



COMUNICADO **11**

Abril 14 de 2023

Sentencia C-103-23

M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Expedientes: D-14.747, D-14.752 y D-14.754 acumulados

LA CORTE DECIDIÓ ESTARSE A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA C-014 DE 2023, EN LA MAYORÍA DE LOS CARGOS FORMULADOS, INHIBIRSE RESPECTO A LA EXPRESIÓN CUESTIONADA DEL ARTÍCULO 21.8 DE LA LEY 2197 DE 2022 Y DECLARAR EXEQUIBLE, POR EL POSIBLE DESCONOCIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA, LOS APARTES CUESTIONADOS DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 2197 DE 2022, “POR MEDIO DE LA CUAL SE DICTAN NORMAS TENDIENTES AL FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”

1. Normas acusadas

“LEY 2197 DE 2022

(enero 25)

Diario Oficial No. 51.928 de 25 de enero de 2022

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

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

Artículo 33A. **Medidas en caso de declaratoria de inimputabilidad.** En los casos de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición.

Si con posterioridad a la implementación de las medidas de pedagogía y diálogo, el agente insiste en el desarrollo de conductas punibles contra el mismo bien jurídico tutelado, las nuevas acciones no se entenderán

amparadas conforme con las causales de ausencia de responsabilidad o de imputabilidad¹.

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

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

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

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

¹ La norma enunciada en este inciso fue declarada inexecutable en la sentencia C-014 de 2023.

1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de “sesenta (60) años”², excepto en los casos de concurso.

2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.

3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.

ARTÍCULO 13. <Artículo corregido por el artículo 6 del Decreto 207 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> Adiciónese un artículo 264A a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:

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

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

Cuando la conducta se realice mediante el concurso de un grupo o colectivo de

personas, la pena se incrementará en una tercera parte.

Cuando la conducta se realice contra bienes de patrimonio del Estado, bienes de dominio público, patrimonio cultural o inmuebles fiscales, la pena se incrementará en una tercera parte y si se trata de bienes fiscales necesarios a la prestación de un servicio público esencial la pena se incrementará en la mitad³.

ARTÍCULO 21. <Artículo corregido por el artículo 9 del Decreto 207 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> Modifíquese el numeral 5 y adiciónese el numeral 8 al artículo 310 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

(...)

8. Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración autónoma del peligro para la comunidad, si la persona “fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos”⁴ u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico”.

² Esta expresión fue declarada inexecutable en la sentencia C-014 de 2023.

³ La norma contenida en este artículo fue declarada inexecutable en la sentencia C-014 de 2023.

⁴ Esta expresión fue declarada inexecutable en la sentencia C-014 de 2023.

2. Decisión

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

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

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

3. Síntesis de los fundamentos

Después de estudiar la delimitación de los cuestionamientos, como consecuencia del proceso de admisión y de súplica, así como de la ineptitud sustantiva de uno de los cargos (el formulado contra el artículo 21.8 de la Ley 2197 de 2022), la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 2197 de 2022 a la luz de los cargos formulados por el supuesto incumplimiento del proceso de consulta previa consagrado en el Convenio 169 de 1991 de la OIT. En este marco, en sesión del 14 de abril de 2023, la ponencia presentada por el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar no obtuvo la mayoría de los votos requeridos para su aprobación, razón por la cual el expediente fue rotado al magistrado Alejandro Linares Cantillo, quien, junto con la mayoría, concluyó que la disposición demandada era exequible por los cargos estudiados, con fundamento en los siguientes argumentos estructurales

1. Después de reconocer que la Sentencia C-014 de 2023 declaró inexecutable el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 2197 de 2022, la Sala Plena analizó la constitucionalidad de los demás apartados de la disposición. En razón a ello, le correspondió estudiar la naturaleza de la implementación de medidas pedagógicas y de diálogo en los eventos en los cuales se presente la inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado. Para este fin, concluyó, en *primer lugar*, que se trata de una disposición de carácter general que no sólo aplica a las comunidades étnicas y, en *segundo lugar*, que en caso de hacerlo, de acuerdo con las condiciones específicas de cada supuesto, tal análisis no se puede efectuar al margen de lo dispuesto en la Sentencia C-370 de 2002, que explicó que la diversidad cultural no puede ser entendida como una medida de rehabilitación pues ello implicaría una homogenización artificiosa, sino que, por el contrario, al ser Colombia un Estado pluralista en materia cultural, ella debe valorarse como un mecanismo de tutela en favor de quien es culturalmente diverso. Según se explicó en su momento:

“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 (...).”

2. En consecuencia, la Corte consideró que la disposición demandada se inscribe en un marco más amplio en donde es posible valorar la identidad cultural del sujeto, sin que ello determine, de forma necesaria, la necesidad de realizar consulta previa en virtud de la naturaleza y el marco de las medidas fijadas en la disposición demandada.

No se trata de que el individuo culturalmente diverso esté desprotegido ante la imposición de la comunidad mayoritaria, sino de que se adopten medidas para la comprensión mutua de las divergencias que pueden llevar a que determinada conducta no sea aceptada por el derecho mayoritario, sin imponer -de ninguna manera- la comprensión particular del mundo, pero tampoco sin aislar al sujeto de la complejidad y de las tensiones

surgidas por la existencia simultánea de jurisdicciones y de aproximaciones divergentes a la realidad. Así, ello busca establecer canales de diálogo con la jurisdicción especial indígena, sin afectar su cultura o partir de la subordinación del derecho étnico al mayoritario.

3. En consecuencia, en el marco constitucional descrito y teniendo en consideración que la disposición no autoriza un proceso de sometimiento cultural, la mayoría de la Sala consideró que no se había desconocido el proceso de consulta previa para la aprobación del artículo 4° de la Ley 2197 de 2022, por cuanto se trata de una disposición de carácter general que también aplica en favor de ciertos extranjeros y que, en todo caso, en relación con las comunidades étnicas implica valorar el principio de favorabilidad, desarrollado en la Sentencia C-290 de 2017. De conformidad con este pronunciamiento, en cada caso debe analizarse si se trata de una medida que acrecienta la participación de ellas, con fundamento en el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT, el cual sostiene que la aplicación de las disposiciones del convenio no puede menoscabar los derechos y ventajas concedidas -entre otras- en leyes o acuerdos nacionales. En consecuencia, constituye un sinsentido eliminar su participación en estos procesos que se sustentan en la comprensión diferenciada de la cultura y que, precisamente, protegen a la persona involucrada.

4. Por ello, se reiteró lo explicado en esta última providencia que afirmó que el Convenio 169 “(...) establece garantías mínimas y no máximas, excluyendo las interpretaciones que tengan resultados que sean hostiles o antagónicos a derechos vigentes más favorables”.

4. Salvamentos y aclaración de voto

El magistrado **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**, a quien en un principio le fueron repartidos los expedientes de la referencia y presentó proyecto de fallo que no obtuvo la mayoría, salvó el voto, junto con la magistrada **DIANA FAJARDO RIVERA** y el magistrado **JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ**, respecto de la decisión adoptada en el resolutivo tercero.

De otro lado, el magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** aclaró el voto en relación con la decisión que dio lugar a la adopción del resolutivo segundo. Mientras que la magistrada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** y el magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** se reservaron la posibilidad de aclarar su voto.

El magistrado **Ibáñez Najar** salvó parcialmente el voto respecto de la declaración de exequibilidad de los incisos 1 y 3 y del párrafo del artículo 4 de la Ley 2197 de 2022. A juicio del magistrado, las normas previstas en tales enunciados, por afectar de manera directa y especial a las comunidades indígenas y a los pueblos tribales, han debido someterse a consulta previa. Como se estableció por medio de las pruebas que obran en el proceso, dicha consulta no se hizo. En razón de las anteriores circunstancias, la decisión ha debido ser la de declarar la inexecutable de las referidas normas.

Recordó que la consulta previa es un derecho que busca proteger la cultura minoritaria de los pueblos indígenas y tribales de las afectaciones directas y especiales que pueden sufrir en razón de decisiones o medidas normativas que se lleguen a adoptar. Desde la Sentencia SU-039 de 1997, esta Corte ha señalado que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental, pues se trata de un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de dichas comunidades y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. Se trata de un derecho de carácter irrenunciable que implica obligaciones tanto para el Estado como para los particulares y, en virtud del cual, las decisiones que puedan afectar a dichas comunidades, les deben ser consultadas previamente, para que tengan la oportunidad de expresar su opinión sobre las medidas a adoptar y sobre la afectación que ellas suponen para su vida y su cultura. A esta conclusión ha llegado la Corporación, a partir del Convenio 169 de 1989 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, y de otros instrumentos ilustrativos como la Declaración Universal sobre los derechos de los pueblos indígenas del año 2007.

En esa medida, la jurisprudencia de esta Corporación, ha identificado una serie de criterios generales y específicos para la aplicación de la consulta previa. Entre los primeros, se encuentran: 1) que el objetivo sea el de obtener el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad; 2) la actuación de las partes esté guiada por el principio de buena fe; 3) la participación de las comunidades debe ser activa y efectiva y no meramente formal, de manera que su punto de vista tenga incidencia en la decisión que adopten las autoridades correspondientes; 4) se trata de un proceso de diálogo que no constituye un derecho de veto de las comunidades; y, 5) debe ser flexible de manera que se adapte a las necesidades de dichos pueblos. Por su parte, los criterios específicos hacen referencia a que: 1) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen; 2) el modo de realizarla (consulta

de la consulta o pre consulta), debe obligatoriamente ser definido junto con la comunidad; 3) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y 5) la realización de estudios sobre impacto ambiental y social es obligatoria, cuando la medida a adoptar sea de esa naturaleza.

En cuanto al concepto de **afectación directa**, clave para analizar la procedencia de la consulta previa, el magistrado Ibáñez Najar indicó que se ha dicho que para identificar lo que debe ser objeto de consulta, hay que tener en cuenta dos niveles de afectación: *“(i) uno general que deriva por ejemplo de las políticas y programas que de alguna manera conciernen a las comunidades indígenas y afrocolombianas y (ii) uno directo que se desprende de las medidas que pueden afectarlos específicamente.”* Asimismo, se ha precisado que la consulta es indispensable siempre que la comunidad vaya a ser objeto de una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. La Corte, además, ha especificado aún más los supuestos en los que se produce tal afectación, a partir de los siguientes criterios: *“(i) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios; (ii) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas; (iii) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los pueblos indígenas y (iv) cuando las medidas a implementar se traten sobre explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas.”*⁵

Para el magistrado **Ibáñez Najar**, en vista del desarrollo que le ha dado esta Corte al derecho fundamental a la consulta previa, era claro que las normas demandadas -declaradas exequibles-, debieron ser consultadas con las distintas comunidades indígenas y tribales que coexisten en el territorio nacional. Esto es así, porque los destinatarios de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 no son todas las personas en general, sino únicamente aquellas que se encuentren en alguna de estas situaciones: 1) cuando se declare su inimputabilidad por diversidad sociocultural o 2)

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-308 de 2018.

cuando se reconozca su inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado. Es decir, que la norma demandada aplica solo para las personas que tengan una cultura distinta a la mayoritaria. Así lo establece claramente el supuesto de hecho de la norma demandada, no siendo el factor cultural un elemento más en la estructura de dicho supuesto, sino el elemento más relevante en él.

Además había que tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional, cuando se ha referido a la inimputabilidad por diversidad cultural, lo ha hecho en relación con los pueblos étnicos.⁶ De ahí que, a juicio del magistrado **Ibáñez Najjar**, era evidente que las normas demandadas, indefectiblemente, tienen incidencia directa en esas comunidades y en su cultura, pues en ellas se prevé, para las personas que tienen una cultura diversa, un proceso de adaptación a la cultura mayoritaria, en la medida en que dispone su educación obligatoria en elementos de esta última. Afirmó que las normas demandadas no son generales. Se refieren específicamente a personas que tienen una cultura diversa, que es diferente a la mayoritaria. Así lo puso de presente el propio legislador en la exposición de motivos de lo que a la postre es la Ley 2197 de 2022, pues al referirse al artículo 4 de la misma, argumentó en términos de una “cultura mayoritaria” y de otras culturas, que serían minoritarias. La diferencia entre la primera y las últimas es, justamente, su cultura, la cual se afina en su particular cosmovisión y es, como ya se advirtió, lo que se protege por medio de la consulta previa. Observó que el supuesto de hecho de las normas demandadas no incluye a las personas que hacen parte de la cultura mayoritaria, quienes no tienen una diversidad sociocultural que les haga inimputables y/o no tienen una cultura distinta que lleve a que se reconozca su inculpabilidad por un error de prohibición culturalmente condicionado. Por esta razón objetiva, dada por el supuesto de hecho de tales normas, sus destinatarios sólo son las personas socioculturalmente diversas, valga decir, los miembros de las comunidades indígenas o de los pueblos tribales. En este sentido, dichas normas implican una afectación directa y especial a estas comunidades y pueblos. Por ello, ha debido ser sometida a consulta y, como ello no se hizo, correspondía declarar su inexecutableidad.

En concepto del magistrado **Ibáñez Najjar**, las anteriores conclusiones se reforzaban al analizar la consecuencia jurídica prevista en las referidas normas. En efecto, en ellas se faculta a la Fiscalía para ordenar a la

⁶ Ver Sentencia C-070 de 2022.

autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y de diálogo con el agente que, como ya se dijo, siempre será una persona que tiene una cultura diferente a la mayoritaria. Y el propósito de esas medidas no es otro más que informar a esa persona culturalmente diversa que, a juicio de la cultura mayoritaria, en este caso recogido en la ley penal, existen ciertas conductas que se consideran delitos, respecto de las cuales esa misma ley prevé una serie de sanciones, entre las cuales está la pena privativa de la libertad. De manera que, por esta vía, esas personas serán sometidas a un proceso de aculturización o de adaptación a la concepción mayoritaria del injusto penal. Y esto debe ser sometido a consulta previa. Lo anterior, sin lugar a dudas, tiene consecuencias en su vida social y en su cultura, pues afecta directamente su forma de entender la conducta humana, a partir de su particular cosmovisión. Así, por ejemplo, una conducta que al interior de las referidas comunidades o pueblos puede considerarse como no nociva puede ser, al mismo tiempo, a juicio de la cultura mayoritaria constitutiva de delito.

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

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

Finalmente, la magistrada **Fajardo Rivera** sostuvo, en su salvamento parcial de voto, que la tesis mayoritaria se construye sobre dos paradojas que minan los derechos de los pueblos indígenas y la aspiración del Constituyente de

construir un Estado pluralista, participativo y respetuoso de la diversidad. La primera paradoja consiste en sostener que la medida no afecta a los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, indicar que busca profundizar el diálogo intercultural con tales pueblos, pues la última tesis desvirtúa evidentemente la primera. La segunda paradoja consiste en afirmar que la decisión de no consultar se sostiene en el principio de *favorabilidad* de los derechos humanos, pues ese principio ordenaría aplicar el estándar más alto de protección a los pueblos destinatarios del Convenio 169 de 1989 de 1989, estándar que se materializa en la garantía del derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de las medidas que les afectan. Así las cosas, se anuncia la aplicación del principio de favorabilidad para –en realidad– negar el acceso al estándar más favorable definido por los instrumentos de derechos humanos relevantes.

En criterio de la magistrada, esta decisión (i) va acompañada de una interpretación errónea del concepto de *favorabilidad*, como aquello percibido por las autoridades no-indígenas como *favorable para ellas*, y no como la obligación de lograr la mayor eficacia de cada derecho, incluida la consulta previa; (ii) pasa por alto que el impacto negativo o positivo de una medida debe evaluarse en el marco del diálogo de buena fe, y la participación activa y efectiva de los pueblos étnicos; y (iii) desconoce que la consulta previa procede también cuando una medida, en apariencia general, afecta de manera diferencial a los pueblos destinatarios del Convenio 169 de 1989, de la OIT.



DIANA FAJARDO RIVERA
Presidenta
Corte Constitucional de Colombia

