



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

T03-0008-2020

Radicado N° 005-2020-00344-02

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver la impugnación contra la sentencia de tutela proferida el 30 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto (05) laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia.

I. COMPETENCIA PARA CONOCER.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, Sala Laboral, es competente para conocer de la presunta violación de los derechos invocados y que motivaron la presente solicitud.

II. ANTECEDENTES.

• DECLARATORIA DE NULIDAD

Mediante proveído del 13 de noviembre de 2020, la Sala declaró la nulidad del auto admisorio de la tutela en primera instancia del 19 de octubre de 2020, así como de las actuaciones posteriores al mismo y

ordenó la vinculación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y **MINISTERIO DEL INTERIOR**.

- **ACCIÓN DE TUTELA**

MATHEO AUGUSTO RINCÓN GALVIS solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida y salud y de todos aquellos que ejercen el derecho constitucional a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente, a fin de ordenar al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA** y a la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. D.C.** suspender el uso de armas químicas por parte del Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD hasta que la nación se declare libre de COVID-19 o se brinde vacuna efectiva sin ninguna discriminación.

Como fundamento fáctico indicó que el Estado, conforme el artículo 2º constitucional, tiene como fin esencial la protección a todas las personas residentes en el país en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, mandato que incluye a la fuerza pública, quien debe procurar preservar la vida e integridad física de las personas y prevenir cualquier amenaza a las mismas. Afirmó que el derecho fundamental a la salud procura a su vez el derecho fundamental a la vida, siendo relevante que la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia STC7641 de 2020, determinó que el ESMAD tiene falencias en el uso racional y moderado de armas no letales y exceso de fuerza, lo que no solo amenaza los derechos de libre expresión, reunión y protesta pacífica y no violenta de los ciudadanos, sino que además en la actual crisis por COVID-19, el uso de armas químicas como **i)** dispositivos lanzadores de pimienta, **ii)** granadas con carga química CS u OC; **iii)** granadas fumígenas; **iv)** cartuchos con carga química CS u OC; **v)** cartuchos fumígenos, los cuales afectan la función respiratoria y generan una reacción instintiva para mantener la respiración con tos y la remoción de obstáculos como el tapabocas, generan una grave amenaza a la salud y vida de los ciudadanos, por cuanto su uso promueve la propagación de la epidemia, conducta punible conforme la Ley 599 de 2000 y Ley 1220 de 2008, siendo responsable el Presidente de la República de la situación como comandante supremo de las fuerzas armadas, conforme el artículo

188 constitucional y la Ley 1428 de 2007, mientras que el Decreto Ley 1421 de 1993 indica que es la Alcaldesa Mayor de Bogotá la primera autoridad de policía en la ciudad y que debe garantizar la seguridad y la protección de los derechos y libertades públicas.

• **RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS.**

Atendiendo la declaratoria de nulidad que declaró esta Sala, el juez de primera instancia, mediante auto del 18 de noviembre de 2020, admitió la acción de tutela, vinculó a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y MINISTERIO DEL INTERIOR, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, corrió traslado de la acción y se requirió informe a las Facultades de Medicina de la **PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** y **UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA** y a la **FUNDACIÓN NEUMOLÓGICA COLOMBIANA**.

La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** solicitó su desvinculación del trámite. Indicó que las pretensiones elevadas en la tutela escapan del ámbito de competencia de la Entidad, por ende, indicó que carece de legitimación en la causa por pasiva.

El **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA - DAPRE**, en nombre propio y en representación del **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA** Dr. IVÁN DUQUE MÁRQUEZ, solicitó declarar improcedente la acción de tutela o en caso de sentencia favorable declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva. Indicó que el accionante carece de falta de legitimación en la causa por activa porque no demostró una vulneración directa de sus derechos fundamentales ni los presupuestos jurisprudenciales para actuar como agente oficioso, así mismo, la tutela es improcedente porque se dirigió contra un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto. Aseguró que todo derecho conlleva responsabilidades, por ende, el derecho fundamental a la protesta pacífica implica su ejercicio responsable a fin de

preservar la vida, la seguridad y convivencia, siendo necesario evitar aglomeraciones durante la pandemia por COVID-19 y mantener el orden público para garantizar seguridad, tranquilidad y salubridad, por lo cual el uso de gases lacrimógenos por parte de la fuerza pública en los eventos en que se requiere su uso legítimo para mantener el orden público constituye una medida idónea y proporcional y que protege el intereses general, siendo las afectaciones alegadas por su uso meras hipótesis del accionante insuficientes para dejar de lado las normas del derecho internacional e interno, en especial la Ley 525 de 1999 declarada exequible en la sentencia C-328 de 2000, que habilitan el uso de agentes químicos para contener manifestaciones violentas sin que por ello se equiparen a armas químicas. Afirmó que sí la actuación de la fuerza pública generó daño, será el medio de control de reparación directa y no la tutela el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos, sin que acredite un perjuicio irremediable que active la procedencia transitoria de la tutela. Indicó que la Resolución 02903 del 23 de julio de 2017, es un acto general contra el cual no procede la tutela, sin que el uso de la acción sea procedente para definir aspectos de política pública sobre el uso legítimo de la fuerza pública. Finalizó señalando que corresponde a la **POLICÍA NACIONAL** el mantenimiento del orden público conforme el artículo 218 constitucional, sin que ello sea competencia del **DAPRE** conforme el Decreto 1784 de 2019 ni del **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA** según los artículos 115 y 189 constitucionales.

La **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.** contestó a través de su **SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL, SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO** y **SECRETARÍA GENERAL**, solicitó su desvinculación o ser declarada exenta de responsabilidad.

La **SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL** indicó que el accionante no acreditó ninguna afectación de los derechos fundamentales cuya protección solicitó, de otra parte, aclaró que los protocolos de uso de gases lacrimógenos se adoptaron con políticas nacionales no sujetas a discrecionalidad de la Alcaldía y en todo caso señaló que ha adoptado las medidas ordenadas en los distintos fallos de tutela que han amparado el

derecho a la manifestación pública proferidos en 2020, derecho que conforme la sentencia C-223 de 2017, debe ser ejercido de manera pacífica y sin armas y que puede ser limitado cuando hay alteraciones injustificadas o graves que trascienden a daños de terceros, integridad personal, bienestar general y orden público, a través de medidas de policía necesarias, proporcionales y razonables en pro del interés general de asegurar condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad para el desarrollo de la vida en sociedad y que deben ser garantizadas por el Estado. Señaló que es competencia de la **POLICÍA NACIONAL**, conforme los artículos 216 y 218 constitucionales, la Ley 62 de 1993 y el literal B) del numeral 1 del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, conservar el orden público conforme la ley y las instrucciones del **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**, siendo que la implementación y uso de armas no letales químicas adoptado en la Resolución 02903 de 2017, lo realizó la Policía y no la Alcaldía, por lo cual no existe legitimación en la causa por pasiva. Finalizó señalando que la tutela no es procedente para solicitar la nulidad de actos administrativos generales, que existe carencia de objeto por hecho superado porque se realizó la jornada de marcha del 21 de octubre de forma pacífica y que no existe nexo de causalidad que evidencie una vulneración de derechos por parte de la Alcaldía.

La **SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO** alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva porque no hace parte de sus competencias el ordenar la suspensión del uso de agente químicos por la **POLICÍA NACIONAL** ni garantizar el derecho a una vacuna sin ningún tipo de discriminación, por lo cual no puede ejercer tales actos conforme el artículo 121 constitucional.

La **SECRETARÍA GENERAL** indicó que el artículo 40 del Decreto Ley 1421 de 1993, estableció que el Alcalde Mayor podrá delegar funciones a los Secretarios, siendo las funciones de la Secretaría las señaladas en el artículo 6 del Decreto Distrital 638 de 2016 sin que ninguna este relacionada con los hechos de la tutela, siendo competencia de la **POLICÍA NACIONAL** el uso de gases lacrimógenos para controlar disturbios a fin de proteger la vida, bienes, creencias y demás derechos y libertades, asegurar

el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y particulares, mantener las condiciones necesarias para ejercer los derechos y libertades públicas y garantizar la convivencia pacífica, conforme la Ley 62 de 1993, por lo cual fue dicha Entidad y no la Alcaldía la que reguló el uso de armas no letales en su Resolución 02903 de 2017, por lo cual existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL** solicitó negar la tutela. Indicó que según el Decreto 1983 de 2017, el Juzgado no tiene competencia por cuanto una parte accionada es el **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**. De otra parte señaló que no se puede equiparar el derecho a la manifestación pública y pacífica, consagrado en los artículos 2, 20 y 37 constitucionales, con un disturbio que afecte la seguridad y convivencia a través de la violencia, tal y como se indicó en la sentencia C-009 de 2018, caso en que es necesaria la intervención policial para disipar los mismos a fin de proteger los derechos fundamentales de intervinientes y no intervinientes, para lo cual se hace uso racional de agentes químicos, medio que también permite preservar la integridad y vida de los agentes, siendo un abuso del derecho pretender la protección de los disturbios violentos.

Señaló que la misión del cuerpo armado permanente de policía es mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, entre ellas el asegurar la convivencia pacífica y proteger a las personas en sus derechos, conforme el artículo 218 constitucional y la Ley 62 de 1993, siendo función primordial el mantenimiento del orden público entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permitan la prosperidad general y goce de derechos, como se indicó en la sentencia C-218 de 2018 y como fue adoptado en el Reglamento del Servicio de Policía adoptado con la Resolución 00912 de 2009. Manifestó que mediante Resolución 01363 de 1999 se creó el ESMAD, el cual, según el artículo 10 de la Resolución 03595 de 2014, tiene la misión de atender y controlar disturbios, multitudes, bloqueos, acompañamiento a desalojos, a fin de restablecer el ejercicio de derechos y libertades públicas, quien según el

Reglamento de Servicio interviene como *ultima ratio* previo agotamiento de instancias de dialogo y mediación, aplicando estrictamente la Resolución 03002 de 2017 que adoptó el manual de servicio en manifestaciones y control de disturbios, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego de 1990 y la Resolución 34/169 de 1979 de la ONU, los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y racionalidad y siguiendo la Resolución 02903 de 2017, que reglamentó el uso de fuerza y armas menos letales, entre ellas los agentes químicos, cuyo uso es válido según la Ley 525 de 1999 y sin que se pueda equiparar los agentes químicos con armas químicas, porque los primeros no están incluidos en la lista de los segundos y sus efectos desaparecen en breve tiempo, siendo válido su uso para reprimir disturbios, uso valido conforme la Convención sobre la prohibición de armas químicas para evitar en la medida de lo posible el uso de otros medios que pueden ocasionar lesiones o muertes.

Afirmó que para resolver la acción de tutela se debe considerar los instrumentos internacionales como el *Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley Resolución 34/169 de 1979 ONU, Los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1990 ONU, la Convención Sobre la Prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993* y la *Guía para armas menos letales en fuerzas del orden de 2020*. Por último, afirmo que el artículo 95 constitucional consagra los deberes de la persona y el ciudadano, que en la actual coyuntura por COVID-19 implica el autocuidado y disciplina social, evitando el contacto cercano, quedarse en casa si se presentar síntomas, el uso del tapabocas y la prohibición de las aglomeraciones mayores a 50 personas en virtud de la Resolución 1462 de 2020, por lo que el primer responsable de no asistir a manifestaciones es el individuo diagnosticado con COVID-19, so pena de incurrir en las conductas típicas consagradas en los artículo 368 y 369 de la Ley 599 de 2000, siendo apenas suposiciones los presuntos hechos que alegó el accionante, quien carece de legitimación en la causa por activa, quien no acreditó que sus derechos estén en riesgo, a la vez que cualquier eventual afectación ha de ser resuelta con los mecanismos ordinarios de defensa judicial como acción colectiva, de grupo o con los medios de control

contencioso administrativos, a la vez que no demostró ningún perjuicio irremediable que active su procedencia transitoria y finalmente solicitó la notificación de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**.

La **NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR** solicitó negar la tutela. Indicó que el Decreto 1140 de 2018, estableció las funciones del Ministerio y fue facultado para establecer los lineamientos para adoptar las medidas por parte de las autoridades del orden ejecutivo, en coordinación con la **POLICÍA NACIONAL**, orientadas a respetar el derecho a la protesta pacífica, no obstante, los hechos narrados en la demanda no refieren a una conducta específica del Ministerio, por cuanto se trata de hechos futuros, inciertos y sin soporte científico o jurídico, por lo cual no se verifica ninguna trasgresión.

La **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** solicitó declarar improcedente la tutela. Alegó falta de legitimación en la causa por activa, porque el accionante no demostró una afectación de sus derechos alegados, el ánimo de evitar un perjuicio irremediable ni los requisitos para ser agente oficioso de otros ciudadanos. Señaló que en virtud del Decreto Ley 4107 de 2011 y el Decreto 2562 de 2012, es competente para formular, coordinar y evaluar la política pública en salud, salud pública y promoción social en salud, por lo que en virtud del Decreto 417 de 2020, que declaró es estado de emergencia, se expidió el Decreto Legislativo 539 de 2020 que lo facultó para expedir los protocolos de bioseguridad para controlar la pandemia por COVI-19, promulgando la Resolución 666 de 2020, adoptando el protocolo general para ello, procurando proteger la vida, salud e integridad física bajo el principio de *autocuidado propio y de la comunidad*, el cual se declaró constitucional en la sentencia C-205 de 2020, siendo de obligatorio cumplimiento bajo la supervisión de las autoridades territoriales, sin que ello implique que esta facultada para suspender el uso legítimo de agentes químicos por parte de la **POLICÍA NACIONAL**. Afirmó que Colombia se encuentra aplicando una doble estrategia de acceso a la vacunación, multilateral y unilateral. Informó que el 07 de enero de 2020, la OMS declaró el COVID-19 como

emergencia de salud pública de importancia internacional, cuyo contagio puede sufrir cualquier persona independientemente de edad, sexo, raza o estatus, ya sea como potencial transmisora o receptora, existiendo mayor riesgo de contagio en aglomeraciones, siendo Colombia el décimo país con más contagiados y el décimo segundo con más fallecidos, lo que conllevó a adoptar medidas en virtud del artículo 2.8.8.1.4.3 del Decreto 780 de 2016, declarando la emergencia sanitaria con las Resoluciones 385, 407, 450 de 2020, restringiendo eventos públicos, desembarque de pasajeros de tráfico marítimo y aéreo, adoptar medidas higiénicas en transporte público, teletrabajo, protección de adultos mayores a 70 años, menores de edad, personas con condiciones inmunosupresoras, medidas que limitan la curva de contagio, fallecimientos y el colapso del sistema de salud, a través del aislamiento preventivo selectivo y el distanciamiento físico, siendo fundamental el uso del tapabocas para evitar transmitir o recibir gotas contaminadas. Manifestó que no cuenta con estudios de los efectos de los gases lacrimógenos usados por la fuerza pública, sin embargo, su uso es válido conforme la Ley 525 de 1999 y la Resolución 02903 de 2017, relacionando 10 estudios sobre los efectos de los gases lacrimógenos, cuyo principal componente *clorobenzalmalonitrilo* CS incapacita temporalmente al causar irritación en ojos, boca, piel y sistema respiratorio, desde lesiones transitorias hasta lesiones permanentes o muerte por exposiciones a altas concentraciones o en áreas mal ventiladas por periodos prolongados, pese lo cual es amplio el margen entre la dosis incapacitante y la dosis letal, mientras que el *OC gas pimientas* y el *PAVA* genera irritaciones oculares intensas, irritación de nariz, garganta y tracto respiratorio superior con sensación de asfixia, con dolor e inflamación por 45 minutos a varias horas y cuyos efectos tardíos desaparecen en 1 o 2 días.

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** intervino conforme el artículo 610 CGP a fin de solicitar improcedente la acción de tutela. Indicó que la acción de tutela no es procedente porque la acción popular es el medio idóneo para la protección de los derechos colectivos, también es improcedente porque pretende controvertir un acto administrativo general, impersonal y abstracto, sin que se aporte prueba

alguna de que el uso legítimo de los agentes químicos, cuyo uso es reglado y por sí solo no constituye una amenaza a los derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo una medida razonable y proporcional, inclusive en tiempos de pandemia por COVID-19, para disolver disturbios violentos, siendo que el accionante no aportó ninguna prueba de una vulneración cierta de sus derechos alegados, siendo que no habría ninguna necesidad de usar los agentes químicos si se ejerce de forma pacífica el derecho de manifestación. Aseguró que la actividad de policía conforme la Ley 1801 de 2016, pretende preservar la convivencia y restablecer los comportamientos que la alteran, para lo cual de manera excepcional se puede hacer el uso de la fuerza, como último recurso y bajo los medios más adecuados y menos lesivos, por lo cual se reglamentó el uso de armas menos letales en la Resolución 02903 de 2017, observando los principios y disposiciones nacionales e internacionales sobre el uso de la fuerza de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, bajo los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y racionalidad, medios cuyo uso no se puede impedir por las hipótesis carentes de sustento del accionante y que generarían una medida desproporcional al no permitir el uso de medios adecuados para restablecer el orden público y proteger la vida e integridad de los uniformados y demás personas involucradas al sustituir el uso de armas letales.

Frente a los conceptos solicitados, la **FUNDACIÓN NEUMOLÓGICA COLOMBIANA** señaló que el gas CS se usa en control de multitudes a nivel mundial por sus efectos agudos y transitorios como tos, disnea, hemoptisis, broncoconstricción, laringoespasma y lagrimeo, a su vez, los pacientes expuestos demuestran peor función pulmonar e inclusive puede generar síntomas gastrointestinales y dermatológicos como quemaduras extensas. Afirmó que si bien el CS se considera un arma menos letal, se le ha atribuido mortalidad por efectos secundarios respiratorios o lesiones traumáticas por el cartucho y riesgos asociados a su uso a corta distancia como enfermedades oculares y lesiones maxilofaciales y su uso al ser aéreo afecta a personas no involucradas. Concluyó que una persona con COVID-19 afectada por dichos gases no podrá mantener una distancia segura y dejará su mascarilla por contaminación del gas, aumentando el riesgo de

propagación del virus, a su vez, genera una mayor probabilidad de sufrir afectaciones respiratorias, en las que se puede incluir el COVID-19.

La **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** presentó triple concepto. El DEPARTAMENTO DE SALUD PÚBLICA que el compuesto mayoritario de los gases lacrimógenos es el *clorobenzilideno malononitrilo* CS, el cual afecta los receptores nerviosos mucocutáneos, con una inflamación cutánea leve y transitoria, pese lo cual se ha reportado que puede generar lesiones pulmonares, quemaduras en piel o daños oculares graves, alto riesgo de complicación de individuos con morbilidades crónicas y trastorno de estrés postraumático y graves lesiones o muerte por impacto directo, sin que existan investigaciones sobre si el uso de estos gases puede o no agravar la predisposición a adquirir COVID-19, pero infirió que por los síntomas como tos, disnea, laringoespasma, neumonitis o síndrome de disfunción reactiva de vías respiratorias, la persona será obligada a quitar su tapabocas y e incrementará la frecuencia respiratoria, aumentando el riesgo de inhalar el virus. El DEPARTAMENTO DE MEDICINA INTERNA afirmó que conforme un estudio efectuado en militares, los reclutas expuestos a gas de control de motines tienen un riesgo 2.44 veces mayor a infección respiratoria que el presente en el periodo sin exposición, sin embargo, estudios han determinado que el uso de gas puede producir bronquitis, afectación de la función pulmonar y lesiones pulmonares agudas, por lo que si una persona asintomática es afectada por el virus no podrá mantener la distancia de seguridad y sube el riesgo de diseminar el virus e incluso por falta del sentido del olfato podría inhalar irritantes en la suficiente cantidad para generar lesiones y al toser, sin que las personas a su alrededor usen la mascarilla, aumenta el riesgo de contagio. El DEPARTAMENTO DE TOXICOLOGÍA afirmó que el artículo 18 de la Resolución 02903 de 2017 de la **POLICÍA NACIONAL** determina los agentes químicos que se pueden utilizar para el control del orden público, siendo que la *capsaicina* genera impulsos nerviosos que genera calentamiento, hormigueo, picazón, escozor y ardor, siendo un gas corrosivo e irritante. Afirmó que el gas CS es el agente usado por el ESMAD, con un alcance de 60 a 300 m² según las condiciones climáticas, cuyo contacto genera dolor e irritación en piel, boca, ojos, nariz y vías

respiratorias, lagrimeo, conjuntivitis, edema periorbital, secreción nasal, cefalea, irritación dérmica y ampollas cuyo efecto se acentúa con la humedad, efectos que se resuelven tras 10 o 30 minutos luego del retiro de la exposición, desapareciendo la secreción nasal y la salivación en 12 horas y el dolor de cabeza en 24 horas, siendo que exposiciones severas a dosis elevadas en espacios reducidos puede generar edema pulmonar, asfixia, síncope y muerte, señalando que si bien no hay estudios de si su uso agrava o predispone la infección por COVID-19, el hecho de que la persona infectada remueva la protección para favorecer la oxigenación y presente episodios de tos aumenta el riesgo de infección de las personas alrededor.

La Facultad de Medicina de la **UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA** indicó que los irritantes químicos comúnmente conocidos como gases lacrimógenos más comunes con los agentes CS u OC, sin que sea muy usado el *cloroacetofenona CN* porque es 10 veces menos irritante y más tóxico. Señaló que no existen estudios de si el uso de dichos agentes agrava o predispone el contagio por COVID-19, sin embargo, señaló que un estudio del uso de CS en reclutas militares de EEUU concluyó que aumenta en 2.44 la razón de riesgo de infecciones agudas respiratorias frente a la situación anterior al uso del gas, por lo cual suponen que si la exposición fue breve, la persona afectada era sana y la irritación disminuyó rápidamente, la vulnerabilidad al virus no aumenta.

Agotado el término de traslado fijado, la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO** se abstuvo de presentar contestación a la acción de tutela.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El 30 de noviembre de 2020, el Juzgado Quinto (05) laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia de tutela en la que resolvió:

*“(...) PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y salud de **MATHEO AUGUSTO RINCÓN GALVIS**, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: ORDENAR, DE FORMA INMEDIATA, al **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA** y a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL**, que suspenda el uso de los **agentes químicos** a) dispositivo lanzador de pimienta con propulsión pirotécnica, gas o aire comprimido; b) grandas con carga química CS, OC; c) granadas fumígenas; d) cartuchos con carga química CS, OC y; e) cartuchos fumígenos y/o cualquier otra sustancia semejante. Dicha prohibición se mantendrá mientras se encuentre vigente la emergencia sanitaria dispuesta por el Gobierno Nacional o sus prorrogas.

TERCERO: EXHORTAR al **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA** y a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL** para que, en el marco de la reglamentación ordenada en la sentencia STC7641-2020, se debata y analice seriamente la necesidad de mantener el uso de agentes químicos o determinar su prohibición absoluta.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción a las demás accionadas.

QUINTO: NOTIFICAR esta providencia a las partes en la forma y términos señalados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, siempre y cuando la decisión aquí proferida no fuere impugnada. (...)

Como fundamento de su decisión, manifestó no acceder a la solicitud de vinculación de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. Señaló que el accionante tiene legitimación en la causa por activa por cuanto instauró la tutela como medio preventivo de una posible situación de vulneración de los derechos fundamentales que alegó. Indicó que la H. CSJ en la sentencia STC7641 de 2020 se fijó que el derecho a la reunión y protesta pública y pacífica están protegidos a nivel constitucional, a la vez que señaló que la Resolución 385 de 2020, prorrogado con la Resolución 1462 de 2020, declaró el estado de emergencia sanitaria por COVID-19; y con el Decreto 417 de 2020, se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica, ordenándose el aislamiento preventivo obligatorio a través de los Decreto 457, 531, 596, 636, 749, 990, 1076, 1168 y 1197 de 2020, contexto en

el cual el uso del gas lacrimógeno en virtud del artículo 18 de la Resolución 02903 de 2017, compuesto por *clorobenxilideno malononitrilo* CS, según la UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO de Chile, tiene toxicidad significativa e irrita ojos, nariz, boca, piel y vías respiratorias e incluso genera agresión a nivel mitocondrial y mutaciones del DNA y durante su aerosolización termina se puede generar cianuro y malononitrilo, siendo el efecto letal de CS por daño pulmonar seguido de asfixia e insuficiencia circulatoria u bronconeumonía, siendo que los estudios al respecto se han efectuado sobre individuos sanos excluyendo personas con enfermedades respiratorias, siendo que altas concentraciones pueden generar síndrome de disfunción retroactiva de la vía aérea, hemoptisis, edema pulmonar, apnea y paro respiratorio e incrementa el riesgo de enfermedad respiratoria aguda, incluida influenza, hecho que sumado a los informes que aportaron la **UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**, **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** y **FUNDACIÓN COLOMBIANA DE NEUMOLOGÍA** y la manifestación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, permite concluir la ausencia de estudios nacionales sobre los efectos de los gases lacrimógenos en la salud humana, siendo que la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993*, aprobada mediante Ley 525 de 1999, impide a Colombia usar armas químicas salvo en los fines no prohibidos, entre ellos el mantenimiento del orden y represión interna de disturbios, lo cual genera serios interrogantes frente al ejercicio del derecho fundamental a la protesta, por cuanto si dicha Convención prohíbe el uso de dichos agentes de represión de disturbios en situación de guerra es paradójico que permita su uso indiscriminado contra la población civil que ejerce un derecho fundamental restándole su carácter de arma no por su composición sino por el uso dado, aclarando que en la sentencia C-328 de 2000 no se analizó la exequibilidad del uso de dichas sustancias en tiempos de pandemia, siendo necesario replantear su designación como arma no letal o menos letal, ya que la dispersión del gas afecta el derecho fundamental a la salud de protestantes y no protestantes, quienes a pesar de no participar se ven afectados, siendo que inclusive AMNISTÍA INTERNACIONAL y la RELATORÍA ESPECIAL

SOBRE LA TORTURA DE LA ONU han concluido que su uso en ciertas situaciones constituye tortura, lo que sumado a que los conceptos rendidos indican que su uso aumenta el riesgo de contraer u contagiar COVID-19, siendo peligroso permitir el uso de los gases durante la propagación del virus, por lo que a pesar de no existir prueba de una vulneración efectiva si se debe prevenir la amenaza de ello, porque el uso de gases aumenta el riesgo de contagio, sin que pueda escatimarse esfuerzos cuando Colombia es el 10° país en número de contagios, por lo cual dispuso prohibir el uso de los agentes químicos durante la emergencia por COVID-19 y ordenó discutir su utilización en el marco de la reglamentación que se ordenó en la sentencia STC7641 de 2020, siendo la tecnología el medio para aprehender y judicializar a los violentos, a través de drones, cámaras y más uniformados para identificar a dichas personas, ya que los agentes solo dispersan pero no evita que los generadores de violencia lo vuelva a hacer, junto con la responsabilidad social de los manifestantes para impedir que grupos violentos infiltren la protesta pacífica, siendo que el ESMAD cuenta con más de 24 elementos de control de protesta por lo que la prohibición de gases no implica su desmantelamiento.

● **IMPUGNACIÓN**

La accionada **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL** impugnó la sentencia. Indicó que el accionante no acreditó legitimación en la causa por activa, porque no demostró una afectación subjetiva individual de sus derechos fundamentales ni cumplió los requisitos para actuar como agente oficioso de terceros de quienes tampoco demostró ninguna vulneración. Aseguró que no se cumple la subsidiariedad, por cuanto no demostró la ineffectividad de otros mecanismos de defensa judicial frente a una afectación determinada ni tampoco un perjuicio irremediable, siendo que todo eventual reclamo relacionado con el uso de la fuerza pública para controlar disturbios debe ser resuelto ante la jurisdicción contencioso administrativa. Señaló que se desconoció el precedente de la H. Corte Constitucional, quien en la sentencia C-328 de 2000 declaró exequible la Ley 525 de 1999 que

aprobó la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993*, en la cual se declaró exequible el uso de armas menos letales por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, pues dichos agentes de represión de disturbios son legítimos a nivel internacional y no se equiparan con armas químicas porque no están en la lista de éstas; además no fueron consideradas las normas internacionales que autorizan su uso bajo criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y racionalidad, en situaciones de violencia a fin de dispersar la multitud como ultima ratio, a la vez que el procedimiento de control de disturbios y uso de agentes químicos para suprimir disturbios esta reglado y resulta idóneo y proporcional para mantener el orden público, garantizar los derechos y libertades públicas, la convivencia y seguridad, proteger la vida e integridad del personal uniformado y de los ciudadanos que ejercen de forma pacífica el derecho de protesta y de los que no participan, por lo que prohibir el uso de los agentes químicos priva a los agentes del medio para restablecer el orden público causando la menor afectación de derechos. Llamó la atención sobre la omisión del *a quo* en considerar las medidas que adoptó la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** de autocuidado para evitar propagar el COVID-19, en donde el distanciamiento social resulta necesario y por ende se ha restringido las aglomeraciones, por lo cual mal se hace en prohibir el uso de agentes químicos a fin de prevenir hipotéticas afectaciones de los derechos a la salud y vida, que no tienen respaldo, pero sí autorizar las aglomeraciones en momentos en los cuales no debe hacerse ello. En todo caso, indicó que el trabajo de la UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO fue hecho por estudiantes, no fue publicado en revista indexada y no tiene enfoque alguno relacionado con el COVID-19, siendo que no se dio traslado de los demás informes presentados.

La accionada **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – DAPRE** impugnó la sentencia y solicitó que sea revocada. Señaló que el accionante carece de legitimación en la causa por activa porque ni siquiera demostró de forma sumaria una afectación o amenaza a sus derechos fundamentales o los requisitos para

actuar como agente oficioso, sin que exista prueba de los presuntos hechos alegados, siendo improcedente la tutela ya que no se acreditó la imposibilidad de acudir a otros medios de defensa judicial ni la existencia de un perjuicio irremediable, pese la existencia de los medios de control en sede contencioso administrativa. Señaló que la actuación de la **POLICÍA NACIONAL** para restablecer el orden público en caso de disturbios tiene como fin garantizar la convivencia y derechos de manifestantes, personal uniformado y terceros a la vida, integridad personal y salud, siendo el uso de agentes químicos un uso legítimo y regulado de la fuerza pública, colocando de presenta que el derecho a la reunión y manifestación implica el deber de no abusar del mismo y respetar los demás derechos e interés general, sin que se pueda equiparar al uso de armas químicas en virtud de los instrumentos internacionales adoptados con la Ley 525 de 1999 declarada exequible en la sentencia C-328 de 2000, agentes químicos menos letales cuyo manejo se reguló con la Resolución 02903 de 2017, sin que el documento de los estudiantes de la UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO tenga respaldo científico y los demás conceptos rendidos coinciden en indicar la ausencia de estudios distintos al campo académico y la ausencia de relación directa entre el uso de agentes y el COVID-19, siendo facultad exclusiva del **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA** determinar el alcance de las medidas y mecanismos para el ejercicio de la fuerza legítima para efectos de mantener el orden público, conforme la Constitución y Ley, pese lo cual la decisión de tutela ordena la suspensión absoluta de un medio técnico de control de disturbios pese la falta de prueba de su letalidad o incidencia en el aumento de la pandemia.

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** impugnó la sentencia y reafirmó que la tutela es improcedente porque es la acción popular es el medio idóneo para la protección de los derechos colectivos y porque pretende controvertir un acto administrativo general, impersonal y abstracto, de otra parte, no se allegó ninguna prueba de la vulneración de derechos alegada por el uso de agentes químicos, el cual es reglado como medida razonable y proporcional, inclusive en tiempos de pandemia por COVID-19, para disolver disturbios violentos. Aseguró que la actividad de policía, conforme la Ley 1801 de 2016, busca preservar la

convivencia, para lo cual de manera excepcional se puede hacer el uso de la fuerza, como último recurso y con los medios más adecuados y menos lesivos, siendo regulado el uso de armas menos letales con la Resolución 02903 de 2017, que acogió los principios y disposiciones nacionales e internacionales del uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como ultima ratio y bajo los criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y racionalidad, por tanto, no es correcto afirmar que su uso es indiscriminado y sin que pueda equiparse el agente a una arma química, porque es un medio incapacitante menos peligroso para cumplir la misión institucional de la **POLICÍA NACIONAL**, siendo desproporcionado su restricción para proteger derechos de vulneraciones hipotéticas en perjuicio de los derechos de la comunidad y el intereses general de procurar medios policivos para evitar el abuso del derecho de quienes ejercen violencia en disturbios.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Corresponde a la Sala determinar si se vulneraron o no los derechos fundamentales alegados por el accionante, por el uso de lo que denominó *armas químicas* por parte del Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD durante la pandemia por COVID-19 o por el tiempo durante el cual no sea brindada una vacuna efectiva sin discriminación, conforme el precedente normativo aplicable.

- Aspectos Generales.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo procesal por medio del cual toda persona tiene la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar, la protección *inmediata* de sus derechos fundamentales, cuando quiera que se presente una violación o amenaza de violación, por medio de actos, hechos, omisiones u operaciones de cualquier autoridad pública, o por particulares en ciertas y determinadas circunstancias.

Ahora bien, resulta preciso señalar que la acción de tutela es *excepcional*, por cuanto el artículo 86 constitucional determinó que solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La anterior disposición fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que señaló la improcedencia de la tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

- Sobre la Carga de la Prueba en la Acción de Tutela.

En las sentencias T-417 de 2017, T-511 de 2017, T-074 de 2018, entre otras, la H. Corte Constitucional analizó la carga de la prueba en la acción de tutela de lo cual concluyó que, si bien dicha acción es informal, es necesario corroborar cada uno de los presuntos hechos que vulneraron los derechos, por cuanto mal haría el Juez Constitucional en amparar los mismos sin que medie prueba de su transgresión o amenaza. Así las cosas, dicha carga incumbe al accionante, salvo que por cuestiones de indefensión deba ser trasladada dicha carga, sin perjuicio de las facultades del Juez Constitucional para solicitar las pruebas de oficio que considere pertinentes.

Lo anterior sin perjuicio de las reglas jurisprudenciales de inversión de la carga de la prueba, por cuanto en la sentencia T-260 de 2019 la H. Corte Constitucional determinó que sí el accionante se encuentra en condición de subordinación o de dependencia frente el accionado, la dificultad que ello acarrea para aportar el material probatorio correspondiente permite la distribución de la carga de la prueba, tal y como ocurre en las tutelas por inconsistencias en historia laboral, en donde la carga de la prueba se invierte a cargo de la entidad administradora de pensiones (sentencias T-479 de 2017, SU-182 de 2019 y T-505 de 2019) o cuando el accionante denuncia haber sufrido de tratos discriminatorios (sentencias T-335 de 2019, T-376 de 2019).

- CASO CONCRETO.

En el presente asunto, el Juez de primera instancia amparó los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y salud del accionante y ordenó la suspensión del uso de agente químicos por el tiempo que esté vigente la emergencia sanitaria por COVID-19 y exhortó para que en el marco de la reglamentación ordenada con la sentencia STC7641 de 2020, se debata la necesidad de mantener el uso de los mismos.

La accionada **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL** impugnó la sentencia y solicitó que fuera revocada. Indicó que no se acreditó la legitimación en la causa por activa porque el accionante no demostró la afectación subjetiva individual de sus derechos alegados y no fue agente oficioso, no se acreditó el requisito de subsidiariedad, se desconoció el precedente fijado con la sentencia C-328 de 2000, que declaró exequible la Ley 525 de 1999 que adoptó la Convención relativa a las armas químicas de 1993 y que avala el uso de agentes químicos para reprimir disturbios, que corresponde al uso dado para dispersar multitudes como ultima *ratio*, procedimiento reglado y que es idóneo y proporcional para mantener el orden público, garantizar los derechos y libertades públicas, la convivencia y seguridad, proteger la vida e integridad del personal uniformado y de los ciudadanos que ejercen de forma pacífica el derecho de protesta y de los que no participan, siendo que el fallo desconoce las medidas de autocuidado frente al COVID-19 al permitir aglomeraciones, sin que los informes en que se fundó el fallo tengan soporte.

La accionada **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – DAPRE** impugnó la sentencia y solicitó que fuera revocada. Indicó que el accionante carece de legitimación en la causa por activa, no aportó prueba de los presuntos hechos que alegó, no se demostró la imposibilidad de acudir a otros medios de defensa judicial o la existencia de un perjuicio irremediable. De otra parte señaló que la actuación de la **POLICÍA NACIONAL** para restablecer el orden público frente a disturbios procura garantizar la convivencia y derechos,

siendo el uso de agentes químicos un uso legítimo y regulado de la fuerza pública, siendo que el derecho de reunión y manifestación implica el respecto de los demás derechos y sin que los agentes químicos usados se puedan equiparar a armas químicas, siendo improcedente suspender el uso de dicho medio técnico pese la prueba de su letalidad o incidencia en el aumento de casos COVID-19.

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** impugnó la sentencia y solicitó fuera revocada. Indicó que la tutela es improcedente porque pretende la protección de derechos colectivos y controvertir un acto administrativo general, no se allegó prueba de la vulneración derivada por el uso de agentes químicos, el cual esta reglado y es una medida razonable y proporcional inclusive durante la pandemia por COVID-19 para resolver disturbios violentos y conservar la convivencia, para lo cual se puede hacer uso de la fuerza como ultima ratio bajo criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y racionalidad, por lo que su uso no es indiscriminado, siendo su prohibición desproporcionada en perjuicio de los derechos de la comunidad y el interés general de evitar el abuso del derecho con disturbios.

Procede la Sala a resolver la impugnación, verificando en primer lugar sí se cumplen o no los requisitos de procedibilidad de la acción.

En cuanto el requisito de inmediatez, el accionante alega la vulneración y amenaza de sus derechos fundamentales, y de aquellas personas que ejercen el derecho constitucional a reunirse y manifestar pública y pacíficamente, por cuanto aseguró que el uso de gases lacrimógenos promueve la propagación del COVID-19, de lo cual se puede inferir razonablemente que fundamenta su demanda de amparo en el contexto de la pandemia causada por el SARS-COV-2, siendo un hecho notorio y público que a la fecha la misma se ha incrementado, lo que permite concluir que se cumple este primer requisito de procedibilidad.

Respecto del requisito de subsidiariedad, en el presente asunto se debate la presunta vulneración de los derechos fundamentales que indicó el accionante por el uso de los denominados *gases lacrimógenos* por parte de la **POLICÍA NACIONAL**, motivo por el cual observa la Sala que se plantea la posible afectación de tales derechos con ocasión del uso de tales sustancias químicas, en el contexto de la actual situación de emergencia sanitaria por COVID-19, lo cual habilita la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos en caso de verificarse que en efecto si se han vulnerado, por lo cual también se cumple este requisito de procedibilidad; adicionalmente, el accionante plantea la protección desde la perspectiva de la amenaza de sus derechos a la vida y a la salud, lo cual le impide el ejercicio del derecho a la protesta; desde esta óptica también se tiene legitimación para demandar la protección de derechos fundamentales conforme lo dispone el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, según el cual, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces el auxilio de sus intereses cuando resulten amenazados por acción u omisión de las autoridades.

Acreditado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad procede la Sala a resolver de fondo la acción de tutela, siendo relevante considerar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, el hecho de que la acción de tutela sea informal no implica en modo alguno que se exima la carga de la prueba al accionante de los presuntos hechos en base de los cuales denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales, tal y como se indicó en las Sentencias T-417 de 2017, T-511 de 2017, T-074 de 2018, entre otras.

Así las cosas, llama la atención que en el presente asunto el accionante fundamentó la presunta amenaza y vulneración de sus derechos, y de todos los que ejercen los derechos de reunión y manifestación, en que el uso de agentes químicos afecta la función respiratoria y la reacción instintiva produce tos y remoción de obstáculos, como el tapabocas, para mantener la respiración, situación que en la actual pandemia incrementa la propagación del COVID-19; sin

allegar prueba alguna que respalde dichas afirmaciones, pues se limitó a aportar la respuesta a un derecho de petición en el cual se hizo referencia al acompañamiento de la **POLICÍA NACIONAL** a las manifestaciones y un mensaje de twitter de la Dra. CLAUDIA NAYIBE LÓPEZ HERNÁNDEZ, Alcaldesa Mayor de Bogotá D.C., elementos que por sí solos no acreditan en modo alguno la vulneración alegada. Omisión suplida por el juez de primera instancia, quien acopió los documentos relacionados con los hechos de la demanda de tutela.

Desde el punto de vista normativo es preciso recordar que el artículo 95 constitucional, dispuso que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente implica responsabilidades, por cuanto, además de la obligación de cumplir la Constitución y la Ley, son deberes de la persona y del ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme el principio de solidaridad social y responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o salud de las personas, entre otros.

La anterior disposición es sumamente relevante para resolver la controversia planteada en la presenta acción de tutela, por cuanto de su estudio se puede extraer que todo derecho, incluyendo los fundamentales, conlleva la obligación recíproca de ejercer los mismos respetando los derechos ajenos, no abusar de los propios y obrar conforme el principio de solidaridad social, en especial frente a situaciones que pongan en peligro la vida o salud de las personas, mandatos cuyo cumplimiento precisamente se exige con mayor grado de diligencia en el actual contexto de pandemia por COVID-19.

Siguiendo los mismos propósitos, el artículo 49 constitucional consagró que toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y el de su comunidad, mandato que fue desarrollado por el artículo 5 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que consagró la obligación de las personas de propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad. Es por lo anterior, que el artículo 2.8.8.1.4.3 del Decreto

780 de 2016, en armonía con la Ley 9 de 1979, establecen que la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - MSPS** podrá tomar las medidas urgentes y demás precauciones basadas en principios científicos recomendadas por expertos para limitar la diseminación de una enfermedad o un riesgo extendido ampliamente.

En desarrollo de las anteriores normas constitucionales y legales, y considerando que el brote de COVID-19 llevó a que el 07 de enero de 2020, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD –OMS declarara al mismo como una emergencia de salud pública de importancia internacional, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, que declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, medida que fue prorrogada con las Resoluciones 844, 1462 y 2230 de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021; a su vez, el Decreto Legislativo 539 de 2020, declarado exequible con la sentencia C-205 de 2020, facultó a dicha cartera ministerial para expedir los protocolos para proteger los derechos fundamentales que alegó el accionante, a saber, la vida, salud e integridad física bajo el *principio de autocuidado propio y de la comunidad*.

Fue así como a través de la Resolución 666 de 2020, el **MSPS** adoptó el protocolo general de bioseguridad para *todas las actividades económicas, sociales y sectores de la administración pública*, aplicable durante el periodo de emergencia sanitaria, en el cual determinó que las medidas con mayor evidencia de contención de la transmisión del virus son el lavado de manos, uso de tapabocas y distanciamiento social, último que definió como de mínimo dos metros de distancia. Por otra parte, se adoptaron prohibiciones de los eventos de carácter público o privado que implique aglomeración de persona, siendo relevante que la Resolución 385 de 2020, suspendió los eventos con aforó de más de 500 personas, medida que modificó la Resolución 450 de 2020 al reducir el aforo a 50 personas, cifra máxima que confirmó las Resoluciones 1462 y 2230 de 2020, a la vez que se recomendó a personas mayores de 70 años el aislamiento preventivo y a las autoridades territoriales adoptar

programas de protección de los grupos con mayor riesgo de complicaciones asociadas a SARS-COV-2.

La rigurosidad de las anteriores medidas se encuentra razonablemente justificada con el hecho de que el **MSPS** reconoció en la respuesta a la acción de tutela de que Colombia es el 10° país con más contagios y el 12° con más fallecidos por COVID-19, a lo cual se debe sumar el hecho notorio y público del incremento de contagio en enero de 2021 a nivel nacional, situación que conllevó a múltiples municipios, distritos y departamentos a adoptar medidas urgentes como toque de queda, ley seca, confinamiento generalizado o por sectores, control de aforo a través de medidas como pico y cédula, control estricto de medios de movilización, entre otras.

En este contexto de pandemia, resulta contraproducente para la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad personal, el ejercicio del derecho constitucional de reunión y manifestación pública con desconocimiento de las medidas de prevención y protección expedidas por las autoridades competentes para contener la transmisión del virus, aun cuando el mismo sea ejercido de forma pacífica, pues la totalidad de literatura científica que ha sido considerada por el **MSPS** en las Resoluciones que ha promulgado y que fueron antes citadas, así como en los Decretos promulgados por el **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por los cuales se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica (Decreto 417 de 2020 y Decreto 637 de 2020, coincide en prohibir la aglomeración de personas como medida efectiva para disminuir la curva de contagio, fallecimientos y el colapso del sistema de salud durante la emergencia sanitaria.

Aclara la Sala que la precitada restricción de los derechos fundamentales de reunión y manifestación pública no implica que esta Corporación desconozca su importancia, la cual está fuera de cualquier duda como se indicó en la sentencia C-223 de 2017, providencia en la cual la H. Corte Constitucional declaró inexecutable 29 artículos de la Ley 1801 de 2016, por desconocer la fundamentabilidad de dichos

derechos y, por ende, la reserva de Ley Estatutaria para regular los mismos, concluyendo la Alta Corte que dichos derechos consagrados en los artículos 20 y 37 constitucionales fortalecen la democracia a través de su aspecto participativo ejercido mediante la presión ciudadana en las calles, ejercicio válido y que goza de protección constitucional, siempre y cuando su ejercicio no exceda el límite intrínseco del derecho, que es su ejercicio pacífico y sin armas, aspecto que se constituye en el punto de encuentro con el concepto de abuso del derecho y respeto de los derechos de terceros, por cuanto en la sentencia C-742 de 2012, se determinó que puede limitarse su ejercicio del derecho, por razones de orden público, cuando la manifestación deje de ser pacífica, caso en el cual resulta legítima la restricción del mismo. Las medidas preventivas adoptadas por las autoridades de diferentes niveles territoriales han limitado el ejercicio de derechos de alto valor constitucional como el derecho a la educación presencial de los niños, niñas y adolescentes, el derecho al trabajo, a la libre empresa, entre otros. Luego, sin desconocer la importancia del derecho a reunirse, manifestarse pública y pacíficamente, este derecho encuentra sus límites en la preservación del derecho a la vida y la salud de toda la comunidad, a través de la estricta observancia de los protocolos biosanitarios.

De lo anterior se puede deducir que todo derecho, inclusive aquellos fundamentales como el derechos de reunión y protesta, tiene como límite el derecho de los demás y en la abstención de abusar de los propios, pero cuando aquel se ejerce de manera violenta conlleva necesariamente la intervención de la autoridad para restablecer la seguridad y convivencia, aspectos que se concretan en la noción de orden público, como presupuesto necesario para el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

La H. Corte Constitucional ha respaldado la anterior conclusión jurídica, lo cual se verifica con lo señalado en la sentencia C-281 de 2017, por la cual declaró exequible el inciso cuarto del artículo 53 de la Ley 1801 de 2016, en el entendido de que toda reunión y manifestación que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta, siempre y cuando

dicha alteración sea grave e inminente y no exista otro medio menos gravoso para el ejercicio de tales derechos. Del mismo modo, en la sentencia C-009 de 2018, se determinó que el carácter disruptivo de la manifestación y protesta no implica en modo alguno que el Estado y las personas que ejercen tales derechos cesen su obligación de garantizar el orden público y social, la seguridad de las personas y evitar que se violen derechos fundamentales.

No menos importante resulta la sentencia C-128 de 2018, en donde la H. Corte Constitucional señaló que el orden público, entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y de sanidad medioambiental que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos de la comunidad, constituye un límite legítimo al ejercicio del derecho de reunión y manifestación, por cuanto en el evento que la misma se torne violenta, la **POLICÍA NACIONAL**, en cumplimiento del mandato misional que le fue asignado en el artículo 218 constitucional y desarrollado en la Ley 62 de 1993, de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, concluyendo la Alta Corporación en dicha providencia que es incompatible con la Constitución cualquier interpretación que faculte a la **POLICÍA NACIONAL** decidir si interviene o no ante una posible amenaza de afectación del orden público y de la convivencia ciudadana.

La intervención de la **POLICÍA NACIONAL** puede implicar el uso de la fuerza, entendida como el último recurso físico para la protección de la vida e integridad física de las personas involucradas, incluyendo al personal uniformado, sin que medie mandamiento previo o escrito y cuya finalidad es prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública, conforme el artículo 166 de la Ley 1801 de 2016. La H. Corte Constitucional en la sentencia C-128 de 2018 determinó que el uso de la fuerza ha de ser necesario, proporcional, racional y ejercido con apego a la legalidad por el personal uniformado.

Para el cumplimiento de la precitada misión institucional y de un correcto uso de la fuerza pública del Estado, se dispone de una serie de medios técnicos de control de multitudes cuando se generan hechos de violencia que amenazan los derechos de quienes intervienen en la manifestación, personal uniformado y terceros no participantes, acciones y medios cuyo ejercicio se encuentra reglamentado.

La Resolución 3002 del 29 de junio de 2017 de la **POLICÍA NACIONAL**, adoptó el Manual para el servicio en manifestaciones y control de disturbios, cuyos fundamentos normativos no se limitaron al nivel nacional, por cuanto también fueron incorporados instrumentos de derecho internacional generales y específicos relacionados con el control de multitudes, entre los cuales se destacan: **i)** *Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley <Resolución 34/169 de 1979 ONU>*, **ii)** *Los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de <Octavo Congreso de la ONU sobre el delito y el tratamiento del delincuente de 1990, iii)* *la Convención Sobre la Prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993 y, iv)* *la Guía para armas menos letales en fuerzas del orden de 2020.*

La precitada Resolución determinó que, adicional al equipo básico de seguridad personal, los funcionarios que intervienen en el acompañamiento y prevención de manifestaciones y control de disturbios llevarán *armas municiones, elementos y dispositivos menos letales*, conforme los lineamientos señalados en su artículo 12, mientras que el artículo 15, determinó las acciones para atender los eventos antes, durante y después, en los que se ordena que en ante situación de conflicto y amenaza a la convivencia y seguridad, se coordinaran acciones con los gestores de convivencia y el **MINISTERIO PÚBLICO**, como instancia de dialogo, mediación y gestión, siendo el uso de fuerza el último recurso, que se usará conforme la normatividad nacional y estándares internacionales.

Son precisamente los estándares internacionales, en especial la *Convención Sobre la Prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993*, adoptada en nuestro ordenamiento a través de la Ley 525 de 1999, declarada exequible con la sentencia C-328 de 2000, el instrumento que distingue entre los conceptos de “*armas químicas*” y “*agentes de represión de disturbios*”, por cuanto en las definiciones adoptadas en la Convención se indica que el termino arma química hace referencia, conjunta o separadamente, a las sustancias químicas tóxicas o sus precursores salvo su uso en fines no prohibidos en la convención, municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar muerte o lesiones y todo equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con dichas municiones o dispositivos; mientras que el termino agente de represión de disturbios, se refiere a cualquier sustancia química no enumerada en una lista que produce rápidamente irritación sensorial o efectos incapacitantes, que desaparecen en breve tiempo una vez cesa la exposición al agente.

La precitada distinción entre arma química y agente de represión de disturbios no es superficial, por cuanto la misma tiene como fundamento la posibilidad de que una sustancia química tóxica no sea considerada como un arma si se usa con fines no prohibidos, existiendo consenso entre los Estados que suscribieron la Convención antes mencionada (165 países signatarios y 193 estados parte conforme consulta en página web de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS <http://disarmament.un.org/treaties/t/cwc>) de la validez del uso de sustancias químicas no enumerada en una lista (dicho convenio tiene 3 listas) y que genera efectos irritantes o incapacitantes que desaparecen rápidamente al cese de la exposición, destinadas a reprimir disturbios sin que sea válido su uso como método de guerra, existiendo la obligación para el Estado Colombiano de presentar a la ONU una declaración de los agentes de represión de disturbios especificando nombre químicos y fórmula estructural, medio que impide soslayar las prohibiciones contenidas en el Convenio y genera confianza internacional.

Considerando la definición de *agente químico para la represión de disturbios*, se observa que la Resolución 02903 del 23 de junio de 2017 de la **POLICÍA NACIONAL** reglamentó el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales usados por dicha Institución, determinó que bajo los principios de necesidad, legalidad, proporcionalidad y racionalidad, una vez agotados los medios preventivos y disuasivos (1° presencia policía y 2° comunicación y disuasión), se habilita el uso de la *fuerza reactiva* en 3 niveles diferenciados, siendo el primero la fuerza física, el segundo el uso de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales y el tercero el uso de armas de fuego.

Los *agentes químicos para la represión de disturbios* se definieron como parte del segundo nivel de la fuerza reactiva, considerándose un medio menos letal, por cuanto se definió que los mismos permiten hacer uso diferenciado de la fuerza sin llegar al despliegue de fuerza letal.

Acerca de la letalidad de los precitados *agentes químicos para la represión de disturbios*, llama la atención de la Sala que los conceptos rendidos por las diferentes instituciones consultadas resaltan las características propias definidas a nivel internacional y que los diferencian de un arma química.

En efecto, la **FUNDACIÓN NEUMOLÓGICA COLOMBIANA** indicó que el agente químico CS genera efectos agudos y transitorios, al cual se le ha atribuido mortabilidad por efectos secundarios o lesiones traumáticas por el cartucho. La **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**, a través de su DEPARTAMENTO DE SALUD PÚBLICA señaló que el CS tiene efectos transitorios, pese lo cual existen reportes de lesiones graves, riesgo de complicación de individuos con morbilidades crónicas y trastorno por estrés `postraumático y muerte por impacto directo, mientras que el DEPARTAMENTO DE MEDICINA INTERNA indicó mayor riesgo de infección respiratoria y afectaciones pulmonares, a la vez el DEPARTAMENTO DE TOXICOLOGÍA resalto sus efectos irritantes que se resuelven en máximo 24 horas, salvo exposiciones severas de dosis

elevadas que pueden generar daños pulmonares y muerte. La **UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA** afirmó que el CS u OC puede generar el aumento de riesgo de infecciones agudas respiratorias. Finalmente, la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** indicó que el CS tiene efectos incapacitantes temporales y que lesiones permanentes o muerte resulta de exposición a altas concentraciones o en áreas mal ventiladas por periodos prologados debido al alto margen entre la dosis incapacitante y la dosis letal, mientras que el OC genera efectos incapacitantes que desaparecen a 1 o 2 días.

Asi mismo, la sentencia impugnada transcribe los resultados de un estudio relacionado con la composición, farmacología y toxicidad de los gases lacrimógenos, cuya autoria atribuye a la Universidad de Valparaiso de Chile; sin embargo, en la parte introductoria de tal documento, se aclara que se trata de un trabajo elaborado por por varios estudiantes de séptimo año de la facultad de Medicina en el marco de su internado de atención primaria en salud, acotando su alcance a las consecuencias derivadas del lanzamiento de gases lacrimógenos dentro de las instalaciones del Hospital “Dr. Gustavo Fricke”. Advierte el trabajo que para la realización del mismo encontraron importantes dificultades a la hora de determinar qué productos, en que presentaciones, con qué dosificación se estaban utilizando en Chile.

La decisión del *a quo* de suspender el uso de gases lacrimógenos por parte de la Policía Nacional, tiene consecuencias que afectan el manejo del orden público y la garantía de los derechos fundamentales por parte del Estado, razón por la cual no resulta apropiado fundamentar una decisión de tal magnitud en un trabajo de clase, cuyo rigor metodológico y científico no se ajusta a los estándares internacionales, pues tal investigación no aparece reseñada en ninguna revista indexada. Igualmente, el documento señala las dificultades para precisar la composición y dosificación de los agentes químicos utilizados por el cuerpo de carabineros de Chile, hecho que le quita cualquier valor probatorio al momento de aplicarlo al caso colombiano, pues la sentencia impugnada omite acreditar que la composición y dosificación de los agentes químicos utilizados por la Policía

Nacional de Colombia corresponde a las mismas concentraciones que fueron objeto de análisis por parte de los estudiantes de medicina de la Universidad de Valparaiso; elementos de prueba que tampoco fueron tenidos en cuenta en los conceptos académicos rendidos en el trámite de la presente acción constitucional.

El estudio en conjunto de los anteriores conceptos permite concluir de forma razonables que los compuestos CS y OC, cuyo uso como agentes químicos menos letales realiza la **POLICÍA NACIONAL**, generan efectos irritantes incapacitantes que en la mayoría de los casos desaparecen rápidamente una vez cesa la exposición, siendo los eventos de morbilidad o muerte asociados a exposiciones prolongadas a altas concentraciones o impactos directos de cartuchos o eventuales riesgos derivados de condiciones de morbilidad crónica, por tanto, a pesar de que no puede señalarse la inexistencia de posibilidades de afectación grave o muerte, lo cual resulta propio de su naturaleza como arma, lo cierto es que su uso proporcional y racional conlleva a un carácter reducido de letalidad, pero necesario para proteger otros derechos fundamentales. Sin embargo, dichos eventos adversos no sólo se pueden producir por la inhalación de dichos agentes, sino que también se pueden generar por medicamentos e incluso por vacunas, pero constituyen la excepción.

Ahora bien, en el actual contexto de emergencia sanitaria por pandemia por COVID-19, las entidades consultadas **FUNDACIÓN NEUMOLÓGICA COLOMBIANA, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA** coinciden en señalar que los efectos del gas podrían aumentar el riesgo de contagio del virus por las reacciones alérgicas (tos, lagrimeo, disnea, etc) que conllevan a que el afectado remueva el tapabocas en procura de una mejor respiración en una aglomeración. Igualmente, destacan que a la fecha Colombia no cuenta con estudios o investigaciones relacionados con la incidencia de los gases lacrimógenos en la expansión del virus. Al margen de lo conceptuado por la academia, debe igualmente tenerse en cuenta que, aún sin la presencia de gases lacrimógenos, las arengas, cánticos, coros y demás expresiones, propias de las manifestaciones, constituye un factor de riesgo, pues

producen gotículas, que de ser exhaladas por un manifestante portador del virus, sin el debido distanciamiento social y protección, constituye una fuente de contagio.

Sin desconocer los efectos físicos y psicológicos que producen temporalmente los agentes químicos utilizados por la fuerza pública para el control de disturbios, dicha circunstancia no puede ser considerada como una vulneración de los derechos fundamentales alegados, por cuanto su utilización como último recurso para el control de disturbios, conforme los antecedentes expuestos, es un medio idóneo, proporcional y legítimo para restablecer los derechos y orden público en eventos violentos o de abuso del derecho de reunión y manifestación, derechos que a su vez se encuentran actualmente limitados por las medidas sanitarias adoptadas bajo el deber de autocuidado y que exigen una rigurosa suspensión de aglomeraciones y el aislamiento preventivo, en especial de grupos con mayor riesgo de complicaciones asociadas a SARS-COV-2.

En estas circunstancias se impone el cumplimiento de las recomendaciones impartidas por las autoridades para contener el virus, exigencia que tiene un claro y expreso fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política, el cual impone a todas las personas el deber de procurar el cuidado integral de su salud y el de su comunidad, en armonía con la obligación de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (núm. 2º art. 95 C.P.).

Así las cosas, mientras dure la emergencia sanitaria, el accionante y todas las personas que pretendan ejercer el derecho a la movilización y protesta pacífica, deberán hacerlo atendiendo las normas y protocolos de bioseguridad, en los que se destaca la prohibición de salir de casa cuando presente síntomas de covid-19, pero especialmente mantener el distanciamiento social, usar tapabocas y eludir la participación en reuniones o aglomeraciones de más de 50 personas, lo cual no solamente

disminuye el riesgo de contagio, sino también disuade la realización de actos violentos, evitando la intervención de la fuerza pública.

En consecuencia, la situación hipotética planteada por el accionante, según la cual las falencias del ESMAD en el uso racional y moderado de la fuerza pública, señaladas en la sentencia STC7641 de 2020, implica que el empleo de gases lacrimógenos vulnera los derechos a la vida, salud e integridad personal de los manifestantes al someterlos a un mayor riesgo de contagio de COVID-19 y por ende deba suspenderse la utilización de los mismos hasta tanto se declare el país libre de dicho virus o se garantice la vacunación contra este, constituye un argumento que contrasta con principios de alto valor constitucional que impiden conceder el amparo solicitado, pues lo procedente en el presente caso es el estricto cumplimiento por parte del accionante de las recomendaciones para contener la pandemia cuando pretenda ejercer el derecho de movilización y protesta, a partir de lo cual resulta improbable la configuración de una amenaza o afectación de los derechos fundamentales alegados en la demanda de tutela.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se negará el amparo de los derechos solicitados.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., por intermedio de su Sala de Decisión Laboral, administrando justicia y por mandato de la Constitución Política

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela de primera instancia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR EL AMPARO de los derechos fundamentales alegados por el accionante, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes la presente decisión por el medio más expedito.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Honorable **CORTE CONSTITUCIONAL** para efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.