

Expediente D-14747 AC

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Plena-

SENTENCIA C-103 DE 2023

Referencia: Expedientes D-14747, D-14752 y D-14754 acumulados

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4, 5, 13, y 21.8 de la Ley 2197 de 2022 “Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones”.

Actores: Juan Pablo Uribe Barrera, Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Laura Juliana Ramírez Morales y otros

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

1. 1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, prevista en los artículos 40.6, 241.4 y 242 de la Constitución Política, los ciudadanos Juan Pablo Uribe Barrera y otra, Jorge Kenneth Burbano Villamarín y otros, y Laura Juliana Ramírez Morales y otros, presentaron por separado tres demandas de inconstitucionalidad en contra de distintos artículos de la Ley 2197 de 2022 “Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones” . Éstas fueron radicadas,

respectivamente, con los números de expediente D-14747, D-14752 y D-14754. A continuación se precisan los accionantes y las normas demandadas en cada uno de tales expedientes:

Expediente

Demandantes

Normas demandadas

D-14747

Juan Pablo Uribe Barrera y María Isabel Mora Bautista

Artículos 4, 5, 13, y 21.8 de la Ley 2197 de 2022.

D-14752

Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Óscar Andrés López Cortés, Camila Alejandra Rozo Ladino, David Andrés Murillo Cruz y Javier Enrique Santander Díaz

Artículos 4 de la Ley 2197 de 2022.

D-14754

Laura Juliana Ramírez Morales, Patricia Elena Lopera Arango y Gonzalo Molano Salcedo

Artículo 4 de la Ley 2197 de 2022.

2. En sesión del 24 de marzo de 2022, la Sala Plena de esta Corte dispuso acumular los expedientes D-14752 y D-14754 al expediente D-14747.

3. Una vez admitidas las demandas en relación con los cargos contra los artículos 4, 5, 13 y 21.8 de la Ley 2197, el magistrado sustanciador procedió a (i) correr traslado del expediente a la procuradora general de la Nación; (ii) fijar en lista el proceso; (iii) comunicar la iniciación del trámite a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, al presidente de la República, a los ministros del Interior y de Justicia y del Derecho para que intervinieran en el proceso de considerarlo pertinente; e (iv) invitar a participar a varias

entidades, organizaciones e instituciones académicas. Adicionalmente, (v) ordenó a los secretarios generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes informar si durante del trámite legislativo de las normas acusadas se realizó alguna consulta previa con las comunidades étnicas del territorio nacional, acerca de las medidas pedagógicas contempladas en el artículo 4 de la Ley 2197.

4. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, el magistrado sustanciador Jorge Enrique Ibáñez Najar sometió a consideración de la Sala Plena su respectiva ponencia. Como quiera que ésta no obtuvo la mayoría de los votos requerida para su aprobación, el expediente fue rotado al magistrado Alejandro Linares Cantillo para la sustanciación de la presente sentencia. No obstante, el capítulo de antecedentes y algunas consideraciones conservan algunos contenidos la ponencia inicial.

NORMAS DEMANDADAS

5. A continuación se transcriben las normas demandadas, aunque es preciso advertir que esta corporación, mediante sentencia C-014 de 2023, declaró la inexequibilidad del artículo 13 de la Ley 2197 y de los apartes tachados de los artículos 4 y 5 y 21.8 ibidem. Asimismo, en dicha providencia la Corte declaró la exequibilidad condicionada del aparte subrayado del artículo 21.8, en los términos que más adelante se señalan -infra nota al pie 8-.

“Ley 2197 de 2022

(enero 25)

Diario oficial No. 51.928 del 25 de enero de 2022

Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia,

Decreta

(...)

Artículo 4o. Adiciónese a la Ley 599 de 2000 el artículo 33A.

Artículo 33A. Medidas en caso de declaratoria de inimputabilidad. En los casos de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado, el fiscal delegado que haya asumido la dirección, coordinación y control de la investigación ordenará a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y diálogo con el agente y dejará registro de estas.

Si con posterioridad a la implementación de las medidas de pedagogía y diálogo, el agente insiste en el desarrollo de conductas punibles contra el mismo bien jurídico tutelado, las nuevas acciones no se entenderán amparadas conforme con las causales de ausencia de responsabilidad o de imputabilidad.

En todo caso, se aplicarán las acciones policivas y de restitución de bienes previstas en el Código de Procedimiento Penal a las que haya lugar, a fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de la víctima y las medidas de no repetición necesarias.

Parágrafo. El Gobierno nacional reglamentará y proveerá los programas de pedagogía y diálogo. Estos deberán respetar la diversidad sociocultural.

Artículo 5o. <Artículo corregido por el artículo 3 del Decreto 207 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> Modifíquese el artículo 37 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 37. La prisión. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de sesenta (60) años excepto en los casos de concurso.
2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.
3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.

(...)

ARTÍCULO 13. Adiciónese un artículo 264A a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:

Artículo 264A. Avasallamiento de bien inmueble. El que por sí o por terceros, ocupe de hecho, usurpe, invada o desaloje, con incursión violenta o pacífica, temporal o continua, un bien inmueble ajeno, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veinte (120) meses.

Cuando la conducta se realice con violencia o intimidación a las personas la pena se incrementará en la mitad.

Cuando la conducta se realice mediante el concurso de un grupo o colectivo de personas, la pena se incrementará en una tercera parte.

Cuando la conducta se realice contra bienes de patrimonio del Estado, bienes de dominio público, patrimonio cultural o inmuebles fiscales, la pena se incrementará en una tercera parte y si se trata de bienes fiscales necesarios a la prestación de un servicio público esencial la pena se incrementará en la mitad.

(...)

ARTÍCULO 21. Modifíquese el numeral 5 y adiciónese el numeral 8 al artículo 310 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

(...)

8. Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración autónoma del peligro para la comunidad, si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos[] u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico (...)."

LAS DEMANDAS

Demanda del expediente D-14747

6. A juicio de los demandantes en el radicado D-14747, los artículos 4, 5, 13 y 21.8 de la Ley 2197 de 2022 son violatorios de los artículos 1, 6, 13, 28, 29, 34, 70, 76, 149, 150, 248, 250, 329 y 330 de la Constitución Política, así como de varios instrumentos internacionales que

hacen parte del bloque de constitucionalidad. En sustento de esta acusación, señalan que, “el legislador, partiendo del ejercicio de la libertad de configuración penal, ha terminado sobrepasando los límites constitucionales desarrollados por [la] Corte en ocasiones pasadas, haciéndose imperativo un pronunciamiento que le permita continuar garantizando los principios, derechos y deberes constitucionales que, por mandato de la propia Constitución, debe defender”. A partir de esta premisa, en la demanda se formularon cuatro cargos, a saber:

No.

Cargo

Argumentos de la demanda

1.

En el primer cargo se afirma que el artículo 13 demandado que adiciona el delito de avasallamiento de bien inmueble a la Ley 599 de 2000, es contrario a la Constitución Política, porque “es el resultado de una extralimitación del legislativo en sus funciones o competencias”, que redundó en “una afectación directa a los núcleos esenciales de los derechos fundamentales a la propiedad y a la manifestación pública y pacífica.” Se aduce que “el legislador no puede desbordar, exceder o sobrepasar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el uso del margen de la libertad configurativa o establecer restricciones que conduzcan a impedir, obstaculizar o privar de tal magnitud el ejercicio del derecho que resulte inocuo”.

En cuanto a la propiedad se argumenta que: 1) “al establecer una consecuencia jurídica tan drástica y temible como la pena de prisión, en supuestos de hecho que están dentro del ámbito de aplicación más esencial y nuclear de los derechos a la propiedad, posesión y ocupación de bienes, se terminan desestimulando el ejercicio de estos derechos y, en consecuencia, haciendo nugatorias garantías defendidas con ahínco por la más cara normativa constitucional”, pues se “castiga a todo aquel que ocupe de hecho, usurpe, invada, desaloje, con incursión pacífica o violenta, temporal o continua, un bien inmueble ajeno”; y esto supone, 2) “el exterminio del valioso instituto jurídico-civil de la prescripción adquisitiva. Ello, gracias a las antinomias o contradicciones entre las legislaciones civil y

penal: en materia civil, se estaría ante la posibilidad de adquirir un derecho mediante la ocupación pacífica de un bien, mientras que, penalmente, realizando el mismo supuesto se incurriría en una conducta típica y, por tanto, punible”. De otra parte, se destaca que la Corte ha entendido la propiedad “como un derecho pleno, exclusivo, perpetuo, autónomo, irrevocable y de carácter real, que faculta a su titular a ejercer el uso y goce de la cosa, para efectos de obtener una utilidad económica de la misma” y que, inclusive, “ha llegado a reconocer en múltiples ocasiones que, en el marco de las víctimas del conflicto armado en nuestro país, la protección a la propiedad, posesión y ocupación de un bien se encuentran amparadas como un derecho fundamental que debe garantizar el Estado” a título de reparación.

En cuanto al derecho a la manifestación pública y pacífica, la demanda refiere que este derecho, consagrado en el artículo 37 superior, incluye el de la protesta social, “cobijado y resguardado por el derecho a la libertad de expresión” y que, si bien de su núcleo esencial “se excluyen las manifestaciones violentas y los objetos ilícitos”, resulta inconstitucional considerarlo como “sinónimo de desorden público en razón del carácter inherentemente dinámico de la modalidad y ejercicio del derecho a la manifestación pública”. Por ello, se afirma que el artículo 13 de la Ley 2197 de 2022 es inconstitucional, ya que “busca castigar per se el ejercicio de la manifestación pública y pacífica”, pues se incluyó como agravante de la conducta tipificada, el hecho de que se lleve a cabo “mediante concurso de un grupo o colectivo de personas”. Se refiere, además, que dicho artículo termina por criminalizar la ocupación de hecho aun cuando ella sea pacífica y temporal, lo que desnaturaliza y castiga el ejercicio de la protesta pública y pacífica, pues determina por sí mismo un objeto ilícito. De suerte que quienes participen en cualquier tipo de manifestación en espacio público, así sea pacífica, incurrirían en este nuevo tipo penal. Esto obstaculiza los derechos fundamentales a la libertad de expresión, reunión y manifestación pública, en la medida que se establecen “límites de modo, tiempo y lugar directos al ejercicio de estos derechos, mediante verbos rectores alternativos”. Además, para justificar este cargo se efectúa un juicio de proporcionalidad, en virtud del cual se concluye que la tipificación de la conducta punible en mención es una medida parcialmente idónea para alcanzar finalidad de proteger la integridad de los bienes inmuebles públicos y privados, toda vez que prohíbe arbitrariamente la protesta social y pacífica pese a que esta última goza de protección constitucional (C-742 de 2012). Por otra parte, dicha medida también resulta innecesaria, por cuanto desconoce los principios que regularizan y racionalizan el ejercicio del poder punitivo, además de

desproporcionada.

2.

El segundo cargo planteado en la demanda se dirige contra el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 y se fundamenta en cuatro argumentos.

Primero, en el trámite de expedición de dicha ley, respecto del artículo 4 acusado, se desconoció el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas. Esta garantía en punto de las medidas legislativas, “implica el deber del Estado de poner en conocimiento de las comunidades la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas, ilustrarlas sobre su alcance y las posibles afectaciones, concediendo oportunidades efectivas para que se pronuncien al respecto”. Empero, en este asunto concreto, esa consulta no se llevó a cabo y se terminó incluyendo en el ordenamiento jurídico una “medida administrativa que afecta directamente a las comunidades étnicas”, pues, por un lado “regula y genera implicaciones en la aplicación de las figuras de inimputabilidad por diversidad sociocultural y la inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado”, que son garantías otorgadas a los miembros de estas comunidades para proteger “su diversidad cultural y el pluralismo característico del Estado Social de Derecho del país” y, por otro lado, modifica la situación jurídica de las comunidades étnicas.

Segundo, la norma acusada “transgrede los principios establecidos por la Constitución respecto de la autonomía y protección de la identidad de las comunidades étnicas de conformidad con los artículos 7, 8, 40, 70, 246 C.P. así como el Convenio No. 169 de la OIT”, en la medida en que dicha norma supone que un fiscal puede implementar medidas pedagógicas en los casos de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural o error de prohibición culturalmente condicionado, esto es, imponer una práctica educativa como consecuencia “de la materialización de una conducta típica y antijurídica, de la cual no es posible predicar su culpabilidad debido a que el sujeto es inimputable”, en razón a que ostenta una cosmovisión diferente. A juicio de los demandantes, la posibilidad de imponer tales medidas comporta un adoctrinamiento desde una perspectiva mayoritaria y hegemónica, es decir, una asimilación forzada violatoria del mandato constitucional de protección de la integridad identitaria de las minorías étnicas.

Tercero, el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 impone al individuo inimputable una consecuencia jurídica sancionatoria como medida pedagógica sin que exista en su contra una sentencia previa y esto constituye “una clara violación del principio de legalidad y del derecho al debido proceso, ya que la normativa colombiana consagra la necesidad de haber probado la responsabilidad y culpabilidad con el fin de que una autoridad judicial imponga la sanción penal”. Además, al “mezclar la declaración de inimputabilidad con medidas pedagógicas que tienen un tinte sancionatorio -y de antecedente-”, se acude a la implementación de un derecho penal de autor y no de acto, pues el artículo establece “que una persona que ha sido declarada inimputable por diversidad sociocultural y que en un futuro cometa una conducta punible no podrá ser titular de las causales de exclusión de responsabilidad”, olvidando que el “principio del hecho señala que una persona puede ser sancionada penalmente, únicamente, por el hecho cometido” mas no por los hechos que puede llegar a cometer en el futuro y que harán parte de otro proceso penal.

Cuarto, este artículo también ignora las funciones constitucionalmente atribuidas a la Fiscalía, así como la división de poderes que impera en nuestro sistema constitucional. Esto, en tanto “asigna a los fiscales la función de dirigir y aplicar las consecuencias jurídicas de los procesos penales” y les otorga el rol de ejecutar la pena, “circunstancia que desconoce la delimitación del rol de la Fiscalía como ente que investiga las conductas delictivas, acusa y, en general, adelanta la acción penal”.

3.

En el tercer cargo, formulado en contra del artículo 5 de la Ley 2197 de 2022, los demandantes sostienen que esa norma desconoce la prohibición de regresividad en Derechos Humanos en materia de penas y los límites y cargas que tiene Legislador penal en razón a las órdenes dadas por la Corte, en el marco del estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario.

Respecto del primer punto, explican que el principio de no regresividad “se originó y desarrolló en conexión con los denominados derechos económicos, sociales y culturales”, pero que “en los desarrollos más recientes se ha entendido que este principio también puede entrar en juego al momento de evaluar la protección de derechos civiles y políticos.”

Destacan que, con fundamento en este principio, en la Sentencia C-294 de 2021, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua por afectar la dignidad humana y constituir una medida regresiva. Bajo ese entendido, indican que el aumento punitivo que comporta el artículo 5 demandado, deviene en una regresividad normativa, ya que “aumenta la pena de prisión a un máximo de 60 años, derogando el máximo establecido previamente de 50 años. Imponiendo una restricción, limitación y supresión de los derechos a la dignidad, libertad e integridad personal, entre otros, de los penados”.

Después la demanda se refiere a los criterios constitucionales una política criminal respetuosa de los derechos humanos: última ratio del derecho penal, respeto del principio de libertad personal, efectiva resocialización como fin primordial, excepcionalidad de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, deber coherencia y sustentación empírica, carácter sostenible y enfoque protector de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. Con fundamento en ello y en la finalidad de resocialización, las penas de larga duración como la demandada, dan lugar al fenómeno conocido como “institucionalización o prisionalización”, que “se caracteriza por los efectos negativos que un prolongado, ambiente cerrado y disciplinario tiene sobre el condenado”. En consecuencia, se concluye que el legislador ignoró “flagrantemente las precarias condiciones que padece la población penitenciaria y carcelaria, la realidad de un país que vive un estado de cosas inconstitucional desde 1998, mantenido por más de 23 años. El incremento de penas, además de ser una respuesta populista y reactiva, es desproporcional, innecesaria e injustificada, toda vez, que no existen fundamentos empíricos, académicos o de cualquiera otra índole que dejen en evidencia la proporcionalidad de una medida, ya expuesta como regresiva”.

4.

En el cuarto cargo, la acusación sostiene que el numeral 8 del artículo 21 demandado, “va en contravía del principio y derecho a la presunción de inocencia”.

Esto, por cuanto permite que el juez de control de garantías tome “como criterios para la imposición de una medida de aseguramiento, en razón al peligro para la comunidad, actos procesales que no deben ser considerados como antecedentes penales, ni mucho menos atribuirles efectos negativos a calidades procesales como el hecho de ser imputado, acusado,

beneficiario de un principio de oportunidad o el haber suscrito preacuerdo". Se explica que la presunción de inocencia "cobija al procesado hasta tanto no exista una sentencia condenatoria en firme y definitiva", pero que los factores que incluye la nueva normativa para estudiar la peligrosidad del agente a fin de definir si es necesario imponerle una medida de aseguramiento, considera "como antecedentes penales actos procesales diferentes a la sentencia condenatoria en firme" y otorga "efectos adversos a calidades o cualidades concedidas a lo largo del proceso penal, atentando directamente contra el artículo 248 de la Carta". Se indica que en la Sentencia C-121 de 2012, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 310 de la Ley 906 de 2004 y "con fundamento en una flagrante vulneración al principio y presunción de inocencia junto con la prohibición de considerar como antecedente penal un acto distinto a la condena en firme", declaró la inexecutable de la expresión "hecho de estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento".

De otra parte, en este cargo se afirma que el aparte del artículo 21.8 que reza: "en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico", es ambiguo y vulnera el principio de legalidad por falta de claridad en el enunciado normativo, "pues no se esclarece su aplicación especificando si la restricción temporal afecta únicamente el último criterio -el otorgamiento del principio de oportunidad- o si esto se extiende a todos los criterios que conforman el numeral 8 del artículo 21 de la Ley 2197 de 2022".

Demanda del expediente D-14752

7. En el único cargo admitido en el trámite D-14752, la acusación afirma que el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 es contrario al ordenamiento superior por desconocer "el art. 243 de la Constitución; la autonomía de los pueblos indígenas; viola el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas; atenta contra el derecho fundamental y convencional a la consulta previa de los pueblos indígenas; y viola el derecho a la diversidad cultural, la libertad personal y la igualdad de los pueblos indígenas y de sus integrantes individualmente considerados". En concreto, la demanda desarrolla su argumentación del siguiente modo:

(7) La norma demandada desconoce el precedente sentado en la Sentencia C-370 de 2002. Primero, porque el instrumento se anuncia como una medida de diálogo para evitar la

criminalización de la diversidad étnica, pero en realidad se trata “más bien de un monólogo en el que el fiscal del caso ordena y la jurisdicción especial indígena cumple.” Segundo, porque la citada sentencia “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”. Por ende, no puede el artículo acusado conferirle a la figura de la inimputabilidad una interpretación que la torna ineficaz para la adecuada protección de la diversidad cultural.

En desarrollo de lo anterior, se indica en la demanda que en esa providencia el diálogo intercultural se concibió como un “instrumento que permite evitar la criminalización de la diversidad étnica y el respeto por las distintas culturas que integran la Nación”, pero que con el precepto demandado aquél se convierte en una herramienta punitiva y correctiva, pues el fiscal del caso puede imponer la medida del diálogo a la jurisdicción especial indígena, “dentro del proceso que ésta adelante”. Explica la demanda que este tipo de diálogo “debe ser comprendido como una acción comunicativa de carácter dialógico, por lo que imponerlo es contrario a su naturaleza” y recuerda que en la Sentencia C-370 de 2002, “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”, pero que ahora se “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, se “vulnera el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas al desconocer una de sus manifestaciones concretas: la jurisdicción especial indígena”, pues esta norma faculta al fiscal del caso para imponer a las autoridades indígenas medidas dialógicas, pese a que la Carta les reconoce autonomía “para juzgar y sancionar las conductas de sus propios integrantes con arreglo a sus usos y costumbres, replicando así una visión vertical en el que la Fiscalía se convierte en un superior jerárquico de la JEI”.

(7) El artículo acusado viola el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas al desconocer la jurisdicción especial indígena -JEI. Al facultar al fiscal del caso para ordenar a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y de diálogo, se desconoce la potestad autónoma que la Carta les reconoce a las autoridades indígenas para

juzgar y sancionar las conductas de sus propios integrantes con arreglo a sus usos y costumbres. A juicio de los demandantes, esto convierte a la Fiscalía General de la Nación en superior jerárquico de la JEI.

(7) Esta norma desconoce el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, porque parte de una “visión prejuiciosa y estereotipada de los pueblos indígenas como ignorantes analfabetos a los que es necesario educar”. Aduce que, “mediante esta visión de los pueblos indígenas el Estado se arroga la facultad de instruirlos a través de una pedagogía de lo que es y no es correcto, dejando en un segundo plano al punto de invisibilizar y desconocer el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas”. Explica que este derecho “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”, de manera que se debe propender por 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.” Así, se concluye que “la vulneración radica precisamente 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.” Destaca la demanda que “la identidad no se pierde por la reincidencia en un delito, ni mucho menos por una decisión administrativa del ente investigador”. De otra parte, se aduce que la norma parte de una visión prejuiciosa y estereotipada de los pueblos indígenas como “analfabetos” o que es necesario educarlos, por lo cual el Estado termina por invisibilizar la identidad cultural de los pueblos indígenas

(7) Durante el trámite de aprobación de esta norma, el Legislador omitió por completo el principio de coordinación, porque lo reglado en ella no se sometió a consulta previa, cuando se trata de una norma que incide “de manera directa en el procedimiento que de ahora en adelante deberán seguir las autoridades indígenas”, y por tanto, “el legislador debió haber consultado con los pueblos indígenas la declaración de inculpabilidad por un error culturalmente condicionado, así como la de inimputabilidad por diversidad socio cultural”. Así, “si bien el parágrafo 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". En consecuencia, la violación constitucional estaría dada porque, en el trámite legislativo, se omitió consultar con las comunidades indígenas o con sus organizaciones representativas, el contenido y alcance del art. 4º".

Demanda del expediente D-14754

8. En el único cargo admitido en el trámite D-14754, se afirma que la norma prevista en el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 es incompatible con la Constitución, porque (i) vulnera el artículo 7 superior, en tanto "pretende establecer medidas pedagógicas para explicarle a los grupos étnicos el significado ilícito de las conductas punibles", olvidando que a las personas con diversidad sociocultural les asiste una protección especial, "en razón de su cosmovisión, la forma diferencial que tienen de entender el mundo y la garantía que necesitan para que este aspecto sustancial de su desarrollo como individuos, arraigado en su comunidad, no se vea sometido a posibles amenazas por parte de la justicia ordinaria o a la perspectiva del mundo occidental que no logra entender la trascendencia de sus creencias". Se afirma que la norma deja "amplios vacíos sobre la forma en que se ejecutarán dichas medidas".

9. Por otra parte, aduce la demanda que el artículo acusado también desconoce el derecho a la consulta previa, "dado que, no se cumple con la prerrogativa que tienen los pueblos indígenas y en general, los grupos étnicos de decidir sobre las medidas tanto legislativas como administrativas que les atañen en razón a la protección de su integridad cultural, esto en atención a que no se observa información alguna sobre la realización de las consultas en las diferentes gacetas del Congreso que dan cuenta del trámite de la ley sub examine".

10. A continuación se sintetizan los cargos admitidos para el examen de constitucionalidad:

Expediente

Norma demandada

Cargos

D-14747

Art. 4 Ley 2197

(medidas frente a inimputabilidad por diversidad sociocultural)

i. (i) Violación del derecho a la consulta previa

ii. (ii) Violación de la autonomía y de la protección de la identidad de las comunidades étnicas

iii. (iii) Violación del principio de legalidad

iv. (iv) Desconocimiento de las funciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación

Art. 5 Ley 2197

(pena máxima de prisión)

i. (i) Violación del principio de no regresividad

ii. (ii) Desconocimiento de los criterios constitucionales en materia de política criminal

Art. 13 Ley 2197

(avasallamiento de bien inmueble)

i. (i) Violación del derecho a la propiedad

ii. (ii) Violación del derecho a la manifestación pública y pacífica

Art. 21.8 Ley 2197

(medida de aseguramiento)

i. (i) Violación del principio de presunción de inocencia

ii. (ii) Violación del principio de legalidad

D-14752

Art. 4 Ley 2197

(medidas frente a inimputabilidad por diversidad sociocultural)

i. (i) Desconocimiento del precedente constitucional (sentencia C-370 de 2002)

iii. (iii) Violación del derecho a la identidad y a la diversidad cultural de los pueblos indígenas

iv. (iv) Violación del del derecho a la consulta previa

D-14754

Art. 4 Ley 2197

(medidas frente a inimputabilidad por diversidad sociocultural)

i. (i) Violación de la protección a la diversidad étnica y cultural

ii. (ii) Violación del derecho a la consulta previa

PRÁCTICA DE PRUEBA

11. Por medio de autos del 18 de abril y 28 de junio de 2022, el magistrado sustanciador ordenó a los secretarios generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes informar “si en el trámite legislativo que terminó con la adopción de la Ley 2197 de 2022 se realizó alguna consulta previa con las comunidades étnicas del territorio nacional , sobre las medidas pedagógicas en caso de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural e inculpabilidad por error de prohibición de que trata el artículo 4 de la antedicha ley”, y, en caso afirmativo, aportar los soportes documentales respectivos.

12. Mediante informe del 21 de julio de 2022, la Secretaría General de esta Corporación, informó que “vencido el término ordenado en el ordinal noveno de la parte resolutive del auto del 18 de abril y 28 de junio de 2022, no se recibió documento alguno”.

13. El 25 de julio de 2022, el secretario general de la Cámara de Representantes remitió por correo electrónico el oficio S.G.2-1093 de 2022 de fecha 18 de julio de 2022, en el que indicó “que después de revisado el trámite surtido en Plenaria de la Cámara no se realizó consulta previa con las comunidades étnicas del territorio nacional, sobre las medidas pedagógicas en caso de declaratoria de imputabilidad por diversidad sociocultural e inculpabilidad por erros

(sic) de prohibición de que trata el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022. // La Representante a la Cámara de Representante (sic.) Juanita Goebertus se refiere al tema de interés en la Sesión extraordinaria de Plenaria del día 20 de diciembre de 2021 https://youtube.com/wathc?v=K4x_KMGeBVk (hora 4.20)".

14. Por medio de auto del 29 de julio de 2022 el entonces despacho sustanciador ordenó requerir al secretario general del Senado de la República para que remitiera la información solicitada. El 18 de agosto de 2022, la Secretaría General de esta Corte informó que, vencido el término previsto, no se recibió ningún documento. En vista de las anteriores circunstancias, en auto del 16 de septiembre de 2022 se decidió tener como prueba debidamente aportada el documento remitido por el secretario general de la Cámara de Representantes y, para proseguir con el proceso, ordenar dar cumplimiento a lo relativo a la fijación en lista, a las comunicaciones, a las invitaciones a rendir conceptos técnicos y al traslado a la procuradora general de la Nación -supra núm. 3-.

INTERVENCIONES

15. En estricto orden cronológico, se recibieron en el proceso las siguientes intervenciones: (i) la de la Fundación Consejo Gremial Nacional; (ii) la de la Asociación Colombiana de Petróleo y Gas; (iii) la de la Red de Cámaras de Comercio Comfecámaras; (iv) la del ciudadano Juan Carlos Forero Ramírez; (v) la del ciudadano Humberto Antonio Sierra Porto; (vi) la del ciudadano Juan Manuel Charry Urueña, (vii) la del Ministerio de Justicia y del Derecho; y (viii) la del ciudadano Felipe Chica Duque. Además, se recibió la intervención de (ix) la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de tres universidades, esto es de (x) la Universidad del Rosario; (xi) la Universidad Javeriana; la Universidad Nacional de Colombia. En suma, los escritos de intervención y las solicitudes presentadas a la Corte, de manera oportuna, se resumen así:

Interviniente

Concepto

Solicitud

Fundación Consejo Gremial Nacional

* La Fundación Consejo Gremial Nacional centra su intervención en el artículo 13 de la Ley 2197 de 2022. Refiere que se trata de una disposición que satisface los estándares mínimos de los tipos penales, en tanto “contiene de manera precisa, clara y puntual la conducta incriminada”, pues “los verbos rectores se encuentran claramente delimitados, así como los sujetos, activo y pasivo, así como el objeto material”, cumpliéndose así con el principio de legalidad. Asimismo, señala que la norma también es respetuosa de los principios de lesividad y residualidad, ya que “la tenencia posesión o derecho de dominio respecto de inmuebles es una situación legalmente tutelada, que se ve afectada con los comportamientos descritos, en tanto que el dueño, poseedor o tenedor se ve afectado en su derecho respecto del inmueble con este tipo de comportamientos”. Indica, además, que la legislación policiva o civil es insuficiente a la hora de prevenir y reprimir este tipo de comportamientos.

* De otra parte, explica que el derecho a la protesta pacífica de ninguna manera supone que los ciudadanos puedan desconocer la propiedad privada invadiendo predios ajenos, sino que, conforme al estándar constitucional, supone el derecho a acudir a los espacios públicos, que son de todos; por lo que la restricción que comporta la norma demandada, cuenta con un fin legítimo, que no es otro distinto a la tutela de la propiedad, y en manera alguna está limitando de manera desproporcionada el derecho a la protesta pacífica.

Exequibilidad del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022

Asociación Colombiana de Petróleo y Gas

□ Señala que la Ley 2197 de 2022 “no vulnera ninguna norma ni principio constitucional que configure la necesidad de su retiro del ordenamiento jurídico, por el contrario se constituye como un mecanismo importante para la garantía y fortalecimiento de la convivencia pacífica, así como de protección de la vida, honra y bienes de la ciudadanía, en cumplimiento de algunos de los fines esenciales del Estado”.

□ Destaca que se trata de una ley de naturaleza penal que “tiene como finalidad esencial la protección de los derechos y actividades de la población que se ven afectados, por las conductas delictivas que se modificaron, con el fin de enfrentar los nuevos retos en materia de seguridad que enfrentan la institucionalidad y la ciudadanía” y que resulta respetuosa de principios constitucionales como los de legalidad, igualdad, ultima ratio, antijuridicidad y

culpabilidad.

Exequibilidad del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022

Red de Cámaras de Comercio

□ La Red de Cámaras de Comercio- CONFECÁMARAS-, por su parte, interviene en relación con el artículo 13 de la Ley 2197 de 2022, para manifestar que la norma que contempla el delito de avasallamiento de bien inmueble es clara y no contraviene el modo de adquisición del dominio ni afecta el derecho fundamental a la propiedad, pues “hace referencia a una ocupación de hecho, invasión, usurpación o desalojo con incursión violenta de bien ajeno, lo que implica un hecho violento y sobre bien ajeno, diferente a una ocupación de un bien que no pertenece a nadie”.

□ Explica que el hecho de castigar penalmente la incursión pacífica en un inmueble, no es inconstitucional, en tanto “busca proteger el derecho y el bien del propietario, sin atentar o contrariar o volver ilegal el modo de ocupación civil.” Puntualiza que la manifestación pacífica implica el uso del espacio público, mas no el desalojo, ni la ocupación de hecho o la invasión de un bien ajeno y mucho menos viabiliza la ocupación de bienes privados sin que haya consecuencias. Así, concluye que el delito demandado es respetuoso de las garantías fundamentales y conlleva obligaciones correlativas para los ciudadanos.

Exequibilidad del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022

Juan Carlos Forero Ramírez

□ Considera que el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 no requería consulta previa. A esta conclusión se arriba a raíz de lo dicho por esta Corte en la Sentencia C-370 de 2002, por cuanto se trata de una disposición legislativa de carácter general, que “si bien puede resultar aplicable a las comunidades indígenas, también es una medida que aplica a todas las personas que en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica (i) no hayan tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado”.

□ Asimismo, sostiene que dicha norma no desconoce la autonomía ni la protección de la

identidad de las comunidades indígenas, ni el principio de diversidad étnica y cultural. Esto, en la medida en que pretende luchar contra la reincidencia y la impunidad, y porque las medidas pedagógicas y de diálogo en ella previstas, no constituyen una imposición cultural que busque alienar de su propia cultura a una persona con cosmovisión diferente, sino que buscan “ampliar los horizontes conocidos por quien es socioculturalmente diverso, medidas que pretenden acercar las dos culturas de modo tal que el agente logre comprender la razón por la cual, bajo la cultura mayoritaria, determinada conducta es considerada injusta, sin que ello implique que las medidas busquen obligarlo a desprenderse o abandonar la cultura propia”. De igual manera, afirma que el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 no resulta violatorio del debido proceso y el principio de legalidad.

□ En lo que tiene que ver con el artículo 13 de la Ley 2197 de 2022, el interviniente sostiene, por un lado, que la tipificación del delito de avasallamiento de bienes de propiedad privada no resulta desproporcionada, sino que constituye un límite completamente razonable a la conducta de terceros que encuentra respaldo en el artículo 58 superior y es el resultado del ejercicio legítimo de la potestad de configuración legislativa del Legislador.

Exequibilidad de los artículos 4 y 13 de la Ley 2197 de 2022, pues para la expedición del artículo 4 demandado, no se requería consulta previa.

Humberto Antonio Sierra Porto

□ Explica que “los argumentos presentados en las tres demandas, que fundamentan una supuesta vulneración del derecho a la consulta previa y el principio de diversidad cultural, carecen o bien del requisito de certeza o bien del requisito de especificidad, y como consecuencia no cumplen con las condiciones establecidas por la jurisprudencia para la procedencia de las demandas de inconstitucionalidad”. En concreto, afirma que las acusaciones no recaen directamente sobre el contenido de la disposición demandada, sino que se fundan en inferencias de los accionantes, quienes, por ejemplo, entienden que las medidas pedagógicas y de diálogo son una imposición de criterio y no de intercambio de saberes y no tienen en cuenta que es la misma norma la que contiene un mandato expreso para que se respete la diversidad sociocultural. Asimismo, refiere que en ninguna de las demandas se da cuenta del por qué el legislador tenía la obligación de adelantar el trámite de consulta previa respecto del artículo 4 demandado, que es una norma penal (carece de

especificidad). Este cargo, según se explicó, también carece de certeza pues no recae directamente sobre el contenido de la disposición demandada, por el contrario, se trata de una inferencia del accionante sobre los efectos de las medidas de diálogo sobre la existencia de las comunidades indígenas que, por decirlo menos, contradice el texto de la decisión que señala que deberá implementarse en respeto al principio de diversidad étnica y cultural. De manera que, la supuesta afectación directa que fundamenta la obligación de adelantar consulta previa es una mera apreciación subjetiva del accionante.

□ En cuanto al artículo 13 de la Ley 2197 de 2022, solicita sea declarado exequible, en tanto no vulnera el derecho a la protesta pacífica. Explica que el derecho a la manifestación se protege únicamente cuando se ejerce de manera pacífica, esto es, cuando no implica violencia “ni limitaciones desproporcionadas a los derechos de terceros.” Asimismo, destaca que la Corte ha sido clara al señalar que el derecho a la manifestación se protege cuando es ejercido en espacios públicos, por lo que la sanción que comporta el tipo penal demandado es constitucional siempre que la intromisión sea en espacios privados. En consecuencia, sostiene que “la Corte debería hacer una interpretación razonable y optar por una decisión de exequibilidad condicionada”, en el entendido de “que la ocupación de bienes de uso público de manera pacífica y temporal como manifestación del derecho a la manifestación pacífica, no puede ser sancionada”.

Ineptitud sustancial de las demandas contra el artículo 4 y exequibilidad del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022

Juan Manuel Charry Urueña

□ Sostiene que “la consulta previa está prevista para la adopción de todas aquellas decisiones administrativas y legislativas que afecten directamente intereses propios de los grupos étnicos”, pero que en el asunto sub judice, la medida contemplada en el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022, “lo que busca esta norma es la implementación de medidas pedagógicas que no afectan de manera directa a los grupos étnicos”, y por ello no era una instancia que el Legislador debía agotar. Asimismo, indica que dicha norma: (i) implementa a través del titular de la acción penal una medida pedagógica, por lo que la Fiscalía “no estaría aplicando ni implementando sanción penal alguna, sino que estaría cumpliendo con un mandato legal directamente atribuido”; (ii) constituye “una forma de coordinación entre el

cumplimiento de la ley penal nacional y la identidad cultural de la comunidad respectiva, en tanto, al individuo infractor se le informa y enseña las razones de la ley de la República, para que no repita su desconocimiento”; y (iii) es respetuosa de los lineamientos dados por esta Corte en la Sentencia C-370 de 2002.

□ En punto del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022, sostuvo que el mismo es respetuoso de: (i) los principios de racionalidad y proporcionalidad, en la medida en que “existe coherencia entre las sanciones y el derecho fundamental que se pretende proteger y los efectos de prevención, en el sentido que los potenciales infractores sepan que la perturbación de la propiedad privada tiene sanciones privativas de la libertad”; y (ii) el principio de necesidad, en tanto, “la existencia de medidas policivas y administrativas no excluyen la necesidad de la norma demandada, toda vez que no son suficientes ni preventivas para evitar las violaciones del derecho de propiedad sobre inmuebles, en el mejor de los casos se obtendrá protección en 48 horas”.

Exequibilidad de los artículos 4 y 13 de la Ley 2197 de 2022

Ministerio de Justicia y del Derecho

□ En relación con las medidas pedagógicas y de diálogo de que trata el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022, señala que la Fiscalía no es competente para ordenar a otra autoridad la imposición de dichas medidas y que “la norma atacada confunde las atribuciones de los fiscales y los jueces, lo que comporta el desconocimiento de la autonomía e independencia de los servidores judiciales”. Refiere, además, que la norma (i) es vaga, pues “no precisa las medidas que se podrían imponer, ni su graduación o adecuación al listado de delitos tipificados en el CP”; y (ii) lesiona el derecho a la diversidad étnica, en tanto, en su segundo inciso torna la reincidencia en una circunstancia que descarta la ausencia de responsabilidad o la inimputabilidad.

□ De igual forma, indica que el artículo 4 requería consulta previa, por cuanto, “la disposición regula una situación específica y particular para personas con diversidad sociocultural y las consecuencias materiales de su aplicación tienen influencia directa en la identidad de aquellas y de su comunidad, en tanto puede alterarla, debido a que se trata de una imposición del derecho y la educación estatal y la cultura de la población mayoritaria en Colombia, ajenos a su cosmovisión.”

□ Frente al artículo 5 de la Ley 2197 de 2022 que aumenta el máximo de la pena de prisión a 60 años, señala que en el trámite legislativo no se demostró la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de dicho incremento y con ella, el legislador incurrió en un retroceso para el sistema jurídico penal. Sostiene que una pena tan alta, “implica que a la persona se le puede condenar a pasar el resto de su vida en la penitenciaría”, lo que en últimas deviene en “una verdadera cadena perpetua, a pesar de que la norma no haga mención expresa a la perpetuidad”. Destaca, además, que esta norma imposibilita que el condenado pueda cumplir el tiempo efectivo de la condena y pueda ser nuevamente un miembro útil de la sociedad y que el actual estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria impide la digna satisfacción de las necesidades básicas de esta población.

□ Respecto del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022, señaló que infringe el principio de necesidad, pues el legislador no tuvo en cuenta que el ordenamiento jurídico ya contempla la protección del patrimonio económico ajeno en disposiciones no solo penales, sino civiles y policivas. Así, explica que el delito de avasallamiento de bien inmueble “no representa una verdadera utilidad para lograr las finalidades deseadas por el Legislativo, al menos distinta o con mayor eficacia a la brindada por la regulación” existente antes de su introducción al Código Penal. También indica que este artículo, riñe con los principios de tipicidad o estricta legalidad y lesividad o antijuricidad material e, incluso, puede afectar la libertad de expresión.

* En cuanto al artículo 21.8 de la Ley 2197 de 2022, recuerda que aquel “añade nuevas circunstancias que el juez debe valorar para determinar si la libertad del imputado representa un peligro futuro a la seguridad de la comunidad, y con base en ellas, ordenar la imposición de la medida de aseguramiento.” No obstante, indica que esa norma, lejos de corregir el yerro identificado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-567 de 2019, lo que hace es reproducirlo, pues “mantiene la misma lógica y amplía, de manera inconstitucional, las razones para que el juez considere que existe peligro para la comunidad”. Asimismo, a partir de lo dicho en la Sentencia C-121 de 2012, afirma que el artículo demandado es inconstitucional, ya que “asigna al juez la tarea de concluir la peligrosidad para la seguridad de la sociedad por el pasado o el historial del procesado”, cuando el antecedente penal, por mandato del artículo 248 superior, solo se constituye por sentencia condenatoria en firme y no por la imputación de cargos o la aceptación de los mismos, ni por la celebración de preacuerdos o la concesión del principio de oportunidad.

Inexequibilidad de todas las normas demandadas

Felipe Chica Duque

□ Sostiene que el artículo 13 acusado vulnera los principios de racionalidad, proporcionalidad y necesidad del derecho penal. El delito de avasallamiento de bien inmueble: (i) no es razonable ni necesario, por cuanto “ignora las otras formas de protección de la propiedad privada, como lo son las acciones policivas y civiles que sirven para el efecto, además de otros delitos ya existentes que penalizan conductas injustificadas que pueden eventualmente cometerse en tanto en el marco de la protesta como por fuera de esta”; y (ii) no es proporcional, ya que penaliza y crea un manto de dudas sobre la legalidad “de diversas conductas que no lesionan realmente ningún bien jurídico, y que, por el contrario, son derechos, como la protesta y la propiedad adquirida por vía de la prescripción adquisitiva”.

Inexequibilidad del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022

Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

□ En cuanto al artículo 4, luego de diferenciar entre la pena y las medidas de seguridad, con fundamento en el derecho penal de acto o culpabilidad, se estudia la Sentencia C-370 de 2002. De esta sentencia destaca sus dos condicionamientos: el de que la imputabilidad no se derive de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente y el que supone que en casos de error invencible de prohibición, proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable. En este contexto, pone de presente que los parámetros culturales y las ideologías de las diferentes comunidades étnicas, no pueden servir como indicadores de inmadurez psicológica, de afectaciones mentales o de inferioridad cognitiva. Sobre esta base, considera que el inciso segundo del artículo en comento prevé una norma incompatible con la Constitución, pues “Sin ambages, tal disposición se advierte contraria al texto constitucional. Al margen de lo cuestionable que resulten las medidas de pedagogía y diálogo asignadas por la norma a la Fiscalía, la proscripción del reconocimiento de circunstancias eximentes de responsabilidad penal o de la inimputabilidad, por hechos posteriores a aquellos que propiciaron la primera decisión, constituye una flagrante

trasgresión al principio de culpabilidad, pero asimismo, de los derechos constitucionales a la igualdad y a la defensa como componente del debido proceso”.

□ En cuanto al artículo 5, muestra una falta de armonía entre las normas anteriores, que fijan un límite de 50 años, salvo en caso de concurso, que tiene un límite de 60 años, para establecer que ahora habría un límite de 60 años, excepto en los casos de concurso. De este modo, en caso de concurso se habilita para imponer una pena superior a la de 60 años, “lo cual, en la aplicación práctica de los parámetros de dosificación punitiva para el concurso de infracciones (Art. 31, C.P.), permitiría la fijación de penas privativas de la libertad, de hasta 120 años de prisión”. Esto, según indica, es un retroceso en materia de política criminal.

□ En cuanto al artículo 21.8, se considera que “las expresiones “ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos”, deben declararse condicionalmente exequibles, en tanto que las expresiones “si la persona fue o ha sido imputada” y “otorgado principio de oportunidad”, son inconstitucionales y, por tanto, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico”.

□ En este contexto, la existencia de una condena sí es “un factor constitucionalmente válido para pregonar la configuración del peligro para la comunidad”. En cuanto a las otras expresiones, se destaca que en ninguno de sus supuestos se ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Inexequibilidad de los artículos 4, 5 y 21.8 de la Ley 2197 de 2022

Universidad del Rosario

* Señala que el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 es contrario al artículo 1º constitucional. Esta norma no debe permanecer en el ordenamiento jurídico, porque: (i) atenta contra el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho establecido en el preámbulo de la Carta Política conforme al cual, “debe existir una necesidad social para la intervención penal”; (ii) no satisface los principios de lesividad, antijuridicidad material y mínima intervención del derecho penal, “por cuanto se persiguen todas las conductas sin importar su grado de afectación a los bienes jurídicos”; y (iii) desatiende el principio de proporcionalidad, en tanto, al aplicarse la norma, “no existiría una correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito, pues no se ajustaría la sanción imponible a la trascendencia social de los hechos delictivos que podría desarrollarse”.

* El propósito de imponer medidas pedagógicas y de diálogo en los casos de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural, es el de evitar que se cometan nuevamente las conductas penalmente reprochadas y de esta forma remover la inculpabilidad y agravar la sanción. En esa medida, indica que si lo que se pretende es imponer un control estatal más gravoso en esos casos, es necesario que exista “un control estricto, sistemático e individual de la efectividad y los resultados de estas medidas, ya que de hacerse de forma desmesurada y a la ligera resultaría en una disminución injustificada de la protección estatal”. Destaca, además, que la implementación de dichas medidas “implícitamente busca imponer la “cultura mayoritaria” en las comunidades indígenas desconociendo sus diferencias y su derecho a ver el mundo de forma distinta”.

* Manifiesta que el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 vulnera el principio de dignidad humana de las comunidades indígenas, pues aun cuando exige que se respete la diversidad sociocultural, su aplicación podría limitar la autonomía de las comunidades indígenas “al someterlas a la asistencia a clases de formación penal” en las que se intente “imponer una idea de delito incongruente con la cosmovisión de estas poblaciones; como en efecto lo hacen”.

* En lo que respecta al artículo 5 demandado, refiere que es contrario al fin resocializador de la pena, “debido a que el aumento en la pena con una posibilidad máxima de hasta 60 años, sin incluir los casos en que se presenten concursos puede derivar en que una persona termine sus últimos días en prisión siendo esto una cadena perpetua de facto”, en tanto la expectativa de vida en Colombia es de 76.7 años, según un informe publicado por la OCDE en el año 2021. Destaca que dicho aumento punitivo es desproporcionado y niega la posibilidad de que el condenado pueda reincorporarse a la sociedad, aún si logran el objetivo de resocializarse.

* En cuanto a la acusación en contra del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022, indica que desconoce el principio de mínima intervención, toda vez que, busca “sancionar penalmente una conducta que cuenta con correctivos de carácter policivo”, olvidando que el derecho penal “solo debe entrar a sancionar cuando las demás regulaciones no fueron útiles”. De igual forma, señalan que el delito de avasallamiento de bien inmueble no atiende al principio de lesividad, pues no comporta un daño efectivo al bien jurídico que busca proteger, el cual es el patrimonio, y en cambio, “resulta ser una medida que pasa los límites del derecho penal

al sancionar una conducta cuya antijuridicidad material no es evidente”.

Inexequibilidad de los artículos 4, 5 y 13.

Universidad Javeriana

□ Afirma que el artículo 21.8 de la Ley 2197 de 2022 contraviene la cosa juzgada, pues desconoce la sentencia C-121 de 2012, en la que se “declaró inexequible la circunstancia de estar acusado o encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento como constitutiva de peligro para la comunidad en los términos del artículo 310 de la Ley 906 de 2004”.

□ Explica que la norma demandada viabiliza la detención preventiva en eventos en los que no “se ha desvirtuado la presunción de inocencia con base en una condena” y con base en la circunstancia de que el sujeto constituya un peligro futuro para la sociedad, por lo que termina desconociendo ese mandato superior que emana del artículo 29 de la Constitución, máxime, si se tiene en cuenta el estado de cosas inconstitucional de las cárceles colombianas, en las que ni siquiera es posible garantizar que condenados y sindicados se encuentren en grupos de reclusión separados.

□ Señala también que, si bien la Corte ha dicho que la presunción de inocencia no se vulnera por detener preventivamente a un procesado, ya que no comporta una decisión sobre su responsabilidad, en este asunto deberían tenerse en cuenta los distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se ha sostenido que una medida de esa naturaleza sí es desconocedora de la presunción de inocencia. Entre otros, alude a los casos Suárez Rosero vs. Ecuador y José Luis Hernández vs. Argentina.

Inexequibilidad del artículo 21.8 de la Ley 2197 de 2022

Universidad Nacional

□ A su juicio, el artículo 13 de la Ley 2197 de 2022 es incompatible con los derechos a la propiedad y a la manifestación pacífica y, además, con el derecho a la tierra por parte de las comunidades campesinas.

□ En cuanto a lo primero, se desconoce la función social de la propiedad, por cuanto desatiende instituciones como la posesión, que son protegidas por el derecho. Esta posesión

requiere, para darse, de la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño. En este contexto, la norma demandada penaliza la ocupación pacífica de un bien, incluso si hay disputa sobre la propiedad, y en todo caso sanciona una ocupación de hecho del bien. Así las cosas, la previsión legal es indeterminada y desproporcionada. Cuando se predica respecto de los poseedores, la norma resulta contraria al derecho a la propiedad, en lo que atañe a su función social. Por otra parte, destaca que hay otras medidas, menos lesivas, que permiten proteger a la propiedad de las ocupaciones de hecho.

□ En cuanto a las comunidades campesinas, destaca que esta norma afecta su acceso a la tierra. Estas comunidades, a las que considera históricamente marginadas, tienen una especial protección constitucional, lo cual se concreta en el derecho previsto en el artículo 64 de la Constitución. Al considerar delito la ocupación pacífica y con ánimo de señor y dueño de un inmueble, como se hace en la norma demandada, se “puede generar situaciones en las cuales los sujetos de especial protección como el campesinado, con su eventual imputación y condena, vean sus derechos afectados de manera desproporcional”.

Inexequibilidad del artículo 13 de la Ley 2197 de 2022.

CONCEPTO DE LA PROCURADORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

16. La procuradora general de la Nación destaca que los cargos sub examine guardan identidad con los presentados en el proceso D-14677. Dado que ya rindió concepto en dicho proceso, en el que solicitó declarar la exequibilidad de los artículos 4, 5 y 13 de la Ley 2197 de 2022 y la inexequibilidad del artículo y 21.8 ídem, solicita que, en esta oportunidad, la decisión sea la de “estarse a lo resuelto”. Respecto del artículo 4 de la referida ley, pide a la Corte declararse inhibida de pronunciarse sobre los cargos distintos al que cuestiona la constitucionalidad de la norma por desconocimiento de la identidad cultural, la diversidad étnica y la administración de justicia especial, pues considera que los mismos carecen de aptitud sustancial.

17. Al respecto, sostiene que los reproches por el desconocimiento de los artículos 29 y 250 de la Constitución, relacionados con el debido proceso y las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación no están llamados a prosperar. Lo mismo sucede, según se indicó, con el cuestionamiento por ausencia de consulta previa pues se controvierte una disposición que, en principio, no afecta directamente a las comunidades étnicas al carecer de certeza y

suficiencia, toda vez que se funda en una lectura parcializada de la norma controvertida. Para sustentar ello, se refirió a la sentencia C-018 de 2018 que, al respecto adujo que “la consulta previa frente a iniciativas legislativas procede cuando estas puedan afectarles de manera directa, lo cual sucede en cualquiera de estas dos circunstancias: cuando una iniciativa se relaciona con una comunidad diferenciada o cuando tal iniciativa sea de contenido general pero tenga una incidencia específica y verificable en determinada comunidad”.

18. Agrega la procuradora general de la Nación que la disposición cuestionada no tiene como objetivo la regulación de las medidas pedagógicas y de diálogo con el agente, pues sólo dispone su aplicación en unos supuestos de hecho concretos, esto es, cuando se declara la inimputabilidad por diversidad cultural o la inculpabilidad por el error de prohibición. Entonces, en los términos propuestos, “es claro que se deberá expedir una normativa especial en la que se ordene el alcance de dichas medidas (tipologías, duración, características, nivel de obligatoriedad, etc), la cual eventualmente sí tendrá que ser consultada con los grupos étnicos”. De allí que sólo ante esa reglamentación específica es posible cuestionar una afectación cultural de los grupos étnicos, lo cual, en todo caso, implica valorar que hasta ahora se trata de la situación de un sujeto individual frente a un proceso particular.

19. Por ello, advierte que (i) el precepto cuestionado no tiene como objetivo la regulación de las medidas pedagógicas y de diálogo con el agente, pues sólo dispone su aplicación en unos supuestos de hecho concretos, esto es, cuando se declara la inimputabilidad por diversidad cultural o la inculpabilidad por el error de prohibición. Entonces, en los términos propuestos, “es claro que se deberá expedir una normativa especial en la que se ordene el alcance de dichas medidas (tipologías, duración, características, nivel de obligatoriedad, etc), la cual eventualmente sí tendrá que ser consultada con los grupos étnicos”. De allí que, adujo que sólo ante esa reglamentación específica es posible cuestionar una afectación cultural de los grupos étnicos. También aseguró (ii) que la norma acusada regula una situación procesal de personas individuales que, aunque pertenecen a un grupo étnico, “se encuentran sujetos a la competencia de la jurisdicción ordinaria debido a la inexistencia de los presupuestos para que la justicia especial indígena asuma su caso, lo cual prima facie desvirtúa la existencia de una afectación directa a las comunidades”.

20. Con todo, advierte que, en cualquier caso, el artículo 4 demandado no desconoce el derecho de las comunidades étnicas a administrar su propia justicia, pues la norma únicamente se podrá aplicar “en aquellos casos en los que tienen competencia los operadores de la jurisdicción ordinaria”. Así, en todos los casos, de manera preliminar y con base en los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico, se debe verificar si se trata de un asunto a cargo de la jurisdicción ordinaria o de las autoridades tradicionales étnicas. En segundo lugar, no vulnera la garantía que tienen las personas con cosmovisión cultural diversa, de ser juzgados por conductas cuya ilicitud no estén en capacidad de comprender, porque las medidas pedagógicas y de diálogo aseguran “que puedan entender que sus acciones son contrarias a derecho y que, en caso de reincidir en las mismas, pueden llegar a ser condenados por su ejecución”. Asimismo, señala la norma demandada protege los derechos de las víctimas, “porque, sin perjuicio de las garantías del procesado, se vela por la reparación del daño, así como se propende por la no repetición de la conducta lesiva de bienes jurídicos relevantes”.

21. Finalmente, explica la Procuraduría que los cargos formulados con fundamento en la presunta vulneración de la identidad cultural y el acceso a la administración de justicia no permiten desvirtuar la constitucionalidad de la disposición, dado que el Legislador tiene el deber de efectuar una ponderación entre ambos derechos, garantizando (i) la competencia que tienen las comunidades para resolver los conflictos conforme a sus tradiciones; (ii) la garantía de los individuos a no ser juzgados por conductas cuya ilicitud no pueden comprender por su cosmovisión cultural y (iii) los derechos de las víctimas. Así, los casos comprendidos por la disposición demandada son aquellos que no cumplen con los elementos que activarían la jurisdicción especial indígena y, por ello, se vuelve relevante lo establecido en el artículo 33 del Código Penal y en la sentencia C-370 de 2002, en donde es procedente establecer el diálogo intercultural con fines preventivos. Con lo cual concluye que ésta es una medida acorde con la Constitución en tanto “pondera la diversidad étnica y el acceso a la administración de justicia”.

22. En cuanto al artículo 5 de la Ley 2197 de 2022, sostiene que éste es el resultado de la libertad de configuración legislativa en materia penal y que no vulnera el principio de dignidad humana, porque: (i) no constituye una sanción perpetua, sino que se trata de “una pena que tiene un término de duración determinado que sirve como tope máximo y que, en todo caso, debe ser aplicada atendiendo a las circunstancias de cada asunto, siguiendo los

criterios de dosificación y la ordenación de cada tipo establecida en otras normas del Código Penal”; y (ii) no modifica o altera la aplicación de subrogados penales o beneficios penitenciarios establecidos en la ley penal y procesal penal a favor de las personas condenadas.

23. En lo que tiene que ver con el artículo 13 de la Ley 2197 de 2022, el Ministerio Público señala que la descripción típica en él contenida, si bien podría coincidir con algunas formas de protesta pacífica, “lo cierto es que la ejecución de estas no puede llegar a ser castigada en virtud del artículo 32.5 del Código Penal por tratarse del ejercicio legítimo de los derechos de reunión, manifestación y libertad de expresión”. Así, advierte que, los reproches de los demandantes se descartan con una lectura sistemática del ordenamiento jurídico-penal, “que establece herramientas interpretativas para superar las posibles antinomias entre las normas que conforman el mismo”. En consecuencia, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del delito de avasallamiento de bien inmueble, pero precisando en la parte considerativa de la respectiva sentencia, que aquel: (i) no afecta el ejercicio de los derechos a la protesta pacífica y a la propiedad; y (ii) que su existencia “debe comprenderse en un escenario de protección “multinivel” de los bienes constitucionales, en el que la operación de los instrumentos penales procede como última opción aplicable por las autoridades ante casos graves”.

24. Por último, en relación con el numeral 8 del artículo 21 de la Ley 2197 de 2022, recuerda que en la Sentencia C-579 de 2019 se declaró la inexecuibilidad de normas que, “a efectos de regular los criterios para determinar la procedencia de medidas de aseguramiento, tienen en cuenta antecedentes procesales de los investigados que se refieren a causas que aún no han finalizado con una condena”, tal y como ocurre con la norma demandada. Así, sostiene que resulta contrario al principio de presunción de inocencia, que dicho artículo “ordene valorar si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, puesto que se le otorga a dicha actuación procesal de competencia exclusiva de la Fiscalía General de la Nación un efecto similar a una condena en firme”.

25. No obstante, en lo que tiene que ver con la valoración de suscripción de preacuerdos, de la aceptación de cargos o el reconocimiento de un principio de oportunidad, considera que aquella no desconoce la presunción de inocencia, “en tanto tales actuaciones procesales implican que la persona investigada haya aceptado cierto grado de responsabilidad penal en

el pasado y, a partir de ello, gozado de beneficios de la justicia premial.” Afirma que esto, “dota de proporcionalidad el hecho de que se valore las mencionadas circunstancias a efectos de decidir sobre la peligrosidad del sujeto para la sociedad pues se trata de un sujeto que ya reconoció su culpabilidad y que nuevamente se encuentra sujeto a investigación por parte de las autoridades.” Bajo este entendido, solicita se declare la inexequibilidad de la expresión “fue o ha sido imputada por delitos violentos” contenida en el artículo 21.8 demandado.

. CONSIDERACIONES

A. A. COMPETENCIA

26. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución, la Corte es competente para conocer y decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad de la referencia.

B. PRIMERA CUESTIÓN PREVIA: ANÁLISIS DE LA COSA JUZGADA EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA C-014 DE 2023

27. Comoquiera que en sentencia C-014 de 2023 -proferida después de la admisión de las demandas dentro de los expedientes D-14747, D-14752 y D-14752- esta corporación revisó la constitucionalidad de varios artículos de la Ley 2197 de 2022, entre ellos los aquí demandados, corresponde determinar si dicha providencia configura cosa juzgada constitucional que torne improcedente un nuevo pronunciamiento de fondo.

28. Esta Corte ha explicado que la cosa juzgada es una institución jurídico procesal fundamentada en el artículo 243 de la Constitución, que otorga a una sentencia de constitucionalidad el carácter de inmutable, vinculante y definitiva. En consecuencia, cuando ella se configura surge una prohibición, “de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto”. La cosa juzgada y sus efectos se sustentan “(i) en la protección de la seguridad jurídica que impone la estabilidad y certidumbre de las reglas que rigen la actuación de autoridades y ciudadanos, (ii) en la salvaguarda de la buena fe que exige asegurar la consistencia de las decisiones de la Corte, (iii) en la garantía de la autonomía judicial al impedirse que luego de juzgado un asunto por parte del juez competente y siguiendo las reglas vigentes pueda ser nuevamente examinado y, (iv) en la condición de la

Constitución como norma jurídica en tanto las decisiones de la Corte que ponen fin al debate tienen, por propósito, asegurar su integridad y supremacía”.

29. En tal contexto, se ha establecido que la delimitación sobre aquello que constituye “la materia juzgada” exige analizar el objeto de control y el cargo de inconstitucionalidad. En este marco, la Corte ha estructurado una tipología de la cosa juzgada, y en lo que interesa para el asunto bajo examen, ha considerado la existencia de distintas consecuencias según la determinación adoptada en la sentencia previa, a saber:

“En general, los efectos de la cosa juzgada dependerán de la decisión que se haya adoptado en el pronunciamiento anterior. Así, si la decisión fue de inexecuibilidad, la Corte deberá rechazar la demanda por ausencia en el objeto de control, o estarse a lo resuelto en la decisión anterior, salvo que la razón de la inexecuibilidad haya sido la ocurrencia de un vicio de carácter formal en el trámite de aprobación de la ley. En este último caso, la Corte puede pronunciarse sobre la exequibilidad de la norma solamente desde el punto de vista material. Si se declaró la exequibilidad, la Corte debe analizar cuál fue el alcance de la decisión previa, con la finalidad de establecer si el asunto que se plantea no ha sido resuelto, y por ende, debe emitirse un nuevo pronunciamiento de fondo, o si la problemática ya se decidió deberá estarse a lo resuelto en la decisión anterior; en los casos de exequibilidad condicionada, la interpretación excluida del ordenamiento jurídico no podrá ser objeto de reproducción o aplicación en otro acto jurídico; y en los supuestos en los que la Corte ha adoptado una sentencia aditiva, la cosa juzgada implica que no se encuentra permitido reproducir una disposición que omita el elemento que la Corte ha juzgado necesario adicionar.”

30. Bajo tales parámetros, la Sala determinará si la sentencia C-014 de 2023 constituye cosa juzgada respecto de los cargos de inconstitucionalidad admitidos contra los artículos 4, 5, 13 y 21.8 de la Ley 2197 de 2022, dentro del asunto bajo examen:

(30) En cuanto al artículo 5, aun cuando los demandantes acusan la inconstitucionalidad de la totalidad de dicha norma, su inconformidad no es por la existencia de un límite máximo a la pena de prisión, sino porque el artículo cuestionado aumentó dicho umbral de 50 a 60 años. Respecto de este reproche también existe cosa juzgada, toda vez que la sentencia C-014 de 2023 declaró la inexecuibilidad de la expresión “sesenta (60) años” del artículo 5 de la Ley 2197 de 2022, tras considerar que tal aumento de penas resultaba contrario a la

dignidad humana. Así, al margen de que la razón que dio lugar a la inexecutableibilidad no se corresponda con las que ahora se plantean con el mismo propósito, lo cierto es que el incremento punitivo demandado ya fue expulsado del ordenamiento jurídico. Esto se traduce en una ausencia en el objeto de control, que conlleva a estarse a lo resuelto en la precitada sentencia.

(30) En lo que concierne al artículo 21.8 de la Ley 2197, se debe recordar que la sentencia C-014 de 2023 juzgó dicha norma bajo el cargo de violación del principio de presunción de inocencia -también planteado en la demanda del expediente D-14747-, y, como resultado, declaró la inexecutableibilidad de la expresión “fue o ha sido imputada por delitos violentos”, así como la exequibilidad condicionada de la expresión “ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos”, “en el entendido de que el juez de conocimiento haya aprobado el preacuerdo o la aceptación de cargos”. En consecuencia, respecto del referido cargo existe cosa juzgada constitucional que obliga a estarse a lo resuelto en la mencionada providencia.

Más sin embargo, los demandantes dentro del expediente D-14747 también cuestionaron la expresión “en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico” contenida en el aludido artículo 21.8 de la Ley 2197, por la presunta violación del principio de legalidad -supra numeral 6-. La sentencia C-014 de 2023 no se pronunció sobre este particular, razón por la cual no existe cosa juzgada constitucional en relación con dicha frase.

(30) Finalmente, en relación con el artículo 4° de la Ley 2197, la sentencia C-014 de 2023 circunscribió el análisis al inciso segundo acusado por violación del principio de protección de la diversidad étnica y cultural, y, en efecto, lo declaró inexecutable tras considerar que la prohibición allí prevista de la aplicar causales de ausencia de responsabilidad o de inimputabilidad a personas socioculturalmente diversas previamente destinatarias de medidas pedagógicas y diálogo, implicaba una restricción desproporcionada al referido principio constitucional. En tal virtud, dicha providencia constituye cosa juzgada respecto de los reproches dirigidos contra la medida contenida en el inciso declarado inexecutable, más no así frente a las censuras contra el resto del artículo, sobre las cuales proseguirá el análisis.

31. En suma, (i) la Corte se estará a lo resuelto en sentencia C-014 de 2023 en relación con los cargos contra los artículos (a) 5 de la Ley 2197 sobre la pena máxima de prisión; (b) 13

ibidem sobre el delito de avasallamiento de bien inmueble; (c) 4 ibidem únicamente respecto de su segundo inciso que prohibía la aplicación de causales de inimputabilidad o de ausencia de responsabilidad a infractores penales previamente destinatarios de medidas pedagógicas y de diálogo; y (d) 21.8 ibidem, únicamente respecto de las expresiones “fue o ha sido imputada por delitos violentos” y “ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos”. Consecuentemente, (ii) el análisis que prosigue se circunscribirá a los cargos respecto de los cuales no existe cosa juzgada constitucional, a saber: (a) la censura contra el artículo 4 ibidem en sus incisos primero, tercero y párrafo, que regulan las medidas pedagógicas y de diálogo en casos de inimputabilidad por diversidad sociocultural y error de prohibición culturalmente condicionado; y (b) el reproche contra la expresión “en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico” contenida en el artículo 21.8 ibidem.

C. SEGUNDA CUESTIÓN PREVIA: ANÁLISIS DE APTITUD SUSTANTIVA DE LAS DEMANDAS ESTUDIADAS

32. El Decreto Ley 2067 de 1991, en su artículo 2° establece los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control abstracto de constitucionalidad. En particular, la norma precisa que éstas deben presentarse por escrito, en duplicado, y deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) señalar las normas cuya inconstitucionalidad se demanda y transcribir literalmente su contenido o aportar un ejemplar de su publicación oficial; (ii) señalar las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) presentar las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) si la demanda se basa en un vicio en el proceso de formación de la norma demandada, se debe señalar el trámite fijado en la Constitución para expedirlo así como la forma en que éste fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

33. Este tribunal ha reiterado que el tercero de los requisitos se conoce como “concepto de la violación”. Éste requiere del demandante una carga material y no meramente formal, que no se satisface con la presentación de cualquier tipo de razones o motivos, sino que exige unos mínimos argumentativos de tal suerte que dichas razones o motivos no sean vagos, abstractos, imprecisos o globales, al punto de impedir que surja una verdadera controversia constitucional.

34. Conforme a lo dispuesto por la Corte en las sentencias C-1052 de 2001 y C-856 de 2005, los siguientes son los mínimos argumentativos que comprenden el “concepto de la violación”: claridad, cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; certeza, cuando la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente y no en una que el actor deduce de manera subjetiva, valga decir, cuando existe una verdadera confrontación entre la norma legal y la norma constitucional; especificidad, cuando se define o se muestra cómo la norma demandada vulnera la Carta Política; pertinencia, cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia; y suficiencia, cuando la demanda tiene alcance persuasivo, esto es, cuando es capaz de despertar siquiera una duda mínima sobre la exequibilidad de la norma demandada.

35. A continuación la Sala verificará si los cargos que subsisten contra los artículos 4 y 21.8 (parcial) de la Ley 2197 -supra numeral 31- cumplen con las anteriores exigencias, por dos razones. La primera es que algunos de los intervinientes y el Ministerio Público cuestionaron la aptitud de las censuras contra el artículo 4 ibidem; la segunda es que lo resuelto en la sentencia C-014 de 2023 influye en la comprensión de los reproches que ahora se formulan contra tales normas.

a. (a) Examen de aptitud de los cargos formulados contra el artículo 4° de Ley 2197 de 2022

36. Las censuras presentadas por los demandantes contra el artículo 4 de la Ley 2197 dentro de las actuaciones acumuladas -supra Sección I B-, y admitidas para el juicio de constitucionalidad, se pueden sintetizar en los siguientes cuestionamientos:

(36) El primero está relacionado con la supuesta violación de la autonomía de las comunidades indígenas, toda vez que la norma demandada faculta al fiscal para imponer a indígenas medidas dialógicas en desmedro de la competencia que el artículo 246 superior confiere a la JEl para juzgar y sancionar las conductas de sus integrantes de acuerdo con sus usos y costumbres. (Expediente D-14752).

(36) El segundo se refiere al carácter sancionatorio que, según los demandantes, tienen las medidas pedagógicas y de diálogo creadas por la norma acusada. Bajo esta comprensión, consideran que aquéllas son violatorias del debido proceso porque implican la imposición de

una pena sin juicio previo, al tiempo que desconocen las competencias constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, en tanto que ésta queda facultada para imponer sanciones pese a que la Carta no le atribuye tal función (expediente D-14747).

(36) El tercero consiste en que el artículo censurado vulnera el principio de protección la identidad de las comunidades étnicas, en tanto parte de una comprensión estereotipada de las comunidades indígenas, que trata a sus integrantes como analfabetas y que persigue “educarlos” conforme a una cosmovisión diferente a la suya, en desmedro de la diversidad cultural por cuya protección propenden la Carta y varios instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad (expedientes D-14747, D-14752, D-14754).

(36) El cuarto alude a la violación del artículo 243 superior por el desconocimiento del alcance que esta corporación confirió a las medidas de diálogo intercultural y a inimputabilidad penal por diversidad sociocultural, en sentencia C-370 de 2002 (expediente D-14752).

(36) El quinto tiene que ver con el desconocimiento del derecho a la consulta previa toda vez que, en concepto de los demandantes, el artículo acusado contiene medidas que repercuten directamente sobre las comunidades étnicas, por lo que era menester que, antes de su expedición, se consultara con aquéllas sobre los contenidos normativos ahora en discusión (expedientes D-14747, D-14752, D-14754).

37. La Sala encuentra que, salvo la acusación por la presunta violación del derecho a la consulta previa, los demás cargos contra el artículo 4 de la Ley 2197 explicados en precedencia carecen de aptitud sustantiva, razón por la cual serán excluidos del pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la norma en discusión. En efecto, esta corporación, al resolver sobre unas acusaciones muy similares en la sentencia C-014 de 2023, señaló que tales censuras no cumplían con los presupuestos de pertinencia, especificidad y suficiencia. A continuación la Sala precisará las razones por las cuales los planteamientos (i) a (iv) supra carecen de aptitud sustantiva, mientras que el (v) supra sí amerita un pronunciamiento de fondo:

38. Ineptitud sustantiva de los cargos que se fundan en el desconocimiento de la autonomía de la Jurisdicción Especial Indígena. Los argumentos de los demandantes sobre este particular coinciden con un planteamiento similar examinado por la Corte en la sentencia

C-014 de 2023, en el que se alegaba que la norma acusada anulaba la competencia de la JEl. En su momento, la Sala explicó que con este cuestionamiento se confunden y mezclan las figuras propias de la jurisdicción especial indígena con las de inimputabilidad e inculpabilidad en la jurisdicción ordinaria. Así, según se indicó, “las figuras de la inimputabilidad y la inculpabilidad son propias del derecho penal ordinario y, como tal, son aplicables únicamente en los procesos cuya competencia detenta la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, la disposición cuestionada no incide en la determinación de la autoridad jurisdiccional competente. Por lo anterior, el cuestionamiento del actor carece de certeza y pertinencia”.

39. El mismo razonamiento resulta aplicable al cargo bajo examen. No puede existir certeza de la demanda sobre una proposición jurídica que, en realidad, no afecta la JEl, pues se aplica en el supuesto en el que se ha establecido que la competencia para investigar y juzgar no recae en ella. Tampoco se puede predicar especificidad ni pertinencia, pues los argumentos empleados, pese a que se fundamentan en una disposición constitucional, en realidad no permiten explicar su presunta afectación. Esto a su vez conlleva a que la censura carezca de suficiencia, toda vez que no genera duda tan siquiera sumaria de la presunta falta de conformidad del artículo demandado con el texto superior.

40. Ineptitud sustantiva de los cargos que cuestionan las medidas pedagógicas y de diálogo por su presunto carácter sancionatorio y, con ello, la supuesta trasgresión del artículo 29 de la Constitución y la separación de poderes. Estos argumentos carecen de certeza porque no se fundamentan en el contenido del enunciado normativo atacado sino en una apreciación subjetiva sobre la naturaleza punitiva que, a juicio de los demandantes, tienen las medidas pedagógicas y de diálogo. El artículo acusado no las cataloga como tal, y los demandantes tampoco explicaron la razón por la le atribuyen dicho carácter.

41. Por lo demás, y como se indicó en antecedencia -supra Sección II-B, el argumento según el cual las medidas en comento también tienen la connotación de antecedente por cuanto impiden la posterior aplicación de causales de inimputabilidad o de ausencia de responsabilidad por error de prohibición a quienes previamente han sido destinatarios de aquéllas, ha quedado resuelto con lo decidido por la Corte en sentencia C-014 de 2023, que declaró la inexequibilidad del segundo inciso de la norma acusada en la que se regulaba dicha circunstancia. Así, la censura basada en el supuesto carácter sancionatorio de la medida pedagógica y de diálogo carece de certeza, porque parte de una lectura incorrecta

de la norma que la regula.

42. Ineptitud sustantiva de los cargos por vulneración del principio de protección de la identidad cultural de las comunidades étnicas. Tal como lo consideró esta corporación en sentencia C-014 de 2023 al pronunciarse sobre la aptitud de un cargo semejante al que aquí se examina, las acusaciones en cuanto a que la norma demandada (i) se funda en una visión “estereotipada” de las comunidades étnicas y (ii) busca anular su identidad al pretender “educarlas” de acuerdo con los parámetros culturales mayoritarios, son carentes de certeza. En dicha ocasión, la Corte señaló lo siguiente:

“[L]a Sala Plena considera que de la disposición demandada no se extrae que el Legislador haya creado las medidas pedagógicas y de diálogo con el propósito de ‘curar y/o rehabilitar’ o de ‘imponerle una realidad y una cosmovisión’ al sujeto inimputable o inculpable, como lo alega el demandante. Tal apreciación sobre la norma es netamente subjetiva, especialmente si se tiene en cuenta que en su parágrafo, el artículo demandado expresamente señala que corresponde al Gobierno reglamentar y proveer los programas de pedagogía y diálogo, los cuales “deberán respetar la diversidad sociocultural”. En tal medida, el reparo del demandante frente a las supuestas características y finalidades de las medidas pedagógicas y de diálogo no encuentra piso en una proposición jurídica que está contenida en el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022, lo cual deriva en una falta de certeza del cuestionamiento elevado.”

43. Siguiendo el criterio expuesto en la citada providencia, es claro que los argumentos que sustentan el cargo en cuestión también carecen de certeza, porque la supuesta visión estereotipada y el alegado fin anulador de identidades que los demandantes les atribuyen al artículo acusado son producto de sus apreciaciones subjetivas y no del tenor literal de aquél. No es posible concluir que la sola creación de las medidas pedagógicas y de diálogo atenten contra la identidad cultural, cuando la propia norma delega en el Gobierno nacional la regulación sobre el contenido de tales medidas, con la expresa condición de respetar la diversidad sociocultural. Para la Sala no es de recibo el planteamiento de los demandantes dentro del Expediente D-14747 en cuanto a que la anterior salvedad no desvirtúa la censura porque el resto del artículo acusado “emplea un lenguaje de protección”. Aceptando dicha tesis en gracia de discusión, no explican los demandantes por qué razón la utilización de dicha terminología desatiende la Constitución, máxime cuando es el propio artículo 7° superior el que impone expresamente el deber de proteger la diversidad étnica y cultural de

la Nación.

44. Ineptitud sustantiva del cargo por violación de la cosa juzgada constitucional. Esta acusación se sustenta en el supuesto desconocimiento de lo resuelto por esta corporación en sentencia C-370 de 2002, que declaró (i) la exequibilidad condicionada de la expresión “diversidad sociocultural” del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 -que regula la inimputabilidad penal- bajo los entendidos de que (a) ésta “no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente”, y (b) “en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable”; y (ii) la inexequibilidad de los artículos 69.4 y 73 de la Ley 599 de 2000 y 378 de la Ley 600 de 2000, que regulaban la reintegración al medio cultural propio como medida aplicable en casos de inimputabilidad por diversidad sociocultural.

45. Para los demandantes, la sentencia en comento mantuvo la inimputabilidad por diversidad cultural como una medida de protección a favor de las comunidades étnicas, y promovió el diálogo intercultural como instrumento de respeto hacia éstas, que tenía por objeto evitar la criminalización de sus integrantes. No obstante, a su juicio, la norma aquí acusada desconoce lo anterior, por cuanto “le otorga al fiscal delegado la facultad de ordenar e imponer a la autoridad competente que implemente las medidas pedagógicas y diálogo con el agente, dentro del proceso que adelante la Jurisdicción Especial Indígena”. Esto, afirman, desnaturaliza el carácter comunicativo de las medidas, y las torna en herramientas de punición y corrección. Además, señalan que la posibilidad de imponer tales medidas resulta contraria a su propia naturaleza pedagógica y dialógica.

46. Los anteriores planteamientos carecen de certeza, en primer lugar, porque parten de una lectura incorrecta del precepto normativo demandado. Éste en ningún momento determina que la autoridad competente destinataria de la orden del fiscal sea la Jurisdicción Especial Indígena, como lo entienden los accionantes, y tampoco es acertado afirmar que las medidas pedagógicas y de diálogo son impuestas al socioculturalmente diverso, cuando lo que se establece es que el fiscal ordenará a la autoridad competente la implementación de tales medidas, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional, y siempre con pleno respeto por la diversidad sociocultural. En segundo lugar, como se indicó en antecedencia -supra numerales 40 a 41-, la acusación en cuanto a que las medidas pedagógicas y de diálogo tienen un carácter punitivo y de corrección es una apreciación

subjetiva que no se desprende del contenido normativo acusado.

47. Por lo demás, la ausencia de certeza de los cargos examinados a su vez afecta su especificidad, pertinencia y suficiencia, por cuanto impide concluir que los demandantes efectivamente evidenciaron las razones por las cuales el artículo acusado resulta contrario a los mandatos superiores invocados, a partir de planteamientos constitucionalmente relevantes y capaces de suscitar una mínima duda sobre la falta de conformidad entre la norma cuestionada y la Carta.

48. Aptitud de los cargos formulados contra el artículo 4° de Ley 2197 de 2022 con fundamento en la supuesta omisión del proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. Pese a que la Procuraduría General de la Nación y el interviniente Humberto Antonio Sierra Porto cuestionaron la aptitud de este cargo, la Corte considera que existe una duda razonable sobre la aplicación de la exigencia de consulta previa que debe resolverse en favor de los demandantes, en virtud del principio *pro actione*. Es decir que las demandas acumuladas satisfacen mínimamente las exigencias argumentativas al respecto, pues (i) el planteamiento es claro y, por lo mismo, comprensible; (ii) parte de un contenido normativo cierto por cuanto el artículo demandado faculta al fiscal para ordenar a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y de diálogo en casos de inimputabilidad por diversidad sociocultural o error de prohibición culturalmente condicionado; (iii) la censura es específica en tanto reprocha que no se cumplió con el deber de consulta previa; (iv) pertinente, porque se sustenta en argumentos de relevancia constitucional sobre el mandato superior de consulta previa respecto de medidas que puedan afectar a las comunidades étnicas, y (v) suficiente, por cuanto suscita cuando menos una mínima duda sobre la conformidad de la norma acusada con el texto superior.

49. Contrario a lo argumentado por el ciudadano Sierra Porto, en cuanto a que ninguna de las demandas explica por qué el Legislador tenía la obligación de agotar la consulta previa respecto de la norma acusada, los accionantes sí expusieron que se hacía exigible dicho requisito toda vez que, en su criterio, la creación de las medidas pedagógicas y de diálogo repercutía en las comunidades étnicas. De otra parte, tampoco encuentra la Sala que el cargo carezca de certeza, como lo planteó el interviniente, toda vez que la censura sí recae sobre el contenido normativo cuestionado; el que la medida allí contenida afecte o no a las comunidades étnicas no implica que el cargo esté fundamentado en una incorrecta

interpretación del tenor literal del artículo acusado, sino que será un asunto que deberá dilucidar la Corte al examinar el fondo de la norma juzgada.

50. Por otra parte, los cuestionamientos de la procuradora general de la Nación frente a la aptitud del cargo se circunscriben a demostrar por qué, en criterio de esta funcionaria, las medidas pedagógicas y de diálogo creadas por el artículo demandado no requerían de consulta previa. En similares términos a los ya precisados -supra numeral 49-, tales reproches no desvirtúan que el cargo carezca de claridad, especificidad, pertinencia o suficiencia, sino que se orientan a responder el interrogante sobre la constitucionalidad del precepto demandado, que se contrae a determinar si se requería o no de consulta previa para su expedición. Estos planteamientos serán estudiados en detalle en el examen el fondo de la cuestión, advirtiéndose que éste se contraerá a la creación de las medidas pedagógicas y de diálogo y no a la improcedencia de la aplicación de causales de inimputabilidad o de ausencia de responsabilidad por error de prohibición por diversidad sociocultural a personas que previamente fueron destinatarias de tales medidas, ya que esta última restricción fue declarada inexecutable.

51. Sobre la base de las anteriores consideraciones, se concluye que el cargo contra el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 por presunta violación del derecho de consulta previa es apto, y, por lo tanto, la Corte lo resolverá de fondo.

(b) Examen de aptitud del cargo formulado contra el artículo 21.8 de la Ley 2197 de 2022

52. Resta por analizar el cargo contra el artículo 21.8 de la Ley 2197 de 2022, que en particular se dirige contra la expresión “en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico”, que los accionantes consideran incompatible con el principio de legalidad. A su juicio, esta norma es ambigua pues “no se esclarece su aplicación especificando si la restricción temporal afecta únicamente el último criterio -el otorgamiento del principio de oportunidad- o si esto se extiende a todos los criterios que conforman el numeral 8 del artículo 21 de la Ley 2197 de 2022”. Añaden que “la inadecuada puntuación y redacción” de la norma resulta violatoria del referido principio, por cuanto “no se precisa el ámbito de aplicación de [dicho] límite temporal”, “ni cuáles de los criterios allí regulados estarán supeditados al periodo enunciado.”

53. La anterior argumentación carece de especificidad y suficiencia porque no alcanza a evidenciar de qué manera se quebranta el principio de legalidad. La Sala no desconoce que la redacción de la norma acusada puede suscitar discusión sobre la manera en que debe ser interpretada, pero esta situación no necesariamente plantea un problema de constitucionalidad que esta Corporación esté llamada a resolver. Al respecto, esta corporación ha considerado que:

“[e]l control de constitucionalidad de las leyes no es el mecanismo previsto por la norma superior para resolver las dudas interpretativas de las normas, salvo cuando estas dificultades generen inseguridad jurídica, situación inconstitucional, es decir, en general, afecten principios, valores, derechos o garantías constitucionales y, en este caso, el problema interpretativo deje de ser un asunto legal y se convierta en un problema constitucional. La interpretación del sentido de las leyes le corresponde constitucionalmente al Congreso de la República (artículo 150, numeral 1 de la Constitución), a los jueces de la República, al momento de decidir las pretensiones puestas a su consideración e incluso a la doctrina. El control de constitucionalidad está establecido para garantizar la supremacía constitucional y, para esto, debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad respecto de las leyes y los otros actos con fuerza y rango de ley, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento, (artículo 241 de la Constitución, numeral 4), no por las dudas interpretativas que asalten a los ciudadanos; tramitar demandas en las que no exista una verdadera acusación respecto de la constitucionalidad de la norma, conduciría a esta Corte a exceder sus funciones constitucionales. Esto no significa que la Corte Constitucional no deba interpretar las leyes, pero, como cualquier otro juez, solamente en cuanto sea necesario para el cumplimiento de su función de administración de justicia.”

54. En este sentido, la Corte ha entendido que la indeterminación normativa no implica per se un quebrantamiento del principio de legalidad que se desprende de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 superior, ya que es perfectamente válido que el Legislador al confeccionar normas -incluso en materia penal- emplee conceptos indeterminados, siempre y cuando sean determinables a partir de recursos hermenéuticos admitidos por el ordenamiento. Sólo cuando tal condición no se satisface, puede considerarse que la norma quebranta la Carta.

D. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

56. Conforme ha quedado expuesto, tras el análisis de la cosa juzgada y de la aptitud sustantiva de los cargos, la Sala ha determinado que la única censura sobre la que es dado pronunciarse de fondo es aquélla contra el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022, que adicionó el artículo 33A al Código Penal, por la presunta violación del derecho a la consulta previa. Sin embargo, antes de proceder a ello, es preciso advertir que el análisis no recaerá sobre el inciso segundo originalmente incluido en dicha norma, ya que éste fue expulsado del ordenamiento en sentencia C-014 de 2023.

57. Delimitado así el asunto materia de examen, le corresponde a este tribunal resolver si: ¿vulneró el legislador, con la expedición del artículo 4° -inciso primero y parágrafo- de Ley 2197 de 2022, el derecho a la consulta previa en favor de las comunidades étnicas o, por el contrario, en este caso tal no era exigible al tratarse de una medida general, de naturaleza penal, que no representa una afectación directa a una o unas comunidad(es) específica(s)?

58. Para resolver el problema jurídico planteado, en primer lugar, la Sala estudiará la jurisprudencia aplicable al derecho a la consulta previa y sus generalidades para, después de ello, referir algunos criterios relevantes que permiten determinar si en este caso era exigible tal derecho. Con fundamento en ello, se resolverá el caso concreto.

E. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA: GENERALIDADES Y CRITERIOS RELEVANTES PARA ESTABLECER LA AFECTACIÓN DIRECTA ANTE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS LEGISLATIVAS. Reiteración de jurisprudencia.

59. Como lo ha considerado esta corporación en múltiples pronunciamientos, el Convenio 169 de la OIT establece la consulta previa como un mecanismo de participación y de protección de las comunidades étnicas cuya garantía y efectividad le corresponde al Estado. Dicho Convenio integra el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como tratado de derechos humanos debidamente ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. La jurisprudencia constitucional reconoce pacíficamente, desde la sentencia SU-039 de 1997 que la consulta previa es un derecho fundamental autónomo, que permite proteger “la pervivencia y preservación de (...) comunidades culturalmente diferenciadas (...) [garantizado] su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales”. Si bien el texto del Convenio 169 se refiere a “los pueblos indígenas y tribales” lo cierto es que el derecho a la consulta previa tiene una titularidad más

amplia, pues cobija también a los grupos étnicos nacionales.

60. En sentencia C-194 de 2013, esta corporación analizó la constitucionalidad de las normas del Código Penal que tipifican los delitos de actos de racismo o discriminación y hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural, acusadas en esa ocasión por la presunta vulneración del derecho a la consulta previa. Adujeron en su momento los demandantes que tales disposiciones, en tanto contenían medidas que afectaban directamente a las comunidades étnicas, exigían de consulta con estas últimas antes de su expedición.

61. Citando las sentencias C-366 de 2011 y C-175 de 2009, la Corte reiteró que la afectación directa supone una alteración “en el estatutos de la persona o de la comunidad”, es decir, “cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos”, por lo que “la determinación de la gravedad de la afectación de la medida (...) deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas”. Bajo tales parámetros, la Corte concluyó que las medidas legislativas penales cuestionadas no estaban sometidas al requisito de consulta previa, entre otras razones, porque (i) la sola referencia nominal de la norma a comunidades étnicas no es suficiente para concluir una afectación directa; y (ii) si bien los artículos acusados “regula[n] materias anejas a las comunidades étnicas, no las afecta[n] directamente.

62. Como se puede advertir, la principal controversia que se suscita en torno al derecho a la consulta previa se contrae a la determinación en cada caso concreto sobre la existencia o no de una afectación directa a una comunidad étnica, ya que de esto depende la exigibilidad de dicho mecanismo. Al respecto, explicó la sentencia C-290 de 2017 que, entre las medidas legislativas o administrativas que deben sometidas a la consulta previa están las leyes en sentido formal y los actos reformativos de la Constitución, que alteren el estatus de la comunidad de forma positiva o negativa. Empero, también reiteró que las medidas objeto de dicho proceso “son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las

comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”. En consecuencia, y reiterando lo considerado por esta corporación en sentencia C-1051 de 2012, la citada sentencia C-290 de 2017 reafirmó que para dilucidar si hay o no afectación directa, se debe evaluar si las medidas objeto de control tienen la potencialidad de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales.

63. Sobre este asunto, dicha providencia diferenció entre el nivel general de afectación, que corresponde a los programas y políticas aplicables a todos los colombianos y, de otro lado, el nivel específico de afectación que implica que “aquellas medidas susceptibles de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales, caso en el cual, consciente de su carácter diferenciado y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa a través de espacios concretos de participación, el propio ordenamiento jurídico ha previsto el deber de la consulta previa, como medida especial de protección”. En consecuencia, concluyó que el requisito de la consulta previa es imperativo frente al nivel específico de afectación, es decir, en los casos en que la medida legislativa genera un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales.

64. Adicionalmente, la sentencia en comento señaló que, en cualquier caso, se debe analizar la “cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos”, que se fundamenta en el artículo 35 del Convenio 160 de la OI, según el cual la aplicación de las disposiciones del convenio no puede menoscabar los derechos y ventajas concedidas -entre otras- en leyes o acuerdos nacionales. Por ello, adujo que el Convenio 169 “(...) establece garantías mínimas y no máximas, excluyendo las interpretaciones que tengan resultados que sean hostiles o antagónicos a derechos vigentes más favorables”.

65. En esta dirección, en sentencia C-018 de 2018, al referirse a la consulta previa sobre medidas legislativas, la Corte explicó que ésta “procede cuando estas puedan afectarles de manera directa, lo cual sucede en cualquiera de estas dos circunstancias: cuando una iniciativa se relaciona con una comunidad diferenciada o cuando tal iniciativa sea de contenido general pero tenga una incidencia específica y verificable en determinada comunidad”. Por ende, concluyó que si se presenta alguna de estas dos circunstancias y la medida legislativa no fue sometida a consulta deberá, por regla general, declararse su inexecutable. Para efectos de definir esta cuestión, deberá analizarse el carácter general o

no de la disposición y, por esa vía, si existe una afectación uniforme a todos los ciudadanos, incluyendo los miembros de las comunidades étnicas

66. En este sentido, resulta relevante la sentencia SU-123 de 2018 que, de forma más reciente, definió el concepto de “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”. La providencia en mención recogió ejemplos de eventos en los que existen afectaciones directas a las comunidades étnicas, y precisó cuatro supuestos adicionales que podrían ser relevantes:

- i. (i) “cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales;
- ii. (ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT;
- iii. (iii) cuando se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica;
- iv. (iv) por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido”.

67. Así, en el marco de la definición suministrada por la sentencia SU-123 de 2018 se afirmó que el impacto que puede tener una medida y que, por ello, exige la consulta previa, es que implique una interferencia en las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyan la base de la cohesión social de determinada comunidad étnica. Esta definición fue reiterada por la sentencia C-369 de 2019, la cual, además, adujo que la incidencia sobre la cohesión social de una comunidad étnica como presupuesto para determinar la consulta previa adquiere un valor a la hora de determinar si ella resulta obligatoria “pues el impacto de una misma medida puede variar según las características de cada comunidad”.

68. Aunado a lo anterior, dicho pronunciamiento explicó que, en ciertos casos, no es la disposición legislativa la que debe ser consultada, sino aquellas que la desarrollan. Por ello, “resultan de especial interés las sentencias en las cuales la Sala Plena ha comprobado que, si

bien la norma demandada no causa una afectación directa a las comunidades étnicas, los actos jurídicos posteriores a través de los cuales se pretenda su implementación –bien sean leyes, actos administrativos, proyectos, planes, programas, iniciativas o actividades puntuales– sí tienen potencial para lesionar los derechos de esas comunidades”. En consecuencia, adujo esta providencia que la determinación del remedio constitucional adecuado ante la falta de consulta previa dependerá de las circunstancias propias de cada caso, de la relevancia de los fines superiores que persiga la medida y de la intensidad y certeza de que se dicha afectación de naturaleza mediata se produzca.

69. En síntesis, la determinación sobre si determinada medida legislativa debió haber sido sometida a un proceso de consulta previa por implicar una afectación directa a una comunidad étnica no es un tema sencillo de definir o que pueda resolverse de manera abstracta, sino que exige la comprensión de ella en cada caso. Con mayor razón, si como se explicó en la sentencia C-369 de 2019 “para determinar si corresponde adelantar un proceso de consulta previa, debe examinarse si la materia del proyecto legislativo tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades étnicas, lo que supone comprobar previamente si contiene aspectos que inciden directamente en su identidad como pueblos”. Por ello, los procesos de consulta se supeditan a la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa que deberá analizarse según “el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas”.

F. CASO CONCRETO: LAS MEDIDAS PEDAGÓGICAS Y DE DIÁLOGO CREADAS POR EL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 2197 DE 2022 NO REQUERÍAN DE CONSULTA PREVIA

70. Conforme quedó expuesto en el anterior acápite, para determinar si la norma cuestionada vulneró el derecho a la consulta previa, lo primero que debe resolverse es si dicho mecanismo era o no exigible en la expedición de dicho artículo. La solución a este tema estará supeditada a que se verifique la existencia o no de una afectación directa en una o varias comunidades étnicas. Así, para estudiar este tema (i) en primera medida, se aludirá al contenido del artículo 4° de la Ley 2197 de 2022, para analizar si se trata de una disposición de carácter general o específica, lo cual será complementado con algunas consideraciones expuestas en la sentencia C-370 de 2002, por ser relevantes para la materia que aquí se examina. En segundo lugar, (ii) se analizará si, con los criterios jurisprudenciales abordados en el capítulo anterior, es posible concluir la afectación directa a comunidades étnicas. Con

fundamento en ello, se adoptará una determinación sobre la constitucionalidad de la disposición controvertida.

71. Contenido de la disposición demandada. El artículo 4° de la Ley 2197 de 2022 adicionó la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal. En concreto, se integra al título III, relativo a la “conducta punible”, del Libro Primero, que contiene la parte general de dicha codificación. Así, en primer lugar, importa destacar que lo que el ordenamiento penal reprocha son conductas humanas, de acción u omisión, más no determinadas cosmovisiones o formas de comprender la vida.

72. Ahora bien, uno de los principios rectores de la ley sustantiva penal es el de culpabilidad - art. 12 de la Ley 599 de 2000-, según el cual sólo puede ser sancionado penalmente quien haya actuado culpablemente. Según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la culpabilidad se predica de quien “teniendo a la mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es.”

73. La posibilidad de predicar que una persona ha obrado con culpabilidad supone verificar, entre otros aspectos, que aquélla es imputable, es decir, que tiene capacidad de ser culpable. El Código Penal no define de manera expresa qué se requiere para ser considerado como imputable, pero, contrario sensu, sí establece en su artículo 33 cuándo una persona se considera como inimputable, y, por ende, incapaz de ser culpable:

“Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. (...)”

74. En sentencia C-370 de 2002, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad sociocultural regulada en el aludido artículo 33 del Código Penal, así como de las medidas de reintegración al medio cultural propio -arts. 69.4 y 74 ibidem, y 378 de la Ley 600 de 2000- y aplicables en estos eventos. En lo que interesa para el asunto bajo examen, en dicha providencia se precisó que si bien la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural “se predica esencialmente de los indígenas” en tanto tiene en ellos su principal referente y ámbito esencial de aplicación, lo cierto es que las normas demandadas no limitaron su aplicación a las comunidades indígenas, lo que indica que dicha forma de inimputabilidad “podría ser aplicable en otros casos, si se dan los

presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro.”

75. La corporación se vio enfrentada un dilema: por una parte, la improcedencia de imponer sanciones a quienes no infringieron la ley penal con culpabilidad; y, por otra, el deber de la sociedad de “tomar medidas para evitar esos comportamientos que, a pesar de no ser realizados culpablemente, afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, en la medida en que no sólo son típicos y antijurídicos sino que, además, existe la posibilidad de que la persona pueda volver a realizarlos, en muchos casos, por las mismas razones por las que no tiene la capacidad de actuar culpablemente.” En su análisis, la Corte encontró que la inimputabilidad por diversidad sociocultural podría resultar violatoria (i) del derecho a la igualdad porque genera consecuencias discriminatorias y adversas para los indígenas o miembros de comunidades étnicas frente a otros sujetos pasivos de la acción penal; (ii) del principio de proporcionalidad penal por incurrir en exceso punitivo ya que bastaba la declaratoria de inculpabilidad del socioculturalmente diverso cuando incurren en error de prohibición culturalmente condicionado que conlleva a su absolución, y no su categorización como inimputable, que da lugar a la imposición de una medida de seguridad; (iii) y del deber del Estado por proteger la cultura en sus diversas manifestaciones, así como de reconocer la igualdad y dignidad de todas aquéllas culturas que conviven en el país, porque la noción de inimputabilidad de suyo tiene una connotación peyorativa que presupone una incapacidad del agente para comprender y actuar conforme a las reglas establecidas por la sociedad dominante.

76. Sin embargo, la Corte consideró que una declaratoria de inexequibilidad de la inimputabilidad por diversidad sociocultural tendría efectos contraproducentes en la protección de la diversidad cultural, en la medida en que permitiría que en ciertos casos los miembros de los grupos culturalmente diversos fueran incluso sancionados penalmente, “mientras que la expresión acusada los protege al declararlos inimputables en esos mismos eventos”, con lo cual no estarían sujetos a una pena sino a una medida de seguridad. Por ello, se descartó la declaratoria de inexequibilidad y se planteó que se debía condicionar

dicha expresión:

“Debe entonces entenderse que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad socio cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena (CP art. 8°)

“En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (CP art. 70). Y en ese ámbito, el propio proceso penal, que eventualmente conduzca a la declaración de inculpabilidad por un error culturalmente condicionado o a la declaración de inimputabilidad, puede perder su connotación puramente punitiva y tornarse un espacio privilegiado de diálogo intercultural. Esta Corporación ya había señalado esa importancia de los diálogos interculturales en el desarrollo de los procesos judiciales que puedan afectar a personas con distinta cosmovisión”.

77. Por lo anterior, la Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “diversidad sociocultural” del artículo 33 de la Ley 599 de 2000, bajo los entendidos de que (i) “la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente”; y (ii) en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia”. Cabe mencionar que la Corte reconoció que si bien el error de prohibición culturalmente condicionado no está expresamente previsto en la codificación penal, “una interpretación sistemática permite concluir que esa causal incluye el error de prohibición culturalmente condicionado, pues no sólo el nuevo estatuto penal eliminó la prohibición de invocar la ignorancia de la ley como excusa, la cual estaba prevista en el anterior ordenamiento penal, sino que, además, es claro que quien no puede comprender, por su

particular cosmovisión, la ilicitud de su comportamiento, obra con un error sobre la licitud de su comportamiento.”

78. La disposición ahora demandada es un desarrollo de la inimputabilidad por diversidad sociocultural consagrada en el artículo 33 del Código Penal y del error de prohibición culturalmente condicionado traído a colación en sentencia C-370 de 2002. Estas figuras, como se indicó, tienen por objeto evitar la imposición de sanciones penales a quienes, debido a su cosmovisión, no comprenden la ilicitud de su comportamiento ni logran determinarse de acuerdo con ella. El contenido y alcance de las medidas pedagógicas y de diálogo no puede entenderse sino a partir de una lectura sistemática del artículo 33A -adicionado por la norma aquí demandada- y el artículo 33 del Código Penal, con el condicionamiento efectuado por esta corporación. De hecho, según se anunció en la exposición de motivos del proyecto de Ley que dio lugar a la expedición de la norma acusada, la instauración de las medidas en comento buscan acoger las reglas fijadas por la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2002, sobre el diálogo intercultural como instrumento alternativo a la criminalización para evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, al punto que recogió la categoría de error de prohibición culturalmente condicionado sobre la que llamó la atención esta corporación en el citado pronunciamiento. Adicionalmente, la norma delega en el Gobierno nacional la reglamentación y provisión de los programas de pedagogía y diálogo con pleno respeto por la diversidad cultural -parágrafo-, y advierte que en todo caso tales medidas no se oponen a aquéllas policivas y restitutivas de bienes orientadas a la no repetición y al restablecimiento de los derechos de las víctimas -inciso tercero-.

79. Así las cosas, para efectos de determinar la exigibilidad o no de la consulta previa, debe tenerse en cuenta que:

(79) La norma enjuiciada dispone que el fiscal del caso ordenará a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y diálogo, sujetas a la reglamentación por el Gobierno nacional y con plena observancia de la diversidad sociocultural.

(79) Tales medidas desarrollan la figura de inimputabilidad por diversidad sociocultural e inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado para evitar la imposición de sanciones penales a quienes infringen la Ley penal sin culpabilidad debido a que profesan

una cosmovisión diferente.

(79) Las medidas referidas se crearon con el fin de atender el llamado de esta corporación a propender por el diálogo intercultural como alternativa a la criminalización, para la efectiva protección de los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal, en casos en los que la cosmovisión del agente le impide comprender la ilicitud de su actuar o determinarse de acuerdo con dicha comprensión.

(79) La norma acusada crea las medidas pero delega en el Gobierno nacional su reglamentación concreta, con la condición de que ésta respete la diversidad cultural, y advirtiendo que tales medidas no excluyen aquéllas previstas para procurar la no repetición y el restablecimiento de los derechos de las víctimas.

80. Del anterior contexto, se puede concluir que el artículo 4° de la Ley 2197 de 2022 hace parte del Código Penal y, por ello, está dirigida a ser aplicada a cualquier persona que infrinja la ley penal colombiana. Ello, además, se refuerza por el hecho de que el campo de aplicación de la norma demandada, al ser un desarrollo de la inimputabilidad por diversidad sociocultural y del error de prohibición culturalmente condicionado, no se circunscribe a determinadas comunidades étnicas, sino que también puede tener como destinatarios a otros connacionales o extranjeros respecto de los cuales se configuren las mismos supuestos que dan lugar a la dicha condición -supra numeral 74-.

81. Tampoco es posible derivar, por el carácter abstracto e impersonal de la norma demandada, que ella genere cierta afectación directa al ethos de una comunidad o a las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de su cohesión social. Esto con mayor razón si se tiene en cuenta que las medidas en comento sólo se activan ante el comportamiento individual de quien infringe la ley penal sin capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta comprensión debido a su diversidad cultural.

82. Como lo consideró esta corporación en sentencia C-194 de 2013, “la identificación de aquellas medidas legislativas que están sometidas al procedimiento de consulta previa, no puede llevarse a cabo solo a partir de un criterio nominal, esto es, fundado en la mención por la regla de derecho correspondiente de aspectos relacionados con las comunidades étnicas”. Una conclusión en sentido contrario llevaría a la incertidumbre sobre disposiciones de

carácter penal que incorporan el factor étnico y/o cultural para efectos de la configuración del delito, por ser tal aspecto relevante para la efectiva protección del bien lo de los bienes jurídicamente tutelados por la ley penal.

83. Así, en el caso estudiado se propone adelantar un proceso pedagógico y de diálogo tendiente a lograr la protección de bienes jurídicos tutelados por la ley penal sin criminalizar al socioculturalmente diverso, sin que ello implique renunciar a sus creencias o cultura; máxime cuando la norma señala que estas medidas se realizarán de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno y que, en todo caso, deberán respetar la diversidad sociocultural. Como se explicó en la sentencia C-370 de 2002, que propuso la realización de este tipo de diálogos, la inimputabilidad por diversidad cultural no puede ser entendida como una medida de rehabilitación pues ello implicaría una homogenización artificiosa, sino que, por el contrario, al ser Colombia un Estado pluralista en materia cultural, ella debe valorarse como un mecanismo que reconoce la diferencia y no que la invalida.

84. Así, la disposición demandada se inscribe en un marco más amplio en donde es posible reconocer y valorar la identidad cultural del sujeto, sin que ello determine, de forma ineludible, la necesidad de realizar consulta previa en virtud de la naturaleza y el marco de las medidas fijadas en la disposición demandada. No se trata de que el individuo culturalmente diverso esté desprotegido ante la imposición de la comunidad mayoritaria, sino de que se adopten medidas para la comprensión mutua de las divergencias que pueden llevar a que determinada conducta no sea aceptada por el derecho mayoritario, sin imponer -de ninguna manera- la comprensión particular del mundo, pero tampoco sin aislar al sujeto de la complejidad y de las tensiones surgidas por la existencia simultánea de jurisdicciones y de aproximaciones divergentes a la realidad. Así, ello busca establecer canales de diálogo con integrantes de las comunidades étnicas, en un ambiente de pleno respeto por su cultura.

85. Ante la generalidad de la disposición no puede predicarse una afectación directa en una comunidad étnica específica y, por ello, en este caso no era exigible el mecanismo de consulta previa. Conforme quedó expuesto en antecedencia -supra Sección II E-, esta corporación tiene precisado que el proceso de consulta previa se hace exigible cuando se pretenda implementar medidas legislativas que afecten de forma directa a una comunidad o comunidades étnicas. Para tal efecto, es menester comprobar el nivel específico de afectación, lo que a su vez supone un impacto directo, particular y concreto en las bases de

la cohesión social de una determinada comunidad, lo cual, en este caso, no está demostrado. Sin embargo, al ser la disposición demandada una que se limita a crear las medidas para propiciar el diálogo intercultural, no es posible individualizar a determinada comunidad étnica y mucho menos concluir que tal puede afectar la identidad cultural de todas las comunidades étnicas.

86. Las demandas le atribuyen a la norma acusada una afectación directa que, al momento, es tan sólo hipotética y eventual. De acuerdo con los parámetros jurisprudenciales ya referidos, la exigibilidad de la consulta previa requiere analizar el impacto que la medida tiene en el ethos de una o varias comunidades determinadas. Además, no debe perderse de vista que la disposición demandada aclara en el párrafo que el Gobierno Nacional deberá reglamentar y proveer los programas de pedagogía y de diálogo, los cuales deberán respetar la diversidad sociocultural. Así, los cuestionamientos fundados en la violación de una consulta previa parecen prematuros, dado que en los términos formulados por la Procuraduría General de la Nación la afectación directa, ha explicado este tribunal, procede “cuando una iniciativa se relaciona con una comunidad diferenciada o cuando tal iniciativa sea de contenido general pero tenga una incidencia específica y verificable en determinada comunidad”.

87. Lo anterior, además, es relevante porque sólo con la reglamentación de esta disposición podrían conocerse las condiciones concretas de implementación de la medida, y con ello, evaluar (i) su eventual impacto en la identidad de las comunidades étnicas a las que pertenecerían los destinatarios de la norma, y, en un segundo nivel de análisis a la luz de la cláusula e favorabilidad -supra numeral 64-, (ii) determinar si las medidas concretas acrecientan o desmejoran la participación de las comunidades en el ámbito de diálogo intercultural que aquéllas buscan propiciar, en relación con las exigencias mínimas fijadas por el Convenio 169 de la OIT. Esto último, conforme lo precisó esta Corte en sentencia C-290 de 2017, también incide en la exigibilidad o no del mecanismo de consulta previa. Con todo, la Sala advierte que la inexigibilidad de la consulta previa respecto de la norma creadora de las medidas pedagógicas y de diálogo no excluye la posibilidad de que dicho mecanismo sí resulte aplicable respecto de la reglamentación concreta que el Legislador delegó en el Gobierno Nacional, aspecto que escapa el objeto del presente pronunciamiento.

88. Conclusión. La norma demandada instaura unas medidas que desarrollan las figuras de la inimputabilidad penal y por diversidad sociocultural y el error de prohibición culturalmente

condicionado, y buscan propiciar el diálogo intercultural como alternativa a la criminalización del socioculturalmente diverso para la protección de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal. Se trata de una norma de carácter general y abstracto, que si bien recae esencialmente sobre los integrantes de las comunidades étnicas, no necesariamente se circunscribe a estos sino que aplica también para quien, no siendo parte de aquéllas, satisfaga los supuestos previstos en la codificación penal para la configuración de tales figuras. Además, la norma cuestionada tampoco regula de manera concreta en qué consistirán las medidas concretas de pedagogía y diálogo. Todo lo anterior conlleva a colegir que no está demostrada una afectación directa y específica a las comunidades étnicas, circunstancia ésta que torna en inexigible el mecanismo de la consulta previa. En consecuencia, la Sala Plena declarará la exequibilidad del artículo acusado, en relación con el cargo aquí analizado.

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

89. La Corte Constitucional estudió tres demandas de inconstitucionalidad acumuladas contra los artículos 4, 5, 13 y 21.8 de la ley 2197 de 2022, “[p]or medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones. Tras determinar que respecto de algunos de los cargos se configuraba cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-014 de 2023, y de concluir la ineptitud sustantiva de otras censuras, la Sala determinó que únicamente se pronunciaría de fondo respecto de la acusación contra el artículo 4° de la Ley en cuestión en lo concerniente a las medidas pedagógicas y de diálogo aplicables en casos de inimputabilidad penal por diversidad sociocultural y error de prohibición culturalmente condicionado, por la presunta violación del derecho a la consulta previa.

90. Así, tras reiterar la jurisprudencia sobre la finalidad del mecanismo de consulta previa y la afectación directa de las comunidades étnicas como condición para su exigibilidad, la Sala reafirmó que dicha afectación exige determinar en el caso de las medidas legislativas que se altere el estatus de la comunidad, en calidad de tal, de forma positiva o negativa, y señaló que la consulta previa será requisito respecto de medidas susceptibles de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales, en donde deberá analizarse si aquéllas, más allá de regular un asunto relacionado con tales comunidades, tiene la virtualidad de afectar su ethos o las mismas bases de su cohesión social.

91. Con fundamento en lo anterior, la Sala se refirió a la norma demandada y encontró que las medidas pedagógicas y de diálogo creadas por la norma demandada desarrollan las figuras de la inimputabilidad penal por diversidad sociocultural y el error de prohibición culturalmente condicionado, y buscan propiciar el diálogo intercultural como alternativa a la criminalización del socioculturalmente diverso para la protección de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, en línea con las directrices impartidas por esta Corte en sentencia C-370 de 2002. También observó que tales medidas están insertas en una norma de carácter general y abstracto, que no recae sobre determinadas comunidades étnicas sino que resulta aplicable a toda persona respecto de quien se configuren los supuestos constitutivos de la inimputabilidad por diversidad sociocultural. Además, consideró que la sola creación de tales medidas no implica per se una afectación directa al ethos o a las bases de cohesión social de las comunidades étnicas a las que puedan pertenecer, por lo que no era requisito agotar la consulta previa. Esto, sin perjuicio de que dicho mecanismo sí resulte exigible frente a las medidas concretas a ser reglamentadas por el Gobierno nacional.

92. Por lo expuesto, la Sala declarará la exequibilidad del artículo 4° de la Ley 2197 de 2022, con respecto al cargo por violación del derecho a la consulta previa.

. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-014 de 2023, respecto a los cargos formulados contra la Ley 2197 de 2022 y, en particular, respecto al inciso 2º del artículo 4, la expresión “sesenta (60) años” contenida en el artículo 5, el artículo 13, la expresión “fue o ha sido imputado por delitos violentos” contenida en el numeral 8º del artículo 21, los cuales fueron declarados inexecutable; así como respecto a la exequibilidad condicionada de las expresiones “ha suscrito preacuerdos” y “aceptado cargos”, contenida en el numeral 8º del artículo 21 de la Ley 2197 de 2022, en el entendido de que el juez de conocimiento haya aprobado el preacuerdo o la aceptación de cargos.

Segundo. INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo respecto del cargo formulado en

contra de la norma enunciada en la expresión: “en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico”, contenida en el artículo 21.8 de la Ley 2197 de 2022, “por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones”, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Tercero. DECLARAR EXEQUIBLE, por el cargo estudiado, los incisos 1º y 3º y el párrafo del artículo 4 de la Ley 2197 de 2022, “por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones.”

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Con salvamento parcial de voto

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Ausente con excusa

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

Con Salvamento parcial de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

A LA SENTENCIA C-103/23

Expedientes: D-14747, D-14752 y D-14754 acumulados

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4, 5, 13, y 21.8 de la Ley 2197 de 2022 «[p]or medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones»

Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo

1. 1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena, suscribo este salvamento parcial de voto, en relación con el punto tercero de la parte resolutive de la providencia de la referencia. Considero que debió declararse la inexequibilidad de los incisos 1.º y 3.º y del párrafo del artículo 4.º de la Ley 2197 de 2022, conforme a las razones que

procedo a explicar.

2. Sostengo que la norma demandada, más que una medida pedagógica, es un mecanismo de diálogo multicultural que ha sido desarrollado por la Corte en algunas de sus providencias; así, por ejemplo, en la Sentencia C-370 de 2002, sobre este concepto, referido al procesamiento penal de inimputables por diversidad cultural, afirmó:

El proceso penal tendría varias finalidades: a) Un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las “víctimas” del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables [negrillas fuera del texto original]

3. Destaco que en dicha sentencia se afirma que la ejecución de tal medida tiene una naturaleza preventiva y no punitiva, lo cual concuerda con lo establecido más recientemente por este tribunal, al señalar que la medida que se estudia no puede tener como consecuencia una sanción, ni penal -medida de seguridad- ni administrativa, y que su esencia es, precisamente, el diálogo multicultural.

4. Respecto al dialogo multicultural, la Sentencia T-523 de 1997 sostuvo que:

[E]l Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven

en ellos un presupuesto vinculante.

En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido.

Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una.

Así lo entendió la Corte Constitucional, que en la sentencia T-349 de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio

5. Sin embargo, para la decisión de la que me aparto parcialmente, el artículo 4.º demandado hace parte del Código Penal y, por ello, está dirigido a aplicarse a cualquier persona que infrinja la ley penal colombiana, no sólo a aquellas que hacen parte de determinada comunidad étnica, siendo una disposición genérica de carácter punitiva, soslayando su naturaleza preventiva y pedagógica.

6. Se sostiene que, por el carácter impersonal y abstracto de la norma, de ella no podía derivarse una afectación directa a alguna comunidad étnica y que, por tanto, no era necesario un proceso de consulta previa. Así las cosas, no se evidenció una incidencia específica y verificable en alguna comunidad, más aún, cuando no se conocen las condiciones concretas de implementación de la medida por parte del Gobierno nacional.

7. Contrario a lo argumentado en la sentencia, considero que el artículo 4.º de la Ley 2197 de 2022 sí debió expedirse luego de adelantarse una consulta previa. En efecto, tal como lo advirtió el Ministerio de Justicia y del Derecho, “la disposición regula una situación específica y particular para personas con diversidad sociocultural y las consecuencias materiales de su aplicación tienen influencia directa en la identidad de aquellas y de su comunidad, en tanto puede alterarla, debido a que se trata de una imposición del derecho y la educación estatal y la cultura de la población mayoritaria en Colombia, ajenos a su cosmovisión” y, ante tal situación, era exigible la consulta previa, con el fin de garantizar y asegurar la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia y evitar medidas que puedan generar procesos de aculturamiento o afectar la identidad de las comunidades étnicas. La Sentencia C-018 de 2018, al respecto, adujo que “la consulta previa frente a iniciativas legislativas procede cuando estas puedan afectarles de manera directa, lo cual sucede en cualquiera de estas dos circunstancias: cuando una iniciativa se relaciona con una comunidad diferenciada o cuando tal iniciativa sea de contenido general pero tenga una incidencia específica y verificable en determinada comunidad”.

8. El derecho a la participación de las comunidades étnicamente diferenciadas, en la creación de una medida dialógica de carácter preventiva y pedagógica, garantiza que puedan “expresar sus valores e intereses culturales en procura de que estos sean tenidos en cuenta. Lo dicho viabiliza la legitimidad de las medidas a desarrollar; permite corregir y compensar factores de discriminación; y facilita la implementación de herramientas con la fuerza jurídica suficiente para que los pueblos indígenas asuman el control de su modelo de desarrollo económico, sus instituciones y sus formas de vida, dentro del marco constitucional y legal”. En otras palabras, las comunidades étnicas deben ser consultadas cuando una disposición, a pesar de ser genérica, las puede afectar directamente, pues con dicha consulta se salvaguarda la garantía constitucional de autodeterminación de los pueblos étnicos, se preserva su cosmovisión y se protege la diversidad étnica y cultural y, por esta vía, se logra desarrollar un diálogo multicultural.

9. En suma, el derecho a la consulta previa establece la participación activa de las comunidades étnicamente diferenciadas en las decisiones que pueden afectar su cosmovisión, cultura y autodeterminación. De esta manera, asumen control sobre sus formas de vida y el Estado cumple su deber de garantizar sus condiciones propias dentro del respeto a la Constitución, de tal modo que no se imponga una visión del mundo particular.

10. Así las cosas, el artículo debió haber sido sometido a consulta previa, con el fin de verificar de qué manera podía afectar las prácticas que son culturalmente diversas y que podrían eventualmente incidir en la comisión de conductas consideradas punibles para la sociedad mayoritaria. De este modo, las comunidades étnicas hubiesen podido establecer si la medida demandada podía perjudicar sus costumbres y formas de vida y, en un diálogo multicultural con la sociedad mayoritaria, analizar y prevenir efectos de aculturización.

11. La consulta previa era imperiosa para evaluar los estándares bajo los cuales se debía desarrollar tal reglamentación, de tal forma que el Estado no favorezca una visión particular del mundo o limite la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. La implementación de regulaciones que inciden en el comportamiento de personas culturalmente diversas requiere de un diálogo multicultural que proteja los intereses de los ciudadanos que no pertenecen a la sociedad mayoritaria y no condicione de tal manera su comportamiento, que se desliguen de su cultura originaria.

12. En conclusión, considero que las medidas contenidas en el artículo 4.º de la Ley 2197 de 2022 corresponden a un mecanismo de diálogo multicultural, como instrumentos de naturaleza preventiva y no punitiva, conforme se concluye a partir de lo expresado en las sentencias C-370 de 2002 y C-014 de 2023. Con todo, por tratarse de decisiones que afectan directamente a las comunidades étnicas, su adopción requería aplicar consulta previa, pues claramente sus efectos obligatorios se presentan en forma diferencial, a quienes, por pertenecer a aquellas, resulten cobijados por la regla en materia de inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado.

13. El derecho a la consulta previa debe respetarse al adoptar medidas de naturaleza legislativa con las cuales se impacte diferencialmente a dichas comunidades y sus miembros en función de aquellas, así sus efectos también cobijen a la generalidad de la población, para garantizar la autonomía que les reconoce la Constitución y como una plataforma democrática de diálogo intercultural. Como en el caso no se surtió dicha consulta, procedía declarar la inexequibilidad de aquellas.

Fecha ut supra

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-103/23

Referencia: Expedientes D-14.747, D-14.752 y D-14.754 Acumulados.

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 4, 5, 13 y 21.8 de la Ley 2197 de 2022, “Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones”.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación y pese a estar de acuerdo con la decisión adoptada en la sentencia de la referencia, aclaro mi voto con el fin de reiterar mis consideraciones frente a la declaración de inexecutable hecha en la sentencia C-014 de 2023, frente al inciso segundo del artículo 33A del Código penal (adicionado por el artículo 4º de la Ley 2197 de 2022), que se refería a las medidas a adoptar en los casos de inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionada.

Tal como lo expresé en aquella oportunidad, no comparto el razonamiento según el cual la disposición cuestionada resulta contraria a los artículos 1º, 2º y 7º constitucionales, en tanto que no genera una restricción desproporcionada a la protección de la diversidad étnica y cultural, no constituye una discriminación por razones de origen o identidad étnica, ni mucho menos desconoce el fuero indígena.

El análisis sobre las medidas pedagógicas y de diálogo, por otra parte, debió considerar que el Código penal, como estaba inicialmente concebido, había previsto como consecuencia jurídica para las conductas típicas y antijurídicas realizadas por inimputables por diversidad sociocultural, la medida de seguridad consistente en el reintegro al medio cultural propio. Sin embargo, una vez esta medida fue declarada inexecutable se generó un vacío que el legislador debía llenar.

En todo caso, en lugar de descartar las medidas pedagógicas por juzgar que resultan en una

restricción desproporcionada frente a la diversidad cultural, debe entenderse que cumplen con finalidades constitucionalmente legítimas, teniendo en cuenta que la disposición acusada forma parte del régimen aplicable a los procesos que adelanta la jurisdicción ordinaria y no la indígena, es decir que se refiere a delitos que no son de competencia de la jurisdicción indígena. Así las cosas, la Corte debió valorar la protección a los bienes jurídicos protegidos en el Código penal, frente a los que ahora se genera una cierta impunidad fundada subjetivamente. Así mismo, la garantía de las víctimas a la no repetición, que ya no podrían alegar que, como lo previó el legislador, no son exculpables las reiteraciones del delito por razones de diversidad sociocultural.

En un Estado pluralista, como el colombiano, una fórmula como esta permite armonizar la convivencia a partir de los intereses mínimos que están contenidos en el Código penal dada la naturaleza de ultima ratio que lo caracteriza. Por lo tanto, no supone una carga desproporcionada para los ciudadanos amparados por la diversidad sociocultural que se les exija el cumplimiento de esos mínimos, cuando interactúen con la sociedad mayoritaria -que no en sus territorios propios- siempre que hayan podido percatarse en una primera oportunidad del reproche penal a esa conducta, de tal manera que una segunda comisión del delito no resulte admisible.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

A LA SENTENCIA C-103/23

Expedientes: D-14.747, D-14752 y D-14.754 acumulados

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4, 5, 13, y 21.8 de la Ley 2197 de 2022, “Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones”

Actores: Juan Pablo Uribe Barrera, Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Laura Juliana Ramírez

Morales y otros

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

1. 1. Con el acostumbrado respeto que profeso por las decisiones de la Sala, procedo a presentar las razones que me llevan a discrepar de la posición mayoritaria. Como tuve la oportunidad de exponer en el proyecto que presenté en su oportunidad, que no fue acogido por la mayoría, y como sostuve en la Sala, no comparto las razones con fundamento en las cuales se llega a declarar la exequibilidad de la norma prevista en el inciso primero del artículo 4 de la Ley 2197 de 2022.

2. A mi juicio, la referida norma, que impone al fiscal el deber de ordenar a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y diálogo con las personas que hayan sido declaradas inimputables por diversidad sociocultural o inculpables por error de prohibición culturalmente condicionado, ha debido declararse inexecutable, por vulnerar el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas o tribales (art. 6 del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad). Esta afirmación se sustenta en las siguientes razones.

3. El derecho fundamental a la consulta previa busca proteger a los pueblos indígenas y tribales y eliminar las exclusiones históricas que han padecido. Esta Corte, desde la Sentencia SU-039 de 1997, precisó que este derecho “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”

4. En el derecho a la consulta previa se concretan, pues, varios mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos vulnerables y la diversidad étnica y cultural, así como los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de grupos étnica o culturalmente diversos.

5. Se trata entonces, de un derecho de carácter irrenunciable que implica obligaciones tanto para el Estado como para los particulares, en virtud del cual las comunidades deben “ser

consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas.”

6. Así, conforme con el Convenio 169 de 1989 de la OIT, las medidas de carácter legislativo o administrativo que pudieren afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, les deben ser consultadas. Algo semejante se establece en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del año 2007, en la que se dijo que es deber de los Estados celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten.

7. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “[e]l reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.” Asimismo, ha puesto de presente que “las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”, y que su realización debe darse en las primeras etapas del proceso que concluye con la adopción de la medida, en tanto “[e]l aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.”

8. A través de su jurisprudencia, esta Corporación ha desarrollado unos criterios generales para la aplicación de la consulta previa, que orientan a las autoridades y particulares en esta clase de procesos. De igual forma, ha establecido unas reglas específicas que deben ser atendidas al momento de concertar las medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas y tribales.

9. En efecto, en la Sentencia SU-097 de 2017, se indicó que, entre los criterios generales a tener en cuenta, se encontraban: 1) que el objetivo de la consulta es obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre cualquier tipo de medidas que los afecten, ya sean normas, políticas, programas, planes, entre otros; 2) la actuación de las partes debe estar guiada, necesariamente, por el principio de buena fe; 3) debe asegurarse la participación activa y efectiva de los pueblos

interesados. Lo primero no se satisface a través de una mera notificación o de la celebración de reuniones informativas; mientras que la efectividad indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; 4) se trata de un proceso de diálogo y, por tanto, no constituye un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT; y 5) deber ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes.

10. En cuanto a las reglas específicas, en dicha providencia se precisó que: 1) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, de lo contrario, no tendría incidencia en la planeación e implementación de aquella; 2) el modo de realizarla (consulta de la consulta o pre consulta), debe obligatoriamente ser definido junto con la comunidad; 3) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y 4) la realización de estudios sobre impacto ambiental y social es obligatoria, cuando la medida sea de esa naturaleza.

11. De igual forma, ha precisado esta Corte que en aquellos casos en los que la medida a adoptar implica una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, obligatoriamente se debe obtener el consentimiento de la comunidad, previo a la implantación de la medida, política, plan o proyecto.

12. Precisado así el sentido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, es necesario destacar, desde ya, que no existe una medida legislativa en particular que, si se dan los presupuestos de aplicación de la consulta, pueda sustraerse a ella. De modo que todas las normas legales, y entre ellas las normas penales o procesales penales, también deben ser sometidas a consulta si se cumplen tales presupuestos. La mayoría parece apartarse de esta comprensión del asunto, pues considera que la norma demandada no debe someterse a consulta, como en efecto no ocurrió, por lo cual concluye que ella es exequible.

13. Al analizar la norma demandada, que es el principal elemento de juicio para establecer si era necesario o no hacer la consulta previa, debe destacarse que el inciso primero del artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 se alude a mecanismos de diálogo, los cuales deben entenderse como propios de un “diálogo multicultural”, lo que corresponde a un mandato

constitucional donde el “instrumento idóneo para lograr aquel es la consulta previa y de allí su exigencia dentro del orden superior.” Además, desde la Sentencia C-370 de 2002 se ha dicho que entre las finalidades del proceso penal que involucra inimputables por diversidad cultural, está la de “establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro ordenamiento cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de bienes jurídicos.”

15. El implementar medidas pedagógicas y de diálogo con personas culturalmente diversas, como son los miembros de los grupos indígenas o de los pueblos tribales, evidentemente los afecta. Esta afectación es, a mi juicio, directa y especial. En efecto, para identificar lo que debe ser objeto de consulta, es necesario tener en cuenta dos niveles de afectación: “(i) uno general que deriva por ejemplo de las políticas y programas que de alguna manera conciernen a las comunidades indígenas y afrocolombianas y (ii) uno directo que se desprende de las medidas que pueden afectarlos específicamente.” Asimismo, se ha precisado que la consulta es indispensable siempre que la comunidad vaya a ser objeto de una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales.

16. Precisamente, en relación con esa afirmación: “intromisión intolerable”, desde la Sentencia SU-097 de 2017 la Corte sostuvo que “el criterio de afectación directa no exige adjetivos ni calificaciones adicionales como intrusión ni admisibilidad. La afectación directa hace referencia a la forma en que una medida incide en la vida, derechos o cultura de estas comunidades y no lleva implícita una carga negativa. Afectación no significa impacto negativo, sino impacto, pues solo en el marco de la consulta y el diálogo intercultural podrá decirse si la medida es percibida de forma positiva o negativa, si constituye un aporte a estas comunidades, un beneficio al goce de sus derechos, o si la perjudica.”

17. Incluso, se agregó en aquel fallo que “esta afirmación supone que, cuando el Estado central considere que una medida beneficia a un pueblo étnicamente diferenciado, aun sin conocer su punto de vista, ni arbitrar espacios de participación adecuados, puede imponerla unilateralmente. Lo expuesto no sólo se opone a la jurisprudencia y a la vigencia y efectividad de los derechos de los pueblos étnicos, sino que refleja una profunda incomprensión del Estado multicultural, el principio de igualdad de culturas y el derecho (deber) de respetar proteger y garantizar, tanto la integridad, como las diferencias

culturales.”

18. Además, la Corte ha especificado aún más los supuestos en los que se produce tal afectación, a partir de los siguientes criterios: “(i) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios; (ii) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas; (iii) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los pueblos indígenas y (iv) cuando las medidas a implementar se traten sobre explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas.”

19. Como expuse en la Sala en su momento, los destinatarios de la norma demandada no son todas las personas en general. Las medidas pedagógicas y dialógicas no se ordenarán implementar respecto de cualquier tipo de persona, sino sólo de aquellas que se encuentren en alguna de estas situaciones: 1) cuando se declare su inimputabilidad por diversidad sociocultural o 2) cuando se declare o reconozca su inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado.

20. Lo que en últimas traduce que ambas situaciones sólo pueden predicarse de personas que tengan una cultura diferente a la mayoritaria, pues así aparece con claridad en el supuesto de hecho de la norma demandada, donde el factor cultural no es un elemento más en la estructura de su supuesto de hecho, sino el único elemento relevante en ella. En efecto, la disposición no sólo se aplica a personas que tengan una cultura diferente a la mayoritaria, sino por razón de tener dicha cultura.

21. Así, la consecuencia jurídica de la norma demandada es la de que, en aquellos casos que se enmarquen en el supuesto de hecho, el fiscal ordenará a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y diálogo con el agente, valga decir, con la persona que tiene una cultura diferente a la mayoritaria.

22. Estas medidas pedagógicas y diálogo tienen el propósito de informar a dicha persona que, a juicio de la cultura mayoritaria, en este caso recogido en la ley penal, existen ciertas conductas que se consideran delitos, respecto de las cuales esa misma ley prevé una serie de sanciones, entre las cuales está, por ejemplo, la de las penas privativas de la libertad.

23. Las personas respecto de las cuales se implementen las referidas medidas, por esta vía, se someten a un proceso de aculturización o de adaptación a la concepción mayoritaria del injusto penal. Esto, sin lugar a dudas, incide e incidirá en sus vidas y en la cultura de sus pueblos, pues recae directamente en la forma de entender la conducta que, de acuerdo con su particular cosmovisión, puedan tener respecto de determinados comportamientos que pueden considerarse normales o aceptables en sus comunidades, pero que a juicio de la cultura mayoritaria son delitos.

24. En vista de las anteriores circunstancias, quien suscribe este salvamento de voto destaca, con énfasis, que la norma demandada tiene como destinatario exclusivo a los miembros de grupos indígenas o tribales, pues son ellos los únicos de quienes puede predicarse que tienen una cultura diferente a la mayoritaria.

25. Advierte, también, que como la norma establece el deber del fiscal de ordenar la implementación de medidas pedagógicas o diálogo con dichos miembros de grupos indígenas o tribales, estas medidas no son optativas, sino que, de darse los supuestos de hecho de la norma demandada, el fiscal deberá ordenarlas y, por tanto, ellas se aplicarán. Esta es una consecuencia directa de la norma demandada que afecta a dichos miembros y sólo a ellos.

26. Existe pues, a mi juicio, una afectación directa y especial a los pueblos indígenas y tribales, razón por la cual la medida prevista en la norma demandada ha debido someterse a consulta previa con dichos pueblos y, al no haberse hecho tal consulta, circunstancia de la que no hay ninguna duda en este proceso, se imponía su declaratoria de inexecutable.

28. Por su supuesto de hecho y por su consecuencia jurídica, la norma demandada no puede considerarse como propia del derecho penal general, valga decir, de aquel tipo de norma que puede aplicarse a todas las personas, de manera indistinta a su cultura. Aun cuando trata sobre una categoría dogmática de tal disciplina, lo cierto es que la consecuencia que el legislador le atribuyó afecta única y exclusivamente a las personas culturalmente diversas y ello, por cuanto así se establece desde la propia exposición de motivos al proyecto de ley 266 de 2021, en cuyo apartado referido a la “inimputabilidad por diversidad sociocultural”, se alude como fundamento a las medidas a los artículos 1 relativo a la participación y pluralismo y 7 y 8 constitucionales referidos al principio de diversidad étnica y cultural y protección de

los valores culturales de la nación, respectivamente.

29. Además, precisa tal exposición de motivos que la propia jurisprudencia constitucional ha establecido que el diálogo intercultural resulta un elemento axial dentro del proceso penal, cuando éste se desarrolla en un Estado de Derecho multicultural y con fundamento en la dignidad humana. Incluso, hace énfasis en que “la regulación propuesta hace un balance que, atendiendo a principios de razonabilidad y proporcionalidad, armoniza en concreto la necesidad de que todos los integrantes del conglomerado social eviten vulnerar los bienes que mas precisados (sic) resultan en una sociedad -y, por consiguiente, respecto de los cuales existe la protección con consecuencias más severas-, y la diversa cultura y cosmovisión de los grupos étnicos que se distinguen de la cultura mayoritaria, y que en algún momento puede entrar en tensiones con postulados del orden penal vigente en nuestro Estado.”

30. Destaca también, que en virtud de lo anterior se proponían en el proyecto de ley medidas pedagógicas y el ejercicio dialógico entre quienes aplican el orden penal y la persona que, con una cultura y una cosmovisión distintas de la mayoritaria, afecta bienes jurídicos protegidos por dicho ordenamiento. La regulación propuesta en el proyecto se enmarca en los conceptos dados por esta Corporación en la Sentencia C-370 de 2002, en el entendido de 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 la forma de salvaguardar los bienes jurídicos que más preciados resultan para nuestra sociedad.”

31. Por último, proponiendo la exposición de motivos al proyecto de ley que “en los casos en que una diversa cosmovisión -basada en la especificidad cultural- sea la que impida a una persona comprender la ilicitud de su actuar, o determinarse de acuerdo a esa comprensión, sea el diálogo la herramienta que el sistema penal -en su faceta dialógica en un Estado multicultural- otorgue al funcionario competente de enfrentar dicha acción.” Con lo que, no cabe duda alguna que la medida implementada con la norma acusada (i) tiene como destinatarios especiales a la miembros de las comunidades indígenas y tribales y no a la sociedad en general, (ii) puede afectar de manera directa su cultura y entendimiento sobre determinados asuntos, e (iii) impone al fiscal el ordenar la implementación de medidas pedagógicas o diálogo con dichos miembros de grupos indígenas o tribales de darse los

supuestos de la norma, generando así una afectación directa que hacía que fuera necesario adelantar el requisito de consulta previa.

32. Por último, al estar claro que en este caso ha debido adelantarse la consulta previa, no sólo con los pueblos indígenas, sino, en rigor, también con los grupos tribales, dentro de los que se encuentran las comunidades negras y las comunidades ROM, debe destacarse que tal gestión no se hizo en el presente asunto.

33. En efecto, conforme a las pruebas aportadas al proceso, en particular con la información suministrada por el Secretario General de la Cámara de Representantes, se encuentra demostrado que en el trámite legislativo surtido en la Plenaria de la Cámara no se llevó a cabo “consulta previa con las comunidades étnicas del territorio nacional, sobre las medidas pedagógicas en caso de declaratoria de imputabilidad por diversidad sociocultural e inculpabilidad por erros (sic) de prohibición de que trata el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022.”

34. Más allá de la circunstancia de que el Secretario General del Senado de la República no hubiese suministrado la información requerida en su momento como acredita el trámite, lo cierto es que no se realizó la consulta previa frente a este asunto.

35. A partir de los anteriores elementos de juicio, quien se aparta de la decisión mayoritaria mediante este salvamento de voto concluye que la norma demandada no fue sometida al trámite de consulta previa, como en efecto ha debido hacerse bajo las consideraciones expuestas en precedencia y, por ello, considera que era necesario declarar su inexequibilidad. Así lo propuso en su momento, pero la mayoría llegó a una conclusión distinta, al concluir que la norma no ha debido ser sometida a consulta previa.

En los anteriores términos, de manera respetuosa, dejo planteado mi disenso respecto de la decisión mayoritaria.

Fecha ut supra.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-103/23

Magistrado ponente:

Alejandro Linares Cantillo

Referencia: Expedientes D-14747, D-14752 y D-14754 acumulados

1. 1. Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena de la Corte, salvo parcialmente mi voto en relación a la Sentencia C-103 de 2023. En esta, la Sala analizó tres demandas presentadas contra normas de la Ley 2197 de 2022, conocida como la Ley de Seguridad Ciudadana. Frente a la mayoría de los cargos, la Sala consideró que se configuró la cosa juzgada constitucional o que la demanda no superaba el examen de aptitud sustancial para su estudio de fondo. Posteriormente, la sentencia analizó de fondo la demanda contra los incisos 1º y 3º y el parágrafo del artículo 4 de la ley mencionada. En cuanto al artículo 4º, este señala que, en los casos que se declare la inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado, el fiscal a cargo “ordenará a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y diálogo con el agente y dejará registro de estas”. Los demandantes afirmaron que el trámite de la Ley 2197 de 2022 desconoció el derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos, a pesar de tratarse de una medida que les afecta directamente.

2. En la sentencia de la que me aparto parcialmente, la Corte consideró que, en el trámite de la norma atacada, no era necesario realizar consulta previa. La Sala Plena concluyó lo anterior, pues, si bien las medidas pedagógicas tienen como objetivo promover el diálogo intercultural como alternativa a la criminalización del socioculturalmente diverso -en teoría siguiendo lo expuesto en la Sentencia C-370 de 2002-, tales medidas son de carácter general y aplicables a cualquier persona sujeta a la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y no recaen en comunidades étnicas específicas. En consecuencia, la simple creación de estas medidas no afecta directamente el ethos o la cohesión social de las comunidades étnicas, por lo que no es necesaria la consulta previa en este contexto.

3. Aunque comparto las demás decisiones contenidas en la Sentencia C-103 de 2023, no estoy de acuerdo con la declaratoria de exequibilidad de los incisos 1º y 3º y el párrafo del artículo 4º de la Ley de Seguridad Ciudadana, puesto que la norma en cuestión sí afecta directamente a los pueblos étnicos, de manera que necesariamente debió haberse realizado consulta previa previo a su aprobación. A continuación, presento los argumentos que motivan mi disenso parcial.

4. Primero, la argumentación expuesta por la Sala es esencialmente contradictoria, pues se fundamenta en dos paradojas que minan los derechos de los pueblos indígenas y la aspiración del Constituyente de construir un Estado pluralista, participativo y respetuoso de la diversidad. La primera paradoja consiste en que la sentencia sostiene que la medida no afecta a los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, indica que busca profundizar el diálogo intercultural con tales pueblos, pues la última tesis desvirtúa evidentemente la primera. La segunda paradoja consiste en afirmar que la decisión de no consultar a las comunidades indígenas se sostiene en el principio de favorabilidad de los derechos humanos. Ese principio ordenaría aplicar el estándar más alto de protección a los pueblos destinatarios del Convenio 169 de 1989, y no el estándar mínimo de protección. Por lo tanto, dicho principio se materializaría en la garantía del derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de las medidas que les afectan. Así, la sentencia anuncia la aplicación del principio de favorabilidad para –en realidad– negar el acceso al estándar más favorable definido por los instrumentos de derechos humanos relevantes.

5. Segundo, al margen de las contradicciones argumentativas en las que pueda incurrir la providencia, lo cierto es que la afectación sí debe considerarse directa y, por lo tanto, debió haberse realizado consulta previa en este asunto. Al respecto, entre los diversos criterios que ha desarrollado este tribunal para determinar si una medida afecta directamente a los pueblos indígenas, se encuentra el que “se trat[e] de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.” Al aplicar dicho criterio al caso concreto, es evidente que la norma demandada sí genera una afectación directa, pues se cumplen sus requisitos: por un lado, se trata de una norma de carácter general, y, de otro, afecta con especial intensidad a los pueblos étnicamente diferenciados. Esto último, teniendo en cuenta que, como se verá, la diversidad sociocultural es una figura que se aplica principalmente a comunidades indígenas.

6. Para fundamentar lo anterior, es importante traer a colación la Sentencia C-370 de 2002. Dicha providencia analizó la inimputabilidad por razones de “diversidad sociocultural” y concluyó que dicha expresión es constitucional bajo dos entendidos: (i) que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente y que, (ii) en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable. La Sala Plena llegó a esa decisión luego de considerar que la constitucionalidad de dicha expresión era viable siempre que se eliminara el sentido sancionatorio y la connotación despectiva que suponía, particularmente, frente a personas indígenas. Así, la Corte señaló claramente 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.”

7. En esa línea, tal como lo señalan tanto esa como la Sentencia C-103 de 2023, las normas penales que enuncian consecuencias particulares derivadas de la diversidad sociocultural no son aplicables exclusivamente a los grupos indígenas, pues, por ejemplo, dicha figura se les aplica a los extranjeros. Eso, sin embargo, no implica que la afectación no pueda ser directa de cara a grupos étnicos. Tal como se expuso anteriormente, la jurisprudencia no exige que la afectación recaiga exclusivamente en los pueblos étnicamente diferenciados, sino que ellos se vean afectados “con especial intensidad o de manera diferenciada”.

8. Asimismo, tampoco puede ignorarse que la diversidad sociocultural es una figura cuyos destinatarios centrales son los pueblos indígenas, tal como se concluye en la ya citada sentencia C-370 de 2002. Pero, particularmente, la exposición de motivos de la Ley 2197 de 2022 deja muy claro que lo dispuesto por el artículo 33A del Código Penal evidentemente va dirigido a grupos étnicos:

“Por esto, la regulación propuesta hace un balance que, atendiendo a principios de razonabilidad y proporcionalidad, armoniza en concreto la necesidad de que todos los integrantes del conglomerado social eviten vulnerar los bienes que más precisados resultan en una sociedad -y, por consiguiente, respecto de los cuales existe la protección con consecuencias más severas-, y la diversa cultura y cosmovisión de los grupos étnicos que se distinguen de la cultura mayoritaria, y que en elagún (sic) momento puede entrar en

tensiones con los postulados del orden penal vigente en nuestro Estado.

(...)

En este sentido se propone que en los casos en que una diversa cosmovisión -basada en la especificidad cultural- sea la que impida a una persona comprender la ilicitud de su actuar, o determinarse de acuerdo a esa comprensión, sea el diálogo la herramienta que el sistema penal -en su faceta dialógica en un Estado multicultural- otorgue al funcionario competente de enfrentar dicha acción. Ya lo estableció la Corte en la sentencia anteriormente citada, que en un Estado basado en la dignidad humana uno de los fines del proceso penal debería ser “b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos”

9. En consecuencia, teniendo en cuenta el precedente mencionado y la exposición de motivos reseñada, es evidente que hay una afectación directa que se le puede causar a los pueblos étnicos. La norma cuestionada describe unas medidas pedagógicas aplicables en casos de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado. La interpretación que surge de la expresión “pedagógicas” debe seguir su sentido obvio, que no es otro que el de “educar o enseñar”. ¿Qué es aquello que debería enseñarse? Pues aquello que le permita al sujeto con diversidad sociocultural no reincidir en la actuación que conllevó a la declaratoria de alguna de las consecuencias descritas en la norma. Por tanto, si se entiende que el sujeto actuó debido a su diversidad cultural, y las medidas están dirigidas a enseñar al sujeto a no actuar como lo hizo, la consecuencia lógica es que se pretende modificar la diversidad cultural inherente del sujeto. Ello, sin necesidad de elaborar mucho, esconde la pretensión de homogeneizar al culturalmente diverso a partir de la cultura mayoritaria.

10. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la figura de la diversidad sociocultural cobija principalmente a las comunidades indígenas y que, en específico, la norma cuestionada se dirige a dichas comunidades, es claro que existe una afectación directa a grupos étnicos y, en consecuencia, debió haberse realizado consulta previa antes de proferirse la norma atacada. Por lo tanto, la misma debió haberse declarado inexecutable.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Expediente D-14747 AC