Imprimir

"Los fascistas del futuro no tendrán aquel estereotipo de Hitler o Mussolini. No van a tener un modo de un militar duro. Van a ser hombres que hablan de todo aquello que la gente quiere oír sobre bondad, familia, buenas costumbres, religión y ética. En esa hora solamente unos pocos van a percibir que la historia se está repitiendo." (José Saramago)

Un Fallo Trascendental

El 22 de septiembre del presente año, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, con el voto favorable de cuatro magistrados contra dos en disidencia, decidió, por vía de amparo o tutela, proteger el Derecho fundamental a la protesta social, el cual venía siendo amenazado y efectivamente vulnerado por la "violencia sistemática" con la cual ha venido actuando el escuadrón móvil antidisturbios de la Policía Nacional conocido como el ESMAD; lo mismo que por las descalificaciones a las protestas pacíficas de la ciudadanía efectuadas por funcionarios gubernamentales. Todo ello, en hechos constitutivos de violación al derecho fundamental a la protesta pacífica, pero igualmente, como factores determinantes de inhibición para el ejercicio de este derecho ante la eventual reacción violenta por parte de la fuerza pública y el temor causado por los señalamientos oficiales en contra de los participantes en las movilizaciones de protesta.

Para hacer efectiva la protección decretada, el fallo de la Sala Civil de la Corte Suprema, emitió 14 órdenes dirigidas al Gobierno Nacional y a otras autoridades. Entre las principales cabe destacar las siguientes: el Ministro de Defensa deberá ofrecer disculpas públicas a las víctimas y al país por los excesos cometidos por miembros de las fuerzas de policía; Deberá crear el gobierno un estatuto que reglamente las condiciones para la reacción de la policía con respecto al uso de la fuerza y del empleo de armas, letales y no letales en el desarrollo de movilizaciones ciudadanas de protesta; Deberá, igualmente, expedir un acto administrativo mediante el cual se señalen los criterios de neutralidad que deben observar los funcionarios públicos con respecto a actos masivos de protesta; Deberá, retirarse del uso policial la escopeta de perdigones, calibre 12,con la cual se cegó la vida del joven *Dilan Cruz* durante las manifestaciones de protesta contra las políticas del Gobierno en noviembre del

año anterior; Deberá, igualmente, publicarse en su integridad la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema en la respectiva página web del gobierno hasta tanto el Congreso de la República expida una ley estatutaria que reglamenta el ejercicio del derecho materia del amparo.

Este fallo de la máxima instancia de la Jurisdicción ordinaria, coincidió con una atmósfera todavía convulsionada a raíz de nuevos hechos de brutalidad policial, consistentes en el asesinato a golpes de un estudiante de Derecho por parte de dos uniformados después de someterlo a reiteradas e innecesarias descargas eléctricas con una pistola tipo "*taser*". Esta agresión gravada y retransmitida por los noticieros de televisión y la noticia de la muerte posterior del estudiante, desencadenaron el repudio de miles de ciudadanos de Bogotá, muchos de los cuales pasaron de las protestas pacíficas a agredir a miembros de la policía, destruyendo de paso más de 60 Estaciones de Policía en distintas zonas de la ciudad.

Sustento jurídico de la Sentencia

La sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, posee una sólida fundamentación dogmática de naturaleza constitucional. Se basa en un análisis riguroso acerca de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, de una parte, y al de manifestación pacífica, de otra, como consecuencia y derivación del primero.

Para ello, la Sala se apoyó en abundante jurisprudencia nacional, acudiendo a distintos pronunciamientos sobre la materia de la Corte Constitucional, como a la doctrina internacional, en particular, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aquí, habría que destacar que la libertad de expresión, cuando se orienta críticamente contra los actos del gobierno, lo mismo que el derecho a la manifestación pacífica por idéntico motivo, se constituyen, en una democracia pluralista que garantiza estos derechos para el ejercicio legítimo de la oposición, en instrumentos necesarios adicionales a la limitación del poder que ha pretendido realizar el célebre dogma Montesquiano de la tridivisión del poder.

Habría que señalar, por tanto, que la tridivisión del poder se orienta a limitar ese poder

“desde arriba”, desde lo institucional. En cambio el ejercicio amplio y efectivo de los derechos a la libertad de expresión y de manifestación pacífica contribuyen al mismo propósito, el de limitar el poder, pero “desde abajo”, es decir, desde la ciudadanía.

Por eso, el gran jurista y filósofo italiano *Norberto Bobbio*, ha señalado que el disenso frente al poder de los gobernantes, es esencial a la democracia y resulta imposible de ejercer sin la garantía efectiva de los derechos a la libertad de expresión y a la libre y pacífica manifestación ciudadana.

En estas condiciones, el dogma de la tridivisión, cuya finalidad no era otra para Montesquieu que impedir la tendencia diabólica del poder al abuso y a la arbitrariedad, ha venido a completarse con el derecho al disenso, a la oposición y que paradójicamente ha terminado siendo garantizado en nuestra época por la que el filósofo francés consideraba la rama más débil, *“Invisible y casi inútil”* de los tres poderes: la justicia. Tal es el caso presente.

Se desprende, de otra parte, en el análisis efectuado por la Sala Civil de la Corte Suprema, que el concepto de orden público no puede considerarse como un valor absoluto en sí mismo, sino que está subordinado al respeto a la dignidad humana. Por consiguiente, el orden público no puede mantenerse, ni restablecerse en caso de su pérdida transitoria mediante la restricción desmedida o supresión de los derechos fundamentales que corresponden y son inherentes a esa dignidad.

Por este motivo, las funciones de la Policía, que en primera instancia debe enfrentar las alteraciones del orden público, deben tener un carácter eminentemente preventivo y correctivo– y muy excepcionalmente, represivo- sujetas a principios estrictos de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza.

Ahora bien, el juicio negativo que hace la Sala Civil con respecto al exceso sistemático de la violencia por parte de la Institución policial y en particular por el ESMAD durante las manifestaciones de protesta contra el gobierno el año anterior, se basó probatoriamente en un buen número de informaciones de prensa y videos que registraron distintas actuaciones

desmedidas y brutales de los miembros de la policía. Estos medios de prueba son valorados por el juez de tutela de acuerdo con su potencialidad de convicción, aplicando los criterios elaborados de tiempo atrás por la Justicia Internacional y aplicables al Derecho Interno (hechos notorios, declaraciones de funcionarios públicos, contextos dentro de los cuales ocurrieron los hechos que se juzgan, informaciones de prensa que corroboran noticias, etc.). La abundancia probatoria incorporada al proceso ha conducido al juicio que hace la corporación con respecto a la actuación policial en distintos momentos recientes y que no vaciló en calificar como *"violaciones extremas y extensivas de los Derechos Humanos en un contexto masivo de transgresiones"*.(Subrayado fuera de texto)

Demostrado el carácter reiterado de los excesos policiales y en particular de los cometidos por las fuerzas antidisturbios, ESMAD, era evidente que esta circunstancia se constituyera en una amenaza real para los ciudadanos que quisieran ejercer su derecho a la protesta pacífica, y, por tanto, el amparo concedido tuvo un carácter no sólo reparatorio de los derechos fundamentales, sino preventivo por razón del peligro eventual para los mismos.

¿Desbordamiento de facultades?

Los críticos del fallo tutelar de la Sala Civil de la Corte Suprema, han alegado que esta desbordó sus competencias supuestamente al inmiscuirse en las funciones propias de las Instituciones Ejecutiva y Legislativa.

Sobre este particular, vale la pena señalar:

1.- Si bien, la separación de las ramas del Poder se orienta fundamentalmente a evitar la concentración de las funciones básicas del Poder Político de legislar, ejecutar y juzgar en un único gobernante u organismo, también busca que cada una de estas Ramas ejerza control sobre las otras, de acuerdo con el apotegma del propio Montesquieu, *"Le Pouvoir arréte Pouvoir" ("el Poder controla el Poder").*

"El mecanismo más eficaz para el control del Poder Político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que

si bien ejercen dicha función con autonomía y propia responsabilidad, están obligados en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida. La distribución del poder entre diversos detentadores significa para cada uno de ellos una limitación y un control a través de los checks and balances (Frenos y contrapesos)…" **

Aunque los controles interorgánicos parecieron centrarse originalmente en las relaciones entre legislativo y ejecutivo, mediante mecanismos como la aprobación de los presupuestos elaborados por el gobierno o el juicio político ("*Impeachment*") y la objeción o veto de las leyes, para los casos del Legislativo y del Ejecutivo respectivamente.

En contra de la visión de debilidad atribuida a los jueces por Montesquieu, estos pronto entraron en las funciones de control sobre los otros dos poderes, por medio de actuaciones procesales como los "*mandamus"* (órdenes al ejecutivo) del derecho anglosajón y del Control Constitucional, universalizado en las democracias contemporáneas a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial.

Más recientemente, la ingeniería constitucional ha construido otro tipo de actuaciones procesales a cargo de los jueces, que les otorga funciones adicionales de control, particularmente sobre el ejecutivo, como las Acciones de Cumplimiento de disposiciones normativas y las Acciones Colectivas y de Grupo.

Así pues, resulta evidente que actualmente los jueces por distintas vías procesales intervienen frente al poder legislativo y ejecutivo para imponerles el cumplimiento de los deberes y obligaciones y esta,- llamémosla si se quiere intromisión-, está plenamente permitida por el ordenamiento Constitucional.

2.- Se olvida en esta controversia que el juez de tutela (en este caso, la Sala de Casación Civil), está ampliamente facultada para tomar todas las medidas y expedir los mandatos que considere pertinentes para hacer cesar una amenaza contra los derechos fundamentales de una persona o restablecerla en el goce de los mismos en el caso de una vulneración consumada.

Por lo demás, no existe normatividad alguna que establezca una tarifa o listado de posibles medidas autorizadas para el juez de Tutela. Tan sólo se exige que sean pertinentes, razonables y realizables.

Así, por tanto, no existiendo normatividad vigente con respecto a la cual contraponer las medidas protectivas adoptadas por la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, no resulta lógico argumentar un supuesto exceso o extralimitación.

¿Una acción improcedente?

Un magistrado saliente de la Corte Constitucional ha llegado a los medios de comunicación a desvirtuar el fallo de la Sala Civil de la Corte Suprema, sosteniendo que la acción de tutela era improcedente, entre otras cosas porque no se habían agotado los recursos ordinarios, como, por ejemplo, demandar por medio de la acción de nulidad los actos administrativos en los cuales se amparan las actuaciones de la fuerza Pública.

De entrada, se observa que el *"agente oficioso"* no leyó la sentencia que por el contrario relieva inequívocamente como las normas existentes sobre el funcionamiento de la policía y en particular del ESMAD, son pertinentes y adecuadas a la naturaleza de dicho cuerpo de seguridad ciudadana.

Así, no habría tenido sentido que los ciudadanos y organizaciones sociales tuteladas, hubieran demandado la reglamentación del 29 de junio del 2017, expedida por el Director Nacional de la Policía, mediante la cual se fijaron las disposiciones que debían tenerse en cuenta para la intervención del ESMAD en manifestaciones y protestas ciudadanas, y que en términos generales es armónica con los criterios expresados por la Corte Suprema en su fallo con respecto a la valoración democrática que debe dársele a estas expresiones ciudadanas, lo mismo que sobre el uso mesurado y racional de la fuerza por parte de ese cuerpo policial.

Valga citar como ejemplo el artículo 18 del referido Reglamento que prohíbe a los miembros del ESMAD la estigmatización de las personas que participan en manifestaciones, que de acuerdo con dicho artículo están amparadas por una presunción de licitud en el ejercicio del

derecho a manifestarse públicamente.

Igualmente, aparecen expresados criterios para el empleo de la fuerza, entendida como "*ultima ratio*", exigiéndose previamente en todos los casos el agotamiento del diálogo. Ni más ni menos, criterios que corresponden a la "*ratio decidendi*" de la sentencia de la Corte con respecto al comportamiento exigido a la policía como cuerpo civil armado.

En definitiva, lo que la sentencia de amparo exige es que se cumplan a cabalidad los reglamentos que regulan la actuación de la policía en las manifestaciones y movilizaciones ciudadanas de protesta, sin que obste mejorar y poner a tono dicha normatividad como se le ha ordenado al gobierno por medio de una Mesa de discusión con participación, entre otros funcionarios, del jefe del Ministerio Público y el Defensor del Pueblo.

¿Puede el gobierno desacatar el fallo?

El Presidente de la República, que permanentemente habla de legalidad y respeto a las instituciones, ha sido renuente a acatar el fallo de la Corte Suprema en su Sala de Casación Civil, alegando dos argumentos jurídicamente insostenibles y exóticos, por decir lo menos:

Que dicho fallo tuvo dos salvamentos de voto y de otra parte, que el gobierno piensa solicitarle a la Corte Constitucional la revisión de la Tutela.

El primer argumento es absolutamente pueril, pues cualquier estudiante de primer año de derecho sabe perfectamente que las decisiones en los cuerpos colegiados de la Justicia se toman por mayoría y las posiciones discrepantes se agregan como simples constancias que no afectan para nada la validez de las decisiones colectivas.

En cuanto a la solicitud de revisión de la sentencia por parte de la Corte Constitucional, el gobierno está en su derecho de pedirla, pero eso no enerva el acatamiento del fallo que es de inmediato cumplimiento, por lo menos en cuanto a la petición de perdón que se le ha ordenado al Ministro de Defensa, ya que para las demás órdenes, la Corte ha fijado distintos plazos.

Pero, ¿qué significado tiene para el Estado de Derecho colombiano la rebelión gubernamental contra una decisión judicial?

En lo inmediato constituye una abierta violación a la Constitución Política, que en su Artículo 201 numeral 1° dispone que corresponde al gobierno en cuanto a su relación con la Rama Judicial: *"Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias".*

De manera general, con respecto al Principio Constitucional del Estado de Derecho, la contumacia presidencial significa la violación de las "Reglas" del juego Democrático, que todos los participantes en este, gobernantes y gobernados, hemos aceptado cumplir.

Entre esas "Reglas" cabe señalar el principio de mayorías para la toma de las decisiones colectivas; el derecho de las minorías al ejercicio de la oposición y la protesta y, desde luego, la obediencia a las decisiones de los jueces, sin que eso sea obstáculo para controvertirlas por los medios que establezcan las leyes.

Estas "Reglas" como señala *Bobbio,* son prerrequisitos para entrar a participar en el juego de la Democracia y obligan mucho más a los gobernantes que a los ciudadanos, siempre que se hable de un *"gobierno de leyes y no de hombres"* como lo proclamaron los fundadores de la República Estadounidense.

El presidente *Iván Duque*, debería saber que como dice el mismo *Bobbio, "La Democracia es muy exigente con el respeto para con las Instituciones",* claro está, si es que de verdad el cree en el Régimen Democrático.

Alvaro Echeverri Uruburu, Ex -constituyente. Ex –Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Ex -magistrado del Consejo Superior de la Judicatura. Actualmente Profesor de la Universidad del Magdalena.

**Loewestein, K. “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, 1982, pg.69.

Foto tomada de: https://cortesuprema.gov.co/