

República de Colombia



Rama Judicial

JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Correo electrónico: j05labctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-005-laboral-de-bogota/home>

INFORME SECRETARIAL: Al Despacho del Señor Juez hoy veintinueve (29) de octubre del año dos mil veinte (2020), informando que la presente acción de tutela se encuentra para fallo. Sírvase proveer.

GIOMAR ANDREA NEIRA CRUZ

Secretaria

JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre del año dos mil veinte (2020).

ACCIÓN DE TUTELA N° 11001-31-05-005-2020-00344-00

ACCIONANTE: MATHEO AUGUSTO RINCÓN GALVIS

**ACCIONADOS: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA GENERAL y
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

**VINCULADOS: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA
NACIONAL DE COLOMBIA – POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ**

Procede el Despacho a proferir el fallo que en derecho corresponda dentro del proceso de la referencia previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. El señor MATHEO AUGUSTO RINCÓN GALVIS identificado con cédula de ciudadanía No. 1.026.288.061, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y la PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, con el fin de que se ampare sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, presuntamente vulnerado por las accionadas.

2. Como hechos indica que como mandato constitucional se exige a las entidades estatales, incluidas aquellas concebidas como fuerza pública, el preservar la vida e integridad física de las personas, así como el prevenir e impedir cualquier amenaza a la misma; señala que la Corte Suprema de Justicia argumentó en la sentencia STC 7641-2020 que el Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD, institución encargada de mantener el orden público, existe falencia para usar de manera racional y moderada las armas, lo que constituye en una amenaza seria cuando se utilizan armas o elementos letales para la vida con la capacidad de causar un perjuicio irremediable *“para las personas que en el contexto del ejercicio de los derechos a la reunión y a la manifestación pública y pacífica, protestan por un fin legítimo”*; señala que el derecho a la salud, busca el aseguramiento del derecho fundamental a la vida y, por ende, la conservación a la misma; manifiesta que, adicionalmente, aparece un agravante en el uso de armas letales y el exceso de fuerza por parte de las autoridades durante las manifestaciones, dado que su actuar constante amenaza a la prerrogativa de los ciudadanos hacia la libertad de expresión, el derecho de reunión y la protesta pacífica y no violenta; señala que el Escuadrón Móvil Antidisturbios debe proteger salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos que se manifiesten libre y pacíficamente; indica que es importante considerar que la crisis sanitaria, producto de la pandemia por el virus SAR-CoV-2, ha generado la implementación de medidas de autocuidado como es el uso de tapabocas y, que el uso de las armas químicas entre las que se incluyen, los: a) dispositivos lanzadores de pimienta, con propulsión pirotécnica, gas o aire comprimido, b) granadas. Con cara química CS, OC, c) granadas fumígenas d) cartuchos con cargas químicas CS, OC y e)

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

cartuchos fumígenos, provocan un bloqueo de la función respiratoria induciendo al ahogamiento; indica que el artículo 18 de la Resolución 02903 de 2017, la Policía Nacional reconoce la prevalencia de letalidad en sus armas químicas, por lo que, en razón a su letalidad, aumenta la propagación de la enfermedad COVID-19; manifiesta que el cuerpo humano responde instintiva e involuntariamente a mantener la función de intercambio de gases de los pulmones, evitando la aspiración de cuerpos extraños (tos) y, que en la búsqueda de una mejor respiración, cualquier afectado con las armas químicas, procederá a despejar sus vías respiratorias removiendo los obstáculos que impiden el libre flujo de oxígeno como lo es el tapabocas; señala que el día 22 de septiembre de 2020, elevó derecho de petición, mediante el Sistema Distrital de Quejas y Soluciones, por medio del cual se solicitó a la Secretaría Distrital de Gobierno y a la Alcaldía Mayor de Bogotá, que hiciera cumplir a la Policía Nacional de Colombia, el Decreto 563 de 2015, petición radicado bajo el No. 2541812020, siendo asignada a la Secretaría General y trasladada a la Policía Metropolitana de Bogotá; el 6 de octubre de 2020, el Jefe de Oficina de Asuntos Jurídicos de la Policía Metropolitana de Bogotá, contestó la petición, limitándose en enunciar los fundamentos jurídicos que facultan su actuar, sin referirse a la letalidad incrementada en la utilización de armas químicas dentro del marco de la pandemia del COVID-19.

Por lo anterior, solicita se ampare sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, así como de todos aquellos que hacen uso del derecho constitucional a reunirse y manifestarse públicamente y pacíficamente y, se ordene a las accionadas a suspender el uso de armas químicas por parte del Escuadrón Móvil Antidisturbios, hasta que la Nación se declare libre de COVID-19 o, en su defecto, se garantice el derecho a una vacuna efectiva sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica e ingreso socioeconómico.

DOCUMENTAL

3. Como pruebas aportó la petición realizada ante la Secretaría de Gobierno, respuesta emitida por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Metropolitana de Bogotá, el día 6 de octubre de 2020 y pantallazo de la publicación realizada por la señora alcaldesa de Bogotá D.C., Doctora CLAUDIA LÓPEZ, mediante la red social twitter.

ACTUACIÓN PROCESAL

4. A través de auto del jueves 15 de octubre de 2020, el despacho consideró que, en virtud de las reglas de reparto establecidas en el Decreto 1983 de 2017, la presente acción debía ser repartida al Tribunal Superior de Distrito Judicial, toda vez que se estaba accionando contra la Presidencia de la República.

5. Por providencia del viernes 16 de octubre de 2020, la corporación decidió devolver la acción de tutela a este despacho por considerar que no se estaba endilgando ninguna acción u omisión desarrollada por el Presidente de la República.

6. Este Despacho, mediante auto calendado el lunes diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020), admitió la solicitud de amparo antes referida en contra de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARIA GENERAL y la NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Así mismo, se ordenó vincular a la presente acción a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA – POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ, y, ordenó notificar conforme a la ley, concediendo a las entidades accionadas un término de veinticuatro (48) horas, para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la demanda a fin de que ejerciera el derecho de defensa y de contradicción.

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

7. De igual forma, se ordenó oficiar a las FACULTADES DE MEDICINA de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, así como a la FUNDACIÓN NEUMOLÓGICA COLOMBIANA, para que se sirvan rendir concepto sobre el impacto en la salud humana en la utilización del gas lacrimógeno; si en Colombia, se ha realizado algún estudio sobre la utilización de este gas y si dicha utilización puede o no agravar o la predisposición a que una persona adquiera el CORONAVIRUS SARS-CoV-2 causante de la enfermedad COVID 19.

8. La SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL, allegó contestación indicando que se opone frente a los argumentos y pretensiones esbozados por el accionante, los cuales no solo no se ajustan a los requisitos de procedencia de la acción de tutela, sino que además ya se han tomado medidas ordenadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Corte suprema de Justicia, en cuanto a las manifestaciones pacificas y/o protestas, además el ciudadano no brinda elementos probatorios que constaten o prueben lo afirmado, la Alcaldía Mayor de Bogotá- Secretaría Jurídica Distrital no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante de ninguna manera. Así mismo, manifiesta que es la Policía Nacional de Colombia, el Ministerio de Salud y Ministerio del Interior quienes, por competencia, deben pronunciarse de fondo con relación a la suspensión del uso de armas químicas por parte del Escuadrón Móvil Antidisturbios, toda vez que obedecen a políticas y directrices propias de los mencionados entes de nivel central y, los cuales, se encuentran regulados por decretos, resoluciones entre otros, políticas ajenas al Distrito capital. De igual forma, enuncia que la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaria Jurídica Distrital, respeta el derecho a la manifestación pública y pacífica, a la vida y a la salud y, que en el escrito de tutela no se evidencia que la accionada vulnerara dichos derechos al ciudadano. Señala que, en cuanto a la pretensión de amparar el derecho a la manifestación pública y pacífica, ya se han tomado medidas y directrices en el tema, por parte del Gobierno Nacional y que implementará la Administración Distrital, como el Decreto 1139 del 2020, expedido el 19 de octubre por el Ministerio del Interior, cabe resaltar que la utilización de gases pimientas y otros, obedece a protocolos previamente establecidos en todo el territorio Colombiano y,

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

que por consiguiente, no depende de la discreción de la Alcaldía Mayor de Bogotá, sino de políticas nacionales y de un bienestar común y colectivo de los ciudadanos, es un medio de control de algunas manifestaciones que se convierten en vandalismo, pero la competencia para pronunciarse de fondo es la Policía Nacional de los Colombiano. De otra parte, señala que, si el accionante considera podrá acudir a la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Policía Nacional, para la regulación de este tipo de instrumentos, no de pleno a la acción de tutela. De igual forma, reitera que no la presente acción de tutela no es procedente ni aplicable, toda vez que se encuentra frente a un hecho superado en la medida que ya existen los protocolos y directrices para el desarrollo de las manifestaciones pacíficas. Finalmente, señala que existe falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Capital e imputabilidad causal – falta de nexo de causal, toda vez que la causal jurídica implica que el hecho le es imputable a la administración por la acción u omisión en el cumplimiento de las competencias que la ley le ha asignado, situación que en la presente acción de tutela no se establece cuáles fueron las presuntas acciones u omisiones por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Por lo anterior, solicita sea desvinculada de la presente acción a la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría Jurídica Distrital.

9. La SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD allegó contestación señalando que no es la competente para pronunciarse de fondo en el presente caso, toda vez que no se indica la negación de la prestación de servicio de salud; sin embargo, menciona que e han realizado acciones que la secretaria Distrital de Salud ha efectuado para la solución a la emergencia sanitaria a consecuencia del Covid 19, para lo cual advierte a este estrado judicial que, desde el pasado 17 de marzo, por parte de la entidades en salud se ha habilitado 7 laboratorios de Salud pública, los cuales fueron adecuados para realizar pruebas diagnósticas, así como todo el personal médico presente para esta contención, esta preparado. De igual forma, señala que la evolución del COVID-19 ha llevado a los gobiernos a nivel mundial, a que actualicen las normas y protocolos de manera constante, por lo que se encuentran siempre atentos a la dinámica de esos cambios. Así mismo, manifiesta que el Ministerio de Salud y Protección Social y la Secretaría Distrital de Salud se ha encargado de impartir y aplicar las

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

medidas sanitarias pertinentes para atender situaciones como la generada por el coronavirus COVID-19 y, de oficiar la información y los protocolos de atención para las áreas de salud pública (hospitales, personal de salud, servicios médicos aeroportuarios) y organización de mesas de trabajo permanentes con las autoridades competentes. Por lo expuesto, solicita que se declare que la Secretaría Distrital de Salud, no ha incurrido en la violación de ninguno de los derechos del accionante, por falta de legitimación por pasiva.

10. La PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, allegó contestación indicando que de acuerdo a la solicitud realizada por este Despacho mediante providencia de fecha 19 de octubre de 2020, informa que mediante la Ley 525 de 18 de agosto de 1999, el Congreso de la República aprobó la “... *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción ...*” Hecha en Paris el 13 de enero de 1993. Asimismo, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C – 328 de 22 de marzo de 2000, declaró la exequibilidad de la precitada ley. Por otra parte, señala que se opone a la presente acción, por cuanto existe improcedente de la acción de tutela en razón a la falta de legitimación en la causa por activa, por cuanto que el actor no cuenta con capacidad o interés legítimo para alegar una afectación o amenaza grave derivada de la operatividad ni de la gestión del ESMAD y/o Policía Nacional, toda vez que la presente acción, se encuentra basada en meras suposiciones. Señala que la intervención del Juez de tutela para evitar hechos que no han sucedido o falle como si no existieran protocolos claros que establecen el marco legal que regula la actuación de las autoridades de policía, en especial de la Policía Nacional, es improcedente. De igual manera, manifiesta la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, argumentando que, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 y la Corte Constitucional la acción de tutela tiene como finalidad proteger derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados y/o afectados y, para el presente caso, la acción de tutela es improcedente, en tanto, no acreditó de qué manera las entidades que represento quebrantaron las prerrogativas invocadas, además, la misma está basada en hechos cometidos por algunos individuos de la Policía Nacional, frente a los cuales, las autoridades competentes vienen adelantando

todas acciones a que haya lugar. Igualmente, la acción de tutela, se soporta en suposiciones de hechos futuros y a la luz de la jurisprudencia Constitucional existe una imposibilidad para el juez de tutela de conceder el amparo invocado a partir de simples suposiciones sobre hechos futuros para precaver hipotéticas vulneraciones a derechos fundamentales. Por otra parte, señala que existe la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto que, en este asunto, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y/o el señor Presidente de la República no han dado ninguna orden frente a los hechos objeto de estudio, por el contrario sigue invitando a que las manifestaciones sean garantizadas y que la desobediencia sea una forma de puente para construir y no solo un tema de satisfacción de índole moral y personal que se manifiesta a través de movimientos colectivos. De igual forma, manifiesta la inexistencia de derechos fundamentales vulnerados y falta de legitimación material en la causa por activa por improcedencia de la agencia oficiosa, como quiera que el accionante se presenta, sin probar siquiera sumariamente, la imposibilidad de estas personas para actuar por sí mismas y que no se encuentran en condiciones de ejercer su derecho de defensa, así como tampoco allegó la documentación que lo acredite para actuar en defensa de los intereses de dichos ciudadanos. Por lo anterior, se ordene la falta de legitimación material en la causa por pasiva y, en consecuencia, se ordene su desvinculación por no existir nexo causal entre la presunta violación o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el actor y, se declare la falta de legitimación material en la causa por activa. En el caso de no prosperar la solicitud principal, como petición subsidiaria, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela por la inexistencia de la vulneración.

11. La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL – SECRETARÍA GENERAL, allegó contestación, manifestando que el ejercicio de los derechos objeto de estudio dentro de este acápite, al tener como escenario primigenio el espacio público, incide en las garantías constitucionales de otros ciudadanos, así las cosas, la protección del mismo no puede desencadenar un desequilibrio irrazonable frente a los derechos de terceros, la seguridad ciudadana y el orden público, ni puede desde ninguna perspectiva

significar un bloqueo absoluto a la vida en sociedad. Así mismo, señala que el derecho de reunión y manifestación es de doble vía, como quiera que quienes serán los titulares en las marchas deben respetar y propender porque sus garantías superiores no vayan en contraposición del interés general y de los fines del Estado Social de derecho, los cuales son la razón de la Policía Nacional de Colombia, entidad que deberá garantizar la institucionalidad, la gobernabilidad y la estabilidad de la nación desde el aseguramiento de la convivencia y la vigencia de un orden justo. De otra parte, señala la creación, la misión y las funciones del escuadrón móvil antidisturbios - ESMAD, en el acompañamiento de las manifestaciones, por lo que señala que como se logra evidencia, la Policía Nacional esta en las manifestaciones públicas y pacíficas con el ánimo de acompañar y garantizar el derecho a la manifestación, previniendo y controlando alteraciones a la convivencia y seguridad ciudadana, ante la presencia de graves amenazas o riesgos, con el fin de disipar la causa de las mismas. Indica que el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional se rige por los principios de necesidad, legalidad, proporcionales y racionalidad, siempre es considerada como el último recurso, está soportada en la orientación internacional, en la normatividad vigente y en la doctrina institucional, para proteger la vida e integridad física de las personas incluida a de ellos mismos, sin mandamiento previo y escrito, para prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública. Con respecto al uso de la fuerza y el empleo de las armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales para los integrantes de la Policía Nacional, la Policía Nacional, ante la ocurrencia de comportamientos a la convivencia o infracciones a la Ley penal que afecta la seguridad, tiene el deber jurídico de intervenir, para lo cual se expidió la Resolución No. 02903 de 23 de junio de 2017. Por lo anterior, determina que, para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, se encuentran claramente autorizados el uso de agentes químicos, denominados como armas menos letales, las cuales, si bien pueden causar efectos en el personal manifestante, en todo caso son menos lesivas, en la atención de incidentes. De otra parte, manifiesta la importancia de garantizar los derechos fundamentales de defensa y debido proceso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, toda vez que no fue notificada del auto admisorio de la presente acción de tutela y, por ello se observa

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

configurada la causal de nulidad absoluta. Igualmente, señala la ausencia de pruebas para soportar la acción de tutela, toda vez que es deber del actor demostrar fehacientemente la vulneración que se alega, lo cual no se arribo, lo cual llama al fracaso de las pretensiones y, es por ello, que se trata de inducir al operador judicial a los denominados error de hecho y de derecho, toda vez que no hay prueba que determine un actuar indebido o irresponsable de la Policía Nacional en cuanto al uso de agentes químicos aludidos por la parte actora. Así mismo, manifiesta que existe falta de legitimación en la causa por activa, improcedencia de la acción de la acción de tutela por no cumplir con el presupuesto de subsidiariedad, improcedencia de la presenta acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Finalmente, manifiesta que de acuerdo con la situación actual con ocasión a la emergencia sanitaria del COVID 19, la accionada deja de presente que, si en el caso hipotético que el tutelante sea positivo para COVID 19 y quiera salir a manifestarse pública y pacíficamente, este podría verse inmerso en las restricciones dictadas por el Gobierno Nacional y la administración distrital las cuales unisonó determinaban directrices que implican un distanciamiento social, en aras de prevenir y mitigar la propagación del virus y, en el caso de ser asintomático y decide asistir a aglomeraciones de público complejas, podría estar inmerso en la conducta tipificada en la ley como delito denominado PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA. Por lo anteriormente expuesto, solicita se deniegue las suplicas del accionante ante la improcedencia de la acción de tutela.

Observando todo lo anterior y cumplidas como se encuentran las etapas procesales pertinentes, procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la acción de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA

Este estrado judicial mediante providencia de fecha 15 de octubre de 2020, resolvió remitir la presente acción de tutela a la Oficina Judicial de Reparto, para que fuera asignada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en razón a las reglas de reparto señaladas en el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, el cual modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015.

Al respecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil determinó que de acuerdo con la narración realizada en el escrito de tutela así como de las pretensiones, no se desprende ninguna conducta por acción u omisión ejercida y desarrollada por el señor presidente de Colombia, toda vez que de los hechos expuestos, obedecen a las actuaciones de la Presidencia de la República, Policía Metropolitana de Bogotá y la Alcaldía Mayor, entidades que hacen parte del sector central en el orden nacional, razón por la cual, determinó que este Despacho judicial debía conocer de la presente acción de tutela.

Por lo anterior, este Despacho mediante providencia de fecha 19 de octubre de 2020, dispuso obedecer y cumplir lo ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Civil, en providencia de fecha 16 de octubre de 2019 y procedió admitir la presente acción de tutela.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Observa el Despacho que la accionada la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL – SECRETARÍA GENERAL, solicita sea vinculada y notificada dentro de la presente acción de tutela a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que no se le vulnere el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que una de las

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

funciones legales establecidas para la mencionada entidad, es ejercer la defensa jurídica de los intereses que puedan resultar conculcados en los procesos donde esté involucrada una de las entidades públicas del Estado Colombiano o la Nación y, de conformidad con lo señalado en el artículo 610 del Código General del Proceso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en sentencia STC7641-2020, de fecha 22 de septiembre de 2020, indicó lo siguiente:

*“(...) pues, si bien el artículo 611 del Código General del Proceso¹⁵ indica que la referida agencia debe ser convocada ante cualquier jurisdicción cuando el Estado resulte demandado, también lo es, **su intervención es potestativa; además, la participación de dicho ente, en pleitos ya iniciados, suscita su suspensión, aspecto opuesto al carácter célere, preferente y sumario de la acción de tutela.***

***De tal manera, su presencia en el litigio no resulta forzosa, por cuanto la determinación que acá se adopte no la afecta directamente,** máxime, si el pliego introductor no le atribuye conducta alguna y si, en todo caso, en esta instancia sí fue enterada de esta tramitación, dadas las decisiones previamente adoptadas, en relación con ciertos elementos probatorios aportados por los tutelantes. (...)”*
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Como se puede observar, el vincular o no a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO es una facultad potestativa del Juez constitucional que tiene conocimiento de la acción de tutela, toda vez que no es obligatorio su llamamiento como quiera que no se evidencia que la decisión que se vaya a adoptar en esta instancia, llegase a afectar los intereses del estado.

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

Por lo anterior, este estrado judicial no accede a la solicitud de vinculación y notificación del auto admisorio de la presente acción de tutela, a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

Las accionadas argumentan dentro de los escritos de contestaciones que en la acción de tutela se evidencia la inexistencia de la legitimación en la causa por activa por parte del actor.

Con respecto a la legitimación del accionante, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en sentencia STC7641-2020, de fecha 22 de septiembre de 2020, señaló lo siguiente:

“(...) Algunas de las autoridades accionadas alegaron en la réplica al escrito inaugural que los suplicantes carecían de interés para accionar, dado que no acreditaron estar involucrados, directamente, en las manifestaciones objeto de la contienda y, por ello, sus pedimentos debían ser desestimados.

Al respecto, se aprecia que los accionantes plantearon la salvaguarda desde la óptica de la “amenaza” a sus garantías en el ejercicio de la protesta pacífica ante las “sistemáticas” agresiones del ESMAD, que, en su percepción, les restringe tal prerrogativa por el temor que les genera dicho cuerpo policial. Pero, además, es inocultable, algunos de los intervinientes han visto afectados sus derechos fundamentales directamente.

*Bajo ese horizonte, los tuteantes tienen legitimación para implorar protección a sus derechos fundamentales porque de acuerdo con el canon 1° del Decreto 2591 de 1991, “(...) **toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (...)”*

el auxilio a sus intereses, cuando éstos resulten amenazados por entidades publicas como las aquí enjuiciadas.

Con esa comprensión, para el caso, no se requiere que todos o algunos de los actores hubiese participado en los hechos acá esbozados, pues el ejercicio del ruego tuitivo no está supeditado a un requisito previo que impida concurrir a quien se sienta afectado en sus derechos, para clamar el amparo de la Constitución Política a través de esta vía, aspecto que, a su vez, descarta per se, el incumplimiento del presupuesto de inmediatez alegado por la pasiva. (...)

Como se puede observar, la presente acción de tutela se instauró como medio preventivo a una posible situación y/o evento que, en el desarrollo del derecho a la protesta, reuniones y manifestación, podría generar una eventual propagación del CORONAVIRUS SARS-CoV-2 causante de la enfermedad COVID 19, como consecuencia de la utilización de armas no letales por parte del Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD, no solo para aquellas personas que se encuentran activas en manifestaciones pacificas, si no que también, se debe proteger a aquellos los ciudadanos que no se encuentran manifestando pero si circulando en esos momentos.

PROTESTA PACIFICA

Ahora bien, con respecto a las protestas pacíficas, la sentencia en mención determinó lo siguiente:

*“(...) 5.1.3. En general, el tratamiento de la cuestión que a continuación analiza la Sala, se relaciona esencialmente con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al de protesta **pacífica y no violenta**, por cuanto esta Corte censura todas las formas violentas e irracionales de formular reclamos para la protección de derechos, y por el contrario, llama a la convivencia, a la tolerancia y a la no violencia.*

5.2. De la cuestión objeto de análisis constitucional

Efectuadas las anteriores precisiones, corresponde advertir que la presente controversia consiste en determinar si las entidades accionadas, amenazan los derechos fundamentales de los demandantes a reunirse para protestar de manera libre y pacífica, ante sus presuntas prácticas sistemáticas, consistentes en (i) actuar arbitraria y violentamente con el fin de impedir el curso de las manifestaciones; (ii) “estigmatizar” a quienes de manera moderada, salen a las calles a cuestionar, refutar y criticar las labores del gobierno; (iii) proceder con desproporción en el uso de la fuerza con armas letales y químicas; (iv) detener ilegal y abusivamente a quienes ejercen las enunciadas prerrogativas con tratos inhumanos, crueles y degradantes; y (v) efectuar ataques contra la libertad de expresión y de prensa.

(...)

5.2.3. En cuanto al contenido fundamental del derecho a reunirse y a manifestarse pacíficamente, la Corte Constitucional expuso:

“(...) [L]a Constitución de 1991 eliminó la facultad discrecional que tenía la autoridad para definir los casos en los cuales se podía disolver una reunión y, por el contrario, estableció que sólo la ley podrá instituir de manera expresa los límites al ejercicio de este derecho. Desde lo jurídico, este cambio normativo supone la reducción de la discrecionalidad en cabeza de la autoridad y, a su vez, disminuye la toma de decisiones arbitrarias y con abuso del poder en relación con los derechos de reunión y manifestación pública y pacífica (...).”

“(...) Así, la Constitución expresamente establece que la reunión y la manifestación pública y pacífica son derechos fundamentales, lo cual tiene como trasfondo la intención de fortalecer el principio democrático en el sistema constitucional actual. Igualmente, que sólo

el Legislador es el facultado para definir el marco de acción de la autoridad administrativa y los límites a estos derechos (...)”.

*“(...) [Asimismo, se] amplió el marco de acción de estos derechos, pues mientras antes los residentes en Colombia sólo podían “congregarse pacíficamente”, ahora además de eso pueden reunirse y **manifestarse pacífica y públicamente**. Estos elementos adicionales que encontramos en el artículo 37 (manifestación/pública) también son evidencia del referido cambio, ya que, a partir de 1991, se incluye en el texto constitucional la facultad de expresión individual o colectiva en el espacio público, de las diversas opiniones, inconformidades o críticas (...)*”.

“(...) Este cambio, sin duda influye en el fortalecimiento democrático y constitucional, pues permite que se conozcan las diversas corrientes de pensamiento, ideologías y expresiones que coexisten en la vida nacional; contribuye a disminuir el déficit de representación de muchos sectores de la sociedad colombiana y busca “llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades que ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades” (...)”.

“(...) [Igualmente] es claro que la protección a la libre expresión de ideas y opiniones, a través de los derechos de reunión y manifestación pública y pacífica incide directamente en el desarrollo de uno de los principios fundantes del Estado como es el principio pluralista (art. 1o Const.). Como lo determinó esta Corporación “e l pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está

justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior”

(...)

*(...)”. Así mismo, en la Sentencia **C-089 de 1994**, esta Corporación explicó el alcance de este principio fundante del Estado y dijo que el pluralismo era connatural a la democracia la relación entre el valor del pluralismo y los valores protegidos por los derechos humanos corresponde a una relación entre la forma y el contenido, entre las condiciones de posibilidad y la realización. El pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático” (...)*”.

“(...) En ese orden de ideas y tal y como lo ha reiterado esta Corporación, con la consagración del artículo 37 Constitucional: (...)”.

“(...) [El] Constituyente de 1991 quiso revelar que, por su origen, el orden constitucional vigente está edificado sobre la base de una confianza amplia y justificada en la capacidad colectiva del pueblo colombiano para discutir pública y abiertamente los asuntos que le conciernen (CP art. 2), y también para conformar, controlar y transformar sus instituciones en parte a través de manifestaciones públicas y pacíficas. Así, el artículo 37 de la Constitución de 1991 propone un modelo de democracia más robusta y vigorosa que la encarnada por el proyecto de la Constitución de 1886. Al pueblo hoy se le reconoce su capacidad y su derecho a deliberar y gobernar, no sólo por medio de sus representantes, a través del sufragio, sino por sí mismo y por virtud de la deliberación colectiva, pública y pacífica. Con lo cual, simultáneamente, la Constitución de 1991 dice que esa

forma de autogobierno debe ser compatible con la paz (CP art. 22)” (...).“

“(...) Es decir, la reunión y la manifestación pacífica en espacios públicos y específicamente la protesta en el régimen constitucional, constituyen un mecanismo útil para la democracia y para lograr el cumplimiento cabal del pacto social, pues es a través de estos medios de participación que muchas veces se expresan las inconformidades ciudadanas de grupos sociales que no han sido escuchados institucionalmente (...).“

...

Desde esa perspectiva, la libertad de expresión, en relación con las prerrogativas a la reunión, manifestación y protesta pacífica, al estar conexas, pues de la primera fluyen las otras y, por tanto, enmarcan contextos individuales y colectivos susceptibles de ser protegidos por vía de tutela, cuando quiera que estén bajo vulneración o amenaza.”

EMERGENCIA SANITARIA

Ahora bien, como lo señaló la entidad accionada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL – SECRETARÍA GENERAL, la Organización Mundial de la Salud – OMS, declaró el 11 de marzo de 2020, como pandemia el Coronavirus COVID-19, razón por la cual el Gobierno Nacional, ordenó lo siguiente:

- Mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de la

misma, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos.

- A través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo
- Por su parte, los decretos 457, 531, 596, 636, 749, 990, 1076, 1168, 1197 de 2020, han venido prorrogando el denominado aislamiento preventivo obligatorio de los colombianos.
- Finalmente, la última prórroga de la emergencia sanitaria se produjo con la resolución 1462 del 25 de agosto de 2020, la cual se extenderá hasta el próximo 30 de noviembre.

USO DEL GAS LACRIMÓGENO POR PARTE DEL ESCUADRÓN MÓVIL ANTIDISTURBIOS – ESMAD Y COVID-19

Aducen las accionadas que lo debatido a través de la presente acción ya fue objeto de decisión por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección “B”.

Al respecto, no puede perderse de vista que en el trámite de la acción de tutela todos los funcionarios judiciales son jueces constitucionales, independientemente de su superioridad funcional y aún no se ha dispuesto por la Corte Constitucional la revisión o no de dichos fallos. No desconoce este titular el valioso y gran aporte de la sentencia STC7641-2020 emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el pasado 22 de

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

septiembre. Es más, varias de las consideraciones allí expuestas se trajeron a este fallo por compartirlas plenamente.

Sin embargo, nótese que la materia esencial de esta tutela no fue objeto de pronunciamiento expreso por dichas autoridades judiciales y mucho menos, el riesgo o no que implica la utilización de agentes químicos durante la pandemia generada por el virus SARS-CoV-2.

Entrando entonces en el objeto de la presente acción, debe indicarse que el accionante se duele sobre el riesgo de la utilización del comúnmente denominado “gas lacrimógeno”, dentro del contexto de pandemia que nos rodea.

Según la literatura médica el gas lacrimógeno es una "denominación común para referirse a una familia de compuestos químicos" integrada por unos "quince químicos usados mundialmente como agentes lacrimógenos", y caracterizada por la facultad de estos compuestos de "causar discapacidad temporal" (UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO – CHILE – noviembre de 2019 “Informe acerca del uso de gases lacrimógenos por agentes del Estado” <https://medicina.uv.cl/attachments/article/226/Informe%20lacrimógenas%20uso%20general.pdf>).

En nuestro país, encontramos este tipo de gases enunciados dentro de la resolución No. 02903 del 23 de junio de 2017, por la cual se expidió el reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales, por la Policía Nacional. En su artículo 18 se clasifican estas armas y elementos en diferentes tipos, a saber: mecánicas cinéticas, **agentes químicos**, acústicas y lumínicas y dispositivos de control eléctrico y auxiliares.

En lo correspondiente a los **agentes químicos**, se establecen: a) Dispositivo lanzador de pimienta, con propulsión pirotécnica, gas o aire comprimido; b) Granadas con carga química

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

CS, OC; c) Granadas fumígenas; d) Cartuchos con carga química CS, OC y, e) Cartuchos fumígenos.

En cuanto a su composición, farmacología y toxicidad, en el estudio reseñado y elaborado por la Universidad de Valparaíso de Chile, se indicó:

“El clorobenzilideno malononitrilo (CS) es una variante del agente antidisturbios cianuro de bromobencil (CA). Existe como una familia de tres formas: CS, CS1 y CS2, siendo "CS" el compuesto en forma pura, mientras que "CS1" y "CS2" identifican mezclas de agente cristalino y un aerogel respectivamente. El CS se prepara como el producto de condensación de clorobenzaldehído y malononitrilo o el producto de condensación de o-clorobenzaldehído con cianoacetamida y posterior deshidratación.

...

La composición típica para la diseminación del agente antidisturbios en su formato pirotécnico consiste en 45% de agente CS, 30% de clorato de potasio, 14% de resina epóxica, 7% de anhídrido maleico, 3% de anhídrido metilnádico y 0.03% de balance residual mixto.

...

Aunque las toxicidades intrínsecas de cada uno de los componentes no se encuentran estudiadas en detalle, las hojas de seguridad individuales de cada químico dan cuenta de toxicidad significativa. Debe tenerse en cuenta también potencial el efecto sinérgico, más difícil incluso de estudiar en población general.

...

El blanco de acción molecular tanto de éste, como de otros gases lacrimógenos (CN y CR), es el receptor TRPA 1: un canal iónico ubicado en los nociceptores² que, al activarse, induce la despolarización a nivel de

membrana celular, produciendo un potencial de acción. Los nociceptores se ubican en todo el cuerpo a nivel cutáneo, corneal, conjuntiva, membranas mucosas y en tracto respiratorio; de aquí se desprenden la cascada de eventos clínicos conocidos del uso de estos gases.

En el caso de OC (gas pimienta), el blanco molecular es el receptor TRPV1 que, al igual que TRPA1, es un canal iónico ubicado en nociceptores. La exposición a gases lacrimógenos induce cambios en el pH, produciendo acidificación del tejido expuesto al tóxico. Esto induce la activación de TRPV1, el que acoplado a un receptor de proteína G genera liberación de bradiquininas, prostaglandinas y citoquinas inflamatorias.

Dadas las propiedades electrofílicas que tienen los gases lacrimógenos, se cree que son muchas otras las biomoléculas con que también interactúa. El CS reacciona con la humedad en las membranas mucosas e irrita los ojos, la nariz, la boca, la piel y las vías respiratorias. En presencia de humedad, el CS se hidroliza rápidamente a malononitrilo y clorobenzaldehído, que tiene características ácidas y cada uno de ellos experimenta una reacción adicional a algunos metabolitos ácidos adicionales. Además, el cloro liberado del CS a altas temperaturas, mientras se dispersa con métodos pirotécnicos reacciona con la humedad en las membranas mucosas que producen ácido clorhídrico. En consecuencia, CS y sus productos acidóticos tienen efectos irritantes directos sobre las membranas mucosas.

Al tener influencia directa en la reducción de la capacidad de óxido-reducción, culmina en un aumento de radicales libres a nivel celular, en los fluidos de revestimiento epitelial (pulmonar). Esto causa una agresión a nivel mitocondrial, de transcripción proteica e incluso en el núcleo celular, siendo capaz de inducir mutaciones del DNA.

Algunos de los subproductos que se forman durante la aerosolización térmica de CS incluyen compuestos potencialmente dañinos como el cianuro (HCN) y el malononitrilo. Estos subproductos pueden ser más peligrosos que los CS, según la concentración y la duración de la exposición.

...

Los estudios metabólicos indican que el CS absorbido se metaboliza a cianuro, en los tejidos periféricos. Sin embargo, la posibilidad real de exposición a los niveles de CS que causen una generación significativa de cianuro a nivel de tejido es controvertida. Por otra parte, esto ignora la ingestión de gases lacrimógenos químicos que pueden ocurrir con la deposición faríngea de compuestos CS, no completamente dispersos y la ingestión de secreciones respiratorias.

El efecto letal de CS por inhalación se debe a daño pulmonar, que conduce a asfixia e insuficiencia circulatoria. La bronconeumonía secundaria a una lesión del tracto respiratorio también puede ser una causa de muerte. Los cambios patológicos que involucran tejidos extrapulmonares (por ejemplo, hígado y riñones) después de la exposición a altas concentraciones de CS son secundarios a insuficiencia respiratoria y circulatoria.

ii. Efectos Adversos.

La exposición a CS y OC (gas pimienta) se produce un amplio espectro de efectos sobre la salud, a nivel agudo y crónico. La exposición aguda a CS en concentraciones utilizada por la policía para control de disturbios produce irritación instantánea de ojos, nariz, boca, piel y vías respiratorias.

Una consideración importante, a la hora de revisar evidencia, es que muchos de los estudios sobre efectos adversos han sido realizados en modelos animales o voluntarios sanos de Fuerzas Armadas, excluyendo, por ejemplo, personas con enfermedades respiratorias. Es notorio el ejemplo de un estudio que descarta hiperreactividad bronquial, pero que sólo tomó 7 voluntarios sanos.

Altas concentraciones de CS u OC pueden provocar severos síntomas respiratorios como síndrome de disfunción reactiva de la vía aérea en individuos sometidos a CS y OC, además de hemoptisis. La infiltración del tracto respiratorio bajo puede inducir edema pulmonar, apnea y paro respiratorio.

Si consideramos que las personas portadoras de Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica, son aproximadamente un séptimo de la población mayor de 40 años en Chile, y cerca de la mitad, si son fumadores del mismo grupo etáreo, podemos advertir el riesgo de no considerar condiciones como esta a la hora de estudiar los riesgos. Considerando que la Hipertensión Arterial afecta aproximadamente a una quinta parte de la población adulta de nuestro país, un producto que eleva bruscamente la Presión Arterial, también debiera ser evaluado en ese sentido.

iii. Efectos Inmediatos.

Dentro de otros efectos agudos, se reconocen:

Efectos oftalmológicos: ardor, edema, epífora, sensación de cuerpo extraño e incluso blefaroespasma.

Efectos dermatológicos: prurito, erupción cutánea, dermatitis de contacto alérgica.

Efectos respiratorios: tos, salivación, disnea, dolor torácico, broncoespasmo, neumonitis y edema pulmonar agudo.

Efectos gastroenterológicos: náuseas, vómitos y gastroenteritis severa con perforación.

Efectos cardiovasculares: taquicardia, aumento de presión sanguínea, infarto agudo al miocardio y falla cardíaca.

...

iv. Efectos respiratorios a mediano y largo plazo.

El uso de gas lacrimógeno en disturbios o casos de desorden civil a gran escala podría resultar en exposiciones prolongadas, repetidas o altamente concentradas, que representan una amenaza mayor para la salud respiratoria de las personas.

Las altas concentraciones de CS u OC pueden provocar síntomas respiratorios graves, como síndrome de disfunción reactiva de las vías respiratorias hemoptisis o, incluso, edema pulmonar agudo.

El estudio de más de 6000 reclutas del ejército de EE. UU., sometidos a entrenamiento con gas lacrimógeno, mostró que incluso en estos jóvenes, en general relativamente sanos, vieron incrementado su riesgo de enfermedad respiratoria aguda; con un riesgo aumentado al aumentar la dosis. Se encontró relación entre la exposición a estos gases y el incremento de

infecciones respiratorias, incluida la influenza. Estudios de seguimiento posteriores a la reducción de dosis de CS (que anteriormente excedían mucho los niveles aceptados por el National Institute for Occupational and Safety and Health Administration) redujo también la incidencia de infecciones respiratorias.

v. Otros efectos.

Existe evidencia circunstancial que sugiere una correlación entre la exposición a CS y el aborto espontáneo. Se han desarrollado experimentos in vitro que han demostrado que el CS es clastogénico, mutagénico y que puede causar un aumento del número de cromosomas anormales.

...

Existen reportes de utilización excesiva, por ejemplo, en Seúl, en 1987, con personas fallecidas y víctimas de Infartos Agudos al Miocardio. Esto llevó a la prohibición de su uso para dispersar multitudes en dicho país (sic).

..."

No es de extrañar que en Chile se le haya dado mayor importancia al estudio de esta situación, dado el ejercicio recurrente del derecho a la protesta y las consecuencias que de ello se han derivado, algunas de ellas que comparte nuestro país como los lamentables hechos de fallecidos por el ejercicio desproporcionado del uso de la fuerza por parte de agentes del estado.

Colombia y Chile comparten un sentimiento de protesta que ha venido en aumento dadas también las similitudes en la aplicación de las políticas económicas que se han dado en estas dos naciones. Piénsese, por ejemplo, en la estructura del sistema de seguridad social en pensiones chileno cuyo modelo inspiró el régimen de ahorro individual con solidaridad colombiano, basado en el ahorro y su capitalización y que ha generado un malestar en la

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

población chilena dado su bajo retorno para satisfacer las necesidades básicas en la vejez. Esta misma situación se advierte en nuestro país, pero, afortunadamente, tal violación a la dignidad humana y de la congrua subsistencia de las personas de la tercera edad o próximas a pensionarse, se ha venido corrigiendo en Colombia a través de decisiones judiciales. Y como resultado de ese ejercicio del derecho de protesta, se logró en Chile la convocatoria a una asamblea constituyente para redactar la nueva carta magna, con la particularidad que deberá ser compuesta de forma paritaria entre mujeres y hombres.

De allí que sea literatura obligada para resolver este caso la chilena, dado que en nuestro país son escasos los estudios sobre el impacto de estos agentes químicos en la salud humana.

Recuérdese que, con la admisión de la presente acción, se solicitó concepto a las facultades de medicina de las universidades de Antioquia, Nacional y Javeriana, y así mismo a la Fundación Neumológica Colombiana.

Entiende el Despacho que dada la premura de tiempo en la que se debe resolver la presente acción algunas facultades no alcanzaron a aportar dicho concepto. En efecto, únicamente lo hicieron la Universidad de Antioquia y la Fundación Neumológica Colombiana. Como se puede advertir de estos conceptos, se reafirma la ausencia de estudios por parte de entidades encontrándose únicamente en el campo académico. Dijo la Universidad de Antioquia:

“Los irritantes químicos incluyen una variedad de compuestos químicos que producen irritación sensorial; comúnmente conocidos como “gas lacrimógeno”, dichos irritantes vienen en una variedad de formulaciones, tamaños y concentraciones. Categorizado como producto no letal o menos letal, la percepción general es que no causa lesiones permanentes o la muerte cuando la exposición es muco-cutánea y en ambientes abiertos, pero la

exposición en el corto plazo puede producir las siguientes manifestaciones clínicas y complicaciones:

- a. Oculares: lagrimeo excesivo transitorio, irritación ocular y nasal, espasmo de los párpados, visión borrosa, edema periorbitario.*
- b. Respiratorias: rinorrea, odinofagia, úlcera faríngea, tos, dificultad respiratoria, edema pulmonar.*
- c. Cutáneas: eccema, dermatitis, exantema pustuloso, dolor cutáneo.*
- d. Digestivas: náuseas y vómitos, sialorrea, disfagia, hepatotoxicidad.*
- e. Neurológicas: pérdida de conocimiento, desorientación y agitación que pueden llevar al pánico. La severidad de las lesiones descritas está determinada por la concentración del gas, la distancia entre el lugar donde fue aplicado y la o las personas afectadas, la humedad de la piel y la duración de la exposición.*

Los dos irritantes más comúnmente usados en los últimos años son los agentes CS (o-clorobenzolideno malononitrilo) y OC (Oleoresina de capsicum o gas pimienta). La 1-cloroacetofenona (CN) es el irritante más tóxico y en altas concentraciones ha causado daño corneal e incluso la muerte (2). En comparación, CS es 10 veces más irritante, y mínima toxicidad sistémica significativa, por esto, las autoridades usualmente emplean el agente CS. Schepy colaboradores publicaron una revisión exhaustiva y reciente de la literatura describiendo el mecanismo de daño, los efectos sobre la salud y el manejo médico recomendado. Con dicho estudio se puede profundizar más sobre el tema.

...

Son escasos los estudios realizados en Colombia. Una búsqueda en Google Scholar muestra al menos los siguientes cinco trabajos, varios de ellos son tesis de grado de posgrado.”

Ahora, aspecto importante resulta ser la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción de 1993 y aprobada por el estado colombiano a través de la Ley 525 de 1999.

En el artículo 1 de dicha convención cada estado parte se compromete, cualesquiera que sean las circunstancias, a:

a) No desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar o conservar armas químicas ni a transferir esas armas a nadie, directa o indirectamente; b) No emplear armas químicas; c) No iniciar preparativos militares para el empleo de armas químicas; d) No ayudar, alentar o inducir de cualquier manera a nadie a que realice cualquier actividad prohibida a los Estados Partes por la presente Convención.

2. Cada Estado Parte se compromete a destruir las armas químicas de que tenga propiedad o posesión o que se encuentren en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

3. Cada Estado Parte se compromete a destruir todas las armas químicas que haya abandonado en el territorio de otro Estado Parte, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

4. Cada Estado Parte se compromete a destruir toda instalación de producción de armas químicas de que tenga propiedad o posesión o que se encuentre en

cualquier lugar bajo su jurisdicción o control, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

5. Cada Estado Parte se compromete a no emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra.

Ahora, por "armas químicas" entiende este instrumento internacional en su artículo 2: a) Las sustancias químicas tóxicas o sus precursores, **salvo cuando se destinen a fines no prohibidos por la presente Convención**, siempre que los tipos y cantidades de que se trate sean compatibles con esos fines; b) Las municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias especificadas en el apartado a) que libere el empleo de esas municiones o dispositivos; o c) Cualquier equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con el empleo de las municiones o dispositivos especificados en el apartado b).

Por "sustancia química tóxica" se entiende toda sustancia química que, por su acción química sobre los procesos vitales, pueda causar la muerte, la incapacidad temporal o lesiones permanentes a seres humanos o animales.

Y por "agentes de represión de disturbios" se entiende cualquier sustancia química no enumerada en una lista, que puede producir rápidamente en los seres humanos una irritación sensorial o efectos incapacitantes físicos que desaparecen en breve tiempo después de concluida la exposición al agente.

Finalmente, por "**fines no prohibidos por la presente Convención**" se señalan: a) Actividades industriales, agrícolas, de investigación, médicas, farmacéuticas o realizadas con otros fines pacíficos; b) Fines de protección, es decir, los relacionados directamente con la protección contra sustancias químicas tóxicas y contra armas químicas; c) Fines militares no relacionados con el empleo de armas químicas y que no dependen de las propiedades

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

tóxicas de las sustancias químicas como método de guerra y, **d) Mantenimiento del orden, incluida la represión interna de disturbios.**

Pues bien, considera el despacho que la denominada *“arma no letal o menos letal”* comúnmente conocida como gas lacrimógeno corresponde, en esencia, a una verdadera arma química, esto es, a una sustancia química tóxica utilizada como agente de represión de disturbios.

Lo que sucede es que esta convención integrada a nuestro ordenamiento mediante la ley 525 de 1999, plantea serios interrogantes a la hora de valorarla frente al ejercicio del derecho fundamental a la protesta constitucionalmente protegido.

En efecto, la norma prohíbe expresamente el uso de los agentes de represión de disturbios en situación de guerra, es decir, en contra de otro estado lo que de suyo implica una situación de guerra exterior. Pero, paradójicamente, permite su uso interno e indiscriminado en contra de la población civil en situación de paz y en ejercicio de un derecho fundamental. Igualmente, trata de restarle su carácter de arma química no por su composición, sino por el uso que se le brinde.

Así, será arma química si el estado la usa en contra de otro estado en situación de guerra, pero le resta tal carácter de arma química si **“se destina”** a un fin no prohibido en la convención, como si el uso o utilización de esta “arma” o “agente” le hiciera perder su naturaleza química, tóxica y su impacto perjudicial para la salud humana bien sea permanente, temporal o, en el peor de los casos, fatal.

No discute el despacho que la Ley 525 de 1999 fue objeto de estudio por la Corte Constitucional mediante sentencia C-328 de 2000, pero, se insiste, tampoco la alta corporación tuvo la oportunidad de valorar su contenido frente al uso de estas sustancias en tiempos de pandemia como el actual.

Pues bien, de lo anterior se puede concluir que la utilización de estos agentes químicos genera indudablemente afectación en la salud humana, llegando a ser prohibidos en algunos países o también en algunas ciudades como en Portland EEUU (<https://www.elpais.cr/2020/09/10/eeuu-el-alcaldede-portland-prohibe-el-uso-de-gases-lacrimogenos-durante-las-protestas/>).

Ello indica que el concepto de **“arma no letal o menos letal”** de estos agentes químicos debe necesariamente replantearse al interior de cada estado, y para el caso colombiano su uso entra en evidente conflicto con uno de los principios fundamentales consagrado en el artículo 1 superior, cual es el del respeto a la dignidad humana y resulta contrario a los fines esenciales del estado dentro de los que se advierte que las autoridades de la república están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia.

Y lo anterior sí que tiene relevancia, toda vez que, con la utilización de estos agentes químicos que buscan dispersar a la multitud no solo atentan contra el derecho fundamental a la salud de quienes hacen parte de la protesta, sino también el de transeúntes, habitantes y trabajadores del sector afectado, quienes no deberían soportar la carga desproporcionada de ver afectada, así sea temporalmente, sus capacidades sensoriales como consecuencia del uso indiscriminado de esta sustancia. En efecto, la dispersión de este tipo de gases en el ambiente conlleva la afectación de la población que ejerce también su derecho a la protesta, pero que ve vulnerada su integridad física por parte de los agentes del estado, sin siquiera ser parte de las manifestaciones.

El impacto del gas lacrimógeno puede ser tan grave que Amnistía Internacional coincide con Nils Melzer, relator especial sobre la tortura de la ONU, cuando concluye que en ciertas situaciones constituye tortura y otros malos tratos (<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/06/end-the-abuse-of-tear-gas-for-the-sake-of-peaceful-protesters-in-hong-kong-the-usa-and-everywhere-else/>).

Ahora, podría argumentarse, como lo hacen algunas de las accionadas, que escapa a la orbita del juez constitucional adoptar cualquier decisión sobre el uso o no de estas sustancias químicas, pues ello resulta ser de resorte del ejecutivo. No obstante, el presente caso debe ser analizado bajo la actual coyuntura y contexto de la pandemia de la enfermedad Covid-19 que afecta no solo nuestro país, sino al mundo entero.

Precisamente, frente a este punto, la Fundación Colombiana de Neumología conceptuó:

“Investigaciones recientes ponen en duda la supuesta seguridad de los gases lacrimógenos como el 2-clorobenzalmalonitrilo (CS) y el aceite de pimienta altamente concentrado que se usa en la explosión de granadas”, dijo Sven-Eric Jordt, PhD, investigador líder en gases lacrimógenos y lesión pulmonar relacionada. Esos estudios han identificado bronquitis crónica, función pulmonar comprometida y lesión pulmonar aguda (en reclutas militares) como consecuencias de la exposición del gas lacrimógeno.

La naturaleza del gas lacrimógeno en el aire también hace que sea imposible de usar de una manera que no ponga en peligro a personas no involucradas, como espectadores inocentes y los medios de comunicación. El gas lacrimógeno también es motivo de preocupación para el personal médico expuesto al tratar a los manifestantes, ya que los agentes pueden contaminar la ropa y el equipo médico.

Además de las preguntas sobre seguridad, a la ATS le preocupa que la exposición al gas lacrimógeno pueda afectar la transmisión del COVID-19. Una persona expuesta a gases lacrimógenos con COVID-19 asintomático no podría mantener una distancia segura y es probable que propague el virus de manera mucho más eficiente a los transeúntes, aumentando el riesgo de infección. Las máscaras protectoras tendrían que desecharse debido a la contaminación por gas lacrimógeno, lo que aumenta

aún más los riesgos de propagación o contracción de la infección. Los resultados de un estudio realizado por el ejército de los EE.UU. son una clara señal de advertencia. Los reclutas expuestos al gas lacrimógeno CS en el entrenamiento solo una vez tenían una probabilidad mucho mayor de desarrollar enfermedades respiratorias como influenza, neumonía o bronquitis, afecciones a menudo causadas por infecciones virales. Esto también puede aplicarse a COVID-19. Se sabe que los productos químicos reactivos como el 2-clorobenzalmalonitrilo y los productos de combustión y disolventes producidos por granadas de gas lacrimógeno degradan las defensas antivirales de los pulmones. Los pacientes con COVID-19 a menudo informan pérdida del sentido del olfato. También se descubrió que los pacientes con COVID-19 perdían la capacidad de sentir irritantes, lo que aumentaba el riesgo de inhalar gases lacrimógenos y desarrollar lesiones químicas.”

Como se puede apreciar, resultaría una combinación muy peligrosa el uso de estos gases en momentos de propagación del virus, bien sea porque su efecto en el cuerpo humano degrada las defensas antivirales de los pulmones y por tanto, el ciudadano quedaría en mayor riesgo y su salud más expuesta en caso de contagiarse por Covid. O bien porque la situación de los manifestantes asintomáticos, al ser objeto de esta sustancia, los llevaría indudablemente a propagar el virus en su entorno ante la reacción del cuerpo al toser excesivamente, lo que implicaría una mayor carga viral en el ambiente, perjudicando exponencialmente a otros ciudadanos. En tal sentido, cualquier norma o protocolo de bioseguridad se va al traste al momento en que estos agentes químicos se utilicen.

Lo anterior, sumado al hecho que, al 27 de octubre, Colombia ocupaba el puesto octavo a nivel mundial en número de contagios superando el 1'041.936 de casos, hace que no se deba escatimar ningún esfuerzo para evitar que dicha cifra siga aumentando a ese ritmo y ello incluye decisiones que puedan prevenir tal situación (<https://news.google.com/covid19/map?hl=es-419&gl=CO&ceid=CO%3Aes-419>).

Como se vio, si la esencia de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional es la de prevenir y controlar la propagación del coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos, esta decisión se encontraría acorde con dichos fines y objetivos.

En tal sentido y teniendo en cuenta que esto no fue un aspecto en el que se profundizó en la sentencia STC7641-2020, puede este despacho disponer la inaplicación por inconstitucional de la resolución No. 02903 del 23 de junio de 2017 en lo que tiene que ver con el uso de estas sustancias. En tal sentido y mientras se encuentre vigente la emergencia sanitaria, se dispondrá la prohibición de uso de los **agentes químicos**, a) Dispositivo lanzador de pimienta, con propulsión pirotécnica, gas o aire comprimido; b) Granadas 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.

Igualmente, se exhortará la Presidencia de la República, al Ministerio de Defensa Nacional y a la Policía Nacional para que, en el marco de la reglamentación ordenada en sentencia STC7641-2020, se debata seriamente la necesidad de mantener el uso de agentes químicos o determinar su prohibición absoluta. Y es que el uso de estos gases no solo afecta a los manifestantes, transeúntes, habitantes y trabajadores del sector en el que se disperse la sustancia, sino también está poniendo en riesgo la salud de los propios integrantes de la Policía Nacional lo que de suyo eleva el riesgo de padecer enfermedades laborales respiratorias y demás afecciones ya vistas. Y qué decir de la eventual responsabilidad del estado en caso de que se produzca un daño a las personas, lo que también generaría costo patrimonial en pago de sentencias por falla del servicio.

En síntesis, desde cualquier perspectiva que se le vea, los únicos beneficiados con la utilización de estas armas químicas son sus productores y comercializadores.

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

Debe señalar este Despacho que el uso de estos agentes químicos solo demuestra la incapacidad del estado a través de sus autoridades para controlar una situación de disturbios y hechos vandálicos de una manera más efectiva. En el actual momento histórico, la tecnología debe ser el “arma” por excelencia para poder aprehender y judicializar a quienes se infiltran en las marchas pacíficas con el único ánimo de generar caos y violencia. Mayor y mejor inteligencia para identificar a los responsables de hechos de violencia, uso de drones, cámaras y un numero mayor de uniformados debe ser el objetivo del nuevo ESMAD.

Con el uso de agentes químicos solamente se logra disipar a los generadores de violencia, quienes volverán a enturbiar, entorpecer y estigmatizar la siguiente marcha, pero con el uso de otras herramientas, se podrán judicializar a estas personas y, por consiguiente, serán un factor menos de desestabilización de la protesta pacífica.

Nótese que, como consecuencia de los recientes hechos de violencia que sacudieron a la ciudad de Bogotá el pasado mes de septiembre, se ha logrado capturar a los presuntos responsables, enviando un mensaje claro a la sociedad y es el de que se respetará el ejercicio pacífico de la protesta, pero quien cometa actos delictivos, será capturado y judicializado.

Aquí también resulta esencial la responsabilidad social de los manifestantes quienes deben impedir que grupos violentos infiltren la protesta pacífica y la desnaturalicen.

La presente decisión también se encuentra en concordancia con las adoptadas por otros organismos estatales, como la Procuraduría General de la Nación, entidad que, con ocasión del fallecimiento del joven DILAN MAURICIO CRUZ MEDINA, solicitó al director de la Policía Nacional suspender de manera inmediata el uso de la Escopeta calibre 12, esto es, una de las armas mecánicas cinéticas señaladas en el artículo 18 de la resolución 02903 de 2017. En su solicitud, el ente de control advirtió que con la incorporación al inventario del ESMAD en 2017 de la Escopeta calibre 12 y su munición de impacto dirigido, se vulneran la

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

Constitución Política en su artículo 216, que precisa que el fin de la fuerza pública *“es 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”* (<https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-pide-a-la-Policia-suspension-inmediata-del-uso-de-Escopeta-calibre-12-utilizada-por-el-Esmad-para-disolver-disturbios-y-bloqueos-de-vias.news>).

Este despacho también advierte que el denominado protocolo a corto plazo establecido en la resolución 1139 de 2020 con motivo del fallo proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta - Subsección “B”, tampoco hace alusión al impacto de los agentes químicos en la salud humana en tiempos de pandemia, argumento de más para concluir en la real y actual necesidad de la decisión.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

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 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) Granadas 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 prórrogas.

Acción de tutela No. 11001 31 05 005 2020 00344 00. Matheo Augusto Rincón Galvis contra Presidencia de la República y otros.

TERCERO: EXHORTAR al **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA** y a la **NACIÓN – MINISTERIO DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL** para que, en el marco de la reglamentación ordenada en 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 la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ** y a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

El Juez,



ANDRÉS GÓMEZ ABADÍA

**JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ D.C.**

La providencia que antecede se Notificó por
Estado N° 134 del 03 de noviembre de 2020.



GIOMAR ANDREA NEIRA CRUZ
Secretaria