Sentencia C-370/02

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Previo debate hermenéutico legal/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Juicio relacional/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Comprensión y análisis del contenido y alcance de disposición legal

Es cierto que la Constitución establece no sólo que existe una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones sino que, además, los jueces gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues sólo están sometidos al imperio de la ley. Estos principios implican que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Sin embargo, el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y alcance de la disposición legal sometida a control.

NORMA LEGAL-Problemas de interpretación/NORMA ACUSADA-Ambito de aplicación

COMUNIDAD INDIGENA-Características/COMUNIDAD INDIGENA-Función judicial

En la situación actual del país, los pueblos indígenas son los grupos humanos que reúnen claramente las anteriores características de tener un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado. Así, no sólo sus territorios son entidades territoriales, y por ende, esas comunidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias sino que, además, la Carta autoriza a esas autoridades a ejercer funciones judiciales.

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Ambito personal de aplicación

Por el diseño de la medida de seguridad correspondiente (reintegro a su medio cultural previa coordinación con la autoridad de la cultura), es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que ésta 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.

NORMA LEGAL-Problemas constitucionales

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-No aplicación exclusiva a indígenas/INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Pueblos indígenas como referente y ambito esencial de aplicación

RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA-Proscripción constitucional/DERECHO PENAL DEL ACTO Y NO DE AUTOR-Previsión constitucional/NO JUZGAMIENTO SINO CONFORME A LEYES PREEXISTENTES AL ACTO QUE SE IMPUTA

DERECHO PENAL DEL ACTO Y CULPABILIDAD-Importancia de opción constitucional

DERECHO PENAL CULPABILISTA-Constitucionalización

Es claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

REGIMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL-Distinción

Como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, “esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”.

REGIMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL-Fundamento de diferenciación/PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD IMPRESCRIPTIBLES-Prohibición

IMPUTABLE-Diferencia de regímenes

PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD-Diferencia en consecuencias jurídicas

PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD-Similitudes y diferencias

Esta Corte explicó en sentencia que las penas y medidas de seguridad en el ordenamiento

colombiano tengan tanto similitudes como diferencias. Así ambas tienen fines de protección social, pues buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta. Las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal. Pero obviamente, las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por ello los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos.

PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD-Fines no idénticos

MEDIDAS DE SEGURIDAD-Término mínimo de duración vulnera la Constitución

Sentencias de esta Corporación concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables.

MEDIDAS DE SEGURIDAD-Vulneración de la Constitución por indeterminación

INIMPUTABLE-Tiempo de internación

IMPUTABLE E INIMPUTABLE-Regulación distinta no vulnera igualdad/PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD-Regulación distinta no vulnera igualdad

CULPABILIDAD EN EL ESTADO DEMOCRATICO

PROBLEMA JURIDICO-Reformulación

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Validez o no de sanción ante no comprensión de ilicitud de comportamiento

DIVERSIDAD CULTURAL EN MATERIA PENAL-Grupo que no posee medio cultural propio definido ni autoridades propias reconocidas

RESPONSABILIDAD PENAL-Persona de grupo sin medio cultural definido ni autoridades propias

RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-No sanción a persona de grupo sin medio cultural definido ni autoridades propias

RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-No sanción por error de prohibición

RESPONSABILIDAD PENAL-Exclusión cuando se obre con error invencible de licitud de la conducta

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL-Indígena o persona que hace parte de

una minoría cultural que cuenta con medio cultural definido y autoridad reconocida

RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Indígena o persona de minoría cultural con medio definido y autoridad reconocida sin que comprenda ilicitud de comportamiento

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Situación menos favorable de quienes no se aplica sanción

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Agravación de situación penal a pesar de protección constitucional especial

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL-Indígenas con medidas de seguridad respecto de personas que incurren error de prohibición quienes son absueltas

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Discriminación a pesar de protección constitucional especial

ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN COMUNIDAD INDIGENA

JURISDICCION INDIGENA

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL-Sanción de miembro de comunidad indígena y absolución de colombiano o extranjero que realizó la misma conducta

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL-Tratamiento jurídico diverso de una misma situación fáctica

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL-Medida para indígena que no comprende ilicitud de comportamiento respecto de colombiano o extranjero que realiza el mismo comportamiento pero es absuelto

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O PROHIBICION DE EXCESO/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Deber de evitar criminalización de conductas cuando existan medios menos lesivos/PRINCIPIO DE NECESIDAD EN DERECHO PENAL-Ultima ratio

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Inconstitucionalidad de penalizaciones innecesarias

POLITICA CRIMINAL-Exceso punitivo por legislador

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Exceso punitivo

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Inculpabilidad de agentes por error de prohibición culturalmente condicionado

PLURALISMO EN INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Afectación

INIMPUTABLE-Sesgo peyorativo

Como esta Corte lo había señalado en anteriores oportunidades, el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de disvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades.

MINORIA CULTURAL COMO INIMPUTABLE-Calificación vulnera carácter multiétnico y pluricultural

COMUNIDAD INDIGENA-Modos de reflexionar diversos no equiparables a inmadurez psicológica o trastorno mental

COMUNIDAD INDIGENA-Capacidad de autodeterminación conforme a sus valores

RESPONSABILIDAD PENAL-Exclusión por error de prohibición culturalmente condicionado/IGNORANCIA DE LA LEY COMO EXCUSA-Eliminación de prohibición de invocación

RESPONSABILIDAD PENAL-Error sobre licitud de comportamiento de quien no comprende la ilicitud por particular cosmovisión

DIVERSIDAD CULTURAL-No criminalización/RESPONSABILIDAD PENAL-Exclusión por error de interpretación cultural/RESPONSABILIDAD PENAL-Exclusión por particular cosmovisión que impidió comprender ilicitud de conducta

RESPONSABILIDAD PENAL-Exclusión por error de prohibición culturalmente condicionado debe considerarse por legislador

RESPONSABILIDAD PENAL-Ausencia cuando se obre por error invencible de licitud de la conducta

RESPONSABILIDAD PENAL-Error de prohibición debe ser invencible

INIMPUTABLE-Momento cognitivo y volitivo

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Conjunto de situaciones es más amplio que la de comportamiento que configura un error de prohibición culturalmente condicionado

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Indígena sin capacidad para comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Condicionamiento

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Retiro del ordenamiento ocasiona una situación grave

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL-Exclusión por error invencible de

prohibición en indígena o miembro de minoría cultural

Por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto.

RESPONSABILIDAD PENAL-Exclusión de toda persona que incurra en error invencible de prohibición

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Cosmovisión diferente

DIALOGO INTERCULTURAL EN PROCESO JUDICIAL-Personas con distinta cosmovisión

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-No deriva de incapacidad de la persona sino de cosmovisión diferente

Si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos.

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Declaración y medida de seguridad no debe tener carácter sancionatorio, ni de cura o rehabilitación sino de tutela o protección

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Inconstitucionalidad de medida de seguridad de retorno al medio cultural

DIVERSIDAD CULTURAL-No criminalización/DIVERSIDAD CULTURAL-Dispositivo irrespetuoso

INIMPUTABLE POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Responde penalmente pero no se impone medida de seguridad/INIMPUTABLE POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Responsabilidad sin consecuencias penales

PROCESO PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Finalidades

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.

UNIDAD NORMATIVA-Integración

Referencia: expediente D-3751

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal.

Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil dos (2002).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango presentó demanda contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la normas acusadas, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No 44097 del 24 de julio de 2000, y se subraya la parte acusada

“LEY 599 DE 2000

(julio 24)

“Por el cual se expide el Código Penal”

El Congreso de Colombia

DECRETA

(.....)

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

(....)

CAPITULO CUARTO

De las medidas de seguridad

Artículo 69. Medidas de seguridad. Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada
4. La reintegración al medio cultural propio.

(....)

Artículo 73. La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca.

Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores.

Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.”

III. LA DEMANDA

La actora considera que las disposiciones demandadas vulneran los artículos 13, 29, 226 y 246 de la Carta.

La demandante explica que las normas acusadas suponen que la justicia estatal es competente para juzgar a los indígenas, a quienes se les reconoce como inimputables, si por su diversidad sociocultural no logran comprender la ilicitud de su conducta. Según su parecer, esa regulación desconoce las atribuciones de las autoridades indígenas, quienes, según el artículo 246 de la Carta, ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos. Considera entonces que “son las autoridades indígenas quienes investigan y juzgan las conductas presuntamente ilícitas de los miembros de su comunidad”, y por ende esa potestad no puede ser trasladada a los jueces ordinarios.

De otro lado, la demandante considera que las normas acusadas son discriminatorias y vulneran el pluralismo, puesto que consideran a los indígenas inimputables, sólo por poseer “una cosmovisión diferente” y por no “no compartir los valores y sistema occidentales”. Además, según su parecer, la reintegración del indígena a su medio sociocultural no puede ser considerada una sanción ya que “es un derecho constitucional fundamental del indígena hacer parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión”.

Igualmente, la actora argumenta que las disposiciones acusadas vulneran el debido proceso y el derecho a acceder a la justicia, ya que permiten que un indígena sea investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria, quienes no son sus jueces naturales.

IV. INTERVENCIONES Y CONCEPTOS

Según constancia secretarial del 7 de noviembre de 2001, el término de intervención ciudadana venció en silencio. Por su parte, el magistrado sustanciador consideró que la decisión del presente asunto constitucional requería información especializada, por lo cual, mediante auto del ocho (08) de febrero de 2002, el Magistrado Ponente ofició a centros académicos y a expertos para que conceptuaran sobre varios aspectos. En primer lugar consultó si las normas acusadas afectaban o no el reconocimiento de la diversidad cultural. En segundo lugar, si la regulación bajo examen se aplicaba sólo a integrantes de comunidades indígenas o también a otros grupos sociales o culturales. Asimismo, el Despacho solicitó ilustración sobre las posibles formas a través de las cuales el sistema jurídico podría manejar los problemas derivados de la comisión de delitos por parte de indígenas fuera de su territorio. En tercer lugar, fue solicitada información sobre la aplicación de normas similares tanto en Colombia como en otros países. Finalmente, el Magistrado Ponente solicitó cualquier información que los expertos consideraran relevante sobre el tema.

La Corte recibió detallados conceptos de los siguientes expertos y centros académicos: del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, de los Departamentos de Psicología y de Antropología y de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, de los Departamentos de Psicología y Antropología de la Universidad de los Andes, de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del doctor Carlos Vladimir Zambrano.

A continuación, la Corte sintetiza los principales elementos de esas respuestas, pero, por razones de brevedad y claridad, esta Corporación no presentará el contenido de cada uno de los conceptos sino que los reagrupará temáticamente y efectuará una síntesis de los aspectos más relevantes para la decisión que será tomada en el presente caso.

Según el concepto de uno de los expertos¹, el artículo 33 del Código Penal es exequible pues de lo contrario se suprimiría el reconocimiento de la diversidad sociocultural haciendo responsable al inimputable. En cuanto al aparte demandado del artículo 69, en criterio del

interviniente, “procede la exequibilidad”, porque las personas inimputables que cometen delitos deben ser sujetos de una medida de seguridad para gozar de la protección derivada de las consecuencias de su error cultural. El ciudadano considera también que el párrafo primero del artículo 73 es exequible, ya que concuerda con la inimputabilidad por diversidad sociocultural, pues ésta no es un delito y no puede ser criminalizada. Los tres restantes párrafos son inconstitucionales ya que pueden afectar la jurisdicción especial indígena. Pero lo que es imperativo en este momento, según el experto, es que se incorpore la inculpabilidad de personas diversas socioculturalmente por “error de comprensión culturalmente condicionado” que deberá ser inscrito explícitamente en el artículo 32 del Código Penal. Según su parecer, sólo así se descriminaliza la diversidad sociocultural.

Para otros² el artículo 33 del Código Penal debe ser declarado exequible bajo condicionamiento, el artículo 69.4 es inconstitucional porque da lugar a prácticas de segregación cultural y el artículo 73 es inconstitucional. Lo mejor que se puede hacer es incluir o interpretar dentro del artículo 32 del Código Penal (causales excluyentes de responsabilidad) la figura del error culturalmente condicionado como ocurre en otros países.

Dos de los conceptos³ plantean por qué la demanda y el pronunciamiento del Procurador se refieran a indígenas, si las normas acusadas no los mencionan. Para uno de ellos⁴, esto es un error, pues la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es sinónimo de la inimputabilidad indígena. Según esta apreciación, todos los colombianos somos diversos socioculturalmente y tenemos derecho a la protección que de ello se deriva. Por ello considera que, a pesar de las luchas indígenas, no se puede entregar un derecho, que es de todos los colombianos, a un solo sector de la población. La Corte deberá entonces, según su parecer, integrar a todos los colombianos en la diversidad pues de lo contrario sólo se generarían vacíos. Por el contrario, el otro ciudadano considera que las normas se refieren a la población nacional que participa por lo menos de dos características: nacionales que tengan un medio sociocultural y autoridades propias que pertenecen a dicho medio sociocultural. Por ello considera que las disposiciones acusadas sólo son predicables de las comunidades indígenas. Con todo, precisa el interviniente, los grupos étnicos son categorías sociales, agrupaciones que comparten características económicas, sociales, políticas y culturales, así como un territorio, lengua y nombre propios. La conciencia sobre la identidad cultural que los diferencia de otras agrupaciones sociales es criterio fundamental para determinar la existencia de estos grupos. Por ello concluye que en Colombia la categoría de grupo étnico podría aplicarse por lo menos a los indígenas, afrocolombianos y gentes rom, pues su reproducción social depende de las características de su identidad y sus expresiones socioculturales son diferentes del resto de los colombianos. Concluye entonces este concepto que las normas demandadas presuponen el sujeto social al que se refieren y deben restringirse a los indígenas porque la Constitución les reconoció sólo a ellos autoridades propias para sus territorios.⁵

Por el contrario, otro de los intervinientes argumenta que a pesar de que los indígenas son los únicos con jurisdicción reconocida, pueden tomarse medidas coordinadas con autoridades (determinadas por el peritaje antropológico) de comunidades negras, gitanas o desplazadas para tomar una decisión en cuanto a la medida de seguridad, por lo que las disposiciones acusadas no se aplican exclusivamente a los indígenas⁶. En estos casos la prueba pericial antropológica no puede sustituirse por otra distinta y, según el profesor Zambrano, debe ser

practicada por un antropólogo especialista en la cultura del sindicado y nacido en la jurisdicción donde se produce el caso; si ello no es posible, el antropólogo deberá tener por lo menos tres años de experiencia.

Por su parte, algunos conceptos afirman que la inimputabilidad no es la única manera de resolver los casos de diversidad sociocultural y sólo procede si en el proceso se descarta la inculpabilidad. Ser diferente por diversidad sociocultural no es una minusvalía, no es inmadurez psicológica ni incapacidad mental. Por ello estos conceptos consideran que es necesario introducir la inculpabilidad por diversidad sociocultural ya que todos los colombianos están expuestos a cometer errores de comprensión culturalmente condicionados, y es la alternativa adecuada par enfrentar estas situaciones.⁷

Igualmente, otro concepto⁸ resalta que el uso de la figura de la inimputabilidad puede resultar desproporcionada. Así, ese escrito considera que las normas acusadas criminalizan la diversidad a través del uso de la categoría de inimputabilidad para personas con diversidad cultural. Para sustentar su afirmación, el concepto recuerda que la inimputabilidad es utilizada por la dogmática penal para hacer referencia a la incapacidad de culpabilidad, lo cual hace que los individuos considerados inimputables sean sujetos de medidas de seguridad a fin de protegerlos, otorgarles tutela, reeducarlos y rehabilitarlos por medio de un tratamiento. Esto significa, según su parecer, que la conducta jurídica del imputable exige un juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mientras que para el inimputable, el juicio es sólo de tipicidad y antijuridicidad. Este esquema dualista crea una estructura del delito parcialmente distinta para uno y otro grupo de sujetos. Si se acepta la punibilidad de las conductas de un inimputable debe aceptarse forzosamente la idea de temibilidad social, pues se imponen medidas de seguridad a los sujetos de acuerdo con la peligrosidad que representan para los valores de la colectividad. En tales circunstancias, según su parecer, como en un Estado social de derecho, el derecho penal tiene una naturaleza subsidiaria, debe intervenir entonces sólo si es estrictamente necesario y cuando no existe posibilidad de hallar otro mecanismo de intervención menos gravoso. Y por ello consideran que la imposición de una medida de seguridad para los sujetos calificados como inimputables por diversidad sociocultural viola los valores de los destinatarios, pues deben privilegiarse otros mecanismos no punitivos, como el diálogo intercultural o el reconocimiento de la inculpabilidad en esos eventos. Concluye entonces el concepto que es desproporcionado entonces que se reprima la diversidad a través de una intervención de este tipo pues lesiona la autonomía e identidad de las minorías étnicas a través de la categoría de inimputabilidad y de la imposición de medidas de seguridad.

Respecto a las preguntas formuladas por la Corte, los conceptos señalan:

1.- A la pregunta de si los artículos 33, 69 y 73 del Código Penal afectan el reconocimiento de la diversidad cultural, algunos intervinientes, como el profesor Carlos Vladimir Zambrano consideran que sí, porque criminalizan al portador de una cultura que se desplaza a un entorno cultural distinto. En el mismo sentido se pronunció María Victoria Uribe, directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, pues según su parecer, la Constitución, en su artículo 246, reconoce a las autoridades indígenas la competencia para ejercer funciones públicas jurisdiccionales en sus territorios. La redacción de los artículos acusados no hace claridad sobre la jurisdicción especial indígena y da lugar a que se entienda que la situación

excepcional de indígenas desarticulados territorial y culturalmente es aplicable a la totalidad de la población indígena nacional. Por su parte, Juan Manuel Charry Urueña, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, considera que la aplicación de una medida de seguridad restaría eficacia al pluralismo, y por tanto el artículo 33 debe ser declarado exequible pero bajo la condición de que se entienda que la inimputabilidad se refiere a una racionalidad y cosmovisión diferentes. De otro lado, para este interviniente, los artículos 69 y 73 del Código Penal que consagran las medidas de seguridad, violan y desconocen la idiosincrasia y los valores de pueblos con diversidad cultural porque se dirigen a inimputables y sus funciones son “protección, curación, tutela y rehabilitación”. Lo que debe hacerse entonces es reconocer que existe un error de comprensión culturalmente condicionado.⁹

Para otros conceptos¹⁰, el establecimiento de una inimputabilidad por diversidad étnica no afecta el reconocimiento del pluralismo, pues lo que busca la disposición es analizar la situación particular y la investigación sobre el conocimiento de los pueblos indígenas. Además, la inimputabilidad no puede circunscribirse solamente a la inmadurez psicológica y al trastorno mental.

2.- Sobre la aplicación exclusiva o no de las normas acusadas a grupos indígenas, algunos intervinientes¹¹ consideran que las normas cubren a todos los colombianos, dependiendo donde se encuentren. Así, la diversidad sociocultural debe ser aplicada tanto a indígenas como a otros grupos, pues este concepto no está sujeto a la definición de una jurisdicción especial. Según su parecer, es inconstitucional que no se reconozca esta diversidad a los gitanos y a los negros.

Otro concepto muestra que esta medida tiene sentido si se trata de minorías étnicas caracterizadas por socializar individuos realmente diversos, con sus propios relatos de origen, ordenamiento cultural propio y orden legal propio. Este no es el caso de las comunidades afrocolombianas¹². Además, otros agregan que es aplicable para quienes padezcan trastornos mentales¹³.

Por el contrario, para María Victoria Uribe, directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, esta regulación es aplicable solamente a las personas de origen étnico indígena que incurran en la conducta punible y estén desarticulados de su medio sociocultural.

3.- Sobre regulaciones semejantes en otros países, Zambrano menciona que la aplicación más significativa es el Código Penal Peruano, que reconoce la no responsabilidad y la atenuación de penas, y establece una jurisdicción especial para campesinos e indígenas, pero no extiende la diversidad cultural a toda la nación.¹⁴ El equipo del Instituto Nacional de Medicina Legal anota que en Bolivia los indígenas también son tratados como inimputables, lo cual consideran obsoleto y degradante.¹⁵

4.- Sobre el recuento en derecho comparado¹⁶, algunos intervinientes señalan el trato a los inmigrantes intraeuropeos, la constitución de nacionalidades culturales en España, el reconocimiento a los indígenas en Estados Unidos y Noruega, aparte del caso peruano ya expuesto.

5.- Entre las propuestas de regulación del tema, varios intervinientes,¹⁷ consideran que

estos problemas son enfrentados más adecuadamente por medio de la figura del error culturalmente condicionado, en lugar de recurrir a la inimputabilidad, por cuanto ésta última no sólo implica un juicio de disvalor sino que además implica la realización de un proceso penal y la imposición de una medida de seguridad. Según muchos de estos intervinientes, habría que extender a todas las culturas la del país, la posibilidad de que sus miembros incurran en una forma de error culturalmente condicionado¹⁸.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, en concepto No. 2669, recibido el 20 de septiembre del año en curso, solicita a la Corte que condicione la exequibilidad de la expresión acusada del artículo 33 y del inciso primero del artículo 73, y que declare la inexequibilidad de los otros incisos de ese artículo, así como del numeral 4º del artículo 69, todos del Código Penal.

La Vista Fiscal comienza por precisar que los artículos demandados sólo se aplican a los delitos cometidos por los indígenas por fuera del territorio de su comunidad, pues si la conducta ocurrió dentro de dicho territorio, no tendría “sentido la previsión del legislador consistente en adoptar como medida para rehabilitar al infractor de la ley penal que ostente la condición anotada, la de reintegrarlo a su medio cultural”. Según su parecer, una primera pregunta que surge es entonces si el fuero indígena cubre o no esos delitos cometidos fuera del ámbito territorial de la comunidad indígena. Para responder ese interrogante, el Procurador reflexiona sobre el alcance de la jurisdicción indígena, para lo cual se apoya en las sentencias T-496 de 1996 y T-344 de 1998. Según su parecer, la doctrina desarrollada en esas providencias indica que en principio los miembros de las comunidades indígenas gozan de un fuero especial, pero que eso no significa que siempre que un indígena realice una conducta punible, la jurisdicción especial indígena sea la competente para conocer del hecho, pues en este tema operan un fuero personal, “de acuerdo con el cual el individuo debe ser juzgado conforme a las normas y las autoridades de su propia comunidad”, y otro fuero de carácter geográfico, “según el cual se permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia en su territorio”. Por ello concluye que para determinar a quién corresponde la competencia para investigar las conductas delictivas de los indígenas hay que atender las circunstancias particulares de cada caso, pues “puede optarse por la jurisdicción especial indígena o por la nacional, según se atienda al fuero personal o al fuero territorial”, tal y como lo señaló la sentencia T-496 de 1996. La Vista Fiscal transcribe entonces los apartes de esa sentencia, que indican los criterios que deben ser tenidos en cuenta para solucionar los posibles conflictos entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria.

El análisis precedente lleva al Procurador a concluir que las normas acusadas vulneran el “principio fundamental de la diversidad étnica y cultural, que tiene en el fuero indígena, en materia penal, una de sus expresiones más significativas”, puesto que la declaración de inimputabilidad supone la realización de un proceso penal por las autoridades nacionales “frente a una situación en la que en razón de la pertenencia del infractor a una comunidad indígena, elemento subjetivo del fuero en mención, la competencia para investigarlo y juzgarlo radica en las autoridades de la comunidad”.

Sin embargo, la Vista Fiscal precisa que como se trata de casos en donde el indígena ha cometido un hecho punible fuera del territorio de su comunidad, entonces es inevitable una intervención de la autoridad judicial nacional. Según su criterio, dicha intervención debe limitarse a establecer si el indígena puede o no comprender la ilicitud de su comportamiento, y en este último caso, ordenar su reintegro a su medio cultural para que sea juzgado por las autoridades de su comunidad. El Procurador señala entonces que en estos eventos debe aplicarse el concepto de inimputabilidad libre de “todas sus consecuencias en materia sancionatoria, ya que esta figura de creación legal es propia del ordenamiento jurídico nacional y su aplicación al caso de las conductas antijurídicas en estudio, significa la imposición de reglas y valores jurídicos propios del ordenamiento jurídico de la cultura nacional mayoritaria” La Vista Fiscal concluye entonces al respecto: .

“Teniendo en cuenta que la condición de indígena no cabe dentro del marco de la inmadurez psicológica, ya que ser indígena no significa ser menor de edad o retrasado mental ni dentro del marco clínico del trastorno mental, tal condición no puede ser considerada por sí misma un factor de inimputabilidad.

El artículo 33 establece una relación de causa a efecto entre la pertenencia a una cultura diferente y la realización de una conducta que por antijurídica para la cultura mayoritaria resulta reprochable, lo cual, según la misma tradición jurídica de esa otra cultura no es factor de inimputabilidad.

Sin embargo, como la falta de comprensión de la antijuridicidad de la conducta es el elemento conceptual que configura la noción de inimputabilidad, haciendo la salvedad de que tal incomprensión no obedece a razones de minusvalía psicológica o mental del indígena, este Despacho considera que el artículo 33 del Código Penal podría considerarse acorde con la Carta, en la medida en que el concepto de inimputabilidad allí definido y que es objeto de examen, ha de ser entendido como el criterio que debe orientar la actividad del juez, para que en las circunstancias aquí expuestas, el indígena sea devuelto al seno de su comunidad, en aras de la preservación de su condición de tal y, a la vez, en defensa del ordenamiento jurídico nacional”.

El Procurador procede entonces a examinar la legitimidad de la medida de seguridad de reincorporación al medio cultural y concluye que es inconstitucional, debido a su carácter sancionatorio, por dos razones; porque en esos casos no corresponde imponer la sanción a la justicia ordinaria, que es incompetente para juzgar esos comportamientos, en razón del fuero “que cobija a las personas pertenecientes a las comunidades indígenas que han delinquido sin la conciencia de la naturaleza antijurídica de la conducta cometida”. Y en segundo término, porque la consagración de la reincorporación al medio cultural como sanción es “irrespetuosa y desconsiderada con la idiosincrasia y los valores propios de los pueblos y culturas que conforman la diversidad cultural y étnica de nuestra Nación”, por lo que con ella “se retorna a la legislación de épocas pretéritas, en las que la pertenencia a dichas culturas era calificada como un estado de inferioridad.” La afectación al pluralismo es, según la Vista Fiscal, evidente, pues la función de esa medida de seguridad no podría ser otra sino que “el indígena se cure de su propia idiosincrasia, pues ésta es precisamente la determinante de su incapacidad para comprender la naturaleza antijurídica de su conducta.” Por ello, según su parecer, conforme a la Constitución, la finalidad de la reincorporación del indígena infractor

no puede tener una finalidad de rehabilitación o cura, sino únicamente “su juzgamiento por parte de la autoridad competente y con la finalidad de preservar su identidad cultural.” Concluye entonces el Procurador:

“El respeto por la diferencia cultural que se origina en razón de la diversidad étnica, debe estar correspondido por el respeto que a su vez deben guardar los integrantes de las distintas etnias y culturas diversas y minoritarias respecto de los valores y reglas de comportamiento de la cultura predominante, en virtud del consenso intercultural que debe presidir las relaciones entre unas y otras culturas.

Por tratarse entonces de un respeto de doble vía, cuando se dé el quebrantamiento del ordenamiento jurídico nacional, por parte de los miembros de las comunidades indígenas, las autoridades judiciales ordinarias no sólo pueden sino que deben salir en defensa de ese ordenamiento, sólo que en razón de la competencia asignada por la Constitución a las autoridades de esas comunidades, en virtud del fuero constitucional aquí varias veces invocado, las diligencias que adelanten los funcionarios judiciales en defensa de ese orden, deben limitarse a devolver al infractor al seno de su comunidad de origen, en aras de preservar su especial conciencia étnica.

Lo anterior se considera lo precedente siempre y cuando, claro está, que el infractor sea un individuo con sentido de pertenencia a dicha comunidad, que no se haya desarraigado de la misma, ya que si el infractor de la ley penal es un individuo que por su desarraigo y extrañamiento de la comunidad indígena de la cual es oriundo y su familiaridad con los usos y costumbres de la cultura mayoritaria, tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta por él cometida, como bien lo ha establecido la jurisprudencia de esa Corporación, es, a la jurisdicción nacional, a quien compete juzgarlo”.

Las anteriores consideraciones llevan al Procurador a concluir que el artículo 33 del Código Penal, que define al indígena como inimputable, es constitucional, si se entiende que el legislador no está presumiendo que el indígena deber ser tratado como enfermo mental o inmaduro psicológico, sino únicamente reconociendo “que por existir diversidad sociocultural, éste no puede recibir el mismo tratamiento que debe darse a quien hace parte del mismo sistema de valores y principios”. Por el contrario, según su parecer, la obligación de imponerle una medida de seguridad desconoce el pluralismo “pues no puede admitirse que la reintegración al medio cultural propio, pueda tratarse como una sanción para el indígena”. La solución, concluye el Procurador, es entonces que el Estado se abstenga de hacer un juicio de responsabilidad al indígena pero que, para proteger tanto a la comunidad en general como al propio indígena, “proceda a devolverlo a la comunidad de donde proviene, previa coordinación con la respectiva autoridad de ésta, para que tanto éstos como el infractor de la preceptiva nacional, entiendan que tal conducta es reprochable y no permitida en la cultura mayoritaria”. De esa manera se buscaría que los indígenas comprendan que la conducta desarrollada es reprochable y no permitido en la cultura mayoritaria para que en ese orden, “fuera de su territorio no la desplieguen, si ésta es permitida en ella o lo juzguen de acuerdo a sus normas y procedimientos si dicha conducta es también objeto de reproche en su comunidad”.

Según la Vista Fiscal, esa perspectiva no sancionatoria de la reintegración a la comunidad,

que es la única compatible con la Carta, implica que dicho retorno no está condicionada a máximos o mínimos, “dado que el indígena como tal debe permanecer en su comunidad y su permanencia en ésta no puede estar supeditada a lo que disponga la autoridad nacional”. Por ello concluye que los incisos 2, 3 y 4 del artículo 73 y el artículo 69 del Código Penal son inconstitucionales, pues la reintegración no es una sanción sino una “medida de protección tanto para la comunidad que integra la cultura mayoritaria como para el indígena, y como tal, deber ser regulada.”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1- La Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de las acusaciones contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, en virtud del artículo 241 ordinal 4º de la Carta, pues se trata de una demanda ciudadana contra normas que hacen parte de una ley de la República.

El asunto bajo revisión

2- Las normas demandadas señalan que la diversidad sociocultural puede constituir un factor de inimputabilidad, y por ello establecen que si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud debido a ciertos factores culturales, entonces debe imponérsele una medida de seguridad consistente en el reintegro a su medio sociocultural. La actora considera que esa regulación se aplica esencialmente a los indígenas y vulnera las atribuciones de la jurisdicción indígena, pues es a ella, y no a la justicia estatal, a quien corresponde investigar los hechos punibles cometidos por los indígenas. Además, según su parecer, esas disposiciones son discriminatorias y desconocen el pluralismo, en la medida en que consideran inimputables a quienes, como los indígenas, no comparten integralmente los valores de la cultura mayoritaria.

Algunos intervinientes comparten la tesis de la actora, al considerar que la calificación de los indígenas como inimputables vulnera el pluralismo, pues no sólo implica un juicio de disvalor en contra de la cultura indígena, ya que prácticamente sus miembros son calificados de inmaduros psicológicos, sino que además posibilita la realización de un proceso penal y la imposición de una medida de seguridad en contra de aquellos individuos que no comparten los valores culturales dominantes. Es pues una forma de criminalización de la diversidad cultural. Por ello concluyen que las normas acusadas deben ser declaradas inexequibles, y que si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud, por tener otros referentes culturales, entonces la solución consiste en reconocer que ese individuo debe ser absuelto, pues ha incurrido en un error de prohibición culturalmente condicionado, que excluye la punibilidad.

Por su parte, otros intervinientes consideran que las disposiciones acusadas deben ser declaradas exequibles, pues protegen adecuadamente la diversidad cultural. Es más, según su parecer, si la Corte acoge las pretensiones de la demandante y retira del ordenamiento esas normas, la situación de los indígenas y de otras minorías culturales se vería desmejorada, ya que se verían sujetos a penas por delitos cuya ilicitud no comprenden.

Finalmente, otros intervinientes y el Ministerio Público asumen una posición intermedia. Así, estas interpretaciones comparten la argumentación de la demanda, según la cual una Constitución pluralista no admite que los indígenas sean tratados como inmaduros psicológicos o como enfermos mentales. Sin embargo consideran que la solución no es declarar la inexecutable de la inimputabilidad por diversidad sociocultural sino condicionar su alcance, a fin de que la figura pierda sus connotaciones peyorativas y sancionatorias. Por ejemplo, el Procurador propone que los jueces deben limitarse a comprobar si la particular cosmovisión del indígena le impidió comprender la ilicitud de su comportamiento. Si tal es el caso, las autoridades deberán retornar a la persona a su comunidad, pero no como una sanción sino para proteger a la comunidad en general y al propio indígena, para que sean las autoridades indígenas quienes lo juzguen, y también para que esas autoridades comprendan que el comportamiento desarrollado por el indígena es reprochable y no permitido en la cultura mayoritaria, para que de esa manera, fuera de su territorio, no lo desplieguen.

Fuera de lo anterior, varios intervinientes tienen posiciones encontradas sobre el alcance mismo de las disposiciones acusadas. Según algunos, éstas pueden aplicarse a cualquier persona y a cualquier minoría cultural, puesto que los artículos impugnados no se refieren específicamente a los indígenas. Por el contrario, otros intervinientes argumentan que dichas normas sólo se aplican a los indígenas, pues sólo esas comunidades tienen autoridades propias, y la regulación acusada establece como medida de seguridad la reintegración del inimputable a su medio cultural, “previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca”.

3- Conforme a lo anterior, el problema constitucional que plantea el presente caso es si desconoce o no el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena que las normas acusadas hayan previsto la diversidad sociocultural como un factor de inimputabilidad y consagrado la reintegración al medio cultural como la medida de seguridad apropiada para esos eventos. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, una segunda cuestión surge, y es la siguiente: ¿debe entonces la Corte declarar la inexecutable de esas disposiciones, como lo solicitan la actora y otros intervinientes? O, ¿la solución consiste en recurrir a una sentencia condicionada, que prive a la inimputabilidad por diversidad sociocultural de toda connotación peyorativa y punitiva, como lo sugieren el Procurador y otros participantes en este debate constitucional?

Ahora bien, antes de afrontar ese debate constitucional, la Corte constata que existe también una disparidad de criterios sobre el alcance de las disposiciones acusadas, puesto que algunos sostienen que éstas sólo son aplicables a los indígenas, mientras que otros consideran que esas normas cubren a todas las personas y grupos que sean culturalmente diversos. Por tal motivo, esta Corporación comenzará por abordar ese debate hermenéutico legal, antes de emprender el examen constitucional. Así, es cierto que la Constitución establece no sólo que existe una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones (CP arts 234, 236 y 241) sino que, además, los jueces gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues sólo están sometidos al imperio de la ley (CP art 230). Estos principios implican que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Sin embargo, el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es

inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y alcance de la disposición legal sometida a control¹⁹. Entra pues la Corte a analizar cuál es el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas.

Ambito personal de aplicación de la inimputabilidad por diversidad sociocultural

4- Una primera lectura de las disposiciones acusadas sugiere que tienen razón aquellos intervinientes que sostienen que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es exclusiva de las poblaciones indígenas. Dos elementos contribuyen a esa idea: de un lado, esas normas se limitan a regular una inimputabilidad por diversidad sociocultural, y en ningún momento mencionan a los indígenas, o restringen la aplicación de esa figura a esas poblaciones. De otro lado, la diversidad sociocultural no es exclusiva de los pueblos indígenas, pues existen en Colombia otras comunidades y grupos sociales que poseen una cultura propia, y sus miembros podrían entonces, por esa diversidad cultural, no tener la capacidad de comprender la ilicitud de ciertos hechos punibles. Además, expresamente la Carta busca proteger la identidad y diversidad de todos los grupos culturales, y no sólo aquella de los indígenas, como lo muestra no sólo que la Carta reconoce y protege genéricamente la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP arts 7º y 70) sino que también prevé derechos y tratamientos especiales para las comunidades negras del Pacífico o los raizales de San Andrés (CP arts 311 y 55T). En principio nada se opone a que si la finalidad de las normas acusadas es reconocer y proteger la diversidad cultural, entonces esa inimputabilidad pueda ser aplicada a todos los grupos y personas que en Colombia, por diversidad sociocultural, no tienen la capacidad de comprender la ilicitud de un hecho punible establecido en la ley, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión. Habría entonces que concluir que las disposiciones acusadas se aplican no sólo a los indígenas sino también potencialmente a todos los colombianos, o al menos a todos los miembros de grupos sociales que pudieran tener una cultura definida y distinta de la cultura nacional.

5- La anterior interpretación enfrenta empero el siguiente problema: el artículo 73 del estatuto penal regula la reintegración al medio cultural propio, y establece que ésta es la medida de seguridad a ser adoptada para aquella persona que, siendo inimputable por diversidad sociocultural, cometa una conducta típica y antijurídica. Esa disposición señala entonces que la medida consiste en la reintegración de la persona a su medio cultural, “previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca”. Esto significa entonces que la inimputabilidad por diversidad sociocultural sólo puede aplicarse a aquellas personas que hagan parte de culturas que tengan no sólo un medio cultural definido, sino que además posean autoridades propias. En efecto, el sentido de esta regulación es que la persona que sea inimputable por diversidad cultural, y cometa un hecho típico y antijurídico, pueda ser objeto de la medida de seguridad correspondiente, a saber su reintegro a su medio cultural, lo cual supone la coordinación con la autoridad de esa cultura. Y, como es obvio, debe tratarse de una autoridad reconocida y aceptada por el Estado colombiano, a fin de que pueda llevarse a cabo la correspondiente coordinación entre la autoridad judicial nacional y la autoridad de esa cultura.

7- El anterior análisis lleva a la Corte Constitucional a la siguiente conclusión: por el diseño de la medida de seguridad correspondiente (reintegro a su medio cultural previa

coordinación con la autoridad de la cultura), es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que las normas demandadas no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que ésta 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.

8- Así precisado el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas, procede entonces la Corte a estudiar los problemas constitucionales que ellas suscitan. Ahora bien, aunque esos artículos no se aplican exclusivamente a los indígenas, es evidente que, como se mostró en los fundamentos anteriores de esta sentencia, el diseño de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural tiene en los pueblos indígenas su referente y ámbito esencial de aplicación. Esto explica por qué la presente sentencia privilegiará el examen de la eventual vulneración, por parte de las disposiciones acusadas, de los derechos de los pueblos indígenas, aunque también realizará consideraciones sobre la posible afectación del pluralismo en general y de los derechos de otras comunidades culturales.

Entra entonces esta Corporación a examinar si la inimputabilidad por diversidad sociocultural, tal y como está prevista en las disposiciones acusadas, desconoce o no el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena. Para tal efecto, la Corte comenzará por recordar los alcances y la funciones que juegan las nociones de imputabilidad y culpabilidad, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, y en donde está por consiguiente proscrita la responsabilidad penal objetiva (CP arts 1º, 5º y 29). Esa examen permitirá determinar cuál es la forma constitucionalmente más adecuada de enfrentar aquellas situaciones en donde una persona, por su diversidad sociocultural, no comprende la ilicitud de su comportamiento, o no puede determinarse de conformidad con dicha comprensión. Luego la Corte analizará la relación de esas situaciones con el reconocimiento constitucional del pluralismo cultural (CP arts 7º y 70), para así evaluar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal.

9- En varias oportunidades, la Corte ha resaltado que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana (CP art 1º), la Carta proscribiera la responsabilidad penal objetiva, y prevé un derecho penal de acto y no de autor. En efecto, con claridad el artículo 29 superior establece que no puede haber delito sin conducta, al señalar que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” (subrayas no originales). Esta Corporación ha precisado la importancia de esta opción constitucional por un derecho penal de acto y de culpabilidad, en los siguientes términos:

“Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo

efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.²⁰

10- Es pues claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

11- La constitucionalización de un derecho penal culpabilista suscita el siguiente interrogante: ¿qué hacer con aquellos comportamientos que son tan graves como un delito, en la medida en que afectan bienes jurídicos esenciales, y son típicos y antijurídicos, pero son realizados por personas que, por determinadas condiciones, no pudieron actuar culpablemente? Esta situación plantea difíciles interrogantes a los regímenes constitucionales fundados en la dignidad humana, pues esas personas no pueden legítimamente ser sancionadas penalmente por su conducta, ya que no actuaron con culpabilidad. Pero la sociedad debe también 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.

12- Para enfrentar el anterior dilema, y como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad²¹, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (CP art. 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, “esto es, el

hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”22.

13- Esta diferenciación de regímenes de responsabilidad penal tiene sustento expreso en el artículo 28 superior, que prohíbe las “penas y medidas de seguridad imprescriptibles.” Pero incluso si esa disposición constitucional no previera esa diferencia entre penas y medidas de seguridad, ella encuentra claro sustento en los principios de igualdad y dignidad humana (CP arts 1º y 13), que prohíben un trato igual, en materia punitiva, entre las personas que pueden comprender la ilicitud de su comportamiento, y orientar su conducta con base en esa comprensión, y aquellos individuos que no pueden hacerlo. Por ello, desde sus primeras sentencias, esta Corte había señalado que esta diferencia de regímenes para imputables e inimputables se ajustaba a la Carta. Así, la sentencia T-401 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 4, señaló al respecto:

“La intención subjetiva presente en el momento de cometer el delito es el elemento que distingue las situaciones en que se ven comprometidos los imputables y que está ausente cuando la acción es realizada por los inimputables, incapaces de comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con dicha comprensión. La conducta y el agente conforman para la Ley Penal un conjunto unitario que, con base en el indicado elemento, es claramente distinguible según se trate del imputable o del inimputable, de modo que las consecuencias jurídicas – pena y medida de seguridad – son diferentes y ello es así pues se originan en presupuestos diversos. La distinción que opera la Ley Penal, a juicio de la Corte, no es arbitraria, máxime si el legislador al otorgarle mayor peso a la intencionalidad del acto ha buscado conferirle más severidad a la pena. De otra parte, la medida de seguridad – mirada no a partir de su presupuesto sino de su consecuencia – tiene entidad y singularidad propias, explicables por su finalidad rehabilitadora del enfermo”.

14- Esta diversidad de regímenes explica a su vez que, como esta Corte lo explicó en la sentencia C-176 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero, las penas y medidas de seguridad en el ordenamiento colombiano tengan tanto similitudes como diferencias. Así ambas tienen fines de protección social, pues buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta. Las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal. Por ello, desde sus primeras decisiones, esta Corte ha señalado invariablemente que violan la Carta las medidas de seguridad indeterminadas, puesto que desconocen el principio de legalidad y la prohibición de las penas imprescriptibles²³.

Pero obviamente, las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por ello los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos. Por ejemplo, las penas tienen, entre otras, una cierta finalidad retributiva, de la cual están desprovistas las medidas de seguridad, pues sería contrario a la dignidad humana y a la libertad (CP arts 1, 16 y 28) castigar a quien no logra comprender la ilicitud de su comportamiento. Por ello, al referirse a las finalidades de estas medidas de seguridad, esta Corte señaló que éstas “no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la

prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios”²⁴. Y con base en esos criterios, las sentencias C-176 de 1993 y C-358 de 1997 concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables. Dijo entonces esta Corte al respecto:

“El tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento. Ahora bien, la rehabilitación psiquiátrica no tiene topes mínimos de duración sino que depende en cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compadece con la preceptiva constitucional, particularmente con el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación. De allí la inconstitucionalidad de los plazos mínimos establecidos en los tres artículos estudiados”²⁵.

15- Estas diferencias entre imputables e inimputables, y entre penas y medidas de seguridad explican que el ordenamiento prevea, en muchos aspectos, regulaciones distintas para unos y otros, sin que pueda aducirse un desconocimiento del principio de igualdad. Por ejemplo, el artículo 24 del Código Penitenciario y Carcelario (la Ley 65 de 1993) prevé la existencia de establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos especiales “destinados a alojar y rehabilitar personas que tengan la calidad de inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial.” La sentencia C-394 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa, declaró exequible esa disposición pues consideró que no violaba la igualdad ya que “es apenas natural que los inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial, tengan un tratamiento diferenciado, adecuado a sus circunstancias”.

16- Una vez recordada la importancia de la culpabilidad en un Estado democrático, y la justificación constitucional de la existencia de un régimen dual de responsabilidad para imputables e inimputables, entra esta Corporación a examinar la legitimidad de las disposiciones acusadas. Y para tal efecto, la Corte considera que es posible reformular el problema suscitado por la demanda, en los siguientes términos: ¿es acaso válido constitucionalmente que las normas demandadas prevean una forma de inimputabilidad, con su correspondiente medida de seguridad, para aquellos eventos en que un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, con autoridad propia, cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan podido actuar culpablemente, al no poder comprender, debido a su diversidad cultural, la ilicitud de su comportamiento?

Diversidad sociocultural, pluralismo e imposibilidad de comprender la ilicitud de un comportamiento: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?

17- Para responder el anterior interrogante, la Corte considera que es muy ilustrativo realizar

el siguiente experimento mental: Supongamos que hay una persona, que no es indígena ni hace parte de un grupo cultural con autoridad propia reconocida por el Estado; pensemos que ese individuo comete una conducta típica y antijurídica. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿qué podría sucederle, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, a ese individuo, si al momento de realizar ese hecho, no tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural? Ahora bien, esa persona no podría ser considerada inimputable, conforme a la regulación prevista en las normas acusadas, puesto que, en caso de ser encontrada responsable, no podría aplicársele la medida de seguridad prevista por la ley. La razón es muy simple: ese individuo no podría ser reintegrado a su medio cultural con la previa coordinación con la autoridad de su cultura, puesto que, como se dijo, su cultura no tiene una autoridad reconocida ni un medio cultural definido. Esto significa que a una persona en esas circunstancias, las normas acusadas no le son aplicables, como ya se explicó anteriormente en esta sentencia. En efecto, en los fundamentos 6 y ss de esta providencia, la Corte anotó que las disposiciones acusadas no se aplican a todas las personas sino únicamente a los indígenas y a quienes hagan parte de grupo cultural que (i) posea un medio cultural propio definido, y (ii) tenga autoridades propias reconocidas por el Estado.

Ahora bien: ¿significa lo anterior que esa persona, que no hace parte de un grupo cultural con esas características, y realiza una conducta típica y antijurídica, pero no comprende la ilicitud debido a su particular cosmovisión, debe entonces ser declarada culpable y ser condenada a la pena respectiva? Todo indica que la respuesta, desde el punto de vista de la dogmática penal, es negativa. En efecto, en ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse con base en esa comprensión. Y en principio es razonable concluir que ese error era invencible, pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta. En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento, cuya ilicitud no comprendía. Una conclusión parece imponerse: teniendo en cuenta la naturaleza de la culpabilidad, y que el nuevo estatuto penal eliminó el mandato según el cual la ignorancia de la ley no excusa, y que el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “se obre con error invencible de la licitud de la conducta”, esa persona debería ser absuelta.

18- Ahora bien, supongamos que un indígena, o alguien que hace parte de una minoría cultural que cuenta con un medio cultural definido y con una autoridad reconocida por el Estado, se encuentra en una situación semejante. Imaginemos entonces que esa persona realiza también un comportamiento típico y antijurídico, pero no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural. En ese evento, y de conformidad con las disposiciones acusadas, dicha persona es no sólo considerada inimputable sino que además debe ser declarada responsable por el juez penal, quien le impone la correspondiente medida de seguridad: su reintegro forzado a su medio cultural.

19- El anterior análisis muestra que la aplicación de las disposiciones acusadas conduce a la siguiente extraña situación: supuestamente la consagración de la inimputabilidad por

diversidad sociocultural pretende proteger el pluralismo y la diversidad cultural; sin embargo aquellas comunidades que en principio se verían beneficiadas por esa figura resultan en realidad en una situación menos favorable que aquellos individuos a quienes no se aplican dichas disposiciones. En efecto, quienes son considerados inimputables en virtud de las normas demandadas, como los indígenas, son declarados responsables y se les impone una medida de seguridad en caso de que cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan sido capaces de comprender su ilicitud, debido a sus diversos referentes culturales. En cambio, en idénticas circunstancias, aquellas personas a quienes no se aplican los artículos acusados, son absueltos, por cuanto su conducta no es culpable, al haber incurrido en un error de prohibición.

La paradoja es evidente por las siguientes dos razones: de un lado, la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, que es justificada como un mecanismo para proteger el pluralismo cultural, tiene como consecuencia una agravación de la situación penal de quienes supuestamente son beneficiados por sus mandatos. Y, de otro lado, ese empeoramiento de la situación penal recae primordialmente sobre aquellas poblaciones -como las comunidades indígenas- cuya diversidad e identidad cultural la Carta busca especialmente proteger. En efecto, conforme a la regulación acusada, si un colombiano o un extranjero incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado resulta absuelto; en cambio, si un indígena se encuentra en idénticas circunstancias, es condenado a una medida de seguridad, consistente en su forzoso reintegro a su medio cultural.

21- Las anteriores consideraciones parecen llevar a la siguiente conclusión: las normas acusadas serían inconstitucionales, al menos por los siguientes dos factores: de un lado, por violar el principio de igualdad, puesto que para una misma situación fáctica, las disposiciones demandadas estarían previendo dos tratamientos jurídicos diversos, sin que exista una clara justificación para esa diferencia de trato. En efecto, conforme al actual estatuto penal, si un indígena, o un miembro de un grupo cultural que cuenta con una autoridad reconocida por el Estado, comete un hecho típico y antijurídico pero, por su particular cosmovisión, no tuvo la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, entonces es declarado inimputable, y se le impone una medida de seguridad. En cambio, si otro colombiano o un extranjero, que no hace parte de una comunidad indígena, o de un grupo cultural con un autoridad reconocida por el Estado, realiza ese mismo comportamiento, entonces resulta absuelto, por haber incurrido en un error de prohibición culturalmente condicionado.

22- De otro lado, y como bien lo señalan algunos intervinientes, las disposiciones acusadas también podrían resultar violatorias de la Carta, por desconocer el principio de proporcionalidad y el carácter del derecho penal como última ratio. Así, esta Corte ha señalado que el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso” limita la libertad de configuración del Legislador en materia punitiva. Esta Corporación ha concluido entonces que “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”²⁶. Directamente ligado al principio de proporcionalidad, es claro que el Estado debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad

humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales, para amparar los mismos bienes jurídicos. El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de última ratio. En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró recientemente esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, en donde señaló que “el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados”.

Ahora bien, en el presente caso, si la finalidad del Legislador al establecer la inimputabilidad era proteger la diversidad cultural, entonces podría considerarse que el Congreso incurrió en un exceso punitivo, puesto que hubiera podido obtener esos mismos propósitos con un dispositivo menos invasivo en términos de política criminal, en la medida en que bastaba reconocer la inculpabilidad de los agentes, cuando éstos incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado. En efecto, la consagración de esa forma de inculpabilidad sustrae a las personas y grupos culturales diversos del ejercicio del poder penal, con lo cual, como bien lo señalan algunos intervinientes y doctrinantes, el Estado evita criminalizar la diversidad cultural. Por el contrario, el recurso a la figura de la inimputabilidad mantiene a la persona que no comparte los valores culturales mayoritarios en el ámbito del derecho penal, puesto que posibilita la imposición de medidas de seguridad a aquellos individuos que realizan una conducta típica y antijurídica, pero no culpable.

23- Fuera de lo anterior, podría añadirse que la consagración de una forma de inimputabilidad por diversidad sociocultural también afecta el pluralismo, que la Carta no sólo ampara sino que estimula. En efecto, conviene recordar que la Constitución no sólo reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP art. 7º) sino que además establece que es deber del Estado proteger las riquezas culturales de la Nación (CP art. 8º). Y como si fuera poco, la Carta precisa igualmente que la “cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad” y que por ello el “Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país” (CP art. 70). Estas disposiciones constitucionales muestran que la Constitución aspira a construir una nación, en donde todas las culturas puedan convivir en forma pacífica e igualitaria. Por consiguiente, una regulación legal que implique un juicio de minusvalía contra ciertas culturas, es contraria a la Carta.

Ahora bien, como esta Corte ya lo había señalado en anteriores oportunidades²⁷, el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de disvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades. Así, esta Corte había señalado al respecto:

(...) “Aquellas personas que el derecho penal ha denominado “inimputables”, en efecto, se

encuentran en inferioridad de condiciones síquicas para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello sin embargo no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás.” (subrayas por fuera del texto)28.

24- Así las cosas, si conforme a la Carta, todas las culturas son iguales, parece inconstitucional que la ley defina como inimputable a quien incurre en un error cultural en la valoración de un comportamiento, y no comprende entonces su ilicitud, pues esa calificación tiene inevitablemente una connotación despectiva en contra de las culturas minoritarias. En efecto, la inimputabilidad significa aquí que quien no comparte los valores dominantes de la sociedad y del ordenamiento penal nacional es entonces equiparado a un inmaduro psicológico, o su diversidad cultural es asimilada a un trastorno mental, del cual la persona debe ser curada. Por ello esta Corporación ya había indicado que la calificación de las minorías culturales como inimputables vulneraba el carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad colombiana. Dijo entonces esta Corte en relación con los indígenas, con criterios que son válidos para las distintas minorías culturales, lo siguiente:

“De acuerdo con estas precisiones, es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, si no que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse.

Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: “retraso mental cultural”. (Hernán Darío Benítez. Tratamiento Juridicopenal del Indígena Colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?. Temis. Bogotá, 1988, pg 119)

Ahora bien, el término con que empieza el artículo 96 del Código Penal también es desafortunado, pues las medidas de seguridad persiguen fines de “curación, tutela y rehabilitación”, que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan “sanar a la persona, restablecer su juicio y lograr su readaptación al medio social”. Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser “curada o

rehabilitada". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica.

No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una DIFERENCIA valorativa y no de una INFERIORIDAD en las capacidades intelecto-volitivas.²⁹

25- Las anteriores consideraciones parecen llevar a la siguiente conclusión: las disposiciones demandadas son inconstitucionales por vulnerar la igualdad, el principio de proporcionalidad y el reconocimiento constitucional del pluralismo, y por ello deberían ser retiradas del ordenamiento, en el entendido de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado, a aquel indígena, o miembro de un grupo cultural con autoridad reconocida por el Estado, que realice una conducta típica y antijurídica, pero no haya tenido, por su particular cosmovisión, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión.

Sin embargo, algunos podrían considerar, como lo hacen varios intervinientes, que el anterior razonamiento es equivocado pues la interpretación adelantada en los fundamentos anteriores de esta sentencia es errónea, ya que el Código Penal vigente no prevé expresamente el error de prohibición por diversidad cultural, y por ende, si se declara la inexecutable de las disposiciones acusadas, el resultado sería peor para los indígenas y los miembros de esos grupos culturales, ya que serían declarados imputables y su comportamiento quedaría sujeto a una pena, en muchos casos privativa de la libertad. Entra pues la Corte a estudiar este reparo.

Error de prohibición culturalmente condicionado, deber de cuidado e inimputabilidad.

26- El ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal no prevé expresamente el error de prohibición culturalmente condicionado, pues se limita a señalar que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando "se obre con error invencible de la licitud de la conducta". Sin embargo 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.

27- Pero hay más. Incluso si se concluyera que el nuevo estatuto penal no prevé el error de prohibición culturalmente condicionado, de todos modos habría que concluir que esos comportamientos son, por mandato directo de la Carta, inculpables. En efecto, y como bien lo señalan algunos intervinientes, en un Estado de derecho fundado en la dignidad humana (CP arts 1 y 5), y que además reconoce y promueve el pluralismo y la multiculturalidad (CP arts 7, 8 y 70), la diversidad cultural no puede ser criminalizada. En ese orden de ideas, si es propio de ese tipo de Estado un derecho penal culpabilista, y la diversidad cultural no puede ser criminalizada, entonces una conclusión se impone: por mandato directo de la Carta, no puede ser sancionada penalmente aquella persona que incurra en una conducta típica y antijurídica, pero haya realizado ese comportamiento por un error de interpretación cultural, en la medida en que su particular cosmovisión le impidió comprender la ilicitud de su conducta. La exclusión de responsabilidad penal por un error de prohibición culturalmente condicionado es entonces una causal de rango constitucional, que obligatoriamente debe ser tomada en consideración por el Legislador.

28- Con todo, la Corte considera que el reparo contra el análisis de esta sentencia, por una supuesta interpretación indebida del alcance del ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal, puede tener en parte sustento en dos aspectos: de un lado, el estatuto penal exige no sólo que el error de prohibición sea “invencible” sino que además especifica literalmente que para “estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”. Esto significa que el error de prohibición, para ser un exonerante de responsabilidad, debe ser invencible, y ello supone que el sujeto activo tuvo un razonable cuidado por conocer y comprender la antijuridicidad de su comportamiento, pues si esa persona pudo actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, y no lo hizo, entonces debe entenderse que su error no era insuperable sino evitable. Y en esta última hipótesis, el artículo 32 ordinal 11 del estatuto penal no prevé la exoneración de la responsabilidad penal sino únicamente la reducción de la pena a la mitad.

De otro lado, es necesario tomar en cuenta que la expresión acusada establece que la persona es inimputable no sólo si no puede comprender la ilicitud de su conducta (momento cognitivo) sino también si no puede actuar con base en dicha comprensión (momento volitivo). Ahora bien, la exclusión de responsabilidad por error de prohibición no cubre expresamente el momento volitivo, ya que literalmente el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “se obre con error invencible de la licitud de la conducta”. ¿Qué sucede entonces si un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, comprende en forma abstracta que determinado comportamiento es ilícito en el ordenamiento nacional, pero debido a su diversidad cultural y a sus profundas convicciones, derivadas de su particular cosmovisión, no puede actuar con base en dicha comprensión³⁰? ¿Puede considerarse que incurrió en un error de prohibición? Las opiniones doctrinarias no son coincidentes al respecto. Así, para algunos autores, la situación debe ser asimilable a un error, ya que en el fondo la persona, por su diversidad cultural, no logra verdaderamente comprender la antijuridicidad de su conducta, a pesar de que abstractamente conozca su ilicitud, en la medida en que no puede motivar su comportamiento con base en ese conocimiento. En cambio, otras perspectivas consideran que no existe error, pues la

persona tenía claro conocimiento de que su comportamiento estaba proscrito por el ordenamiento nacional. En tales circunstancias, es posible que, según ciertas interpretaciones, no sea excluido de responsabilidad aquella persona que, por su diversidad cultural, conoce la ilicitud de un comportamiento, pero no puede determinarse con base en ella.

29- El análisis del párrafo precedente indica que el conjunto de situaciones reguladas por el artículo 33 del Código Penal sobre inimputabilidad por diversidad cultural es más amplio que el conjunto de comportamientos que, según el artículo 32 ordinal 11 de ese estatuto, configuran un error de prohibición culturalmente condicionado, por dos razones: i) los casos de inimputabilidad no distinguen acerca de la vencibilidad o no de la interpretación divergente del mundo, mientras que el error debe ser invencible para poder eximir de responsabilidad y ii) la inimputabilidad también cubre la incapacidad volitiva, mientras que para algunos, el error no. En tales circunstancias, la Corte coincide con los intervinientes en que la declaratoria de inexecuibilidad de la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal podría tener efectos contraproducentes en la protección de la diversidad cultural, en la medida en que permitiría la imposición de penas, incluso privativas de la libertad, para ciertos comportamientos de los indígenas que, si se mantiene en el ordenamiento la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, no estarían sujetos a una pena sino a una medida de seguridad, pues la persona sería declarada inimputable. Así, si un indígena comete una conducta típica y antijurídica, y no tenía, en la situación concreta, la capacidad de comprender su ilicitud, o de determinarse con base en esa comprensión por su diversidad cultural, al regularse esta conducta con base en la teoría del error no siempre ese comportamiento sería exonerado de pena, según lo preceptuado por el estatuto penal. En efecto, si el indígena pudo, con una diligencia razonable, llegar a conocer y comprender la ilicitud de su conducta, entonces el error era evitable y el comportamiento podría ser sancionado con una pena, si la expresión acusada del artículo 33 del Código Penal es declarada inexecutable, pues ya ese indígena no sería declarado inimputable. Y, según ciertas perspectivas, tampoco habría exclusión de responsabilidad si la persona pudo conocer la ilicitud de su conducta pero, por su diversidad cultural, no pudo determinarse con base en dicha comprensión.

30- El análisis precedente conduce a la siguiente conclusión: muchos de los casos en que una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero no puede, por su diversidad cultural, comprender su ilicitud, no son punibles, pues la persona habría incurrido en un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Existen sin embargo ciertos eventos en que esa causal de exclusión de la responsabilidad no opera, por cuanto el error era evitable, si la persona hubiera sido diligente, o por cuanto la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, aunque no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento. Frente a esos últimos eventos, la expresión acusada ampara la diversidad cultural pues, al declarar inimputable al indígena, o al miembro de otras minorías culturales, evita que le sea impuesta una pena.

La necesidad de condicionar el sentido de la inimputabilidad por diversidad cultural.

31- El estudio adelantado en esa sentencia lleva a la siguiente conclusión: la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal presenta problemas constitucionales, pues puede

afectar la igualdad, el principio de proporcionalidad en materia penal y la diversidad cultural. Sin embargo, no parece razonable declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural, por cuanto dicha decisión podría paradójicamente dejar en una situación peor a los miembros de los grupos culturalmente diversos, ya que permitiría que en ciertos casos fueran sancionados penalmente, mientras que la expresión acusada los protege al declararlos inimputables en esos mismos eventos.

De otro lado, también podría objetarse que una decisión de declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural no toma en consideración la necesidad que tiene la sociedad nacional de establecer una protección adecuada frente a los comportamientos típicos y antijurídicos de las personas o grupos que tienen una cosmovisión diversa a aquella que es dominante a nivel nacional. Según este reparo, esos comportamientos afectan bienes jurídicos que el ordenamiento nacional juzga tan importantes, que por ello ha criminalizado sus vulneraciones. Una decisión de inexecutable de la expresión acusada sería entonces inaceptable pues dejaría desprotegidos esos bienes jurídicos, ya que una declaración de inculpabilidad de esas transgresiones no evita que esos comportamientos ocurran, mientras que precisamente la figura de la imputabilidad busca controlar esas conductas, sin penalizar al infractor, y para ello prevé su retorno obligado a su medio cultural.

32- La pregunta que naturalmente surge del análisis precedente es la siguiente: ¿qué debe hacer la Corte para enfrentar la anterior situación, según la cual la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural tiene vicios de inconstitucionalidad, pero no parece procedente declararla inexecutable, pues su retiro del ordenamiento podría ocasionar una situación igualmente grave desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales?

Para responder a ese interrogante, la Corte recuerda que, según reiterada jurisprudencia, ella tiene la facultad de modular el sentido de sus decisiones, y por ello no está atrapada en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes” (CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución³¹.

“Es evidente que frente a los inimputables no puede indagarse sobre el dolo o culpa con el cual pudieron haber procedido, pues el aspecto positivo de la culpabilidad exige claridad de conciencia y libre autodeterminación.

(....)

No existe ningún obstáculo, sin embargo, para aceptar que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica, pueda actuar justificadamente o que en su acción ha concurrido circunstancia de exclusión de la culpabilidad, sin que sea dable calificarlo sólo por ese padecimiento como inimputable. Con relación a las causas de justificación por cuanto son de naturaleza preponderantemente objetivas y frente a las causas de inculpabilidad porque si ellas realmente se presentaron la causa determinante del hecho no fue ni el trastorno

mental o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el artículo 40 del Código Penal, esto es, porque en este supuesto no se da la necesaria relación causal entre la inimputabilidad y el hecho, que conduzca a destacar su incapacidad de ser culpable, sino que fue una razón diversa como el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción o el error, la que condujo a esa persona a la realización de comportamiento típicamente antijurídico.

En estas condiciones, dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980, también puede predicarse la responsabilidad penal de los inimputables sobre el supuesto de que realicen conducta típicamente antijurídica y siempre que no haya concurrido causal de exclusión de la culpabilidad.³²”.

34- La anterior precisión doctrinaria permite entonces evitar una eventual vulneración de la igualdad derivada de la expresión acusada, pues implica que toda persona que incurra en un error invencible de prohibición, sea o no inimputable, debe ser absuelta. De otro lado, la Corte considera que es posible también condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, debe tenerse en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, como lo señala el propio artículo 5° del estatuto penal, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de “curar” a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales. En efecto, la Corte recuerda que no sólo Colombia es una nación pluriétnica y pluricultural (CP arts 7° y 8°) sino que además la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (CP art. 70). 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°)

35- 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. Así, la sentencia SU-510 de 1999, MP

Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento 4º, refiriéndose a los fallos de tutela, pero con criterios que son válidos para los otros procesos, y en especial para los casos penales, señaló al respecto:

“En este sentido, considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución - directa o indirecta (Por ejemplo, a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial)-, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1º).

36- El examen precedente muestra que si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos. Por ello la Corte considera que la decisión acertada es declarar, en esos términos, la exequibilidad condicionada de esa figura, lo cual se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

La inconstitucionalidad de la medida de seguridad de retorno al medio cultural.

37- La doctrina desarrollada en los fundamentos anteriores de esta sentencia muestran que los ataques dirigidos contra las otras disposiciones demandadas están llamados a prosperar. En efecto, la Corte ha concluido que la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural es exequible, pero siempre y cuando se entienda que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no tengan un carácter sancionatorio, ni de cura o rehabilitación sino exclusivamente de tutela o protección, pues la diversidad cultural no puede ser criminalizada, ni el Estado puede pretender “curar” de ella a los miembros de los distintos grupos culturales que conviven en el país. Ahora bien, la medida de seguridad de retorno al medio cultural propio establecida en el numeral 4º del artículo 69 y en el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 no cumple con ese estándar constitucional, pues tiene implícita una finalidad de cura o rehabilitación. Así, aunque la disposición emplea exclusivamente un lenguaje de protección, el dispositivo que establece, como bien lo resaltan la Vista Fiscal y varios intervinientes, es irrespetuoso con la diversidad cultural. La persona es obligada a retornar, de manera forzada, a su medio cultural, hasta por un máximo de diez años, y al menos hasta que se hayan alcanzado “las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad”. La Corte se pregunta: ¿y en qué consiste que se alcancen esas necesidades de protección de la comunidad? Y la respuesta que se desprende de esa

regulación es la siguiente: es hasta que el indígena, o el miembro de otro grupo culturalmente distinto, en cierta medida haya sido curado o rehabilitado del supuesto mal que lo aqueja, que no es otro que su diversidad cultural. La afectación al pluralismo es entonces evidente, y por ello esas disposiciones serán retiradas del ordenamiento.

Conclusiones

Con base en lo expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. El inimputable por razones de diversidad cultural responde penalmente y el proceso, mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, debe llevarse hasta su culminación (salvo que existan causales de cesación o preclusión) pero no se le impone ninguna medida de seguridad. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales. En otro contexto distinto, el art. 75 del Código Penal, que regula el trastorno mental transitorio sin base patológica, previó una solución similar. El inimputable puede permanecer en nuestro ámbito cultural.

2. 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.

Unidad normativa.

38- La Corte concluye entonces que el numeral 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal son inexecutable pues se traducen en una penalización de la diversidad cultural. Ahora bien, esta Corporación constata que el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal presenta el mismo vicio de inconstitucionalidad pues, al regular las medidas de protección para los inimputables, establece que "cuando se tratare de indígenas inimputables por diversidad sociocultural se dispondrá como medida de protección, si el perito oficial lo aconsejare, la reintegración provisional a su medio social". Por consiguiente, con base en la facultad prevista en el inciso tercero del artículo 6° del decreto 2067 de 1991, que permite a la Corte, con el fin de evitar que la decisión sea inocua, señalar en la sentencia aquellas disposiciones que conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales, esta Corporación procederá a declarar también la inexecutable del artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en

nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLE la expresión “diversidad sociocultural” del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, bajo los siguientes dos entendidos: i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que 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.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLES el numeral 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, y el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-370/02

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-
Modalidades de penas y medidas de seguridad (Salvamento de voto)

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Vocación de protección, curación, tutela y rehabilitación
(Salvamento de voto)

MEDIDAS DE SEGURIDAD-Distinta intensidad (Salvamento de voto)

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Finalidad constitucional de medida de
reintegración al medio cultural (Salvamento de voto)

El objetivo de la medida de reintegración al medio cultural obedece a la exigencia constitucional de protección a unos sujetos considerados inimputables. Debe cambiarse la concepción de atribuirle finalidades retributivas o sancionatorias a una medida claramente garantista, proteccionista y que busca una mejor convivencia dentro de la reconocida sociedad pluralista. La finalidad constitucional de proteger a las personas inimputables a través de la medida de aseguramiento se deduce de los valores, principios y normas de la Constitución.

INIMPUTABLE POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Reintegración al medio cultural es desarrollo legal del espíritu constitucional (Salvamento de voto)

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites constitucionales (Salvamento de voto)

Magistrado Ponente: Eduardo

Montealegre Lynett

Expediente: D-3751

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal.

Con el acostumbrado respeto, manifiesto mi disentimiento parcial con la posición mayoritaria adoptada por la Corte en la sentencia de la referencia, en relación con la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 69, numeral 4º, del art. 73 de la Ley 599 de 2000 y del art. 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, con fundamento en las siguientes

consideraciones:

Los artículos 69, numeral 4º y 73 del Código Penal, al igual que el art. 378 de la Ley 600 de 2000 no vulneran los preceptos constitucionales, por el contrario, constituyen un desarrollo legal de varios de sus disposiciones.

1. En primer lugar, el art. 150, numeral 2º de la Constitución Política le confiere al legislador la potestad de formular la política criminal del Estado, incluyendo la posibilidad de establecer las distintas modalidades de penas y medidas de seguridad, aplicables a los imputables e inimputables, respectivamente.

A nivel general, las medidas de aseguramiento, a diferencia de las medidas punitivas, no tienen vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación.³³ Si bien estas finalidades se han determinado como comunes a todos los tipos de medidas de seguridad (la internación en establecimiento psiquiátrico, la internación en casa de estudio o trabajo y la libertad vigilada, en el Código Penal actualmente vigente), concurren con distinta intensidad en las diferentes medidas de seguridad. En la “reintegración al medio cultural propio” debe resaltarse el elemento de “protección” para constatar que tiende a la realización de un fin constitucional legítimo. Sorprende como, en esta oportunidad, la Corporación se esfuerza por modificar las concepciones que generalmente se le atribuyen a otros conceptos (como desvirtuar la equiparación de inimputabilidad con inmadurez psicológica, o la consideración peyorativa que se tiene del inimputable) y sin embargo sostiene sin un análisis adicional y profundo que la medida de seguridad de “reintegración al medio cultural propio” tiene “implícita una finalidad de cura o rehabilitación.” (fl. 39) Era esta la oportunidad para realizar un debate acerca de esta nueva figura y su diferencia con las demás consagradas en el art. 69 del nuevo Código Penal.

Al igual que el dialogo procesal fue aceptado por sus fines preventivos, como lo señala la decisión mayoritaria, “pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos” (fl. 40), la misma finalidad es perseguida con la medida de seguridad declarada inexecutable. El objetivo de la medida de reintegración al medio cultural obedece a la exigencia constitucional de protección a unos sujetos considerados inimputables. Debe cambiarse la concepción de atribuirle finalidades retributivas o sancionatorias a una medida claramente garantista, proteccionista y que busca una mejor convivencia dentro de la reconocida sociedad pluralista.

2. La finalidad constitucional de proteger a las personas inimputables a través de la medida de aseguramiento declarada inexecutable se deduce de los valores, principios y normas de la Constitución.

En primer lugar, de la dignidad humana consagrada en el art. 1º de la Carta, por que busca garantizar un tratamiento acorde con las necesidades y las situación particular del inimputable, como se estableció en la sentencia C-176 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En segundo lugar, del art. 2º, que establece el deber estatal de promover la prosperidad

general y de proteger a todas las personas en sus vidas, creencias, derechos y libertades, lo cual se busca con la reintegración del inimputable por diversidad sociocultural al medio cultural que comprende y al cual pertenece.

Adicionalmente, la creación de una medida de seguridad que no pretende darle un tratamiento igual a los desiguales, sino un tratamiento acorde con el motivo y fundamento de la diferenciación, es consistente con la protección a la diversidad étnica y cultural consagrada en el art. 7º y con el deber de promoción de una igualdad real y efectiva como lo señala el parágrafo segundo del art. 13. En efecto, en la sentencia C-176 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se declaró la necesidad de tratar de manera diferente a los inimputables en relación con los imputables para cumplir con el mandato constitucional a la igualdad. Igualmente, dentro del nivel de los inimputables existen diferencias que justifican la creación de una medida de aseguramiento distinta según el tipo de causal.

Por consiguiente, los anteriores preceptos sirven de fundamento constitucional para considerar que la medida de aseguramiento consistente en la reintegración al medio cultural del inimputable por diversidad cultural es un desarrollo legal del espíritu constitucional.

3. La consagración por parte del legislador de la reintegración al medio cultural propio como una medida de seguridad para aquellos inimputables declarados como tales en razón a su diversidad sociocultural, constituye una medida razonable y proporcional dentro del ordenamiento constitucional. Esta Corporación se ha manifestado sobre el límite constitucional al poder punitivo del Estado que consiste en que dichas penas y medidas de aseguramiento deben ser razonables y proporcionales, en relación con la conducta punible desplegada por el sujeto.³⁴

“Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento. (...) Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.”³⁵

Nuevamente es del principio de igualdad que se deriva la exigencia de que las medidas adoptados por el legislador sean razonables y proporcionales, para lo cual es necesaria una evaluación entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

Considero que la medida de aseguramiento consagrada en los artículos 69, numeral 4º y 73 de la Ley 599 de 2000 y en el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 no está excediendo los límites constitucionales impuestos al legislador en su ejercicio de creación de política criminal. Por el contrario, la medida consistente en la reintegración al medio cultural propio es razonable teniendo en cuenta que persigue un fin constitucional legítimo y que la causal que genera la inimputabilidad (diversidad sociocultural) y es proporcional para conseguir tanto la protección del inimputable, como la protección social.

Fecha ut Supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-370/02

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Improcedencia de condicionamiento por mantenimiento de sesgo peyorativo (Salvamento parcial de voto)

INIMPUTABILIDAD-Incapacidad (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTEGRADORA EN INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Inexequibilidad de expresión precisando eventos cubiertos por causal de error de prohibición culturalmente condicionado (Salvamento parcial de voto)

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Argumentos de condicionamiento (Salvamento parcial de voto)

DIVERSIDAD CULTURAL-No exigencia de un extremo deber de diligencia para familiarizarse con valores culturales dominantes y bienes jurídicos del ordenamiento penal (Salvamento parcial de voto)

DIVERSIDAD CULTURAL-Desproporcionalidad de obligación de grupos minoritarios a tener cuidado en familiarizarse con valores culturales dominantes (Salvamento parcial de voto)

IGUALDAD ENTRE CULTURAS (Salvamento parcial de voto)

DIVERSIDAD CULTURAL-Prohibición al derecho penal de criminalización/DIVERSIDAD CULTURAL-No obligación a miembro de grupo minoritario de conocimiento total del derecho penal nacional (Salvamento parcial de voto)

ESTADO MULTICULTURAL-Operancia de error de prohibición culturalmente condicionado (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTEGRADORA-Alcance (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTEGRADORA-Contenido sustituto (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTEGRADORA EN INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Absolución por error de prohibición culturalmente condicionado (Salvamento parcial de voto)

DERECHO PENAL MINIMO-Consagración constitucional (Salvamento parcial de voto)

1- Comparto plenamente la orientación constitucional de la presente sentencia, que, al amparar el pluralismo étnico y cultural, pretende excluir cualquier forma de criminalización de la diversidad cultural. Y por ello considero que la decisión de la Corte de condicionar el alcance de la inimputabilidad por diversidad cultural a fin de quitarle todo sentido punitivo y toda connotación peyorativa, y de retirar del ordenamiento la medida de seguridad de retorno forzado a su medio cultural, representa un avance importante en la construcción de un Estado pluriétnico y pluricultural, que ve en la diversidad cultural no una amenaza sino una fuente insustituible de riqueza, que es necesario proteger y promover (CP 7º, 8º y 70). A

pesar de lo anterior y con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me veo obligado a salvar parcialmente mi voto, por cuanto no comparto la idea de que la mejor forma de lograr esos propósitos, sea condicionando el alcance de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural. Según mi criterio, ese condicionamiento no es procedente, por cuanto inevitablemente la inimputabilidad mantiene un sesgo peyorativo, debido a que esta figura en la teoría del delito, está estructurada sobre la idea de incapacidad del sujeto, ya sea cognitiva o valorativa. La incapacidad es entonces de la esencia misma del concepto de inimputabilidad. Y quien dice que alguien es incapaz, en cierta medida lo considera una persona inferior y no una persona distinta. Por ello intentar quitarle a la inimputabilidad esa connotación peyorativa equivale a intentar redefinir un cuadrado como una figura que no tiene cuatro lados. Pero es obvio que eso no puede hacerse, por cuanto es propio del cuadrado tener cuatro lados, así como es propio de la inimputabilidad considerar a la persona un incapaz, ya sea en términos cognitivos o volitivos.

En tales circunstancias, considero que era más adecuada la propuesta que traía el proyecto originario, según la cual la solución consistía en declarar la inexecutable de la expresión acusada, pero precisando, por medio de una sentencia integradora, que los eventos previstos por la inimputabilidad por diversidad cultural se encuentran cubiertos por la causal de inculpabilidad de rango constitucional, del error de prohibición culturalmente condicionado.

2- La Corte no acogió la anterior propuesta y prefirió condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, con base en los argumentos señalados en los fundamentos 26 y siguientes de la sentencia, y que son básicamente dos: de un lado, que la declaración de inexecutable de esa figura podía ser contraproducente para la propia protección de la diversidad cultural, pues ciertos comportamientos realizados por un indígena o un miembro de una minoría cultural, que hoy son cubiertos por la inimputabilidad, podrían ser objeto de pena, incluso privativa de la libertad, debido a que las causales de exclusión de responsabilidad exigen que el error de prohibición sea invencible, y no cubren expresamente la situación de quien no comprende en abstracto la ilicitud de su comportamiento, pero si hubiera actuado con diligencia y cuidado, habría superado el error. Y de otro lado, que la inexecutable de la inimputabilidad por diversidad cultural podría dejar desprotegidos bienes jurídicos amparados por el ordenamiento nacional, pues no existirían medidas de seguridad contra las conductas típicas y antijurídicas de los indígenas o miembros de otras minorías culturales. Ninguno de los dos argumentos nos parece convincente, por las razones que brevemente indicaré.

3- La sentencia tiene razón en señalar que el estatuto punitivo exige que el error de prohibición sea invencible para que pueda configurar una causal de exclusión de la responsabilidad, mientras que la inimputabilidad por diversidad cultural no contiene esa exigencia. Sin embargo, la salida a esa situación no consistía en mantener la inimputabilidad por diversidad cultural, que tiene inevitablemente una connotación peyorativa, sino en preguntarse si en un Estado multicultural, que reconoce y promueve la diversidad, es legítimo exigir de los indígenas o de los miembros de grupos culturales diversos, que desplieguen un extremo deber de diligencia, a fin de familiarizarse con los valores culturales dominantes y con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal nacional. A mi juicio la respuesta al anterior interrogante es negativa pues si, conforme a la Carta, todas las

culturas que conviven en el país son igualmente dignas, y el Estado reconoce y promueve la diversidad cultural (CP arts. 7°, 8° y 70), entonces resulta desproporcionado obligar a los miembros de los grupos culturalmente minoritarios a tener todo el cuidado en familiarizarse con los valores culturales dominantes. Admitir que se puede imponer esa exigencia equivale a admitir una forma de criminalización de la diversidad cultural, lo cual es incompatible con el reconocimiento de la igualdad entre las culturas (CP art. 70). Considero entonces que la consagración de un Estado pluralista, pluriétnico y multicultural, tiene una inevitable implicación, y es la siguiente: Está vedado al derecho penal criminalizar la diversidad cultural, y por ello no puede obligarse, con amenaza de sanción penal, al miembro de un grupo cultural minoritario a que diligentemente conozca todo el contenido del derecho penal nacional.

4- El análisis precedente muestra que, en estricto análisis legal, la sentencia tiene razón en indicar que si alguien comete una conducta típica y antijurídica pero, por su diversidad cultural, no comprende su ilicitud o no puede determinarse con base en dicha comprensión, no siempre se configura un error de prohibición, pues si el yerro es evitable, no opera esa causal de exclusión de la responsabilidad. Sin embargo, la conclusión no era mantener para esos eventos la inimputabilidad por diversidad cultural, por cuanto esa figura tiene una connotación peyorativa. La solución era señalar que el reconocimiento constitucional de un Estado multicultural, impide penalizar la falta de diligencia en esos casos y que por ende, hay que concluir que también en esos eventos operaba por mandato directo de la Carta, un error de prohibición culturalmente condicionado, tal y como lo hacía la ponencia originaria.

5- En ese mismo orden de ideas, es cierto que algunos pueden también argumentar que el error de prohibición no cubre la situación de aquel individuo que comprende en abstracto la ilicitud de su comportamiento, pero no puede determinarse en concreto con base en esa comprensión. Sin embargo, no sólo en términos de teoría del delito esa conclusión es discutible, pues no es exigible de una persona que se abstenga de realizar una conducta si en realidad carece de la capacidad volitiva para evitar el comportamiento, sino que, además, en un Estado multicultural, debe entenderse que no puede penalizarse a aquella persona que en abstracto conoce la ilicitud de una conducta pero, por su particular cosmovisión y por su especificidad cultural, no puede evitarla.

6- Por todo lo anterior, considero que la mejor forma de proteger la diversidad cultural era declarando la inconstitucionalidad de todas las disposiciones acusadas. Y con el fin de evitar que algunos pudieran interpretar esa decisión como una desprotección de la diversidad cultural, que podría permitir la penalización de quienes, en el momento de ejecutar una conducta típica y antijurídica, no tuvieron, por su diversidad sociocultural, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión, la Corte hubiera podido recurrir a una sentencia integradora, como lo proponía el proyecto originario. Y es que en anteriores oportunidades, la Corte ha señalado que si una decisión de inexecutable puede generar un vacío legal, que es constitucionalmente traumático, entonces una de las posibilidades que tiene esta Corporación es llenar, ella misma, “el vacío legal que produce la declaración de inexecutable de la disposición acusada, por medio de una modalidad de sentencia integradora, pues el vacío de regulación, es llenado por medio de un nuevo mandato que la sentencia integra al sistema jurídico, proyectando directamente los mandatos constitucionales en el ordenamiento legal”³⁶. Y

efectivamente, desde sus primeras sentencias, esta Corporación ha recurrido a esas modalidades de sentencias integradoras, para llenar los vacíos provocados por una decisión de inexecutable, como lo muestran los siguientes tres ejemplos: así, la sentencia C-543 de 1992, MP José Gregorio Hernández Galindo, declaró la inexecutable de las normas que regulaban la tutela contra sentencias, pero precisó que el amparo constitucional procedía contra las vías de hecho judiciales. Por su parte, la sentencia C-113 de 1993, MP Jorge Arango Mejía, estudió la constitucionalidad del artículo 21 del decreto 2067 de 1991, según el cual los fallos de la Corte sólo tendrían efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución. La Corte retiró del ordenamiento esa disposición pues consideró que la ley no podía regular los efectos de los fallos del tribunal constitucional. Pero esa sentencia no se limitó a declarar la inexecutable de ese artículo sino que estableció un contenido sustituto, pues precisó que corresponde a la propia Corte fijar los efectos de sus fallos. Finalmente, la sentencia C-112 de 2000, MP Alejandro Martínez, declaró inexecutable la expresión “de la mujer” del artículo 131 del Código Civil, pues concluyó que ésta implicaba una discriminación por razón de sexo, ya que obligaba, sin clara justificación, que el matrimonio se realizara ante el juez del distrito de la vecindad de la mujer. Sin embargo, como una decisión de inexecutable simple generaba problemas constitucionales, pues no quedaba claro cuál era el funcionario competente, por el factor territorial, para celebrar el matrimonio, la Corte recurrió a una sentencia integradora. La Corte explicó su decisión en los siguientes términos:

“Es claro que en este caso procede una sentencia integradora, por cuanto la Corte ha concluido que la ley puede válidamente establecer que es competente el juez del lugar de residencia de los contrayentes, pero que es inconstitucional preferir el domicilio de la mujer. Por ende, esta Corporación debe declarar la executable del mandato relativo al domicilio de los contrayentes, pero la inconstitucionalidad de la referencia exclusiva al lugar de residencia de la mujer. En tal contexto, el vacío normativo resultante sólo puede ser llenado de una forma, y es la siguiente: en virtud del principio de igualdad entre los sexos (CP arts 13 y 43), debe entenderse que el funcionario competente para celebrar el matrimonio es el juez municipal o promiscuo de la vecindad de cualquiera de los contrayentes a prevención. Tal será entonces la decisión de esta Corte”³⁷.

Y efectivamente, la parte resolutive de esa sentencia fue la siguiente:

“Declarar INEXECUIBLE la expresión “de la mujer” del artículo 131 del Código Civil, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad entre los sexos (CP arts 13 y 43), se trata del juez de la vecindad de aquel contrayente, cuyo domicilio fue escogido por los futuros cónyuges como lugar para celebrar el matrimonio”.

7- En tales circunstancias, y para evitar cualquier penalización de la diversidad cultural, la Corte debió no sólo declarar la inexecutable de las disposiciones acusadas sino también recurrir a una modalidad de sentencia integradora, precisando, en la parte resolutive, que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural era retirada del ordenamiento, en el entendido de que, en virtud del reconocimiento constitucional del pluralismo y la multiculturalidad (CP arts. 7º, 8º y 70), debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado, a aquella persona que, en el momento de ejecutar una conducta

típica y antijurídica, no tuviere, por su diversidad sociocultural, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión.

8- Finalmente, frente a la objeción de que esa decisión podía desproteger bienes jurídicos amparados por el orden penal nacional, bastan los siguientes dos comentarios. De un lado, es claro que no todas las afectaciones de bienes jurídicos, debido a comportamientos típicos y antijurídicos, por personas que tienen unos valores culturales distintos a los previstos en el ordenamiento penal son inculpables. Es necesario que la particular cosmovisión haya impedido a la persona comprender la ilicitud de su comportamiento, o determinarse con base en comprensión. Si eso no es así, su comportamiento puede caer en el ámbito penal. Y en caso de ser un indígena, será juzgado, ya sea por la justicia nacional, ya sea por las autoridades indígenas, según los principios que regulan la articulación entre esas jurisdicciones, que ya fueron explicados por esta Corte en anteriores oportunidades³⁸.

9- Por otro lado, es claro que la imposibilidad de recurrir al derecho penal en esos casos, dado el carácter multicultural del Estado colombiano, no significa que el Estado carezca de herramientas para amparar esos bienes jurídicos. Es más, la Carta, aunque reconoce al Legislador un margen de discreción para desarrollar la política criminal, opta por un esquema de derecho penal mínimo, pues si bien impone deberes importantes al Estado y a los particulares, a fin de construir un orden justo, no privilegia los instrumentos punitivos para alcanzar esos fines. Y eso es perfectamente natural, pues si el derecho penal es la forma más invasiva de control social, por su intensa afectación de la libertad, resulta impropio que un Estado que privilegia los derechos fundamentales, recurra innecesaria o desproporcionadamente a las estrategias punitivas. La cláusula del Estado social de derecho (CP art. 1º), y los deberes de justicia y solidaridad que ella imponen (CP art. 2º), lejos de implicar una fuga hacia el derecho penal, tienden a todo lo contrario: a una minimización de la intervención punitiva del Estado, pues el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, son realizables por vías distintas a la penal, como la prevalencia del gasto público social, la adopción de medidas a favor de las poblaciones desprotegidas, o el uso de mecanismos administrativos de control (CP arts. 13 y 350). Y estas intervenciones estatales no penales deberían conducir a la sociedad colombiana a la consolidación de un orden más justo (CP art. 2º), que haga cada vez más innecesario el recurso a las medidas punitivas.

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).

10- Por todo lo anterior, aunque reconozco que la presente sentencia representa un avance importante en la despenalización de la diversidad cultural y en la construcción efectiva de un Estado multicultural y pluriétnico, considero que la solución más adecuada era declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural, en el entendido de que esos comportamientos se ven excluidos de responsabilidad penal por mandato directo de la Carta.

Fecha ut supra,

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

1 Concepto rendido por Carlos Vladimir Zambrano, antropólogo social y politólogo, Ph. D. Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

2 Juan Manuel Charry Urueña, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

3 Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano y Francois Correa (profesor asociado del Departamento de Antropología de la Universidad Nacional de Colombia.)

4 Ver concepto de Vladimir Zambrano

5 De la misma forma, Luis Fernando Alvarez Londoño S.J., Decano académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, interviene previo concepto del director del departamento de Derecho Penal, Bernardo Gaitán Mahecha, y considera que la diversidad sociocultural parece referirse a los indígenas y los estados similares a toda forma de cultura que coloque a la persona en estado de incapacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Los indígenas y diversos socioculturales tendrán que no haber estado en posibilidad, en términos razonables, de tener conocimiento de lo injusto de su conducta. Con todo, en su concepto, debe precisarse el alcance y significado del artículo 33 del Código Penal limitándolo a pueblos indígenas.

6 Ver el concepto de Carlos Vladmir Zambrano.

7 Ver concepto de Carlos Vladimir Zambrano. En la misma línea, Francois Correa Rubio considera que la dificultad es que la norma asocia diversidad cultural con inmadurez psicológica y el trastorno mental como razones de inimputabilidad. Por ello sugiere tomar las medidas jurídicas pertinentes para desproveer el espíritu que motiva la ley de ese contexto.

8 Ver el concepto de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia suscrito por el profesor Francisco Acuña

9 Similar posición esgrimen Victoria Eugenia Villegas, Coordinadora de Psiquiatría y Psicología Forense, Andrés Patiño Umaña, Coordinador grupo de Antropología Forense, Cesar Sanabria Medina, Antropólogo Forense, María Idalid Carreño, Médica Psiquiatra Forense, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Para ellos existe ambigüedad en los criterios de diversidad cultural e inimputabilidad ya que se niega el derecho de reconocimiento y autoafirmación de quienes pertenecen a grupos étnicos diferentes a la sociedad dominante. Poner al indígena como acreedor a medida de seguridad dentro de la situación de inmadurez psicológica diciendo que son inimputables a priori es un abuso o por

lo menos un atrevimiento (Gaviria, Jaime. Enfoque psiquiátrico del trastorno mental como fuente de inimputabilidad. Septiembre. 1981.). Para estos ciudadanos, el juzgamiento de los indígenas desde la inimputabilidad es inadecuado e inconstitucional, pues no se trata de inferioridad psíquica, inmadurez psicológica o un trastorno mental, factores usados por el Código Penal para caracterizar a los inimputables (T-496 de 1996). El ser diverso socioculturalmente puede no alterar la comprensión y la autodeterminación y por eso no serían inimputables. Esto es entonces inconstitucional por atentar contra el debido proceso y la dignidad humana.

10 Ver intervención de Helena María Arcila López, directora general encargada de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior. En el mismo sentido se pronunciaron Angela María Estrada Mesa, Profesora asociada del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, Roberto Pineda y Fabricio Cabrera, profesores asociados del departamento de Antropología de la Universidad de los Andes.

11 Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano y Juan Manuel Charry

12 Angela María Estrada Mesa, Profesora asociada del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes

13 Victoria Eugenia Villegas, Coordinadora de Psiquiatría y Psicología Forense, Andrés Patiño Umaña, Coordinador grupo de Antropología Forense, Cesar Sanabria Medina, Antropólogo Forense, María Idalid Carreño, Médica Psiquiatra Forense, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

15 Victoria Eugenia Villegas, Coordinadora de Psiquiatría y Psicología Forense, Andrés Patiño Umaña, Coordinador grupo de Antropología Forense, Cesar Sanabria Medina, Antropólogo Forense, María Idalid Carreño, Médica Psiquiatra Forense, del Instituto Nacional de Medicina Legal Y Ciencias Forenses.

16 Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano y Juan Manuel Charry.

17 Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano, Juan Manuel Charry e Instituto de Medicina legal y ciencias forenses.

18 Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano, Juan Manuel Charry, Instituto de Medicina legal y ciencias forenses y . Una posición similar asume María Victoria Uribe, directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, quien considera que las comunidades afrocolombianas con tradiciones culturales propias, raizales y pueblo Rom, tienen especificidad sociocultural y existe actualmente discriminación, y por tanto lo deseable es que se busque el reconocimiento de las autoridades de estos grupos siguiendo el modelo del artículo 246 de la Constitución.

19 Sobre la relación entre control constitucional e interpretación legal, ver, entre otras, las sentencias C-109 de 1995, C-496 de 1994, C-389 de 1996, C-488 de 2000 y C-1255 de 2001

20 Sentencia C-239 de 1997. MP Carlos Gaviria Díaz, Consideración B-I-a. Ver también, entre otras, la sentencia C-425 de 1997.

- 21 Ver sentencia C-297 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, fundamentos 3 y ss.
- 22 Sentencia C-176 de 1993. MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 5.1.
- 23 Ver las sentencias T-401 de 1992, C-176 de 1993 y C-358 de 1997.
- 24 Sentencia C-176 de 1993, fundamento 5.2.
- 25 Sentencia C-176 de 1993, fundamento 6.2.
- 26 Sentencia C-070 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento 10. En el mismo sentido, ver las sentencias C-118 de 1996 y C-148 de 1998.
- 27 Ver, entre otras, las sentencias C-176 de 1993 y T-496 de 1996.
- 28 Sentencia C-176 de 1993. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 3. Criterio reiterado en la sentencia T-496 de 1996.
- 29 Sentencia T-496 de 1996. MP Carlos Gaviria Díaz, Consideración 2.3.2.
- 30 Un ejemplo bastante conocido del profesor argentino Eugenio Zaffaroni ilustra esa diferencia: según su parecer, un antropólogo puede saber que para un esquimal constituye una injuria grave, un delito, que un visitante rechace a su mujer, que él ha ofrecido bañada en orines. El visitante puede conocer abstractamente esa disposición, pero por su diversidad cultural, no puede aceptar a la mujer. (Citado por Raquel Irigoyen. "Control penal y diversidad cultural" en Conflicto social y derecho penal. Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, p 96).
- 31 Ver, entre otras, las sentencias C-109 de 1995, C-221 de 1997 y C-112 de 2000.
- 32 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de octubre de 1986. MP Rodolfo Mantilla Jácome en Gaceta Judicial No 2424, pp 430 y 431.
- 33 C-176 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-297 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.
- 34 C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- 35 C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- 36 Sentencia C-112 de 2000, fundamento 17.
- 37 Sentencia C-112 de 2000, fundamento 19.
- 38 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-496 de 1996 y T-344 de 1998.