

Un fraude a la Constitución: asistencia militar y protesta social
(A propósito de la decisión del Consejo de Estado)

Armando Novoa García

Ex - presidente Comisión Especial Legislativa

Ex –magistrado Consejo Nacional Electoral

En la instalación de las sesiones ordinarias del Congreso en esta legislatura, el presidente Duque defendió las actuaciones de las fuerzas de policía y las medidas adoptadas por su gobierno para enfrentar la protesta social. Duque insistió en que la Policía actuó “*con el más alto estándar de derechos humanos*” y censuró el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El presidente fue ovacionado por la mayoría de los congresistas.

Pero, pocos días después, el Consejo de Estado concedió una tutela en favor de varios ciudadanos de Cali por las actuaciones de la Presidencia de la República, los Ministerios de Defensa e Interior, las Fuerzas Militares, la Gobernación del Valle del Cauca y el Municipio de Cali. Reclamaban sus derechos fundamentales a la protesta social, la vida, la integridad y la libertad personal, entre otros. La decisión cuestiona las medidas adoptadas por el gobierno nacional para enfrentar las protestas y la conducta de la fuerza policial.

El aspecto central de la controversia entre el ejecutivo y la justicia, con profundas implicaciones para la democracia y las libertades públicas, se encuentra en la figura de la “*asistencia militar*”.

1. ¿En qué consiste la asistencia militar?

La asistencia militar que menciona el artículo 170 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, o Código de Policía (Ley 1801 de 2016) se define como “*el instrumento legal que puede aplicarse cuando hechos de grave alteración de la seguridad y la convivencia lo exijan, o ante riesgo o peligro inminente, o para afrontar emergencia o calamidad pública*”. En estos casos, el presidente de la República se encuentra habilitado para disponer en “*forma temporal y excepcional de la asistencia de la fuerza militar*”. Esta disposición no indica en forma precisa cuáles son las facultades que se otorgan al ejecutivo y a los mandatarios territoriales pues remite a “*los protocolos y normas especializadas sobre la materia y en coordinación con el comandante de Policía de la jurisdicción*”.

Examinemos los antecedentes.

2. El Decreto 575 de 2021 y la asistencia militar

El 28 de mayo, luego de un mes de las protestas y de los dramáticos enfrentamientos entre manifestantes y las fuerzas de policía en Cali, en varios puntos del Valle del Cauca y en otros departamentos y ciudades como Pasto, Ipiales, Popayán, y Pereira, el presidente

Duque, rodeado de varios funcionarios públicos y del general Zapateiro, comandante de las Fuerzas Militares, anunció “*el máximo despliegue de asistencia militar*”. Y, apoyado en el artículo 189-4 de la Constitución (“*Corresponde al Presidente de la república: (...) 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado*”), expidió el Decreto 575 por el cual se “*imparten instrucciones para la conservación y restablecimiento del orden público*”.

El decreto ordena a los gobernadores de los departamentos, y alcaldes de las ciudades y municipios que allí se mencionan adoptar seis (6) medidas: i) coordinar con las autoridades militares y de policía la asistencia militar establecida en el artículo 170 del Código de Policía, para afrontar los hechos de alteración del orden público, ii) adoptar – en coordinación con la fuerza pública, es decir ejército y policía - las medidas necesarias para levantar “*los bloqueos internos*” y evitar la instalación de nuevos bloqueos; iii) tomar las medidas y planes para reactivar las actividades económicas y la movilidad en los territorios y la seguridad en las vías; iv) apoyar a las autoridades competentes en la “*captura y judicialización*” de las personas que incurran en conductas que afecten el “*orden público, la seguridad, la convivencia ciudadana*”v) informar a la opinión pública sobre los avances en el control del orden público, y vi) decretar el toque de queda donde resulte necesario. Con base en estas medidas el Ejército se tomó varias ciudades y acompañó con su presencia las actuaciones de la Policía para repeler las protestas.

3. La decisión del Consejo de Estado

La decisión del Consejo de Estado del pasado 22 de julio suspendió el Decreto 575 de 2021.

La medida se conoce luego de las Observaciones y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de varias sentencias de las cortes (C-223 y C-281 de 2017 de la Corte Constitucional y STC-7641 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia), que protegen el derecho a la protesta y a las manifestaciones pacíficas, según lo establece el artículo 37 de la Constitución.

Quienes reclamaron la protección judicial solicitaron que: i) se suspendiera la figura de la “*asistencia militar*” que contiene el artículo 170 del Código de Policía, ii) que se ordenara a la fuerza pública abstenerse de utilizar armas letales contra quienes ejerzan el derecho en forma pacífica o a través de “*piedras, palos y otros objetos contundentes improvisados*”, pues violaba el principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza; iii) la instalación de “*una gran mesa de diálogo*” para fijar compromisos concretos para solucionar en forma pacífica el conflicto y iv) que el Ministerio de Defensa pidiera “*perdón público*” por la violación a los derechos humanos que se cometieron en el contexto del paro nacional.

En medio de decenas de registros filmicos, de fotografías y de información que circulaba por las redes sociales sobre la brutalidad policial, los órganos de control, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría, se alinearon con el gobierno y se opusieron a la tutela. La Defensoría alegó haber cumplido “*adecuadamente*” sus funciones mientras que la

Procuraduría informó sobre 127 actuaciones contra funcionarios de la Fuerza Pública, de las cuales solo 3 eran investigaciones disciplinarias y el resto indagaciones preliminares. En ambos casos se pidió que se declarara la improcedencia de la tutela.

3.2. ¿Qué aspectos examinó la decisión?

El Consejo de Estado examinó tres aspectos:

- i) Si la asistencia militar ordenada por el Presidente de la República a través del decreto 575 de 2021 amenaza los derechos fundamentales a la protesta, a la vida, la integridad y a la paz de los demandantes;
- ii) Si la Policía Nacional ha desconocido los protocolos sobre el uso de la fuerza en el contexto del paro nacional iniciado a partir del pasado 28 de abril;
- iii) Si es procedente la conformación de una gran mesa de diálogo para una salida pacífica al conflicto y a las protestas.

3.2.1. Poder Militar y protesta social: el General Zapateiro fuera de lugar

El tribunal reitera lo dicho por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en decisiones anteriores: la protesta social es un derecho fundamental que resulta útil para el cumplimiento del pacto social, pues permite la expresión de las inconformidades ciudadanas que no han sido escuchadas institucionalmente. En cuanto a la Fuerza Pública recordó que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional cumplen funciones distintas. La primera garantiza la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional. La segunda, es un cuerpo permanente de naturaleza civil que garantiza las condiciones para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas. Esta separación no es solo un asunto funcional, pues obedece a un principio esencial de organización de las relaciones entre el Estado y los gobernados: cómo y en qué condiciones se pueden utilizar la fuerza por el Ejército y la Policía.

Con base en esta precisión señala que no se puede apelar al poder militar para el manejo de la “*seguridad cotidiana de la ciudadanía*”. Menos aún, figura de la asistencia militar que contempla el artículo 170 del Código de Policía permite a las Fuerzas Militares intervenir en “*operativos de control y contención de las movilizaciones sociales terrestres*”. Esa posibilidad solo debe operar en caso de una amenaza a la soberanía, la integridad territorial o el orden constitucional.

El Consejo de Estado no se ocupó examinar la legalidad del Decreto 575 de 2021 que ordenó la asistencia militar, pero señala que las medidas adoptada por el presidente de la República, con base en las facultades de policía que le otorga el artículo 189-4 de la Constitución, se relacionan con “*disturbios internos*”, “*seguridad ciudadana*”, “*protección y control de civiles*”, que corresponde atender a la Policía Nacional y no a las Fuerzas Militares. Como la asistencia militar implica establecer límites legales al derecho de reunión, el contenido del es contrario al sentido del derecho fundamental. Acciones como

levantar bloqueos, reactivar la movilidad y aplicar la fuerza física de la Fuerzas Militares en contra de los manifestantes, son contrarias a la Constitución.

A partir de esa consideración, decidió entonces *“suspender de manera transitoria, el decreto 575 de 2021... hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida las demandas interpuestas contra este decreto”*.

3.2. La Policía Nacional incumple las directrices del Decreto 003 de 2021 sobre Protocolos para uso de fuerza en las protestas

En cuanto al segundo aspecto, es decir, si la Policía Nacional desconoció los protocolos del uso de la fuerza en el marco de las protestas, el Consejo de Estado recuerda que los principios básicos establecidos por Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por parte de los funcionarios estatales, señalan que en lo posible debe acudirse a medios no violentos antes de apelar al empleo de la fuerza y las armas de fuego. Al respecto, menciona que el Decreto 003 de 2021, expedido con base en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STC-7641 de 2020, que establece unos protocolos para la actuación de las autoridades de policía en las protestas.

Con base en la información proveniente de la Defensoría del Pueblo, el Consejo de Estado menciona que, entre el 28 de abril y el 24 de mayo, 15 personas fallecieron en el contexto de las protestas, *“3 de las cuales son atribuibles a la fuerza pública y uno a particulares”*.

El tribunal recuerda que, aunque en el desarrollo de las protestas pueden ocurrir hechos de violencia que generan la pérdida del derecho a manifestarse y la protección constitucional de esta garantía, esa circunstancia no priva a los manifestantes de *“perder los demás derechos reconocidos en la Constitución, como la vida, la integridad personal y el debido proceso”*. En esos casos, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las autoridades deben *“extremar sus esfuerzos para distinguir entre personas violentas o potencialmente violentas y los manifestantes pacíficos”*. Luego de examinar los hechos y las pruebas, concluye que los miembros de la policía desconocieron los límites al mantenimiento del orden, como se constata en la muerte de tres personas *“atribuibles a los miembros del poder policivo”*, que desconocieron *“el derecho a la vida y a la integridad de esas personas”* y amenazaron *“los derechos de los demás manifestantes”*. Por tanto, las fuerzas de policía, *“no están siguiendo los lineamientos del estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del Estado y la protección de los derechos a la protesta pacífica”*, cuya expedición se ordenó con base en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia dictada con ocasión de las protestas de octubre de 2019.

Por esas consideraciones, se ordena al Ministro de Defensa y al Director General de la Policía, asegurar que se cumplan las directrices del Decreto 003 de 2021, observando los criterios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad y adoptar los mecanismos para la socialización y capacitación de los miembros de la Policía respecto de esa normativa. Es decir, el Consejo de Estado indica que aunque el gobierno expidió el decreto que se ordenó

en la decisión judicial de la Corte Suprema, sus contenidos han sido burlados por los miembros de las fuerzas de policía.

3.3. Respaldo a los escenarios de diálogo regional y diferentes espacios con jóvenes

Finalmente, y en relación con la posibilidad de la conformación de una “*gran mesa de diálogo para solucionar de manera pacífica el conflicto*”, recuerda el Decreto 003 de 2021 prevé que las autoridades de la rama ejecutiva, nacional y territorial, deben privilegiar el diálogo y la mediación en el desarrollo de las manifestaciones públicas.

El Consejo de Estado reseña que tanto la Gobernadora del Valle del Cauca y el Alcalde de Cali, expedieron decretos para instalar unas Mesas territoriales de Desarrollo Social en el departamento y una de diálogo en la ciudad de Cali. En este caso, se crearon dos comités: uno facilitador y otro de veedores para entablar conversaciones con la Unión de Resistencia Cali- Primera Línea Somos Tod@s, con la presencia de distintos entes gubernamentales, organismo como ONU, MAPPOEA y varias organizaciones sociales y de derechos humanos.

El Consejo de Estado no censura estos instrumentos de diálogo y, por el contrario, los respalda como mecanismo de diálogo y concertación, y agrega que como las mesas de diálogo ya se habían constituido, declara la carencia de objeto por hecho superado, en cuanto que estos mecanismos se encontraban activos.

En resumen, la sentencia señala que el presidente de la República no puede utilizar las facultades de policía para militarizar las protestas, que las fuerzas de policía desbordaron sus límites en el mantenimiento del orden público, que no han respetado la garantía contenida en el artículo 37 de la Constitución y afectaron otros derechos como la vida y la integridad de las personas.

La decisión es pues una condena explícita al gobierno y a las fuerzas de policía por el uso de la fuerza en forma desproporcionada y por el desconocimiento de los derechos fundamentales de los manifestantes.

4. El abuso de las facultades presidencias y el fraude a la democracia

Pero, más allá de esta decisión, la conducta del gobierno y de las fuerzas armadas deja varios aspectos sobre la mesa, que no deben ignorarse:

- La figura de la asistencia militar contenida en el Código de Policía da lugar, como de *facto* ocurrió en este caso, al abuso de las facultades que el artículo 189-4 de la Constitución otorga al primer mandatario.
- La asistencia militar no puede invocarse para evadir la declaratoria del estado de conmoción interior que contempla el artículo 213 de la Constitución y que, en el

contexto actual, daría mayores garantías democráticas para el control político y judicial del poder presidencial en caso de alteración del orden público interno.

- Las medidas del gobierno ignoraron varias decisiones judiciales de las altas cortes.
- La práctica de la “*elusión constitucional*” (Quinche), ya advertida con la expedición de los decretos que impusieron las cuarentenas o medidas de “*aislamiento preventivo obligatorio*”, abren un peligroso rumbo antidemocrático que consiste en saltarse los controles que establece la Constitución al poder presidencial. Este tipo de conductas son, en realidad, un regreso al régimen del Estado de Sitio, anterior a la Constitución del 91.

No es exageración concluir que la forma en que se utilizó la asistencia militar resume un fraude a la democracia y al sistema de controles constitucionales, con costos en vidas y en la violación masiva a los derechos fundamentales, como lo advirtió el informe de la CIDH.