



Honorables Magistradas y Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**

Palacio de Justicia, Calle 12 N.º 7-65, Bogotá D.C.

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

La Ciudad

Demandante: GUSTAVO GALLÓN y otros.

Referencia: Expediente número **D-14910**. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 2197 de 2022, artículos 3 (parcial), 4, 5 (parcial), 40 (parcial), 48, 51, 52, 53, 54, 62, 65, 66 y 67.

Asunto: Intervención ciudadana según Decreto 2067 de 1991 art. 7, inc. 2º.

Los suscritos ciudadanos **JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN**, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; **OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS**, docente investigador de la Universidad Libre y miembro del Observatorio; **DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ**, docente investigador de la Universidad Libre y miembro del Observatorio; **CRISTHIAN CAMILO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y miembro del Observatorio; presentamos la siguiente intervención ciudadana en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991. Actuamos dentro del término legal, de conformidad con lo establecido en el art. 242 numeral 1 de la CP. y el art. 7 Decreto 2067 de 1991; conforme a lo ordenado en los autos del 26 de septiembre de 2022 y del 13 de enero de 2023, y a la fijación en lista que hizo la Secretaría General de la Corte Constitucional.

Esta intervención estará dividida en cuatro partes fundamentales. En la primera, daremos la postura de este colectivo para apoyar la inconstitucionalidad del art. 4º de la Ley de Seguridad Ciudadana. En la segunda sección daremos nuestros argumentos para apoyar la inconstitucionalidad del traslado por protección del art. 40 de la misma Ley 2197 de 2022. En la parte tres de este escrito diremos por qué es inconstitucional la facultad que tienen los entes territoriales para contratar servicios de vigilancia y seguridad privada del art. 62 de la ley. Y, finalmente, en la cuarta parte, resumiremos nuestro petitorio.



Contenido

| | |
|---|-----------|
| 1. Argumentos para apoyar la inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley 2197 de 2022.. | 3 |
| 1.1 Vulneración del art. 243 de la Constitución Política de Colombia y el precedente Constitucional fijado en el fallo C-370 de 2002 | 3 |
| 1.2 El art. 4 de la Ley de Seguridad viola el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas..... | 5 |
| 1.3 El art. 4 de la Ley de Seguridad viola el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas | 8 |
| 1.4 El art. 4 de la Ley de Seguridad Ciudadana viola el derecho fundamental y convencional a la consulta previa de los pueblos indígenas..... | 9 |
| 1.5 El art. 4 de la Ley de Seguridad viola el derecho a la diversidad cultural, la libertad personal y la igualdad de los pueblos indígenas y de sus integrantes individualmente considerados..... | 11 |
| 2. Argumentos para apoyar la inconstitucionalidad del artículo 40 de la Ley 2197 de 2022 | 13 |
| 2.1 Explicación del contexto normativo..... | 15 |
| 2.2 Incumplimiento de los fines del Estado y las obligaciones de protección y garantía de derechos por parte de las autoridades..... | 20 |
| 2.3 Graves vulneraciones de derechos de libertad (libertad, integridad personal, dignidad humana y vida) | 22 |
| 2.4 Consideraciones finales del Observatorio respecto al traslado por protección..... | 45 |
| 3. Argumentos para solicitar la inconstitucionalidad de las reglas sobre servicios de seguridad privada en las cárceles | 45 |
| 3.1 Normas legales demandadas y argumentos de los demandantes | 45 |
| 3.2 Problema Jurídico y tesis del Observatorio | 46 |
| 3.3 Conclusión..... | 48 |
| 4 Petitorio..... | 48 |



1. Argumentos para apoyar la inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley 2197 de 2022

Los suscritos integrantes del Observatorio acompañamos la solicitud de declaratoria de **INEXEQUIBILIDAD** del art. 4 de la Ley 2197 de 2022 con base en los siguientes argumentos:

- Desconoce el art. 243 de la Constitución Política de Colombia y el precedente Constitucional fijado en el fallo C-370 de 2002;
- Desconoce los artículos 7, 8, 93 y 246 de la Constitución Política de Colombia y el art. 35 del Convenio 169 de la OIT.
- Desconoce los art. 7, y 93 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho fundamental a la identidad cultural consagrado en el art. 2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en los art. 13 y 14 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el art. 3 de la Declaración de Friburgo;
- Desconoce los artículos 93 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho fundamental a la consulta previa regulado en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT;
- Desconoce los artículos 7, 11, 13 y 70 de la Carta Política.

1.1 Vulneración del art. 243 de la Constitución Política de Colombia y el precedente Constitucional fijado en el fallo C-370 de 2002

El art. 4 demandado vulnera el precedente constitucional establecido en la sentencia C-370-02 en cuanto al alcance allí fijado al concepto diálogo intercultural, conforme a la siguiente argumentación.

Dentro de la exposición de motivos del art. 4 aquí demandado, refiriéndose a la medida de “diálogo con el agente” ordenada por el fiscal del caso a la autoridad competente, esto es, a la JEI, se establece que esta norma “acoge plenamente el concepto de la Corte Constitucional, entendiendo que son las medidas de diálogo y pedagogía las que pueden llevar a un encuentro intercultural, que nos enriquezca como Nación, y nos permita encontrar un acuerdo en cuanto a la forma de salvaguardar los bienes jurídicos que más preciados resultan para nuestra sociedad”¹.

La lectura que de la sentencia C-370-02 hicieron los redactores de la norma no puede ser más contraria al precedente allí establecido. Es necesario explicar de forma completa, y no

¹ Pág. 17 de la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana.



segmentada como lo hace la exposición de motivos, el alcance que la Corte en aquella sentencia da a la expresión diálogo intercultural y su función en la política criminal. En esa oportunidad la Corte efectivamente se refería al diálogo multicultural (que es distinto del intercultural pero la sentencia los toma como análogos y utiliza indistintamente ambas expresiones en el texto) como una de las finalidades del proceso penal, pero también se refería a este tipo de diálogo, como un instrumento que permite evitar la criminalización de la diversidad étnica y el respeto por las distintas culturas que integran la Nación.

La lectura sesgada que de la sentencia C-370-02 hacen los promotores de la ley, pretende presentar el diálogo intercultural como una medida que el fiscal del caso puede imponer a la JEI dentro del proceso que esta adelante, convirtiendo así el diálogo en una medida correctiva. Muy lejos de esa visión, la Corte estableció claramente que el diálogo intercultural puede hacer incluso que el proceso penal pierda su connotación de medida punitiva, al establecer puentes de comprensión entre la jurisdicción ordinaria y el agente perteneciente a un pueblo indígena y a su comunidad en general.

En tanto la norma demandada permite a un ente estatal, como la Fiscalía, imponer a las autoridades indígenas una medida correctiva para sus integrantes, se está desconociendo los supuestos mínimos del diálogo intercultural, en tanto el derecho propio queda supeditado al del Estado nación.

La norma, y su fundamento presentado en la exposición de motivos, incurre, en una segunda lectura sesgada de la sentencia C-370-02. En la decisión judicial, la Corte estableció que la inimputabilidad por diversidad socio cultural y la eventual medida de seguridad no pueden tomarse como una medida correctiva o curativa, pues la cultura no es una patología o desviación de la que alguien pueda ser corregido. Señaló la sentencia:

“Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de “*curar*” a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales.”

En la antípoda de lo que planteó la Corte se encuentra la ley. Esta pretende corregir al indígena a través de la medida pedagógica o del diálogo, buscando una forma de aculturación que conduzca al agente a vencer ese “impedimento” para la comprensión de su actuar, que para la ley constituye la cultura diversa.

Además, la sentencia C-370-02 mantuvo en el ordenamiento la inimputabilidad por diversidad cultural mediante una interpretación condicionada, según la cual esta es una



medida destinada a proteger la diversidad cultural y no a criminalizar la cultura, ni a representar a los pueblos indígenas como sujetos de una medida correctiva o curativa, no puede ahora el legislador dar una interpretación a la inimputabilidad contraria al precedente. Especialmente no lo puede hacer si se trata de fijar un alcance a la figura de la inimputabilidad que la hace ineficaz para proteger la diversidad cultural, situación que precisamente ocurre bajo una lectura sistemática de la norma demandada. Este aspecto lo ampliaremos en el último punto de esta intervención.

Por lo expuesto, acompañamos la solicitud de inexequibilidad del art. 4 de la Ley 2197 de 2022 por vulneración del precedente constitucional.

1.2 El art. 4 de la Ley de Seguridad viola el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas

El reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas es quizás el avance más significativo que ha dado el derecho constitucional durante las últimas décadas en lo que a la relación entre Estado nación y minorías étnicas se refiere.

El Constituyente de 1991 adoptó una mirada pluralista. Este reconoció como derecho fundamental de los pueblos indígenas su autonomía, principio cuyo fundamento constitucional se encuentra en los art. 7 y 8 de la Constitución, especialmente en la participación democrática y pluralista que allí se consagra. A partir de estas normas, la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de maximización de la autonomía, como mecanismo para garantizar que, en caso de colisión entre la autonomía y aspectos procesales, o incluso otras normas sustantivas, debe procurarse aquella interpretación que garantice la autonomía de los pueblos indígenas.

En sentencias como la T-428-92, T-349-96, T-523-97 y SU-383-03, la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de maximización de la autonomía, como un elemento axiológico de carácter transversal a todo el ordenamiento nacional, que busca asegurar la supervivencia cultural de los pueblos indígenas y que implica una limitación de la injerencia en las decisiones que competen exclusivamente a los propios pueblos.

La autonomía debe ser comprendida como la capacidad de un pueblo o de un colectivo para definir y regirse de acuerdo con sus propias formas de organización social, política, económica, así como el derecho a designar sus propias autoridades y darse sus propias normas, con arreglo a sus tradiciones, usos, costumbres, y a su cosmovisión. La autonomía implica, entre otros aspectos, el territorial, el derecho a preservar su lengua, formas de educación propia, sistemas y prácticas tradicionales de salud, entre otros.



La Constitución de 1991 introdujo la figura de la JEI como una materialización concreta de la autonomía que el Estado y la sociedad mayoritaria debe reconocer a los pueblos indígenas. En el art. 246 se estableció que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional.”

La JEI es entonces el derecho autónomo y fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas para resolver sus conflictos dentro de sus propias colectividades. Entre sus elementos característicos cabe señalar:

- La función de las autoridades tradicionales;
- Los sistemas de derecho propio;
- Los procedimientos aceptados por la comunidad;
- El fuero indígena.

Con el ánimo de armonizar la JEI con la estatal, se requieren mecanismos que garanticen la autonomía de los pueblos indígenas y al mismo tiempo la vigencia de la Constitución. Para ello el principio de coordinación se ha establecido como uno de los pilares o fundamentos de la JEI. La validez de este principio se deriva de valores constitucionales como el de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, así como de los principios democráticos de participación en las decisiones que los afectan. Adicionalmente, las prácticas sociales propias de los pueblos indígenas fundamentan el ámbito del diálogo intercultural, del cual se habló en el cargo anterior.

El principio de coordinación en materia de JEI impone un criterio de concertación y exige del Estado tomar todas las medidas necesarias para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la construcción de la ley, los procedimientos, las instituciones y los demás mecanismos necesarios para el funcionamiento de la JEI. Sin la aplicación plena de este principio, cualquier intento por legislar en la materia, será contrario a principios democráticos, a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos indígenas.

El art. 4 vulnera la JEI. El Congreso, durante el trámite de su aprobación, omitió por completo el principio de coordinación. La norma demandada incide de manera directa en el procedimiento que de ahora en adelante deberán seguir las autoridades indígenas, por lo que esta disposición debió haberse sometido a una consulta previa con los pueblos indígenas o sus representantes.



Si bien el párrafo del art. 4 consagró que el Gobierno Nacional reglamentará y proveerá los programas de pedagogía y diálogo, esta no es suficiente pues el marco y la potestad ya están delimitados en detrimento de la JEI, por lo que no se ofrecen garantías reales que garanticen la autonomía y la identidad. Pero, además, porque el principio de coordinación no se garantiza mediante la reglamentación que, en este caso, además, quedó en competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

Al no haber sometido a las reglas del principio de coordinación se vulneró el precedente convencional. En el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, la Corte IDH consideró que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.

Por último, es necesario tener en cuenta que el art. 4 aquí demandado regula una situación en la que un miembro de una comunidad indígena actúa fuera del territorio indígena en infracción a una norma prevista en la legislación penal del Estado. Planteamos a este respecto un ejemplo. Si una indígena tumba el monumento a un colonizador o a un caudillo republicano, motivado en que ese personaje es para su pueblo un símbolo del colonialismo y la barbarie racista, y como consecuencia de ello es capturado e investigado por la Fiscalía, esta ordenará a las autoridades indígenas del pueblo al cual pertenece el capturado, que lo “reduquen”. Supongamos ahora que esa misma persona considerada infractora de la ley penal reincide y participa en otro acto por el cual se destruye un monumento a los asesinos de indios, esta persona ya no será considerada inimputable, pues ya fue sometido a un proceso de pedagogía, y, por ende, perderá la protección especial que la figura de la inimputabilidad por razones de diversidad cultural reconocida en la ley. De esa manera, se pasa por alto que, si bien el indígena imputado conoce de la ilicitud de su comportamiento, está en una situación en la que no puede determinar su conducta con base en ese conocimiento, pues está obrando bajo una convicción invencible: está destruyendo un monumento a la ignominia. Al sancionar como imputable al indígena reincidente de tal acto se estaría desconociendo que, aunque el indígena procesado penalmente puede comprender en abstracto que la conducta de destruir un monumento público es delito conforme a la ley estatal, él puede no estar de acuerdo con lo que esa norma busca proteger, y así, se le sanciona en realidad por obrar conforme a sus profundas convicciones culturales, privándolo de su propio relato histórico, de su memoria, pues tiene que soportar que la sociedad en general, y la comunidad indígena incluida en ella,



rinda homenaje a una institución y a unas personas que negaron lo más sagrado: el derecho a existir.

1.3 El art. 4 de la Ley de Seguridad viola el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas

Consideramos que el art. 4 vulnera el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas tanto como de sus integrantes individualmente considerados, consagrados en los artículos 7 y 93 de la Constitución Política, art. 2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículos 13 y 14 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el art. 3 de la Declaración de Friburgo.

De acuerdo con la Declaración de Friburgo por identidad cultural se considera el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido. Implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto de vida.

La identidad cultural no es estática: es dinámica pues varía conforme a los diferentes grupos sociales que entran en contacto, intercambian saberes, prácticas y representación del mundo. Así mismo, la identidad se transforma por las tensiones internas propias de los grupos humanos, los cambios técnicos y tecnológicos, las diferencias intergeneracionales y la reinterpretación de las prácticas, usos y costumbres que tienen lugar en todas las sociedades.

Lo relevante es que el derecho a la identidad cultural implica un deber de abstención por parte de la sociedad mayoritaria o de un grupo humano sobre otro, en el sentido de no imponer su cultura. Un sistema jurídico que se precie de respetar y proteger la diversidad cultural, como un elemento que integra la nación, debe tener especial cuidado de evitar que aquellas consideradas sociedades mayoritarias, hegemónicas o dominantes, impongan a las minoritarias, históricamente excluidas o segregadas, sus valores culturales, sus representaciones del mundo o su derecho.

En el caso concreto del art. 4, la vulneración a la identidad cultural radica en que, mediante una disposición administrativa, como la expedida por el fiscal del caso, la persona acusada de reincidir en un delito es privada del derecho a definir su identidad cultural con base en su diferencia étnica. Esto ocurre porque, en tanto la norma prevé que el indígena reincidente ya no es inimputable por el solo hecho de haber tenido un “diálogo” con la autoridad o haber estado sujeto a una “medida pedagógica”, pierde una protección prevista por el derecho para garantizar la identidad cultural. Al respecto, debe observarse que la inimputabilidad por



diversidad socio cultural, como también la inculpabilidad por error culturalmente condicionado, existen como mecanismos de reconocimiento de la diversidad cultural y las diferentes visiones de mundo que eso implica, las cuales son irreductibles y pueden llegar a ser irreconciliables. En tanto figuras del derecho penal como las aquí tratadas de inimputabilidad e inculpabilidad a favor de los pueblos indígenas tienen fundamento en la identidad cultural diversa, no se puede desconocer aquellas sin que esta resulte vulnerada. En otras palabras, la identidad no se pierde por la reincidencia en un delito, ni mucho menos por una decisión administrativa del ente investigador. En conclusión, estas medidas constituyen una franca violación de la identidad cultural, lo que criminaliza la diversidad y despoja de sentido la construcción identitaria como derecho fundamental.

1.4 El art. 4 de la Ley de Seguridad Ciudadana viola el derecho fundamental y convencional a la consulta previa de los pueblos indígenas

El art. 4 aquí demandado viola el derecho a la consulta previa debido a que no se consultó con las comunidades indígenas o las organizaciones representativas de estas. El convenio 169 de la OIT exige al gobierno el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas que puedan afectarlos. En este caso, el gobierno omitió por completo esta obligación, contradiciendo así los postulados que el mismo proyecto invoca.

El Convenio 169 de la OIT consagra el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, al consentimiento libre, previo e informado y al derecho al veto de los pueblos. El Convenio 169 impuso a los gobiernos el deber de consultar con los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevea la creación o modificación de la legislación y de las medidas administrativas que puedan afectar directamente (art. 6) a los pueblos indígenas.

Los Estados que han suscrito el Convenio 169 deben observar estrictamente en todas sus actuaciones el principio de buena fe, y en desarrollo de este, tienen la obligación de prever procedimientos adecuados y de posibilitar la creación de instituciones representativas que permitan la garantía de la consulta previa. Adicionalmente, conforme al art. 16 del Convenio 169, el Estado debe promover la participación libre de los pueblos con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Mediante la sentencia SU-123-18 la Corte Constitucional aclaró que el objeto de la consulta previa es alcanzar acuerdos con las comunidades indígenas y afros sobre las medidas que las afectan directamente. A este respecto, la jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o



culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Señaló además que la consulta previa debe ser flexible de modo que se adapte a las necesidades de cada asunto y asegure la participación activa y efectiva de los pueblos, en la medida en que el punto de vista de ellos incide en las decisiones que se adopten.

Respecto a la naturaleza de la consulta previa, en la sentencia C-295-19, la Corte Constitucional señaló que se trata de un proceso de “*diálogo intercultural entre iguales*”, en virtud del cual los pueblos indígenas carecen del derecho de veto, pero el Estado tampoco tiene el derecho de imponer las medidas a los pueblos indígenas; debe operar entonces un intercambio de razones entre culturas que gozan de igual dignidad y valor constitucional.

Con el fin de establecer parámetros razonables de aplicación de la consulta previa, la Corte Constitucional ha desarrollado un conjunto de subreglas que deben ser aplicadas según el grado de afectación de la medida consultada: i) si la medida no afecte directamente a los pueblos, la participación responderá al estándar de intervención básico, relacionado con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o en la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que sea de su interés; ii) Si la medida genera afectación directa, se aplican todas las reglas de deliberación del derecho a la consulta previa con el propósito de llegar a un acuerdo (SU 123 de 2018).

Al respecto, la sentencia T-063 de 2019 dispuso que aún en ausencia de acuerdo en el proceso de consulta previa, el Estado puede implementar las medidas que no sean arbitrarias, estén basadas en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto de la diversidad étnica y cultural, tomen en consideración hasta donde sea posible las posiciones expresadas por las comunidades y se prevean mecanismos para atenuar los efectos negativos de las medidas. Finalmente, iii) cuando la medida afecte de forma directa e intensa y amenace la subsistencia del pueblo étnico, en principio, la ejecución de la medida requiere el consentimiento previo, libre e informado. La Corte Constitucional ha señalado que esto se presenta en casos excepcionales: a) traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento (T-256 de 2015); (b) almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios (T-129 de 2009); (c) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia (T-129 de 2009); y d) la elección de la empresa promotora de salud como ámbito de autogobierno (T-301 de 2018). Sin embargo, la Corte ha aclarado que el consentimiento previo, libre e informado no significa derecho de veto en cabeza de las comunidades. La ausencia del consentimiento en este tipo de medidas no es una prohibición a la implementación, significa en cambio que las autoridades tienen vedado actuar de manera arbitraria.



En el caso objeto de análisis, la violación radica precisamente en la actuación arbitraria del Estado, que, a lo largo de todo el trámite legislativo, omitió consultar con las comunidades indígenas o con sus organizaciones representativas, el contenido y alcance del art. 4°. La prueba fundamental es que no obra evidencia alguna en las actas del Congreso de la República o algún intento de concertación que permita constatar que las comunidades indígenas se hubiesen consultado efectivamente de la modificación de la figura de la inimputabilidad basada en la diversidad socio cultural prevista en el art. 4 aquí demandado.

1.5 El art. 4 de la Ley de Seguridad viola el derecho a la diversidad cultural, la libertad personal y la igualdad de los pueblos indígenas y de sus integrantes individualmente considerados

El hecho de que la norma demandada haya consagrado la figura del error de prohibición culturalmente condicionado pone en grave riesgo el valor de la diversidad cultural, la igualdad y la libertad personal de los pueblos indígenas y de sus integrantes individualmente considerados, afectando así valores y principios de orden constitucional como los previstos en los artículos 7, 11, 13 y 70 de la Carta Política. La razón es que la figura del error de prohibición es incompatible con el de la inimputabilidad por diversidad socio cultural, como se explica a continuación.

Como lo expuso la sentencia C-370-02 de la Corte Constitucional, en Colombia, al menos hasta la consagración de la ley aquí demandada, existía debate doctrinal respecto de la existencia de la figura del error de prohibición culturalmente condicionado como exonerante de responsabilidad penal. Hoy parece evidente que esta figura existe porque está taxativamente consagrada en el artículo aquí demandado. A primera vista esto constituye un avance normativo en la protección de la diversidad cultural, sin embargo, un examen más profundo revela que de hecho se trata de una norma regresiva que tendrá como consecuencia la restricción de los derechos a la igualdad, a la libertad individual y a la diversidad cultural. Esto ocurre porque, no obstante, la consagración del error de prohibición culturalmente condicionado, persiste en Colombia el debate sobre su alcance como eximente de responsabilidad en aquellos casos en los cuales el indígena comprende la ilicitud de determinada conducta y, no obstante, debido a sus convicciones profundas basadas en su diversidad cultural, realiza esa misma conducta. De esta forma describe la Corte el debate doctrinal sobre el error de prohibición culturalmente condicionado y su alcance como eximente de responsabilidad:

“(…) la exclusión de responsabilidad por error de prohibición no cubre expresamente el momento volitivo, ya que literalmente el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “se obre con error invencible de la licitud de la conducta”. ¿Qué sucede entonces si un indígena, o un miembro de otra minoría cultural,



comprende en forma abstracta que determinado comportamiento es ilícito en el ordenamiento nacional, pero debido a su diversidad cultural y a sus profundas convicciones, derivadas de su particular cosmovisión, no puede actuar con base en dicha comprensión? ¿Puede considerarse que incurrió en un error de prohibición? Las opiniones doctrinarias no son coincidentes al respecto. Así, para algunos autores, la situación debe ser asimilable a un error, ya que en el fondo la persona, por su diversidad cultural, no logra verdaderamente comprender la antijuricidad de su conducta, a pesar de que abstractamente conozca su ilicitud, en la medida en que no puede motivar su comportamiento con base en ese conocimiento. En cambio, otras perspectivas consideran que no existe error, pues la persona tenía claro conocimiento de que su comportamiento estaba proscrito por el ordenamiento nacional. En tales circunstancias, es posible que, según ciertas interpretaciones, no sea excluido de responsabilidad aquella persona que, por su diversidad cultural, conoce la ilicitud de un comportamiento, pero no puede determinarse con base en ella.” (Fundamento núm. 28 de la Sentencia C-370-02)

La Corte Constitucional en aquella sentencia mantuvo en el ordenamiento la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, como mecanismo para garantizar, precisamente, el fundamento de la nacionalidad: el reconocimiento de la diversidad cultural. Y es que, la figura de la inimputabilidad, como no ocurre con el del error de prohibición, cubre tanto el momento cognitivo, como el volitivo, esto es, abarca por igual aquella situación en la que el sujeto NO comprende la ilicitud de su conducta, como aquella en la cual SÍ tiene conocimiento de que determinada conducta es ilícita, y no obstante actúa de forma contraria a dicha comprensión, o dicho de manera más simple, no puede actuar con base en dicho conocimiento porque está motivado por una convicción profunda y más fuerte, pues es lo que ordena su cultura.

En esa medida, dado el alcance que la Corte Constitucional en la C-370-02, mantuvo en el ordenamiento la inimputabilidad por diversidad cultural mediante una sentencia que condicionó su exequibilidad al entendido que se trata de una medida destinada a proteger la diversidad cultural y no a criminalizar la cultura, ni a representar a los pueblos indígenas como sujetos de una medida correctiva o curativa (pues la cultura no es una patología ni una deficiencia), no puede ahora el legislador pretender dar una interpretación a la inimputabilidad contraria al precedente. Especialmente no lo puede hacer si se trata de fijar un alcance a la figura de la inimputabilidad que la hace ineficaz para proteger la diversidad cultural, situación que precisamente ocurre bajo una lectura sistemática de la norma demandada.

Tal tipo de lectura lleva a reconocer lo siguiente: la imposición de medidas pedagógicas y de diálogo que una vez impuestas al indígena infractor de la ley penal lo despojan de su carácter de inimputable en caso de reincidir en la conducta, constituye un refuerzo que a manera de



reflejo proyecta la interpretación más restrictiva de los derechos fundamentales a la diversidad cultural y a la libertad personal de los integrantes de los pueblos indígenas, como lo es aquella hermenéutica que indica que será responsable penalmente quien conoce la ilicitud de un comportamiento (momento cognitivo) incluso aunque no pueda determinarse con base en ese conocimiento (momento volitivo).

En tanto la norma consagra como supuestos fácticos los casos de “inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado”, y estos se encuentra unidos por la conjunción disyuntiva “o”, es claro que se impone un tratamiento igualitario a las personas cubiertas por cada uno de los supuestos asignando la misma consecuencia jurídica en una u otra situación. Ahora bien, en tanto para que se configure el error de prohibición culturalmente condicionado este debe ser, según la misma ley penal, invencible, y este carácter de invencible se pierde cuando el infractor ha actualizado el conocimiento de lo injusto de su conducta (cuestión que cualquiera en sana lógica podría deducir del hecho de que el indígena ha sido sometido a una medida pedagógica a un diálogo que tienen por finalidad superar ese impedimento cultural), entonces la figura del error dejaría de ser invencible para ser simplemente evitable, lo que conduciría a una reducción de la pena, y no a la figura de la inimputabilidad.

2. Argumentos para apoyar la inconstitucionalidad del artículo 40 de la Ley 2197 de 2022

Los demandantes consideran que el artículo 40 (parcial) de la Ley 2197 de 2022 vulnera los artículos 13 y 28 de la Constitución. Igualmente, consideran que las expresiones acusadas contenidas en dicho artículo sobre el traslado por protección son contrarias a los artículos 13 y 28 de la Carta porque, en comparación con la norma original: (i) eliminan la exigencia de que esta medida fuese la única disponible para proteger la vida o integridad de la persona o de terceros, (ii) limitan la entrega de la persona trasladada únicamente a sus familiares. (iii) restringió la posibilidad de efectuar el traslado al domicilio de la persona o a instituciones de salud e (iv) incorporan conceptos ambiguos para la procedencia del traslado, con lo cual aumentó la discrecionalidad de la autoridad policial en el uso de dicha medida. Sobre este aspecto en concreto, cuestionan la expresión "aparentar" estar bajo efectos del consumo de sustancias alcohólicas o psicoactivas ilícitas o prohibidas (causal D), así como la eliminación del adjetivo “grave” que calificaba el estado de alteración de conciencia requerido para que el traslado fuese procedente (causal B)

Para los demandantes, estas modificaciones eliminan el carácter excepcional del traslado por protección, suprime varios apartes de la normatividad anterior que buscaban desincentivar el uso desproporcionado de esta figura, aumentan peligrosamente el margen de discrecionalidad



de la autoridad policial en su aplicación, y desconocen lo expuesto por esta Corporación en sentencia como la C-281/17, en cuanto a que: (i) el traslado sólo de buscar la protección de derechos fundamentales y no puede ser utilizado para encerrar a las personas con fines de preservación del orden público, (ii) el sólo hecho de padecer de alguna psicopatología no justifica el traslado, sino que ésta debe acompañarse de comportamientos temerarios o agresivos que amenacen la vida o integridad de terceros, y (iii) el traslado sólo se ajusta al texto constitucional cuando tiene como fin la protección de la persona y es el único medio idóneo para lograrlo.

No obstante, para el Observatorio Constitucional de la Universidad Libre, las disposiciones normativas del artículo 40 de la Ley 2197 de 2022 en su integridad desconocen que las autoridades están instituidas en representación del Estado para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos constitucionales². Así mismo, que tienen como obligación directa la protección de las personas en sus derechos, entre ellos, la vida, la libertad e integridad personal³.

De igual forma, el artículo estructura un mecanismo policivo que ignora la primacía de los derechos de las personas, especialmente, de aquellas que en el marco de su libre desarrollo de la personalidad deciden en lugares públicos consumir licor o sustancias psicoactivas, al darle facultades a la Policía Nacional para que, sin mediación alguna, puedan practicar traslados por protección por este sólo hecho⁴. Se criminaliza un comportamiento que hace parte de la esfera privada de las personas, protegido por el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, tal como lo ha concretado la Corte Constitucional en su precedente jurisprudencial⁵.

De otra parte, el informe por escrito que deben presentar los policías al momento de practicar el *traslado por protección* ya no debe contener, como si lo exigía el artículo 155 original de la Ley 1801 de 2016, condicionado en su exequibilidad por la Corte Constitucional en la sentencia C-281/17, la indicación de quien da la orden y de quien la ejecuta, ni el motivo ni el sitio concreto al que se le trasladó a la persona, ni los hechos que dieron lugar al traslado y las razones por las cuales se considera que esos hechos caben dentro de la causal, ni tampoco la posibilidad de que la persona trasladada le pueda solicitar la cesación del traslado al superior jerárquico que haya recibido el informe⁶.

² Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 2, inc. 1.

³ *Ibíd.*, Art. 2, inc. 2.

⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 1801 de 2016, Art. 155, parágrafo 5.

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-253/19, MP. Diana Fajardo Rivera, pp. 86 – 94.

⁶ Congreso de la República de Colombia. Ley 1801 de 2016, Art. 155.



La nueva disposición normativa se limita a indicar que “el personal uniformado de la Policía Nacional que ajuste el *traslado por protección* o realice la entrega a un familiar, deberá informar de manera inmediata al superior jerárquico de la unidad a través del medio de comunicación dispuesto para este fin y documentar mediante informe escrito en el que conste los nombres, identificación de la persona trasladada y circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se materializó el traslado”⁷.

Así, en el informe de policía sólo se deben consignar las circunstancias en las que se materializó el traslado, más no las razones, motivos y hechos que le dieron lugar, ni la indicación concreta del personal uniformado que dio la orden, ni de quien la ejecuta. Imposibilitándose, de esta manera, la obtención de elementos suficientes para controlar la actuación de policía con posterioridad por abuso de autoridad y para evitar la arbitrariedad.

Con lo anterior, existe un alto riesgo de vulnerar con *el traslado por protección* el derecho a la libertad personal, las garantías mínimas del debido proceso que se deben tener para evitar la arbitrariedad y la privación injusta de la libertad. También, de desconocer la presunción de buena fe que deben tener las autoridades frente a los particulares, las obligaciones de protección que tienen las autoridades frente a los administrados, la primacía de los derechos de las personas y el libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, de violar normas internacionales vinculantes para Colombia vía bloque de constitucionalidad *stricto sensu* y *lato sensu*.

2.1 Explicación del contexto normativo

La exposición de motivos presentada en el Proyecto de Ley No. 266 de 2021, hoy Ley 2197 de 2022 (Ley de Seguridad Ciudadana), afirma que el traslado por protección

“es una herramienta jurídica de la cual requiere la Policía Nacional en aquellos eventos donde personas se ven involucradas en comportamientos que afectan la convivencia y pueden afectar la vida e integridad tanto del mismo individuo como de terceros, y ante la presencia de la autoridad, se tornan violentos o en su defecto continúan con una actitud agreste con la misma sociedad pudiendo generar riesgos para su entorno”⁸.

Según dicha exposición, la medida de “trasladar a una persona que esté en peligro, es una medida onerosa pero necesaria para cumplir los fines esenciales del Estado, cual es servir y

⁷ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, Art. 40, parágrafo 5.

⁸ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso. Senado y Cámara, No. 1725, 2021, p. 21.



proteger a la sociedad”⁹. Para el Gobierno Nacional -autor del proyecto de ley- esta medida se justifica dado que “la Policía Nacional, en cumplimiento de su misión constitucional, debe contar con medios excepcionales de restricción de derechos, pero con fines superiores como la protección a la vida e integridad de las personas y con los más estrictos controles por parte de los superiores, entes de control y la misma administración distrital o municipal”¹⁰.

En esencia, la disposición normativa demandada complementa un medio material de policía denominado *traslado por protección*. Medio que no es nuevo, sino que cuenta con un antecedente histórico conocido como *retención transitoria*, regulado para la época en el antiguo y vetusto Código Nacional de Policía (Decreto-Ley 1355 de 1970, artículos 186, 192 y 207).

Dicha figura le permitía a la Policía Nacional retener a las personas que incurrieran en cualquiera de las siguientes conductas, a saber:

- “1) Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desempeño de sus tareas”.
- “2) Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio”.
- “3) Al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal”¹¹.

En el marco de varios controles abstractos, la Corte Constitucional comenzó a determinar la inconstitucionalidad de esta medida correctiva por ser contraria a las garantías de la libertad personal previstas en el artículo 28 de la Constitución Política. En la sentencia C-199/98, por ejemplo, declaró inexecutable la causal primera y executable la segunda y tercera por la cual podía darse una *retención transitoria*, precisando, respecto a la primera causal que “tiene el carácter de sanción que implica la privación de la libertad”¹², lo anterior

“sin previo mandamiento judicial en aquellos casos en que se irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía, en desarrollo de sus funciones, lo cual resulta atentatorio de la libertad personal y del mandato constitucional que prohíbe la detención sin orden judicial”¹³.

Respecto a las otras dos causales estableció que:

⁹ *Ibíd.*, p. 22.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley 1355 de 1970, Art. 207.

¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-199/98, MP. Hernando Herrera Vergara, p. 9.

¹³ *Ibidem*.



“debido al amplio margen de apreciación que se le reconoce a la autoridad de policía para imponer la medida de retención en el comando, en ocasiones puede hacerse uso indebido de esta potestad, e incurrir en actuaciones arbitrarias en detrimento de los derechos y garantías ciudadanas”¹⁴.

Por ello, condicionó que “es indispensable que en su aplicación las autoridades de policía actúen dentro de un marco razonable y prudente sin que puedan ocasionar lesiones de cualquier orden en contra de la integridad física de quien se encuentre en los estados previstos en las normas sub examine”¹⁵.

En un control posterior de constitucionalidad sobre la *retención transitoria* realizado en la sentencia C-720/07, la Corte Constitucional la encontró inconstitucional luego de someterla a un estricto juicio de proporcionalidad, ya que a su criterio:

“Por las razones expuestas, es decir, porque no resulta claro que la medida sea idónea para proteger a quien en estado de incapacidad transitoria requiere una protección especial; porque existen medios que, con una idoneidad equivalente a la retención transitoria, sacrifican en menor medida otros valores y principios constitucionales; y porque además se trata de un caso en el cual la medida afecta bienes particularmente valiosos en aras de evitar un daño sobre el que, en estricto sentido, no se tiene certeza; la Corte concluye que la retención transitoria, tal y como se encuentra regulada y entendida como una medida de protección, resulta inidónea, innecesaria y desproporcionada en relación con los fines que persigue”¹⁶.

En dicho análisis, la Corte adoptó una sentencia de inexecutable con efectos diferidos en el tiempo hasta el 20 de junio de 2008, con el objeto de permitirle al Congreso de la República regular de manera acorde con la Constitución de 1991 dicho medio de policía. Exhortando, adicionalmente, a que dicho órgano legislativo estableciera un nuevo régimen de policía que desarrolle adecuadamente la Constitución¹⁷. Planteó, de igual forma, que en todo caso y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo dicho en el contenido de la sentencia,

“(…) la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los

¹⁴ Ibid., p. 11.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, MP. Catalina Botero Marino, p. 48.

¹⁷ Ibid., p. 67.



capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición”¹⁸.

El Congreso de la República expidió la Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana) con el objeto de establecer un nuevo régimen de policía que desarrollara la Constitución. En su artículo 155 se revivió la figura de la *retención transitoria*, declarada inexecutable por inconstitucionalidad en el 2007, tal como se ha explicado, con un nuevo nombre: *traslado por protección*. Sin embargo, sus propósitos no cambiaron y aunque intentó recoger en gran medida lo condicionado por la sentencia C-720/07, en un nuevo control abstracto de constitucionalidad la Corte declaró inexecutable uno de sus apartados y condicionó la exequibilidad de lo restante de su contenido a *garantías mínimas previas* y *garantías mínimas posteriores*.

Se trata de la sentencia C-281/17 que, aunque reconoce un mayor grado de profundidad y desarrollo normativo en el *traslado por protección* en la Ley 1801 de 2016, al existente para la *retención transitoria* en el Decreto-Ley 1355 de 1970¹⁹, realiza juicios de reproche por inconstitucionalidad.

Para la Corte Constitucional, la primera causal consistente en deambular en estado de indefensión no presenta una indeterminación insuperable. En razón a que “la Policía Nacional puede razonablemente establecer qué es y qué no es un estado de indefensión, o de imposibilidad de protección, que consiste en la imposibilidad de repeler agresiones, incluso menores”²⁰.

La segunda causal, sobre el estado de grave alteración de conciencia por aspectos de orden mental, tampoco presenta dificultades interpretativas. “Comprende situaciones como las de personas con trastornos mentales que ordinariamente requieren acompañamiento para transitar por el espacio público, especialmente si pueden ser agresivos y si pueden ponerse en riesgo a sí mismos”²¹. Para la Corte, esta causal “no cubre otros casos de trastornos mentales o de personas en condición de discapacidad”²², pues “la norma no prevé la

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, MP. Aquiles Arrieta Gómez, p. 97.

²⁰ Ibid., p. 100.

²¹ Ibid., pp. 100 y 101.

²² Ibid., p. 101.



posibilidad de que las autoridades de policía trasladen a una persona por el solo hecho de tener un trastorno mental”²³.

La tercera causal, sobre el consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas, también es clara y provee parámetros objetivos para la determinación por la Policía Nacional. Para la Corte, el personal uniformado debe establecer:

- 1) “si la persona ha consumido tales sustancias”
- 2) “si el consumo deriva en un riesgo o peligro para la vida o integridad de la persona o de terceros”²⁴.

Adicionalmente, la Corte precisa que el contenido de la causal es particularmente estricto, “teniendo en cuenta la limitación establecida en el parágrafo 5º que descarta la utilización del traslado de protección por el simple hecho del consumo”²⁵. De tal forma que, dice la Corte, “el personal uniformado de la Policía Nacional deberá demostrar en cada caso que la vida e integridad están efectivamente en peligro”²⁶. Aquellos “casos en que dicha demostración no sea posible no están cubiertos por la norma y pueden constituir, eventualmente, un prevaricato o una privación ilegal de la libertad”²⁷.

La causal cuarta requiere la verificación de una riña, esto es, de “una contienda entre dos o más personas”, que en el contexto descrito por la Ley 1801 de 2016, “requiere de actos de violencia que pongan en riesgo la vida e integridad de las personas”²⁸. Así para la Corte, los miembros de la Policía Nacional deberán para su aplicación “establecer si una situación de agresión física entre dos o más personas trasciende a una “riña””²⁹.

Por su parte, la quinta causal hace alusión a comportamientos agresivos o temerarios, así como a las actividades peligrosas y de riesgo. Para la Corte, “se trata, en general, de casos en que una persona pone su propia vida o integridad, o la de terceros, en riesgo por un comportamiento imprudente”³⁰. A pesar del contenido amplio de la disposición ésta se considera precisa, “pues exige que el personal uniformado de la Policía Nacional verifique el riesgo para la vida y la integridad y el requisito de necesidad del traslado”³¹.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.



La sexta causal se refiere a la situación de estar en peligro de ser agredido. “Esta es una descripción que, como la riña, presenta complejidades desde el punto de vista de la aplicación práctica, pero en todo caso establece un parámetro objetivo para la actuación del personal uniformado de la Policía Nacional”³².

Finalmente, la Corte encuentra una séptima causal prevista en el parágrafo 1 del artículo 155 analizado, por medio de la cual “cuando el comportamiento señalado en el inciso 3 del presente artículo se presente en contra de una autoridad de Policía, se podrá utilizar este medio”³³. Esta causal presenta problemas de inconstitucionalidad por violación del principio de legalidad, enfatizando la Corte Constitucional, como ya lo había realizado frente a la *retención transitoria* en la sentencia C-199/98, que “el personal uniformado de la Policía Nacional no tiene la potestad legal de privar a las personas de su libertad por disentir de la actividad de policía ni por “irrespetar a la autoridad””³⁴.

2.2 Incumplimiento de los fines del Estado y las obligaciones de protección y garantía de derechos por parte de las autoridades

La Constitución Política de 1991, siguiendo los postulados contractualistas de la formación del Estado, establece como fines esenciales del Estado colombiano “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”³⁵, así como

“(…) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”³⁶.

Para el cumplimiento de estas finalidades previó una cláusula general de comportamiento de las autoridades frente a los administrados, que recoge la obligación que aquellas tienen de proteger los derechos de éstos. De esta forma, se establece que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”³⁷. También, se previó

³² Ibid., p. 102.

³³ Congreso de la República de Colombia. Ley 1801 de 2016, Art. 155.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 102.

³⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 2, inc. 1.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibid., Art. 2, inc. 2.



la primacía de los derechos de los individuos, al prescribirse que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”³⁸.

Tales fórmulas normativas se articulan con obligaciones internacionales que, vía bloque de constitucionalidad, le son imperativas al Estado colombiano. Así lo ha reconocido el propio artículo 93 de la Constitución, al consagrar que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”³⁹. Por ello, “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”⁴⁰.

Entre dichas obligaciones se encuentran las adquiridas por los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), particularmente, aquellas de “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos (...), “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁴¹.

A la materialización de estas obligaciones, se le suma que Colombia como Estado parte de ambos instrumentos internacionales, tiene la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno con el ánimo de armonizar su orden jurídico con lo regulado por ellos. En razón a ello, según el PIDCP,

“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”⁴².

³⁸ *Ibíd.*, Art. 5.

³⁹ *Ibíd.*, Art. 93, inc. 1.

⁴⁰ *Ibíd.*, Art. 93, inc. 2.

⁴¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, Art. 2.1. Fórmula similar a la establecida por el PIDCP se encuentra en el artículo 1.1 de la CADH, pues allí se establece, en términos similares, que los Estados parte “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Art. 1.1.

⁴² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O. Cit., Art. 2.2.



La obligación anterior se conjuga con aquella también vinculante para el Estado colombiano descrita en el artículo 2 de la CADH dado que,

“(…) si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”⁴³.

Es importante precisar que las obligaciones de respeto y garantía, aunque se conjugan y complementan con la obligación de adoptar medidas en derecho interno, no son iguales. Las dos primeras son obligaciones de “aplicación “directa” y cuyo incumplimiento genera la consecuente *responsabilidad internacional del Estado*”⁴⁴. La segunda, es una obligación complementaria que exige “*desarrollar en su legislación* aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados antes los tribunales de justicia”⁴⁵.

El artículo 40 de Ley 2197 de 2022, así como en su momento lo fue el artículo 155 de Ley 1801 de 2016, ha sido un intento por establecer disposiciones normativas de policía que desarrollen los postulados de la Constitución. Sin embargo, dicho intento ha fallado porque la medida de traslado por protección en ellos regulada, en lugar de cumplir las obligaciones de respeto y garantía de derechos, desconoce libertades tanto constitucionales como internacionales, tal como se demostrará en el acápite posterior.

2.3 Graves vulneraciones de derechos de libertad (libertad, integridad personal, dignidad humana y vida)

1. Riesgos históricos y actuales del traslado por protección

Como se indicó *supra* el *traslado por protección* tiene su inspiración histórica en una medida coercitiva de los años 70 del siglo XX⁴⁶, construida bajo la inspiración normativa de la

⁴³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Óp.. Cit., Art. 2.

⁴⁴ Mac-Gregor Poisot, Eduardo Ferrer y Pelayo Möller, Carlos María. “*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*” in Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Eds.). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 76.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 75.

⁴⁶ Presidencia de la República de Colombia. Decreto-Ley 1355 de 1970, Óp.. Cit., Arts. 186, 192 y 207.



Constitución de 1886, anacrónica y costosa en cuanto a garantía de derechos y libertades se refiere. En el primer control abstracto de constitucionalidad hecho por la Corte Constitucional sobre la figura de la *retención transitoria*, ya se evidenciaban sus riesgos y excesos. Por ello, en ese momento -1998- se advirtió que

“dado el amplio margen de apreciación que se le reconoce a la autoridad de policía para imponer la medida de retención en el comando, en ocasiones puede hacerse uso indebido de esta potestad, e incurrir en actuaciones arbitrarias en detrimento de los derechos y garantías ciudadanas”⁴⁷.

Aunque en ese momento la Corte Constitucional decidió declarar sólo como inexecutable la causal de retención dirigida “al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desempeño de sus tareas”⁴⁸, por resultar “atentatori[a] de la libertad personal y del mandato constitucional que prohíbe la detención sin orden judicial”; conservando como constitucional las causales que permitían retener “al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio”⁴⁹ y “al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal”⁵⁰; lo cierto es que respecto al asunto han sobrado advertencias sobre su inconstitucionalidad.

El exmagistrado José Gregorio Hernández Galindo, en un fuerte salvamento de voto afirmó que “los mismos motivos de inconstitucionalidad del numeral 1 de la norma acusada han debido servir en sana lógica y según la doctrina de la Corte para declarar que eran inexecutable (...) los numerales 2 y 3 del mismo precepto”⁵¹. La finalidad de este tipo de medidas no es preventiva, de serlo

“lo lógico sería que la persona retenida quedara en libertad de manera inmediata una vez se estableciera que el estado de embriaguez o de grave excitación ha pasado (...). La exequibilidad de los numerales 2 y 3, alusivos a tales circunstancias, provocará que, aun varias horas después de haber desaparecido el estado subjetivo de peligro (embriaguez o excitación), el “retenimiento” haya de continuar hasta cumplir el término de la medida correctiva. Ello es inconstitucional”⁵².

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-199/98, Óp.. Cit., p. 11.

⁴⁸ Presidencia de la República de Colombia. Decreto-Ley 1355 de 1970, Óp.. Cit., Art. 207, núm.. 1.

⁴⁹ *Ibíd.*, Art. 207, núm.. 2.

⁵⁰ *Ibíd.*, Art. 207, núm.. 3.

⁵¹ Hernández Galindo, José Gregorio. Salvamento de voto a la Sentencia C-199/98, en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-199/98, Óp.. Cit., p. 15.

⁵² *Ibíd.*, p. 16.



Esto mismo se confirmó en la sentencia C-720/07 cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 192 del Decreto-Ley 1355 de 1970⁵³, contentivo de la definición y el tiempo de duración de la *retención transitoria*, así como inexecutable la expresión “competen a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, contenida en el artículo 207 del mismo decreto⁵⁴.

En razón a que la Corte emitió una sentencia de inexecutable diferida en el tiempo, con el fin de permitirle al Congreso de la República regular el tema hasta finalizar la legislatura vigente el 20 de junio de 2008, también se emitió una sentencia condicionada sobre la constitucionalidad temporal de la *retención transitoria*. El objeto era evitar la arbitrariedad, esto, debido a que “la retención transitoria no se encuentra revertida de controles suficientes para evitar la privación arbitraria de la libertad”⁵⁵ ni “tampoco es útil para proteger a la persona retenida, pues por las condiciones en la cuales se aplica, parece más una sanción encubierta que una verdadera medida de protección”⁵⁶.

Entre las medidas fijadas por la Corte Constitucional que condicionaron la aplicación temporal de la *retención transitoria* están:

- 1) “la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario para proteger a una persona que se encuentre, efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo”
- 2) “Si existe cualquier otra medida de protección al alcance de las autoridades, deberá preferirse esta última, so pena de incurrir en abuso de autoridad”
- 3) “Esta situación debe quedar clara, expresa y suficientemente motivada en informe escrito que de inmediato deberá ser rendido por la autoridad que ordena la retención y presentado inmediatamente a la persona retenida y al Ministerio Público para su conocimiento”
- 4) “El retenido, sin importar el estado en el que se encuentre, debe ser informado de manera inmediata no sólo de las razones de la retención sino de los derechos y garantías constitucionales que lo asisten, entre ellas, la de comunicarse de inmediato con una persona que lo asista y con quien pueda movilizarse libremente; permanecer en silencio; no rendir ni firmar ningún documento o declaración que lo comprometa; tener asistencia inmediata de quien pueda asistirlo en la defensa de sus derechos”

⁵³ “La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas”. Presidencia de la República de Colombia. Decreto-Ley 1355 de 1970, Óp.. Cit., Art. 192.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Óp.. Cit., p. 66.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 49.

⁵⁶ *Ibidem*.



- 5) “Toda retención transitoria debe ser informada de inmediato al Ministerio Público, de forma tal que se asegure que la medida no está dando lugar a una privación arbitraria de la libertad o una sanción encubierta”
- 6) “La persona retenida debe ser objeto de atención especializada según el Estado en el que se encuentre y a ella se le permitirá comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo para cualquier efecto”
- 7) “En todo caso, la retención sólo puede tener lugar mientras la persona supera el estado de vulnerabilidad o de peligro o hasta que una persona responsable pueda asumir la protección requerida. En ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas”
- 8) “El retenido – directa o indirectamente - debe poder interponer, en todo momento, el recurso de habeas corpus si encuentra que se trata de una privación arbitraria de la libertad”
- 9) “Mientras se adecuan lugares especiales de protección, las autoridades deben tener en cuenta que una persona que está siendo objeto de protección y que se encuentra en estado de alteración, incapacidad o especial vulnerabilidad, no puede ser ubicada en el mismo lugar destinado a los capturados – por cualquier razón - y deberá ser separado en razón de su género o de su estado de particular indefensión”.
“Los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia y los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición”⁵⁷.
- 10) “Los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia y los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición”⁵⁸.

Estas condiciones, precisó enfáticamente la Corte, persiguen que “todas las personas en Colombia tengan la tranquilidad de que la fuerza policial no será arbitrariamente utilizada en su contra. Esta tranquilidad, como es obvio, refuerza de manera decisiva la legitimidad del Estado y sus instituciones”⁵⁹.

Sobre esta decisión vale recordar algunos argumentos de la aclaración de voto efectuada por la magistrada ponente, Catalina Botero Marino, sobre la necesidad de declarar la inexecutable de la *retención transitoria*:

“Si una medida de protección está regulada de manera tal que siquiera remotamente pueda ser utilizada para aplicar sanciones encubiertas o para reprimir de manera arbitraria el legítimo ejercicio de los derechos de las personas, debe, por ese sólo hecho, ser declarada

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 54 y 55.

⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 54 y 55.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 55.



inexequible (...). Encuentro que ese era el caso de la norma estudiada. Dado su diseño institucional, la retención transitoria podía fácilmente ser utilizada como una forma de sancionar o reprimir a las personas que tuvieran comportamientos que la policía considerara reprochables”⁶⁰.

Para Botero, “esta forma exótica de sanción vulneraba todos los estándares: la reserva judicial de la libertad, el principio de estricta legalidad y las garantías procesales mínimas para asegurar la interdicción de la arbitrariedad”⁶¹. Por ello, consideró, adicionalmente, “que la Corte ha debido cambiar el precedente contenido en la sentencia C-199 de 1998 dado que existen buenas y suficientes razones para ello”⁶².

La Corte Constitucional en su más reciente control de constitucionalidad sobre el traslado por protección, volvió a reconocer que el legislador por medio de la Ley 1801 de 2016 revivió una herramienta de policía inconstitucional, ya que “tal como se encuentra regulado en el artículo 155, no cumple con los parámetros constitucionales de razonabilidad y debido proceso”⁶³.

En cuanto a la razonabilidad, afirmó que la medida es parcialmente idónea “pues en algunos casos el traslado puede dar lugar a la protección de los derechos, específicamente si el traslado se da por razones de salud y la persona es llevada a un centro de salud”⁶⁴, empero “en los casos en que estas condiciones no se den, la medida será desproporcionada, pues resultará en el sacrificio transitorio de la libertad personal sin un beneficio claro en protección de los derechos”⁶⁵.

Respecto a la violación del debido proceso la Corte Constitucional manifestó que el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 que regula el *traslado por protección*, “no ofrece suficientes garantías previas ni posteriores. Solamente exigen que en el informe escrito conste “*el motivo*” del traslado. Esta expresión es ambigua”⁶⁶. Aparte del requisito del informe escrito, “donde no es clara la exigencia de motivación, no existe ninguna posibilidad de contradecir, cuestionar la imposición de la medida de traslado, o solicitar su cesación”⁶⁷.

⁶⁰ Botero Marino, Catalina. Aclaración de voto a la Sentencia C-720/07, en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Óp.. Cit., p. 70.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 107.

⁶⁴ Ibid., p. 106.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.



Sin embargo, la Corte Constitucional decidió por medio de una sentencia interpretativa condicionar la exequibilidad del artículo 155 del Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana y con ello del *traslado por protección*. Fijando para su constitucionalidad las siguientes reglas:

- 1) “el traslado por protección “*a un lugar destinado para tal fin*” solo se podrá aplicar en los municipios que cuenten con los lugares adecuados de atención y protección de personas trasladadas”
- 2) “en el informe escrito exigido por el parágrafo 3º del artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 se deberá incluir, además de la causal invocada, los hechos que dieron lugar al traslado y las razones por las cuales se considera que esos hechos caben dentro de la causal”
- 3) “la persona sujeta al traslado podrá solicitar la cesación del mismo al superior jerárquico que haya recibido el informe”⁶⁸

2. *Inconstitucionalidad del traslado por protección regulado en el artículo 40 de la Ley 2197 de 2022*

En las sociedades democráticas el derecho a la libertad personal está revestido de una protección reforzada. “La libertad y la seguridad personales son valiosas por sí misma y también porque su privación ha sido históricamente un medio fundamental para obstaculizar el disfrute de otros derechos”⁶⁹.

No obstante su importancia, está claro que el derecho a la libertad personal no es absoluto y que puede ser restringido siempre que se respeten una serie de “derechos-garantía” consagrados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuando exista una privación de la libertad personal, independientemente del nombre que esta tenga (detención, retención, arresto, internamiento, confinamiento, encierro o traslado por protección)⁷⁰.

Estos derechos-garantía son mínimos irreductibles que deben ser satisfechos a plenitud si se quiere que la privación de la libertad personal de un individuo resulte legítima. Se trata de i) principio de legalidad estricta; ii) reserva judicial; iii) respeto por las garantías mínimas constitucionales propias de cada juicio; y iv) razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 124.

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), 2014, párr. 2.

⁷⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 8. Derecho a la seguridad y libertad personales (artículo 9), 1982, párr. 4.



a) Desconocimiento del principio de estricta legalidad

Siguiendo los postulados tanto del PIDCP como de la CADH, todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales, razón por la que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causales y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”⁷¹. De esta manera, el principio de estricta legalidad indica que una persona sólo puede ser privada de su libertad en aplicación de una ley previa que de manera clara, concreta y específica determine las causales que originan la privación, los procedimientos que deben seguirse para ese fin y la autoridad competente para adoptar la privación.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el análisis de normas sobre reuniones y manifestaciones, al igual que de normas policivas que afectan intensamente derechos fundamentales como la libertad o el derecho de reunión y manifestación, se desconoce el principio de legalidad cuando éstas presentan una “indeterminación insuperable”⁷². Esto es, que “no ofrecen la necesaria certeza requerida para hacer exigible las consecuencias sancionatorias que se derivan de la conducta descrita y que le otorgan un amplio poder discrecional a la autoridad encargada de aplicar la respectiva norma”⁷³.

El artículo demandado prevé una condición de base para la aplicación del *traslado por protección* a cada una de las causales por la que procede: “cuando la vida e integridad de una persona natural se encuentre en riesgo o peligro y no acepte la mediación policial como mecanismo para la solución del desacuerdo”⁷⁴. Lo anterior significa que sólo procede la medida policial de *traslado por protección* que teleológicamente busque proteger a una persona de riesgo o peligro y una vez agotada la mediación policial con ésta no se consiga remediar o resolver el desacuerdo. El riesgo o peligro es, entonces, el elemento determinante de la aplicación de este medio de policía, ya que la sola presencia de la causal no es suficiente para su aplicación.

En los literales A, B, C, D, E y h, se describen 6 causales por las cuales procede el traslado:

- 1) **Encontrarse** “inmerso en riña”
- 2) **Encontrarse** “deambulando en estado de indefensión”

⁷¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, óp.. Cit., Art. 9.2 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, óp.. Cit., Art. 7.2.

⁷² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 99.

⁷³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-769/98, MP. Antonio Barrera Carbonell, p. 10.

⁷⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, Art. 40, inc. 1.



- 3) **Padecer** “alteración del estado de conciencia por aspectos de orden mental”
- 4) **Encontrarse o aparentar estar** “bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas ilícitas o prohibidas” y **exteriorizar** “comportamientos agresivos o extraños”
- 5) **Realizar** “actividades peligrosas o de riesgo que pongan en peligro su vida o integridad, o la de terceros”
- 6) **Encontrarse** “en peligro de ser agredido”.

Las causales descritas coinciden en términos generales con las 6 causales existentes en el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016, declarado en su integridad condicionalmente exequible e inexecutable en su párrafo 1⁷⁵.

La primera causal, como bien lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-281/17, requiere de una riña en la cual se presenten “actos de violencia que pongan en riesgo la vida e integridad de las personas”⁷⁶. Aunque en la causal existe un margen de apreciación, se considera que ésta no viola el principio de legalidad, ya que es función del uniformado verificar para su aplicación que la riña no pueda ser resuelta mediante mediación policial y que por ello la vida e integridad de una persona natural se encuentre en riesgo o peligro.

La segunda causal, consistente en deambular en estado de indefensión, no presenta una indeterminación insuperable. Razonablemente los miembros de la Policía Nacional pueden identificar cuando una persona está en la “imposibilidad de repeler agresiones, incluso menores”⁷⁷. No obstante, es importante recordar que según el precedente constitucional reiterado, el traslado por protección debe ser la última ratio, pues “si existe cualquier otra medida de protección al alcance de las autoridades, deberá preferirse esta última, so pena de incurrir en abuso de autoridad”⁷⁸. Siendo en este caso aplicable, en primera medida, la entrega de la persona a un familiar o el traslado de la persona a su domicilio⁷⁹.

La tercera causal relacionada con el padecimiento de una alteración del estado de conciencia por aspectos de orden mental tampoco presenta una indeterminación insuperable, dado que “comprende situaciones como las de personas con trastornos mentales que ordinariamente requieren acompañamiento para transitar por el espacio público, especialmente si pueden ser agresivos y si pueden ponerse en riesgo a sí mismos”⁸⁰. Entendiendo que en esta causal no

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 107.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 101.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 100.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Óp.. Cit., p. 66.

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 104.

⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 100 y 101.



se cubren, como bien lo ha precisado la Corte Constitucional, “otros casos de trastornos mentales o de personas en condición de discapacidad”⁸¹. Lo importante en estos casos, es recordar que “como primera medida se debe entregar a la persona a un allegado o pariente” y “si es posible, se debe intentar llevar a la persona a su domicilio”⁸². Agotadas estas medidas sin resultado, se deberá llevar la persona al Centro de Traslado por Protección para que allí el personal médico le brinde la asistencia requerida y necesaria.

La cuarta causal relacionada con el hecho de estar o aparentar estar bajo los efectos de bebidas alcohólicas o sustancias ilícitas o prohibidas, así como exteriorizar comportamientos agresivos o extraños presenta una alta indeterminación. Existen distintos comportamientos humanos de alta o baja excitación (llanto, risa desenfrenada, ira profunda o melancolía) que pueden generar la percepción de “agresión” o “extrañeza” en un interlocutor, pudiéndose con ello creer que una persona está bajo la influencia del alcohol o de sustancias ilícitas o prohibidas. Adicionalmente, al desaparecer en el **parágrafo 5 artículo 40 de la Ley 2197 de 2022** demandado el enunciado normativo antes prescrito en el parágrafo 5 del artículo 155 de la Ley 1801 de 2016⁸³, que descarta la utilización del traslado de protección por el simple hecho del consumo, se genera un alto y peligroso margen de apreciación en cabeza de los uniformados de la policía. Permitiéndose con ello, el posible abuso de autoridad y, por ende, la privación ilegal de la libertad de personas.

A los riesgos ya descritos se suma que el parágrafo 1 del artículo demandado prevé que, “cuando se presente el comportamiento señalado en los literales B), C) y D) del presente artículo, se podrá ejecutar este medio de policía sin que sea necesario agotar la mediación policial”⁸⁴. Quiere esto decir que los miembros de la policía están exonerados de agotar la mediación como canal para determinar si la persona se encuentra o aparenta estar bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas ilícitas o prohibidas, quedando a su libre criterio, sin medios objetivos de determinación, trasladar a una persona por el simple consumo de alguna de las bebidas o sustancias descritas. Esta causal, así como el parágrafo 1 del artículo 40 demandado, no superan el principio de estricta legalidad, por lo cual se muestran abiertamente inconstitucionales.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 101.

⁸² *Ibíd.*, p. 98.

⁸³ “Parágrafo 5. Cuando se trate de un traslado por alteración del estado de conciencia, porque la persona se encuentra bajo el efecto del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas no podrá ser trasladada por el simple hecho de estar consumiendo sino que deben existir motivos fundados y el agente de policía con fundamento en el principio de proporcionalidad determinará si existen las razones objetivas previstas en este Código”. Congreso de la República de Colombia. Ley 1801 de 2016, *óp.*. Cit., Art. 155, parágrafo 5.

⁸⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, *óp.*. Cit., Art. 40, parágrafo 1.



La quinta causal hace alusión a la realización de actividades peligrosas o de riesgo que pongan en peligro la vida o integridad de la persona, o la de terceros. El margen de apreciación de esta causal es muy alto, en ausencia de mayor descripción, incluso, por medio de ejemplificaciones enunciativas, queda al criterio del uniformado policial determinar qué es o qué no es una actividad peligrosa o de riesgo. Piénsese en un artista que en la realización de un espectáculo teatral o acrobático en vía pública, por emplear algún elemento contundente pueda ser trasladado por protección, ya que a juicio del agente de policía realiza una “actividad peligrosa” que pone en “peligro su vida o integridad, o la de terceros”; o de una persona que por conducir un vehículo en exceso de velocidad, en lugar de recibir una contravención de tránsito, sea trasladado a un Centro de Protección por su actuar debido al “riesgo” en el que puso a “terceros”. Esta causal, tampoco supera el principio de estricta legalidad y debe ser declarada inconstitucional.

Finalmente, la sexta causal se refiere a la situación de estar en peligro de ser agredido. La Corte Constitucional ha precisado que la descripción de esta causal, como aquella de la riña, “presenta complejidades desde el punto de vista de la aplicación práctica, pero en todo caso establece un parámetro objetivo para la actuación del personal uniformado de la Policía Nacional”⁸⁵. Este criterio se comparte y sería una causal clara y determinada siempre que, en primera medida, se busque la entrega de la persona a un familiar o el traslado a su domicilio⁸⁶.

b) Vulneración de la reserva judicial en materia de privación de la libertad

La Constitución Política de 1991 prevé en su artículo 28 que “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de *autoridad judicial competente*”⁸⁷.

Con base en esta prescripción normativa la Corte Constitucional como interprete máxima del texto constitucional “ha señalado, de manera reiterada y consistente, que en Colombia sólo los jueces de la República pueden imponer sanciones privativas de la libertad”⁸⁸. A esta restricción o limitación competencial se le conoce como reserva judicial.

Esta figura jurídica fue reforzada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, al establecer que como regla general la imposición de medidas de restricción a la libertad personal deberá ser

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 102.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 104.

⁸⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991, óp.. Cit., Art. 28, inc. 1.

⁸⁸ Botero Marino, Catalina. Aclaración de voto a la Sentencia C-720/07, Óp.. Cit., p. 74.



decretada por un juez de control de garantías⁸⁹. Estableciéndose como única excepción a este mandato general de protección del derecho a la libertad por el constituyente los casos de flagrancia previstos en el artículo 32 de la Constitución. Incluso, en dichos casos, reza el artículo que “el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona”⁹⁰.

De esta forma, el máximo tribunal constitucional colombiano ha señalado que

“(…) al lado de la protección al ‘derecho primario’ de la libertad, existen otros ‘derechos-garantía’ que están dirigidos a prohibir las restricciones de libertad arbitrarias o ilegítimas, de tal forma que la decisión que limita el derecho de libertad está sometida a una serie de mecanismos de control de validez de la decisión. De hecho, no se trata de prohibir la privación de la libertad cuando ésta busca desarrollar objetivos y finalidades constitucionalmente válidas, se trata de circundar al ejercicio de libertad de garantías obligatorias y vinculantes que limitan la orden estatal y evitan el arbitrio punitivo. Precisamente, uno de los derechos-garantía de la libertad física a que hace referencia el artículo 28 de la Constitución, es el mandamiento escrito de autoridad judicial competente para su privación”⁹¹.

Aunque la Corte Constitucional en la sentencia C-281/17, que controló la constitucionalidad del *traslado por protección*, reconoció que “la Constitución prevé una reserva judicial para la privación de la libertad y que existe la flagrancia como excepción constitucional, incurrió en el error de aceptar la posibilidad de que “las personas [sean] privadas de la libertad como consecuencia de las funciones preventivas y de mantenimiento de la convivencia y el orden público por parte de la Policía Nacional”⁹². En especial, porque se permitió que una medida de policía históricamente represiva, sancionadora y correctiva (*retención transitoria*), fuese presentada como una medida de carácter excepcional de prevención y protección de derechos.

Es importante recordar que “según información de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos internacionales, en el marco de las protestas [del año 2021] se realizaron más de 7.020 detenciones de personas mediante la figura jurídica denominada “traslado de protección””⁹³.

⁸⁹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991, óp.. Cit., Art. 250, inc. 1.

⁹⁰ *Ibíd.*, Art. 32.

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176/07, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 25.

⁹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 94.

⁹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia, junio 2021, párr., 102.



Según lo conocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de la “Guía de acompañamiento a las movilizaciones ciudadanas: alcance de intervención del Ministerio Público”⁹⁴, desarrollada por la Policía Nacional y la Procuraduría General de la Nación, en dicho instrumento se reitera que “tales “traslados” tienen un carácter excepcional y no deberían de realizarse a lugares destinados a la privación de la libertad”⁹⁵ y, que según el protocolo establecido para su práctica, se “exige que se elabore un informe en el que se indique las circunstancias de la detención e identificación del policía que la realizó”⁹⁶.

No obstante, lo anterior, en su Informe de Observaciones y Recomendaciones

“(…) llama la atención de la CIDH el alto número de traslados por protección reportados por el Estado. Adicionalmente, la Comisión recibió denuncias según las cuales no se conocerían los parámetros objetivos utilizados por la policía para realizar tales figuras policiales. En este sentido, se denunció que la detención se habría extendido, en algunos casos, más allá del plazo de 12 horas permitido y en lugares no habilitados. Además, se estaría utilizando, tanto para amedrentar a algunos manifestantes, como para eludir las exigencias de acreditar la flagrancia u orden judicial para la detención por la presunta comisión de actos delictivos”⁹⁷.

Adicionalmente, en dicho informe la CIDH relata que, durante su visita de trabajo a Colombia realizada en junio de 2021,

“se recibieron reiterados relatos por parte de la sociedad civil, así como de Defensoría del Pueblo y Procuraduría General en relación con las dificultades para poder acceder a la información sobre las detenciones, así como deficiencias en el registro de ingreso o egreso de las personas detenidas, lo que pudo haber incidido en el alto número de denuncias de desapariciones. Además, se informó en diversos testimonios que, ni se agotaron las posibilidades de entregar a las personas detenidas a sus familias, ni existiría información transparente sobre los lugares donde serían trasladadas las personas detenidas”⁹⁸.

Estos graves acontecimientos identificados por la CIDH en su informe demuestran que no eran infundados los riesgos, temores y reproches de inconstitucionalidad enunciados por la Corte Constitucional en las sentencias C-199/18, C-720/07 y C-281/17 sobre la figura de la *retención transitoria* y sobre su sucesora el *traslado por protección*.

⁹⁴ Procuraduría General de la Nación - Defensoría del Pueblo. Guía de acompañamiento a las movilizaciones ciudadanas: Alcance de intervención del Ministerio Público, octubre de 2020.

⁹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia, Óp.. Cit., párr., 104.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibid.*, párr., 105.

⁹⁸ *Ibid.*, párr., 106.



Puede, entonces, razonablemente deducirse que la flexibilización efectuada por la Corte Constitucional a la reserva judicial como garantía del derecho a la libertad personal, permitiendo que se prive de la libertad a una persona sin orden de un juez y por fuera de la excepción de la flagrancia vía *traslado por protección* es un yerro, que debe ser corregido por la Corte Constitucional declarando el artículo 40 de la Ley 2197 de 2022 inexecutable.

En primer lugar, porque esta medida de policía, aunque semánticamente se diferencia de su antecesora la *retención transitoria*, en su esencia sigue siendo una medida correctiva que, en la práctica, está lejos de ser una real y verdadera medida preventiva y de protección de derechos y libertades.

En segundo lugar, porque a través del *traslado por protección* se ha permitido la desviación de poder, el abuso de autoridad y las detenciones ilegales de personas, como bien lo ha advertido la CIDH, luego de realizar su visita de trabajo en Colombia en el marco de las protestas sociales de 2021. Especialmente, de aquellos sujetos que se consideran por la Policía Nacional no ajustarse a cierto modelo de comportamiento social o a cierta concepción única y uniforme de la realidad. Sobre este punto en concreto, vale la pena recordar que, en Colombia

“las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones [como la privación de la libertad], un determinado modelo de virtud o de excelencia humana”⁹⁹.

En efecto, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en su precedente jurisprudencial,

“esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que etimológicamente significa precisamente la capacidad de la persona de darse sus propias normas”¹⁰⁰.

c) Irrespeto por las garantías mínimas constitucionales de cada juicio

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-309/97, MP. Alejandro Martínez Caballero, p. 19.

¹⁰⁰ *Ibidem*.



Cuando la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del *traslado por protección*, encontró que el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 regulaba el procedimiento de dicho traslado con los siguientes pasos:

“(i) como primera medida se debe entregar a la persona a un allegado o pariente, (ii) si es posible, se debe intentar llevar a la persona a su domicilio, (iii) si las primeras dos opciones no se encuentran disponibles, se debe trasladar a la persona a un centro asistencial o de protección, de salud u hospital, o lugar especialmente destinado para tal fin por la administración municipal, (iv) se prohíbe hacer traslados a sitios destinados a la privación de la libertad—es decir a estaciones de policía, URIs, cárceles y establecimientos similares, usados ordinariamente para los procedimientos de captura en flagrancia o con orden judicial—, (v) se establece una duración máxima de doce horas, (vi) separación en razón del sexo, (vii) presencia del Ministerio Público, (viii) informe escrito incluyendo la motivación del traslado dirigido al superior jerárquico y con copia al sujeto de la medida, (ix) posibilidad de comunicación con un allegado y (x) prohibición de realizar el traslado por el “*simple hecho de estar consumiendo*”¹⁰¹.

Advirtiendo previamente que, una de las grandes evoluciones de la medida de *traslado por protección* en relación con su antecesora la *retención transitoria*, era que “la privación de la libertad ya no se prevé como medida correctiva, es decir que no se concibe como la reacción de las autoridades de policía a una infracción de la ley”¹⁰², sino que “en el nuevo Código se trata de un medio de policía, destinado exclusivamente a permitir “*el cumplimiento efectivo de la función y actividad de Policía*”¹⁰³.

De acuerdo con lo hallado por la CIDH en su visita de trabajo, el *traslado por protección* si se está utilizando en Colombia como medida correctiva y punitiva. De hecho, en el informe se lee que la CIDH

“(…) recibió denuncias sobre situaciones de violencia e, inclusive, tratos crueles, inhumanos y degradantes, que podrían configurar tortura, y que habrían sido realizadas bajo la figura del traslado por protección. En particular, las personas entrevistadas informaron a la CIDH que, en todo momento, fueron víctimas de golpes y maltratos durante los trasladados. En algunos casos, habrían recibido amenazas de ser desaparecidas por encontrarse participando en las protestas”¹⁰⁴.

Incluso se advierte que,

¹⁰¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 98.

¹⁰² *Ibid.*, p. 97.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia, Óp.. Cit., párr., 107.



“(…) los testimonios recabados son consistentes al señalar que los traslados por protección están siendo aplicados en varios casos con fines de carácter punitivo, o como un medio para disuadir la protesta. Esto, en el análisis de la Comisión, es especialmente grave debido a que dicha figura, como fue concebida, carece de control judicial, traduciéndose en una restricción a la libertad que depende de la valoración del propio policía que la realiza”¹⁰⁵.

Este último aspecto señalado en el informe de la CIDH es de suma importancia, devela lo que la Corte Constitucional ignoró en la sentencia C-281/17 que declaró el *traslado por protección* como condicionadamente exequible, y es que este medio de corrección -mas no de protección-, no cuenta con un control judicial al momento de su práctica, sólo y bajo limitadas posibilidades, operaría la acción de tutela o el habeas corpus. Empero, no olvidar que la CIDH también encontró “deficiencias en el registro de ingreso o egreso de las personas detenidas, lo que pudo haber incidido en el alto número de denuncias de desapariciones”¹⁰⁶, pues “se informó en diversos testimonios que, ni se agotaron las posibilidades de entregar a las personas detenidas a sus familias, ni existiría información transparente sobre los lugares donde serían trasladadas las personas detenidas”¹⁰⁷.

Al respecto, el 40 de la Ley 2197 de 2022 muestra nula corrección de estos vicios de inconstitucionalidad, incluso, se muestra con menores garantías para la persona privada de su libertad (trasladado por protección) que la reglamentación prevista en la Ley 1801 de 2016.

Es importante recordar que el contenido del artículo 29 constitucional precisa un mínimo de garantías constitucionales enmarcadas bajo el rotulo del debido proceso que “se aplicará[n] a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”¹⁰⁸. Así, toda privación de la libertad sea cual sea la denominación que se use para nombrarla (*retención transitoria* o *traslado por protección*), debe estar precedida por las garantías mínimas de un proceso legal.

“Esto significa que además de haber sido dictada por el juez natural, la medida restrictiva debe ser el resultado de un proceso en el cual se hubieren garantizado, cuando menos, los derechos de defensa y contradicción, así como un recurso efectivo para controvertir la decisión”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr., 108.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, párr., 106.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991, óp.. Cit., Art. 29, inc. 1.

¹⁰⁹ Botero Marino, Catalina. Aclaración de voto a la Sentencia C-720/07, en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Óp.. Cit., p. 84.



La Corte Constitucional ha reiterado en diferentes oportunidades que las garantías previstas en el artículo 29 constitucional deben extenderse a todos aquellos ámbitos en los cuales existan razones semejantes al derecho penal, esto es, cuando menos, a los ámbitos en los cuales se ejerce el *ius puniendi* o el poder punitivo del Estado¹¹⁰.

En lo que concierne al derecho de policía, específicamente a las medidas correctivas, entre ellas el *traslado por protección*, pues como ya se ha probado en la práctica opera como tal, la Corte ha reclamado algunas de las garantías propias del derecho penal, exigiendo el respeto y garantía del principio de estricta legalidad¹¹¹, la proporcionalidad en la reacción punitiva¹¹², la proscripción de sanciones temporalmente indefinidas o ambiguas¹¹³, la presunción de inocencia¹¹⁴, el derecho a un recurso efectivo¹¹⁵, el derecho a la contradicción¹¹⁶, entre otros.

El párrafo 2 del artículo 40 accionado, establece que “el personal uniformado de la Policía Nacional, entregará la persona a un familiar que asuma su protección, o en su defecto al coordinador del Centro de Traslado por Protección”¹¹⁷, desapareciendo el deber de la Policía prescrito en el antiguo párrafo 2 del artículo 155 de la Ley 1801 de 2016, de “cuando fuera posible, se intentará llevarla a su domicilio”¹¹⁸.

Punto seguido, se afirma que dicho traslado se hará “con estricta observancia de lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo”¹¹⁹. Esto es, que “el traslado por protección en ningún caso se realizará en las instalaciones de la Policía Nacional o a sitios de reclusión de personas retenidas a la luz del ordenamiento penal”¹²⁰. Aspecto ya previsto en la regulación anterior del *traslado por protección* y que, en esencia, es producto de los condicionamientos dados por la Corte Constitucional en controles abstractos previos¹²¹. En la práctica esto no se cumple, como lo identificó la CIDH en su informe, miembros de la Policía Nacional han

¹¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-438/92, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-492/92, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-796/05, MP. Rodrigo Escobar Gil y; Sentencia C-124/03, MP. Jaime Araujo Rentería.

¹¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-087/00, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-110/00, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Sentencia, C-046/01, MP. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1440/00, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-117/06, MP. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-490/92, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹⁷ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, óp.. Cit., Art. 40, párrafo 2.

¹¹⁸ Congreso de la República de Colombia. Ley 1801 de 2016, óp.. Cit., Art. 155, párrafo 2.

¹¹⁹ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, óp.. Cit., Art. 40, párrafo 2.

¹²⁰ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, óp.. Cit., Art. 40, párrafo 4.

¹²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Óp.. Cit., p. 67.



trasladado por protección a personas a instalaciones policiales¹²² o a lugares no habilitados que se denuncia fueron convertidos en centros de torturas¹²³, sometiéndolas a vulneraciones de derechos humanos que incluso, han llevado a denuncias por tortura, tratos crueles inhumanos y/o degradantes, violaciones, actos sexuales abusivos y muerte¹²⁴.

Sin embargo, es el parágrafo 5 del artículo 40 demandado el que, en términos generales, contiene el procedimiento a través del cual se materializará el *traslado por protección*, sin olvidar que el parágrafo 3 regula la implementación, dotación, funcionamiento y responsables de los Centros de Traslado por Protección, así como el término de su duración al prescribir que el “traslado por protección podrá cesar en cualquier momento cuando las causas que lo motivaron hayan desaparecido, sin que en ningún caso sea mayor a 12 horas”¹²⁵.

Según los parágrafos 5 y 7, el personal uniformado de la Policía Nacional que ejecute el traslado por protección o realice la entrega a un familiar deberá:

¹²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia, Óp.. Cit., párr., 105.

¹²³ En febrero de 2022, se denunció por parte de un exfuncionario y concejales del Distrito de Bogotá que la Policía Nacional había tomado como centros de torturas locaciones de los Portales Américas y Suba de Transmilenio. Allí, según lo denunciado, la Policía hizo uso del *traslado por protección* para retener de forma ilegal a jóvenes participantes de las protestas con el fin de reprimirlos con torturas, tratos crueles inhumanos y degradantes. Ver: <https://www.elespectador.com/bogota/portal-americas-centro-de-torturas-y-retenciones-ilegales-por-la-policia/>, <https://www.eltiempo.com/bogota/jovenes-fueron-torturados-en-portal-americas-durante-manifestaciones-648984>, https://caracol.com.co/emisora/2022/02/02/bogota/1643821288_234410.html, <https://www.wradio.com.co/2022/02/02/denuncian-que-portales-de-transmilenio-fueron-usados-por-policias-para-torturar-manifestantes/>.

¹²⁴ Vale recordar dos casos trágicos ocurridos en el marco de *traslados por protección* realizados por agentes de la Policía Nacional. El primero, que luego desató una ola de protestas con más actos de violencia y abuso policial, es el caso de Javier Hernando Ordoñez, quien en aplicación del artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 fue trasladado por aparentar estar bajo el consumo de bebidas alcohólicas a un CAI de la Policía Nacional en Bogotá y allí fue brutalmente golpeado y torturado hasta que se le causó la muerte. Ver: <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/policia-muertes/>. El segundo, que encierra actos de violencia contra las mujeres, es el caso de Allison Meléndez en Popayán, quien el 12 de mayo de 2021 por grabar las protestas fue trasladada a la URI de esta ciudad donde según denuncias fue víctima de violencia sexual por quienes la detuvieron. Dos días después, producto de lo sufrido, Allison decide acabar con su vida suicidándose. Ver: <https://www.semana.com/nacion/articulo/denuncian-que-joven-que-habria-sido-victima-de-abuso-sexual-por-parte-del-esmad-se-suicido-en-popayan/202107/>.

¹²⁵ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, óp.. Cit., Art. 40, parágrafo 3.



- 1) “informar de manera inmediata al superior jerárquico de la unidad policial a través del medio de comunicación dispuesto para tal fin”¹²⁶.
- 2) “documentar mediante informe escrito en el que conste los nombres, identificación de la persona trasladada y circunstancias de tiempo, moda y lugar en que se materializó el traslado”. El incumplimiento de esta obligación será “causal de mala conducta”¹²⁷
- 3) suministrar “copia del informe al coordinador del Centro de Traslado por Protección, para el respectivo control”, si “la persona [es] conducida a sitio dispuesto por la entidad territorial, distrital o municipal”¹²⁸
- 4) permitir “a la persona que va a ser trasladada comunicarse con un allegado o con quien pueda asistirlo para informarle, entre otras cosas, el motivo y sitio de traslado. Si la persona no tiene los medios para comunicarse, la autoridad se los facilitará”¹²⁹.
- 5) “si se niega a informar a otra persona o no es factible hacerlo, se enviará copia de inmediato del respectivo informe escrito al Ministerio Público y al coordinador del Centro de Traslado por Protección”¹³⁰.

Este procedimiento policial, como se observa, no cumple con las mínimas garantías al debido proceso enunciadas en el artículo 29 constitucional que, como ya se ha dicho, se deben “[aplicar] a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”¹³¹.

En primer lugar, porque se indica la obligación de “informar de manera inmediata al superior jerárquico de la unidad policial”, pero no se precisa la razón de esta información, que debería ser, en esencia, como en su momento lo condicionó la Corte Constitucional, la posibilidad de “solicitar la cesación del [traslado y la privación de la libertad] al superior jerárquico que haya recibido el informe”¹³². De esta forma, se hace nugatorio el derecho de defensa y el derecho de contradicción, aunada a la imposibilidad de recurrir la sanción. Esto, sin obviar algo de suma trascendencia y es que un funcionario de policía no tiene ni los conocimientos ni la preparación jurídica ni la imparcialidad necesaria que sí tendría un juez de la República para proteger el derecho a la libertad personal.

¹²⁶ *Ibíd.*, Art. 40, parágrafo 5.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibíd.*, Art. 40, parágrafo 7.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991, óp. Cit., Art. 29, inc. 1.

¹³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Op. Cit., p. 123.



En segundo lugar, en el informe escrito de policía se exige que consten “los nombres, identificación de la persona trasladada y circunstancias de tiempo, moda y lugar en que se materializó el traslado”. La descripción de estas circunstancias hace alusión a los acontecimientos presentados de forma concomitante a la ejecución del traslado, pero deja azarosamente de lado la necesaria descripción de la “causal invocada” y “los hechos que dieron lugar al traslado y las razones por las cuales se considera que esos hechos caben dentro de la causal”¹³³. Estas exigencias, de hecho, fueron algunas de las incorporadas al *traslado por protección* que condicionó la Corte Constitucional en la sentencia C-281/17¹³⁴ y que, en su ausencia, impiden a futuro controlar vía penal o disciplinaria los abusos y arbitrariedades de los miembros de la Policía Nacional.

En tercer lugar, peligrosamente se elimina del informe escrito de policía la obligación de consignar “el sitio al que se traslada”¹³⁵ y se suprime el deber con la persona sujeta a la medida de “entregar copia de dicho informe”¹³⁶. Requisitos que, sí encontrándose en la regulación previa del *traslado por protección* han dado lugar a denuncias por tortura, abusos sexuales y detenciones ilegales y desaparición forzada por parte de los miembros de la Policía Nacional¹³⁷, al desaparecer en el artículo 40 de la Ley 2197 de 2022 demandado, dejan en un mayor grado de exposición y vulnerabilidad a las personas que puedan ser sometidas a esta camuflada medida correctiva de policía.

Finalmente, en cuarto lugar, aunque el párrafo 7 del artículo demandado establece que se le “permitirá a la persona que va a ser trasladada comunicarse con un allegado o con quien pueda asistirlo para informarle, entre otras cosas, el motivo y sitio de traslado”¹³⁸, esto no satisface a plenitud las garantías del debido proceso, especialmente del derecho de defensa. Como se ha expresado *supra*, la indicación del motivo y del sitio de traslado se suprimieron como obligación del informe de policía, esto redundando en un grado de mayor vulnerabilidad e indefensión de la persona sometida a la privación de la libertad vía *traslado por protección*; generándose sobre estas personas un alto riesgo de sufrir la violación de otros de sus derechos constitucionales y convencionalmente reconocidos, tales como la libertad e integridad personal, la dignidad humana y la vida¹³⁹.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Congreso de la República de Colombia. Ley 1801 de 2016, óp.. Cit., Art. 155, párrafo 3.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia, Óp.. Cit., párr., 102 – 107.

¹³⁸ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, óp.. Cit., Art. 40, párrafo 7.

¹³⁹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991, óp.. Cit., Arts. 2, 5, 12, 16, 24, 28, 29, 83 y 93; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Op. Cit., Arts.



d) Irrazonabilidad y desproporcionalidad de la medida

Siguiendo la jurisprudencia constitucional, en este punto de análisis debe realizarse un juicio estricto de razonabilidad, porque

“además de tratarse de una medida que se impone contra los intereses de la persona transitoriamente incapaz y en defensa de sus propios derechos (lo que ya la convierte en una medida que debe ser cuidadosamente estudiada), supone una restricción (aunque por corto tiempo) del derecho a la libertad personal”¹⁴⁰.

Este juicio estricto está compuesto por etapas o pasos de verificación, a saber, *determinación de fin constitucionalmente imperioso; medio usado no se encuentre en sí mismo prohibido y; relación entre medio y fin (idoneidad, conducencia, necesidad)*¹⁴¹.

i) Fin constitucionalmente imperioso

La *determinación de si el fin es o no constitucionalmente imperioso* respecto a la *retención transitoria* y al *traslado por protección* ya ha sido examinada por la Corte Constitucional y se ha establecido que “el único fin admisible es la prevención de violaciones de derechos fundamentales, con lo cual los propósitos sancionatorios se encuentran prohibidos”¹⁴².

El artículo 40 demandado declara en su parte inicial tener como finalidad la realización del *traslado por protección* “cuando la vida e integridad de una persona natural se encuentre en riesgo o peligro y no acepte la mediación policial como mecanismo para la solución del desacuerdo”¹⁴³. Teóricamente, esta medida policial parece cumplir con el requisito de tener una finalidad imperiosa: la salvaguarda de la “vida e integridad de una persona”¹⁴⁴. No obstante, como ya se ha demostrado *supra*, especialmente, con el informe de la CIDH, en el marco de la protesta social, en ejercicio del derecho constitucional a la manifestación, el *traslado por protección* ha sido una herramienta que ha demostrado tener propósitos sancionatorios, con “fines punitivos” y como “medio para disuadir la protesta”¹⁴⁵.

1.1, 2, 5, 7, 11, y 22 de la CADH y; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, óp.. Cit., Arts. 2.1, 7, 9, 10, 12 y 17.

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Óp.. Cit., p. 29.

¹⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., pp. 102 – 105.

¹⁴² *Ibid.*, p. 103.

¹⁴³ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, óp.. Cit., Art. 40, inc. 1.

¹⁴⁴ *Ibidem.*

¹⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., p. 103.



De esta manera, aunque la Corte Constitucional en su sentencia C-281/17 encontró teóricamente que en el *traslado por protección* se “evidencian una finalidad preventiva y no sancionatoria”¹⁴⁶, en la práctica esta medida se emplea para fines diferentes, como la generación de miedo y disuasión para no protestar, en aras de lograr una supuesta “protección en abstracto del orden público”¹⁴⁷.

No en vano, la CIDH dentro de sus observaciones específicas sobre el *traslado por protección*, instó al Estado colombiano a “evitar privaciones de la libertad mediante el uso arbitrario del traslado por protección”¹⁴⁸. Para ello, siguiendo el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), advierte que este tipo de medidas de detención sin orden judicial o en flagrancia, además de “[cumplir] con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad”¹⁴⁹, “debe contemplar la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policíaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención”¹⁵⁰. Adicionalmente, para que sean convencionales este tipo de regulaciones deben, dice la CIDH, “ser acorde[s] al principio de igualdad y no discriminación, de forma tal que evite la hostilidad en contra de grupos sociales”¹⁵¹.

Por lo anterior, se hace evidente que el fin reflejado en la práctica por el *traslado por protección* no es imperioso. Detrás de una figura que teóricamente tiene por finalidad la prevención de violaciones de derechos fundamentales, se encubre una herramienta de sanción y corrección, empleada de facto para vulnerar derechos humanos de las personas.

ii) Prohibición en sí mismo del medio usado o empleado

Respecto a que *el medio usado no se encuentre en sí mismo prohibido*, se recuerda lo descrito *supra* en cuanto a la reserva judicial. La protección reforzada del derecho a la libertad personal tiene por motivo que su desconocimiento permite la vulneración de otros derechos como la integridad personal, el derecho a la protesta, la dignidad humana y la vida.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem. Ver también como ejemplo concreto, el caso analizado por la Corte en la sentencia T-594 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), sobre las detenciones arbitrarias contra trabajadoras sexuales en un parque público.

¹⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia, Óp.. Cit., párr., 109.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 90.

¹⁵¹ Ibidem.



Por esa razón debe entenderse, siguiendo ese “cono geométrico jurídico” previsto por el principio *pro homine*, a través del cual se exige que frente a derechos se aplique la protección más amplia posible (*extremo lato*) y frente a sanciones o restricciones a derechos aquellas de menor alcance (*extremo stricto*)¹⁵², que el artículo 28 constitucional plantea una protección aguda sobre la libertad personal que debe honrarse y respetarse por el legislador y la Corte Constitucional.

Recuérdese que según este enunciado normativo existe una reserva judicial frente a la libertad personal. “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de **autoridad judicial competente**”¹⁵³, excepto en los casos de flagrancia reglados en el artículo 32 de la Constitución. Flexibilizar esta máxima de protección para autorizar privaciones o restricciones de la libertad a través de otro tipo de figuras jurídicas como el *traslado por protección* o la antigua *retención transitoria*, terminaría -como los hechos lo han demostrado- avalando la arbitrariedad, el abuso y la desviación de poder, al igual que la vulneración masiva de otros derechos fundamentales¹⁵⁴.

Razón suficiente para señalar que la flexibilización hecha sobre la reserva judicial por la Corte Constitucional frente al *traslado por protección* en la sentencia C-281/17 ha sido un error que debe imperativamente corregirse por este tribunal¹⁵⁵. Su costo jurídico, en vidas garantías y libertades, lo exigen. De acuerdo con una lectura sistemática del artículo 28 constitucional en conjunto con el artículo 29 de la CADH y el principio *pro homine*, se tiene que el *traslado por protección* es un medio que se encuentra en sí mismo prohibido.

iii) Relación entre medio y fin (idoneidad, conducencia, necesidad)

El artículo 40 de la Ley 2197 de 2022 demandado indica en su inciso 1 que el *traslado por protección* deberá realizarse para proteger “la vida e integridad de una persona natural” cuando éstas “se encuentre[n] en riesgo o peligro”¹⁵⁶. No obstante, como se indicó en el acápite sobre garantías mínimas constitucionales de cada juicio, se emplea un medio desprovisto de control judicial inmediato, de garantías al debido proceso, al derecho de defensa y contradicción, al igual que al derecho a recurrir la eventual privación injusta de la libertad¹⁵⁷.

¹⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, óp.. Cit., Art. 29.

¹⁵³ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991, Op. Cit., Art. 28, inc. 1.

¹⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia, óp.. Cit., párr., 102 – 107.

¹⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, óp.. Cit., pp. 93 – 97.

¹⁵⁶ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, óp.. Cit., Art. 40, inc. 1.

¹⁵⁷ Congreso de la República de Colombia. Ley 2197 de 2022, óp.. Cit., Art. 40, párrafos 5 y 7.



Aunque el parágrafo 3 de la norma demandada realiza un esfuerzo por describir la idoneidad del medio, manifestando que “la implementación y dotación del Centro de Traslado por Protección con su seguridad interna y externa” garantizarán “la protección, el respeto y amparo de los derechos fundamentales y la dignidad humana”, a través de:

- 1) “un sistema de cámaras controlado y monitoreado por la entidad territorial, distrital o municipal”
- 2) una supervisión “por funcionarios de la Alcaldía, Ministerio Público y Defensoría del Pueblo” del “control y protocolo de ingreso, salida, causa y sitio en el cual se realiza el traslado por protección”
- 3) “un grupo interdisciplinario para la atención del trasladado”
- 4) una duración máxima del *traslado por protección*, “sin que en ningún caso sea mayor a 12 horas”
- 5) el deber de “contar con personal médico”, para las causales de “estado de indefensión” y “alteración del estado de conciencia por aspectos de orden mental”¹⁵⁸.

Lo cierto es que condiciones de idoneidad iguales o similares ya las había establecido la Corte Constitucional en sus controles previos de constitucionalidad, tanto de la *retención transitoria*¹⁵⁹ como del *traslado por protección*¹⁶⁰, regulado por el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016. Sin evitar con ellas abusos de autoridad ni desviaciones de poder a través de *traslados por protección* que han provocado -mas no evitado-, graves violaciones a los derechos de las personas en Colombia por parte de los miembros de la Policía Nacional.

En cuanto a la conducencia del medio, se hace notorio que, en tratándose de *traslados por protección*, exclusivamente encaminados en atender situaciones donde por “alteración del estado de conciencia por aspectos de orden mental” o “estado de indefensión” estén en peligro o riesgo “la vida e integridad” de la persona, el medio se muestra conducente. Empero esta conducencia termina siendo aparente o ilusoria frente a las demás causales cuando se observa que, a través de ellas, sin contar con “la existencia de elementos objetivos” y en su lugar guiados por “la mera intuición policíaca” y “criterios subjetivos, que no pueden ser verificados”, se priva o restringe, así sea temporal o transitoriamente, a las personas de su libertad personal. Por ello, la medida no logra en su plenitud ser conducente.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, Art. 40, parágrafo 3.

¹⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Op. Cit., pp. 66 y 67.

¹⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., pp. 123 y 124.



Finalmente, respecto a la necesidad de la medida se aplica un razonamiento similar al efectuado en la conducencia. La necesidad pretende constatar que el sacrificio de otros valores y principios constitucionales sean menores al fin propuesto. En este punto, de nuevo se hace evidente la contrariedad teórica y práctica del *traslado por protección*, pues se enuncia como una medida para prevenir y proteger derechos, pero en la práctica se manifiesta como una herramienta punitiva, de coerción y de disuasión para impedir el ejercicio legítimo de otros derechos constitucionalmente amparados.

Por ello sobre este punto en concreto, resulta acertado concluir que el *traslado por protección* visto en la práctica policial dista mucho de ser una verdadera medida de protección, pues actúa como medida correctiva y nugatoria de derechos, lo que la hace desproporcionada en relación con los fines que persigue¹⁶¹.

2.4 Consideraciones finales del Observatorio respecto al traslado por protección

Tomando en cuenta que si una medida de protección “está regulada de manera tal que siquiera remotamente pueda ser utilizada para aplicar sanciones encubiertas o para reprimir de manera arbitraria el legítimo ejercicio de los derechos de las personas, debe, por ese sólo hecho, ser declarada inexecutable”¹⁶².

En este caso y de acuerdo con el cargo de inconstitucionalidad presentado y estudiado con suficiencia a lo largo de la demanda, está claro que el *traslado por protección* se ha empleado como una forma de sancionar y reprimir a las personas que tienen comportamientos que la policía considerara reprochables, dándose lugar al incumplimiento de obligaciones de protección y garantía de derechos por parte de las autoridades y a la generación de graves violaciones de derechos de libertad (libertad e integridad personales, dignidad humana y vida).

3. Argumentos para solicitar la inconstitucionalidad de las reglas sobre servicios de seguridad privada en las cárceles

3.1 Normas legales demandadas y argumentos de los demandantes

Los demandantes acusan la inconstitucionalidad del siguiente enunciado normativo:

¹⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Op. Cit., p. 48.

¹⁶² Botero Marino, Catalina. Aclaración de voto a la Sentencia C-720/07, en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720/07, Óp.. Cit., p. 70.



“Artículo 62. Las entidades territoriales de que trata el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, podrán celebrar contratos para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada y para apoyar el cumplimiento de las funciones a su cargo, en materia de creación, fusión, o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles. Parágrafo. Para el cumplimiento de esta disposición, la entidad territorial deberá diseñar los procesos selectivos teniendo en cuenta la normativa del sector penitenciario y carcelario, y las condiciones de prestación del servicio fijadas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada”

Los demandantes consideran que la norma legal demandada: (i) vulnera los artículos 2, 28, 201 y 228 de la Constitución Política y (ii) vulnera los artículos 1, 2 y 223 de la Constitución Política.

En el primer grupo de argumentos, los accionantes consideran que el art. 62 vulnera la naturaleza pública de la administración de justicia y del ejercicio del poder punitivo en cabeza del Estado. La norma demandada les permite a los particulares ejecutar las medidas privativas de la libertad que ordenan los jueces de la república. Esta situación que vulnera el derecho a la libertad de las personas que se encuentren privadas de tal derecho al interior de los centros de reclusión contratados por las autoridades territoriales.

En el segundo grupo, los demandantes consideran que la norma vulnera el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza del Estado que estipula el art. 223 de la Constitución. Para ellos, el art. 62 permite que los particulares ejecuten medidas privativas de la libertad de personas detenidas preventivamente. Ese ejercicio implica la posibilidad de usar la fuerza armamentística con el objetivo de evitar fugas o revueltas, por poner algunos ejemplos.

3.2 Problema Jurídico y tesis del Observatorio

¿La autorización legal del art. 62 de la ley 2197 de 2022 para que las entidades municipales y departamentales contraten los servicios de vigilancia privada es inconstitucional por desconocer el principio de uso exclusivo de la fuerza? ¿Es inconstitucional que un contratista co-administre un centro penitenciario?

La tesis que sostendrá este Observatorio es que el enunciado normativo es inconstitucional y la Corte debe declararlo **INEXEQUIBLE**.

Antes de dar nuestras apreciaciones sobre el fondo del asunto, creemos necesario solicitarle a la Corte Constitucional que **INTEGRE** la unidad normativa del presente caso trayendo a control el art. 63 - actual art. 34A del Código Penitenciario y Carcelario- y todo el Título XI “Norma por la cual se adiciona y modifica la Ley 65 de 1993 - Código Penitenciario y Carcelario” de la Ley 2197 de 2022. Una vez se integre le solicitamos a la Corte



Constitucional que declare **INEXEQUIBLE** todo el Título XI de la Ley 2197 de 2022. Ambas normas, los artículos 63 y 64 dependen uno del otro. El primero, es el otorgamiento general de competencias del legislador a los entes territoriales para celebrar contratos para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada en centros penitenciarios. El segundo artículo, el 64, concreta el sistema de contratación mediante asociaciones público privadas, autoriza la destinación de fondos y establece la coordinación de competencias entre distintos niveles de la administración para otorgar esos contratos de administración carcelaria. Para ejercer un debido control de constitucionalidad, le pedimos a la Corte controlar todo el Título XI de la Ley 2197 de 2022.

Que un contratista co-administre un centro penitenciario es inconstitucional por vulnerar el principio de exclusividad de la fuerza estatal. No obstante, en un ejercicio de analogía abierta, la Corte recientemente ha dicho que las empresas de seguridad privada no riñen con el mencionado principio si y solo si reúnen ciertos requisitos: “(...) la Corte Constitucional considera que la seguridad prestada por las empresas de vigilancia y seguridad privada es no intrusiva y, por lo tanto, deben cumplir con ciertas condiciones para entender que no desconocen el principio de exclusividad de la fuerza pública”, veamos:

- i) “ (...) que no usen armas de uso exclusivo de la Policía Nacional”¹⁶³
- ii) “(...) que su objetivo no sea el de defender una comunidad, ni restablecer el orden público, ni generar las condiciones para el ejercicio pleno de los derechos y libertades -tareas de competencia exclusiva a la fuerza pública-, sino el de la protección de bienes o de personas que específicamente requieren de este servicio”¹⁶⁴
- iii) “(...) que no se trate de admitir el ejercicio de la fuerza por parte de particulares, en situaciones en las cuales existe un conflicto social o político previo, cuya solución pretenda lograrse por medio de las armas”¹⁶⁵.
- iv) “(...) que la autorización para utilizar armas no desplace la función de la fuerza pública”¹⁶⁶

¹⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Argumento jurídico 18.

¹⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Argumento jurídico 18.

¹⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Argumento jurídico 18.

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Argumento jurídico 18.



- v) “(...) que se ejerza el poder de vigilancia y supervisión del Estado previsto para las armas de uso civil”¹⁶⁷.

Respecto a lo anterior, compartimos plenamente los argumentos expuestos en la demanda, en el sentido que entregar a los particulares las atribuciones de vigilancia dentro de los establecimientos carcelarios excede los límites señalados por la jurisprudencia en el uso de la fuerza; el cuerpo encargado de la vigilancia y custodia en establecimientos carcelarios desempeña su labor bajo unas condiciones especiales, no es un escenarios más donde hay concurrencia de personas, se trata de lugares en los que la exposición y tensión respecto a los derechos de las personas privadas de la libertad es permanente; no solo está en juego la vida y la integridad de los internos, también el mantenimiento del orden, la disciplina, la seguridad, la convivencia, lo que en ciertas ocasiones implicaría imponer mandatos y aplicar la fuerza en caso de perturbaciones o alteraciones dentro de estos recintos.

Le asiste toda la razón a los demandantes cuando señalan que “conferirle a los particulares la función de vigilar a los internos equivaldría a que los primeros se pusieran al mismo nivel que a los miembros de la Fuerza Pública y otros cuerpos oficiales para que, por medio de la vigilancia de establecimientos carcelarios, impartan disciplina sobre las personas privadas de la libertad, que son sus pares, con el fin de resguardar la convivencia general”. Ciertamente las funciones asociadas al uso de la fuerza legítima del Estado tienen un carácter público y no se puede quebrantar su monopolio en materia carcelaria.

3.3 Conclusión

En conclusión, el Título Xi de la Ley de Seguridad Ciudadana es inconstitucional. Por ello, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre le solicita a la Corte Constitucional que **INTEGRE** la unidad normativa del presente caso trayendo a control el art. 63 - actual art. 34A del Código Penitenciario y Carcelario- y todo el Título XI “Norma por la cual se adiciona y modifica la Ley 65 de 1993 - Código Penitenciario y Carcelario” de la Ley 2197 de 2022. Una vez se integre le solicitamos a la Corte Constitucional que declare **INEXEQUIBLE** todo el Título XI de la Ley 2197 de 2022.

4 Petitorio

Por tanto, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre concluye que la Corte Constitucional debe:

¹⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Argumento jurídico 18.



PRIMERO: Respeto del art. 4º:

Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del art. 4º de la Ley 2197 de 2022 por:

- Desconocer el art. 243 de la Constitución Política de Colombia y el precedente Constitucional fijado en el fallo C-370 de 2002;
- Desconocer los artículos 7, 8, 93 y 246 de la Constitución Política de Colombia y el art. 35 del Convenio 169 de la OIT.
- Desconocer los art. 7, y 93 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho fundamental a la identidad cultural consagrado en el art. 2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en los art. 13 y 14 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el art. 3 de la Declaración de Friburgo;
- Desconocer los artículos 93 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho fundamental a la consulta previa regulado en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT;
- Desconocer los artículos 7, 11, 13 y 70 de la Carta Política.

SEGUNDO: Respeto del traslado por protección del art. 40:

- **Pretensión principal:**

Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** integral por inconstitucionalidad del **artículo 40 de la Ley 2197 de 2022**, por desconocer los fines del Estado y las obligaciones de protección de las autoridades frente a los administrados, así como por la vulneración grave a derechos de libertad que este desconocimiento genera sobre las personas que eventualmente pueden ser sometidas al *traslado por protección*, especialmente, por no respetar las condiciones y garantías mínimas que deben cumplirse frente al derecho fundamental a la libertad personal.

- **Pretensión subsidiaria**

En el evento que la Corte Constitucional considere que, vistas las razones de inconstitucionalidad expuestas en esta intervención, el *traslado por protección* sea necesario para la prevención y protección de la vida e integridad de las personas, emita una **SENTENCIA INTERPRETATIVA** por medio de la cual condicione el alcance de esta medida a una verdadera y real herramienta de prevención y protección de derechos. Razón por la cual, sea única y exclusivamente aplicable a los casos de “estado de indefensión” o “alteración del estado de conciencia por aspectos de orden mental”, siguiendo de forma estricta y rigurosa los requisitos previamente establecidos por la jurisprudencia constitucional, a saber:



- (i) como primera medida se debe entregar a la persona a un allegado o pariente
- (ii) sí es posible, se debe intentar llevar a la persona a su domicilio
- (iii) si las primeras dos opciones no se encuentran disponibles, se debe trasladar a la persona a un centro asistencial o de protección, de salud u hospital, o lugar especialmente destinado para tal fin por la administración municipal
- (iv) se prohíbe hacer traslados a sitios destinados a la privación de la libertad—es decir a estaciones de policía, URIs, cárceles y establecimientos similares, usados ordinariamente para los procedimientos de captura en flagrancia o con orden judicial—
- (v) se establece una duración máxima de doce horas
- (vi) separación debido al sexo, tomando para en cuenta en este caso la aplicación del enfoque diferencial con perspectiva de género
- (vii) presencia del Ministerio Público
- (viii) informe escrito incluyendo la motivación del traslado dirigido al superior jerárquico y con copia al sujeto de la medida. En dicho informe, se deberá incluir, además de la causal invocada, los hechos que dieron lugar al traslado y las razones por las cuales se considera que esos hechos caben dentro de la causal
- (ix) posibilidad de comunicación con un allegado, para que le brinden las ayudas o asistencias a que haya lugar
- (x) la persona sujeta al traslado podrá solicitar la cesación del mismo al superior jerárquico que haya recibido el informe¹⁶⁸.

TERCERO: Respecto de la delegación de la seguridad privada en el sistema carcelario:

Que **INTEGRE** la unidad normativa del presente caso trayendo a control el art. 63 - actual art. 34A del Código Penitenciario y Carcelario- y todo el Título XI “Norma por la cual se adiciona y modifica la Ley 65 de 1993 - Código Penitenciario y Carcelario” de la Ley 2197 de 2022. Una vez se integre le solicitamos a la Corte Constitucional que declare **INEXEQUIBLE** todo el Título XI de la Ley 2197 de 2022.

De ustedes señoras(es) Magistradas(os),

Atentamente,

¹⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-281/17, Óp.. Cit., pp. 98, 123 y 124.



KENNETH BURBANO VILLAMARIN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho de la Universidad Libre
jkbv@hotmail.com
jorgek.burbanov@unilibre.edu.co
observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co
C.C. 79.356.668 - Calle 8 No. 5-80, segundo Piso,
Bogotá D.C. - Cel. 3153465150

OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS Ph.D. en Antropología

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

- Docente investigador de la Facultad de Derecho
- Universidad Libre, Bogotá
C.C. 79.884.981 - Correo:
oscara.lopezc@unilibre.edu.co

CRISTHIAN CAMILO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá D.C.,
Correo: cristhian-rodriguez@unilibre.edu.co

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá
C.C. 1070.587471 - Correo:
david.murillo@unilibre.edu.co