuerza solo será diferencial y se encaminará a neutralizar en su particularidad a los individuos que están cometiendo actos contrarios a derecho y afectando la convivencia y el orden público.

Lo anterior permite que la fuerza de policía nacional se encuentre siempre presente y puedan estos actuar de forma adecuada y oportuna para poder interferir e impedir que las manifestaciones sociales terminen por transformarse en actos vandálicos o contrarios al adecuado orden público.

Finalmente, en las acciones posteriores, se establece que las autoridades luego de haber finalizado los aspectos relativos a las manifestaciones, deben encaminar toda su potestad hacia evitar la existencia de daños o vulneración de derechos, de forma que se deban esclarecer las diferentes situaciones en que las detenciones se dieron, así como los actos de uso de fuerza que uso la policía nacional. De manera que se deban emitir las documentaciones pertinentes, informes y anexos que puedan determinar las circunstancias en que la policía debió actuar haciendo uso de los postulados del decreto.

3. Cumplimiento de parámetros por parte del ESMAD

Finalmente en el presente título se estudian los aspectos que resultan criticables y mejorables del decreto, así como los errores en la emisión del decreto y las posibles inconstitucionalidades que implica la existencia de la norma, además de algunos aspectos que resultan adecuados dentro del cuerpo jurídico.

3.1. Aspectos criticables y mejorables.

El decreto 003 de 2021 entraba al marco normativo colombiano como respuesta a la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC7641, la cual a su vez retomaba aspectos de constitucionalidad que la Corte Constitucional había establecido y advertido dentro de la sentencia C-742 de 2012 sobre la necesidad de una adecuada regulación de la protesta social y la protección que el Estado debe brindar. Así mismo debido a las fuertes y constantes situaciones de violencia generada entre los miembros de la fuerza pública y los manifestantes, resultaba necesario para poder garantizar un orden público el poder regular, limitar y reglamentar las maneras en que instituciones como el ESMAD podían actuar, así como los diferentes parámetros derivados de la legitimidad en las protestas.

Este aspecto encuentra fundamento constitucional dentro de la sentencia C-009 de 2018, la cual se ha reiterado a lo largo del escrito, al señalar que al estar inmerso un derecho fundamental como lo es el de la libertad y reunión, es necesario que se creen procedimientos para su alcance y limitación, así como los diferentes casos en que pueden ser intervenidos. Sobre este aspecto Arrieta y Duran (2022) han sido explícitas al explicar que la extralimitación tanto del derecho a la reunión como del uso de la fuerza terminan por crear un espectro negativo sobre este derecho y a su vez sobre el mismo Estado, lo que termina por crear una esfera de ilegitimidad.

No obstante, el decreto de manera directa no entraba a regular el derecho o a crear limitaciones claras sobre cuál es el alcance –aspecto que la misma jurisprudencia ha establecido- sino que por el contrario regula las maneras en que la administración pública y la fuerza de policía deben actuar dentro de las protestas, lo que *a priori* resulta positivo, termina siendo una decisión desbalanceada frente a los derechos de los manifestantes en la práctica. Frase que adquiere relevancia pues el decreto más allá de regular el derecho a la manifestación crea maneras de limitar su desarrollo respecto de las múltiples formas en que la policía puede actuar, siendo esto en términos de Uprimny (2021) una manera de limitar la protesta y legitimar la fuerza.

De aquí que se pueda encontrar una justificación a la manera en que el decreto 003 de 2021 fue emitido, pues busca más allá de realizar un control a las marchas y proteger el orden público, legitimar los diferentes escenarios en el que el uso excesivo de la fuerza sea dable al tenor de la constitución. Esto significa que el modelo que se usó dentro de la norma no resultaría el adecuado para la forma en que la Corte Constitucional ha vislumbrado el derecho

de protesta dentro del Estado colombiano. Cruz (2015) señala que un modelo pertinente sería el de gestión negociada, en donde no se busca legitimar el uso de la fuerza sino por el contrario, poder entrar directamente a la negociación con estipulación de condiciones claras, lo que les daría cabida directa a las colectividades de tomar posturas, manifestarse y poder llegar a un consenso con los gobiernos, sin que esto implique alterar el orden público.

3.2.Sobre la restricción legítima de los derechos en el marco de las protestas

Existen escenarios jurídicamente relevantes en los que al tenor de los mandatos internacionales y en cumplimiento de las posturas constitucionales, es posible para el mismo Estado en cumplimiento de sus funciones restringir derechos de manera en que toda actuación durante este marco puede ser considerada legítima.

En este sentido ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) que los Estados pueden tener instrumentos y protocolos con los cuales puedan de manera proporcionada responder a las protestas cuando estas desestabilizan el orden público o puedan generar inseguridad dentro del interior del país, siempre y cuando las acciones no sobrepasen el uso legítimo de la fuerza y terminen por hacer un ejercicio incorrecto contra la libertad, seguridad e integridad física de una persona que participe dentro de la protesta social. Esto significa que, si bien la Comisión justifica la restricción de derechos por vía de la fuerza, esto no implica que esta sea desmedida o desproporcional al margen de generar un daño a una persona.

Respecto a tal situación la misma Comisión ha expresado que la restricción legítima de los derechos también implica que el Estado tenga como obligación el garantizar todos aquellos derechos que están inmersos al momento de llevarse una protesta o manifestación. Si bien uno de los límites de la protesta llega a ser la seguridad ciudadana, este también lo es del Estado hacia los manifestantes, los cuales no pueden ver agredida su integridad y seguridad por el hecho de hacer uso legítimo de su derecho a la protesta. Es por ello que se afirma al tenor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) que el regular el derecho a la protesta sea una forma de control, más que de reglamentar el uso de fuerza por parte de las fuerzas públicas.

En tal sentido, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018), la restricción legítima de los derechos dentro de las manifestaciones se da en la medida que las fuerzas públicas puedan respetar los derechos dados dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos y todas las demás disposiciones internacionales en la materia. Por lo que cualquier apartado emitido por un gobierno ya sea este reglamentario o legislativo, si permite que el poder público actúe contrario al adecuado ejercicio de los derechos humanos, puede considerarse una disposición arbitraria y contraria a los presupuestos de la misma convención.

Esto quiere decir que, si bien existe justificación de nivel convencional para poder restringir derechos y hacer uso de la fuerza, no por esto se permite que los gobiernos adopten medidas que supriman prácticas dentro de las manifestaciones o normas que garanticen los derechos de las personas inmersas en una protesta, pues se tiene que el gobierno debe actuar como garante frente a los derechos inmersos en estos escenarios (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

3.2.1. Evaluación al uso de la fuerza

La norma en cuestión tiene como finalidad el impedir, prevenir y generar una perturbación en la seguridad pública, la seguridad ciudadana y el orden. De aquí que se pueda considerar que el modelo que está usando Colombia no sea directamente el del diálogo, pues implica que existe un margen de uso de fuerza permitido. Es a partir de esto que se crea el margen diferenciado de fuerza en el literal C del decreto, en el que se estipula que se podrá hacer uso dinámico y escalado de la fuerza, tanto de forma gradual como directa dependiendo la persona y objetivo, lo que no significa que esto deba exceder los principios de legalidad, necesidad y racionalidad.

Sobre este aspecto es necesario acudir a lo que expresa el alto tribunal interamericano de la Corte IDH (2019) al señalar que el uso de la fuerza es la respuesta en paralelo que hacen las fuerzas públicas frente a actos de violencia o abusos de poder. Esto implica que se deben cumplir los parámetros de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Frente al primero la Corte IDH (2009) ha señalado que es estipulación justificada de este parámetro dentro de las normas internas como forma de mantener un margen legítimo de actuación. Frente al segundo la necesidad se da en términos de la CIDH (2019) como la posibilidad de acudir a otros medios para poder reprimir situaciones de violencia dentro de las protestas, así como los actos delictivos o vías de hecho que existan, es decir que al ser este el último medio, las normas internas de los países deben estipular a toda costa usos alternativos de la fuerza o medios menos lesivos, pues de lo contrario el Estado estaría vulnerándole los derechos a la población que debe proteger.

En este orden de ideas esta prerrogativa se da únicamente cuando ya todos los medios se hubiesen agotado, por lo cual es imprescindible que la fuerza pública del Estado visualice i) el amparo a la vida, ii) la integridad de las personas y iii) las situaciones que se deben proteger y amparar, pues en caso contrario no existirán criterios claros para acudir al uso legítimo de la fuerza.

Sin embargo, el modelo usado dentro del decreto es el denominado como **escala de neutralización estratégica** (Gillham, 2011) en la que, por medio del uso de la fuerza, los escuadrones como el ESMAD, pueden entrar a determinar y establecer objetivos de control que lleven a que se puedan alterar las manifestaciones y poner orden en el menor tiempo posible, lo que lleva a uso del espacio y arrestos de ser necesarios. Esto implica que si bien

el modelo es el integrado dentro de la norma el mismo no es arbitrario o desproporcional propiamente, sino que las actuaciones que deriven del mismo por parte de los agentes del estado en eventos concretos puedan llegar a serlo si se presentan causas que no sean consideradas legítimas.

Finalmente, frente a la proporcionalidad, la Corte IDH (2015) indico que en toda actuación que el Estado realice acudiendo a la fuerza, debe existir un mínimo de perjuicio y lesiones en donde resulten vulnerados los derechos de las personas para poder legitimar al Estado en su actuación. No obstante, este principio también indica que la intensidad, peligrosidad y forma de actuar de la fuerza de policía debe ser equiparable a la que se usó en su contra, pues por lo contrario el ejercicio de este parámetro desborda lo permitido jurídicamente hablando.

3.3. Aspectos a criticar y mejorar del Decreto 003 de 2021

Como uno de los principales aspectos a criticar del Decreto 003 de 2021 es que, si bien este regula el uso de la fuerza y el actuar legítimo de las fuerzas públicas, de forma específica del ESMAD, resulta este abiertamente contrario a la misma Constitución Política, pues la orden de la Corte Suprema de Justicia, resultaba al ordenar que dicha regulación se debiese de hacer por vía de Ley Estatutaria –aspecto que resultaría obvio y más cuando se busca regular aspectos importantes de un derecho fundamental–, pero el gobierno nacional por vía de la presidencia de la república terminaría haciendo una regulación de suma importancia por vía de decreto, siendo esto un caso que debe terminar de resolver la Corte Constitucional sobre la mera legalidad que esta norma tiene frente a i) la Carta Política y ii) las convenciones en materia de Derechos Humanos.

Aspecto que encuentra aún mayor sustento en lo que expone Uprimny (2021) al señalar que la Corte Constitucional ha determinado que aspectos regula una Ley Estatutaria. En este sentido las directrices que debió seguir el gobierno debieron encaminarse hacia un proyecto de Ley que tuviese el mismo contenido jurídico, esto como forma de darle una verdadera garantía al derecho a la protesta. A manera de ejemplo, este caso ya se había presentado cuando se emitido el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo en el que se entró a regular el derecho de petición y al ser este un derecho fundamental la vía obvia era la de su regulación por ley estatutaria (Corte Constitucional, C-223, 2017). En este sentido se estaría ante una posible violación de los parámetros constitucionales y convencionales del principio de legalidad, a este respecto, al estar este derecho incluido de forma directa en el artículo 37 de la Constitución, en el 21 del Pacto de Derechos civiles y políticos y en el 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta esto en una falta y un abuso por parte del mismo gobierno nacional al no tener en cuenta aspectos claros que la misma jurisprudencia ha señalado como es el caso de las sentencia C-223 de 2017, que indica que ni el ejecutivo ni el judicial pueden poner limitaciones fijas a una potestad que es directa del legislador, y más aún cuando el derecho que se debate implica una serie de libertades civiles de la persona.

3.3.1. Indebida producción normativa del Decreto 003 de 2021.

Debido al carácter que posee el derecho a la reunión como un derecho de carácter fundamental la condición de libertad legislativa que existe para su regulación, reglamentación y limitación se genera bajo un margen meramente legislativo y no de índole ejecutivo como es el caso del Decreto objeto de estudio. En este sentido el artículo 37 de la Constitución posee claridad al ubicarse dentro del acápite de derechos fundamentales lo que implica que no puede crearse una norma que no sea una ley estatutaria que pueda limitar la protesta, la manifestación o la reunión, así como tampoco que la misma norma faculte al poder ejecutivo para que defina los aspectos relativos al desarrollo de este derecho.

Lo anterior encuentra mayor refuerzo bajo las premisas que la sentencia C-748 de 2011 señala, al indicar que las leyes estatutarias constituyen con idoneidad la regulación de los derechos y deberes fundamentales, de manera que cuando un derecho se limite como es el caso de la protesta mediante un decreto, esto configura una indebida producción normativa y es requisito que se someta ante el cuerpo legislativo para su adecuada elaboración, aprobación y promulgación. Esto en tanto, que al no ser así se estaría en contravía del artículo 1 y 2 de la Constitución Política al no propender el adecuado desarrollo de los fines esenciales del Estado.

Si bien surgía una necesidad y una obligación por parte del gobierno de emitir esta norma debido a la orden dada por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto también es que no pueden sacrificarse derechos fundamentales en pro de una decisión judicial que fue mal acatada por parte del mismo Estado colombiano. En este sentido la norma no solo, no cumple con una adecuada regulación jurídica, sino que su estructura no es la adecuada conforme a los mandados constitucionales.

3.3.2. Falta de claridad en los parámetros del decreto.

Si bien el decreto estipula de forma reiterada que el ESMAD debe acatar los principios de necesidad, proporcionalidad y legitimidad, también es cierto que no existe claridad total frente a los parámetros del uso de la fuerza frente a los manifestantes, es decir que el deber ser de la norma era crear directrices tendientes a estipular cuando i) se configura el uso de la fuerza, ii) en qué momento el uso de la fuerza no debe operar, y iii) una serie de lineamientos técnicos de armas de contención que debían de evitarse dentro de las manifestaciones.

Así mismo debió hacerse frente a los diferentes mecanismos de diálogo, acuerdo, consenso y situaciones previas que se pueden realizar frente a las marchas, pues no basta únicamente con estipular la creación de mesas de diálogo o que este el diálogo como un medio anterior al uso de la fuerza, sino señalar las formas y procedimientos que se deben hacer para llegar a ello.

En este orden de ideas pareciera, en términos de Uprimny (2021), que el gobierno nacional legitimara el uso de la fuerza como medio para garantizar el orden público sobre el derecho a la protesta, en tanto que al no establecer de forma adecuada las formas, medios y mecanismos de diálogo, esto queda únicamente como un aspecto de procedibilidad sobre uno que permita verdaderamente materializar lo relativo a la manera como debe actuar el ESMAD dentro de las protestas de cara al dialogo. Aspecto que encuentra aún mayor sustento, cuando de entrada se crean mecanismos previos en el que las fuerzas de policía –incluyendo al ESMAD- puedan actuar de manera previa y siempre en razón de posibles altercados. Situación que debiese ser la última *ratio*, en la medida que las protestas en principio deben ser públicas y pacíficas.

En este mismo hilo, el decreto crea la figura del uso de fuerza diferenciado, que implica un desbordamiento directo de los parámetros del uso de la fuerza, pues implica poner a una persona o colectividad como punto u objetivo de todas las actuaciones del ESMAD dentro de una manifestación, por lo que pueden darse escenarios en donde se agredan y ataquen personas que por estar dentro de la protesta resulten perjudicadas con ocasión de estos señalamientos. Sobre esto la norma resulta criticable en la medida que el parágrafo 1 del artículo 30 no estipula de manera adecuada cuáles son los criterios para la autorización diferenciada del uso de la fuerza, más allá de los mismos criterios en que puede ser usada de forma general, lo que implica que si bien en principio podría ser considerada proporcional, pues busca neutralizar a determinadas personas, podría tornarse desproporcional en la práctica al considerar a un grupo como objetivo para dicho uso de la fuerza.

Si bien la norma estipula que se debe evitar la ocurrencia de sucesos discriminatorios sobre las personas que ejercen su derecho fundamental de manifestación, también es cierto que el uso focalizado de la fuerza desborda i) la necesidad, ii) la legitimidad y iii) la proporcionalidad en la que constitucionalmente se enmarca la fuerza por parte de la policía.

De aquí que se considera que el decreto viola además de los principios en materia del uso de la fuerza, también los postulados constitucionales en el que se ha dicho que el uso de la fuerza debe evitar a cualquier costa que la toma de decisiones sea arbitraria o que la presencia de la policía se transforme en una posible amenaza sobre los manifestantes (Corte Constitucional T-082, 2018).

3.3.3. Aspectos a mejorar en la norma

Forero (2021) señala que una de las principales situaciones que deben ser tenidas en cuenta dentro del Decreto eran los actores sociales y los agentes transformadores dentro de la norma, en tanto que solo se crean limitaciones al derecho de manifestación no se hace una verdadera regulación normativa, en donde se tengan en cuenta los elementos de la protesta social y la forma en que la fuerza pública deba actuar de conformidad con las diferentes colectividades que tiene el Estado colombiano.

No se tuvo en cuenta la voz de los grupos dentro de la redacción del texto del decreto, esto implica que no es una norma traída de la realidad social de Colombia, sino por el contrario un medio de regulación de la fuerza pública hacia la población. Si bien, en el momento de redactar este decreto dentro de una futura Ley estatutaria es requisito tener en cuenta todo el consenso nacional, en tanto que es el mecanismo por excelencia en que la población puede solicitar la garantía de sus derechos o la modificación de propuestas por parte del gobierno nacional.

A su vez debe establecerse de forma más específica los medios de verificación de los hechos, en tanto que no puede dejarse al libre albedrío del ESMAD la entrega de información del uso de la fuerza, es decir que el decreto no solo debió regular el control de la población, sino también la manera en que las entidades del Estado emiten la información de las protestas.

Finalmente resulta cuestionable cómo el decreto objeto de estudio tiene aspectos generales y no específicos acerca de la legitimidad en el uso de la fuerza. Esto debido principalmente a que se permite su uso cuando existe i) permiso de un superior y ii) la existencia de un acto violento, aspecto que dentro de la realidad de las protestas resulta desproporcionado, en tanto basta con existir causales cuestionables por el mismo ESMAD, para considerar la necesidad del uso de la fuerza.

Conclusiones

Dando respuesta a la pregunta problema planteada en la introducción, se puede afirmar que el decreto 003 de 2021 emitido por el gobierno nacional en cabeza del presidente de la república cumple de forma tangencial los parámetros de uso de fuerza y legítima actuación, pero sí cumple a cabalidad la protección del orden público, esto debido principalmente a que al momento de ponderar las diferentes situaciones explicadas dentro del texto, se constata que el gobierno nacional tuvo mayor prevención sobre mantener un adecuado orden cuando se generan las protestas que darle primacía a la protesta como derecho.

Esto se encuentra con mayor fundamento al regular la acción del ESMAD y la forma de actuación de la policía en el marco de las manifestaciones, pues creó una serie de parámetros en los que estas instituciones pueden actuar con mayor o menor proporcionalidad. Tal escenario resulta parcialmente negativo en la medida que el desarrollo jurídico es más amplio hacia las fuerzas públicas que al mismo desarrollo del derecho a la protesta y aun con ello tal regulación tiene aspectos por mejorar.

En este sentido se crean figuras que permiten el uso arbitrario de la fuerza, como lo es el permiso al superior, la fuerza diferenciada y el uso preventivo de la fuerza como forma de evitar perjuicios. Aspectos que terminan evitando la posibilidad de crear un escenario de diálogo, y transformando este en un simple acto de procedimiento para poder actuar de cara al uso de la fuerza.

No obstante, debido a que no ha existido a la fecha del año 2022 actos de manifestación tan amplios como los dados durante los periodos de 2019 y 2021, al decreto sigue sin dársele una operación fáctica de la cual se puedan constatar múltiples afirmaciones dadas en el artículo. Además, el que estos aspectos se hubiesen regulado por vía de decreto resulta en una contrariedad constitucional y convencional que terminará por afectar a la misma institucionalidad del país.

Referencias

- Arrieta Quintero, M. & Duran Rojas, D. K. (2022) Vicisitudes y alcance del derecho fundamental de reunión y manifestación pacífica: estudio jurídico y jurisprudencial a partir de la promulgación del Decreto 003 de 2021. Trabajo de grado. Universidad Libre. Socorro.
- Barrera, V & Hoyos, C. (2020) ¿Violenta y desordenada? análisis de los repertorios de la protesta social en Colombia. Revista Dossier: movilizaciones sociales en Latinoamérica. 98 (1) 167 – 190.
- Burbano, C. (2018). ¿Cómo se rige la protesta pacífica en Colombia? El ejercicio y la garantía de un derecho fundamental. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz.
- Cedeño, M. F. (2022) Estas son las modificaciones que tendría el ESMAD según el director de la Policía Nacional. Colombia AS. Disponible en: <https://colombia.as.com/actualidad/estas-son-las-modificaciones-que-tendria-el-esmad-segun-el-director-de-la-policia-nacional-n/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) Protesta y Derechos Humanos, Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009) Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) Informe anual “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza” principio No. 9, capítulo IV A. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap4a-fuerza-es.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (22 de septiembre de 2020). Sentencia STC7641, Rad. n.º 11001-22-03-000-2019-02527-02 [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona].
- Corte Constitucional (9 de junio de 1993). Sentencia T-219. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

- Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de enero de 1994). Sentencia C-024. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (13 de abril de 1994). Sentencia C-179. [M.P. Carlos Gaviria Díaz]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de julio de 2005). Sentencia C-711. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional, Sala Tercera. (4 de septiembre de 2018). Sentencia T-366. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de abril de 2017). Sentencia C-223. [M.P. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (7 de marzo de 2018). Sentencia C-009. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional (14 de julio de 1992). Sentencia T-456 [M.P. Jaime Sanin Greiffenstein Y Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (7 de marzo de 2018). Sentencia C-009 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de marzo de 1994). Sentencia C-089. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de septiembre de 2012). Sentencia C-742. [María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de octubre de 2011) Sentencia C-748. [Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) Caso Mujeres víctimas de Tortura sexual en Atenco Vs. México. Serie C. No. 371. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparación y costas.
- Cruz Rodríguez, E. (2015) El derecho a la protesta social en Colombia. Revista pensamiento jurídico. 42 (1) 47 – 69.
- Cruz, C. D. (2017). La protesta social en Colombia: Interpretación, comprensión, aplicación desde la teoría política, Trabajo de grado. Ibagué: Universidad del Tolima.
- Gargarella, R. (2017). El derecho frente a la protesta social. Revista De La Facultad De Derecho De México, 58(250), 183–199.
- Gillham, P. (2011). Securitizing America: Strategic Incapacitation and the Policing of Protest Since the 11 September 2001 Terrorist Attacks. Sociology Compass, 5(7), 636-652.
- Forero, S. (2021). Análisis: Regular la protesta social por decreto es inconstitucional. El Espectador. Disponible en: <https://www.elespectador.com/politica/regular-laprotesta-social-por-decreto-es-inconstitucional/>

- Manzo, G. A. (2018) Sobre el derecho a la protesta. *Revista Novum Jus*. 12 (1) 17-55.
- Lozano Parra, J. S., & Chacón Campo, D. S. (2021). Operatividad del control de convencionalidad por vía de excepción: medio de garantía en los procesos judiciales en el Estado colombiano. *Revista Cadena de Cerebros* (e-ISSN: 2448-8178), 5(1).
- Parra, J. S. L., Ribero, L. T. C., Torres, M. P. R., Campo, D. S. C., Cala, M. F. A., Galvis, J. P. S., ... & Franco, C. F. M. (2019). EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS Y LAS SANCIONES DE LOS ACTORES DEL CONFLICTO ARMADO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: disyuntiva dogmática entre el margen de acción, la ponderación y el garantismo jurídico. *Revista Semilleros*, (7).
- Pérez Mantilla, N. (2020). Las Complejidades Sobre el Uso Legítimo de la Fuerza por Parte de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional - Caso Colombiano. Universidad Santo Tomás.
- Presidencia de la República de Colombia. (2021) Decreto 003. “Por el cual se expide el protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores”. Estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del Estado. Decreto Ordinario. Bogotá.
- Sánchez Espitia, J. F., Uribe Pineda, S. B., & Vivas Toro, N. F. (2019) Protección y cumplimiento del derecho a la protesta en Colombia. Trabajo de grado. Universidad Libre. Bogotá.
- Salazar Fernández, M., Paniagua Granada, W., Contreras Romero, J. A., Mejía Ulloa, S. E., & Restrepo Piedrahita, E. (2018). Uso de la fuerza policial: ¿efectividad o abuso? In *Vestigium Iure*, 1(11), 109-138. Recuperado a partir de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/ivestigium/article/view/1490>
- Toca Torres, C. E. (2013) El movimiento campesino colombiano desde la teoría. *Revista Iberoamérica social*. Red de estudios Sociales 1 (1) 32 – 34.
- Uprimny, R. (2021) Críticas al Gobierno por Decreto que regula la protesta social. En *El Heraldó*. [En Línea]. Disponible en: <https://www.elheraldo.co/colombia/criticas-al-gobierno-por-decreto-que-regula-la-protesta-social-827526>
- Uprimny, R. (2021) Opinión de las modificaciones del Decreto 003 de 2021. En Twitter. [En Línea]. Disponible en: <https://twitter.com/rodrigouprimny/status/1406055299673362455?lang=es>
- Vesga Niño, S. (2019) El neoconstitucionalismo, influencia en la construcción del Estado Social de Derecho. Editorial Leyer. Bogotá.
- Zaffaroni, E. R. (2010) Derecho penal y protesta social. En: ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina. Buenos Aires: Universidad de Palermo. 1 – 15.