



Honorables Magistradas y Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Magistrada Ponente: **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**
Palacio de Justicia, Calle 12 N.º 7-65, Bogotá D.C.
secretaria3@corteconstitucional.gov.co
La Ciudad

Demandantes: **ROCÍO DEL PILAR PEÑA HUERTAS** y otros.

Referencia: Expediente número **D-14837** contra los artículos 4, 12 (p), 50 (p) y 52 (p) 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”.

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

Las(os) suscritos ciudadanas(os) **JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; **ÓSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS**, profesor titular de la Universidad Libre y miembro del Observatorio; **CAMILA ALEJANDRA ROZO LADINO**, abogada, auxiliar de investigación del Observatorio, **JENNER ALONSO TOBAR TORRES**, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y miembro del Observatorio; **JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ**, coordinador del Observatorio; **JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES**, profesor titular de derecho penal de la Universidad Libre seccional Cúcuta, jefe de área y miembro del Observatorio, **JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ**, investigador externo y auxiliar académico en el presente concepto de la Universidad Libre Seccional Cúcuta y **CRISTHIAN CAMILO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**, estudiante de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá y miembro del Observatorio; presentamos la siguiente intervención ciudadana en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991, conforme al núm. 1, del art. 242 de la CP y el art. 37 del Decreto 2067 de 1991, dentro del término establecido en el Auto del 25 de julio de 2022 y la fijación en lista que hizo la Secretaría General de la Corte Constitucional.



A. RESUMEN DEL PROCESO

El 25 de enero de 2022 se promulgó 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”.

El 27 de mayo de 2022 vía correo electrónico, los ciudadanos ROCÍO DEL PILA PEÑA HUERTAS, ANGIE JULIETH RAMÍREZ MONTES, LAURA VALENCIA HERRERA, LAURA PAOLA NAVIA REY, LINA MARÍA ORTEGA VAN ARCKEN, BRYAN TRIANA ALCINEZ, MILTON ALBERTO VALENCIA HERRERA, ANA VALENTINA NIETO CRUZ, CAROLINA CROSBY JIMÉNEZ, JOSÉ DAVID RUIZ BAREÑO Y SANTIAGO RAYO VANEGAS, adscritos al observatorio de tierras de la Universidad del Rosario presentaron demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 4, 12, 50 y 52 de la mencionada ley.

Mediante auto del 29 de junio de 2022 el magistrado ponente Antonio José Lizarazo Ocampo resolvió: (i) Admitir la demanda presentada en contra del artículo 4 por violación a los artículos 29 y 250 de la Constitución Política, (ii) Admitir la demanda presentada en contra del artículo 12 por violación al artículo 64 de la Constitución Política, pero inadmitir los cargos por violación a los artículos 65, 66 y 86 de la Constitución Política, (iii) Inadmitir la demanda contra los artículos 50 y 52 de la ley 2197 de 2022.

Debido a lo anterior, el 07 de julio de 2022 los accionantes procedieron a subsanar -parcialmente los cargos inadmitidos-, logrando que mediante auto del 25 de julio de 2022: (i) Se admitiera la demanda en contra del artículo 12 de la ley 2197 de 2022, por violación de los artículos 64 y 65 constitucional, y (ii) que se admitiera la demanda en contra del artículo 50 de la ley 2197 de 2022 por violación de los artículos 22 y 83 constitucionales.

Los demandantes no subsanaron los argumentos referidos a la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 2791 de 2022, por lo que se procedió a rechazar los cargos.

Dicho auto fue notificado mediante estado número 104 de 27 de julio de 2022 y el término de ejecutoria transcurrió sin que se recibiera recurso de súplica, por lo que mediante auto del 17 de agosto de 2022 se dispuso la fijación en lista de las disposiciones acusadas.

B. NORMAS LEGALES DEMANDADAS Y ARGUMENTOS ADMITIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Los demandantes plantean que cinco artículos de la Ley 2197 de 2022 sean controlados por ser inconstitucionales. Transcribiremos únicamente las dos normas legales demandadas y los argumentos admitidos por la Corte Constitucional respecto de las cuales este colectivo se pronunciará.

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



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

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

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

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

Según los demandantes, el art.12 desconoce los artículos 29 y 250 de la Constitución Política. En particular, frente al art. 250 indican que en este no se le asigna a la fiscalía la función de imponer sanciones propias de un juez de la república, por lo que la norma demandada excede las funciones que según la Constitución son potestad de los fiscales. Por otro lado, frente al art. 29 Constitucional, aducen que, en los casos de error invencible de prohibición, proveniente de diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable y, además, que el encargado de conocer acerca de la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es el Fiscal, sino el Juez, lo que supone una violación al debido proceso, concretamente la garantía de ser juzgado por el órgano encargado y facultado para ello.

ARTÍCULO 12. El Artículo 263 de la Ley 599 de 2000 quedara así:

ARTÍCULO 263. Invasión de tierras. El que con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí o para otro, invada terreno o edificación ajena, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa 90 meses de prisión y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la invasión se produzca respecto de predios ubicados en zona rural, con explotación agrícola o pecuaria, o respecto de bienes del Estado, la pena será de cincuenta y cuatro (54) a ciento veinte (120) meses de prisión.

Cuando la invasión se produzca superando medidas de seguridad o protección, físicas o electrónicas, instaladas con el propósito de impedir la invasión del inmueble, o cuando se produjere con violencia respecto de quien legítimamente ocupare el terreno o edificación, la pena será de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión.

PARÁGRAFO 1. Si antes de la acusación, con los actos de invasión y el agente desaloja por completo el terreno o edificación ajenas, la Fiscalía podrá aplicar cualquiera de los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, siempre y cuando el o los invasores hayan indemnizado los daños y/o perjuicios causados a las víctimas con la invasión.

PARÁGRAFO 2. Si en el marco de una medida de restablecimiento del derecho no hay oposición al desalojo por parte del (de los) invasor(es). y este se produce antes de la imputación, la Fiscalía podrá aplicar principio de oportunidad, salvo en los casos de reincidencia, siempre y cuando el o los invasores hayan indemnizado los daños y/o perjuicios causados a las víctimas con la invasión.

Este artículo es demandado debido a que, según argumentan los demandantes, es inconstitucional considerar ilícita la ocupación de bienes baldíos, por las siguientes razones: (i) Los campesinos son sujetos de especial protección constitucional, (ii) Los artículos 64, 65 y 66 consagran la obligación del estado de crear condiciones que le permitan al trabajador



agrario el acceso a la propiedad de la tierra y (iii) Porque uno de los principales mecanismos con el que cuentan los campesinos para adquirir tierras para su cultivo es la adjudicación de bienes baldíos.

C. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

La Ley 2197 de 2022 -en adelante Ley de Seguridad Ciudadana- ha tenido mucha resonancia social. Los ministros de justicia y del interior radicaron este proyecto de ley como parte del paquete gubernamental para el fortalecimiento de la política criminal y, fundamentalmente, como respuesta institucional en contra de, lo que ellos llaman, el recrudescimiento del vandalismo y el aumento de la criminalidad en temas como hurto, daño en bien ajeno, entre otros¹. Uno de los argumentos para defender la ley ha sido que ella ayudará a reducir la impunidad y aumentar la protección a la ciudadanía². Para lograrlo la ley modificó secciones de leyes penales, de policía, sobre extinción de dominio y porte de armas menos letales. Sin embargo, el texto final de la ley tiene un número considerable de normas que vulneran la Constitución³.

Desde varios sectores sociales y académicos se han denunciado las implicaciones sociales de la Ley de Seguridad Ciudadana⁴. Aplicar la ley conlleva inevitablemente a la violación de varios derechos fundamentales y también permite estigmatizar otros derechos como las manifestaciones, las reuniones y las protestas. Para el gobierno era necesario intervenir estos derechos pues, para ellos, eran un factor de desestabilización institucional. El resultado fue una ley que, entre otras cosas: fortaleció la legítima defensa privilegiada y el uso de fuerza letal para los particulares; redujo significativamente el control ciudadano sobre las actuaciones de la fuerza pública pues grabar, impedir u obstruir procedimientos militares o de policía es un nuevo delito en contra de la función pública; facultó a la Fiscalía a perseguir

¹ Ver: Ministerio de Justicia y del Derecho. A sanción presidencial Proyecto de Ley del Gobierno Nacional que busca fortalecer la seguridad ciudadana. 22 de diciembre del 2021. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/Paginas/A-sancion-presidencial-Proyecto-Ley-del-Gobierno-Nacional-busca-fortalecer-seguridad-ciudadana.aspx> ; Ámbito jurídico. Conozca cómo quedó la futura Ley de Seguridad Ciudadana. 22 de diciembre del 2021. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/extra-conozca-como-queda-la-futura-ley-de-seguridad-ciudadana>

² Portafolio. Aumento de penas y otros cambios de nueva Ley de seguridad ciudadana. Enero 26 de 2022. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/ley-de-seguridad-ciudadana-2022-aumento-de-penas-y-otros-cambios-presentados-por-duque-560969>

³ Uprimny, Rodrigo. “Represión de la protesta y Ley de Seguridad Ciudadana”. *Dejusticia*. 27 de diciembre del 2021. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/column/represion-de-la-protesta-y-ley-de-seguridad-ciudadana/> Dice Uprimny: “[...] el Gobierno Duque presentó y logró hacer aprobar, en un mes y sin debate democrático, una desastrosa Ley de Seguridad Ciudadana.”

⁴ Ver: Universidad Libre. Conferencia ‘Seguridad o Inseguridad: Varias miradas a la Ley de Seguridad Ciudadana’. Disponible en: <https://www.unilibre.edu.co/bogota/ul/noticias/noticias-universitarias/noticias-derecho/6349-conferencia-seguridad-o-inseguridad-varias-miradas-a-la-ley-de-seguridad-ciudadana> ; Burbano, Kenneth. “La ley de inseguridad ciudadana”. *El Espectador*. 31 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.elespectador.com/colombia-20/analistas/le-ley-de-inseguridad-ciudadana/>



y cosificar las expresiones de los pueblos indígenas; se le dieron facultades inconventionales a la Policía Nacional mediante el traslado por protección que, básicamente, permiten a la Policía Nacional a retener de forma injustificada a una persona en los Centros de Protección y no dirigirlas al domicilio de la persona.

En esta intervención, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional hará un análisis de las normas demandadas admitidas por la Corte Constitucional con el fin de contribuir a la discusión que la Ley de Seguridad Ciudadana ha generado.

Esta intervención se centrará únicamente en estudiar la **INCONSTITUCIONALIDAD** del **art. 4** y la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del **art. 12** de la Ley de Seguridad Ciudadana tal como lo pasaremos a demostrar en las siguientes dos secciones.

1. El artículo 4 de la Ley 2197 de 2022 es inconstitucional por cinco razones puntuales

El art. 4 de la Ley de Seguridad Ciudadana es inconstitucional. Este Observatorio tuvo la oportunidad de presentar una acción pública de inconstitucionalidad que esta Corte está conociendo en el expediente D-14752 (acumulada al expediente D-14747). En esta sección resumiremos nuestros argumentos para apoyar la tesis de la demanda.

El art. 4 es inconstitucional, en resumen, por cinco razones:

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

Pasaremos a desarrollar estos cinco puntos a continuación y al final de esta sección haremos un pronunciamiento respecto de los argumentos de la demanda.

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

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



Dentro de la exposición de motivos del art. 4 aquí demandado, refiriéndose a la medida de “diálogo con el agente” ordenada por el fiscal del caso a la autoridad competente, esto es, a la Jurisdicción Especial Indígena (en adelante JEI), se establece que esta norma “acoge plenamente el concepto de la Corte Constitucional, entendiéndolo que son las medidas de diálogo y pedagogía las que pueden llevar a un encuentro intercultural, que nos enriquezca como Nación, y nos permita encontrar un acuerdo en cuanto a la forma de salvaguardar los bienes jurídicos que más preciados resultan para nuestra sociedad”⁵.

La lectura que de la sentencia C-370-02 hicieron los redactores de la norma no puede ser más contraria al precedente allí establecido. Es necesario explicar de forma completa, y no segmentada como lo hace la exposición de motivos, el alcance que la Corte en aquella sentencia da a la expresión diálogo intercultural y su función en la política criminal. En esa oportunidad la Corte efectivamente se refería al diálogo multicultural (que es distinto del intercultural pero la sentencia los toma como análogos y utiliza indistintamente ambas expresiones en el texto) como una de las finalidades del proceso penal, pero también se refería a este tipo de diálogo, como un instrumento que permite evitar la criminalización de la diversidad étnica y el respeto por las distintas culturas que integran la Nación.

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

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

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

“Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de “*curar*” a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales.”⁶

⁵ Pág. 17 de la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



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

Además, la sentencia C-370-02 mantuvo en el ordenamiento la inimputabilidad por diversidad cultural mediante una interpretación condicionada, según la cual esta es una medida destinada a proteger la diversidad cultural y no a criminalizar la cultura, ni a representar a los pueblos indígenas como sujetos de una medida correctiva o curativa, no puede ahora el legislador dar una interpretación a la inimputabilidad contraria al precedente. Especialmente no lo puede hacer si se trata de fijar un alcance a la figura de la inimputabilidad que la hace ineficaz para proteger la diversidad cultural, situación que precisamente ocurre bajo una lectura sistemática de la norma demandada. Este aspecto lo ampliaremos en el último punto de esta intervención.

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

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

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

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

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

La autonomía debe ser comprendida como la capacidad de un pueblo o de un colectivo para definir y regirse de acuerdo con sus propias formas de organización social, política, económica, así como el derecho a designar sus propias autoridades y darse sus propias normas, con arreglo a sus tradiciones, usos, costumbres, y a su cosmovisión. La autonomía



implica, entre otros aspectos, el territorial, el derecho a preservar su lengua, formas de educación propia, sistemas y prácticas tradicionales de salud, entre otros.

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

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

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

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

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

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

Si bien el párrafo del art. 4 consagró que el Gobierno Nacional reglamentará y proveerá los programas de pedagogía y diálogo, esta no es suficiente pues el marco y la potestad ya están delimitados en detrimento de la JEI, por lo que no se ofrecen garantías reales que



garanticen la autonomía y la identidad. Pero, además, porque el principio de coordinación no se garantiza mediante la reglamentación que, en este caso, además, quedó en competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

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

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

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

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



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

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

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

En el caso concreto del art. 4, la vulneración a la identidad cultural radica en que, mediante una disposición administrativa, como la expedida por el fiscal del caso, la persona acusada de reincidir en un delito es privada del derecho a definir su identidad cultural con base en su diferencia étnica. Esto ocurre porque, en tanto la norma prevé que el indígena reincidente ya no es inimputable por el solo hecho de haber tenido un “diálogo” con la autoridad o haber estado sujeto a una “medida pedagógica”, pierde una protección prevista por el derecho para garantizar la identidad cultural. Al respecto, debe observarse que la inimputabilidad por diversidad socio cultural, como también la inculpabilidad por error culturalmente condicionado, existen como mecanismos de reconocimiento de la diversidad cultural y las diferentes visiones de mundo que eso implica, las cuales son irreductibles y pueden llegar a ser irreconciliables. En tanto figuras del derecho penal como las aquí tratadas de inimputabilidad e inculpabilidad a favor de los pueblos indígenas tienen fundamento en la identidad cultural diversa, no se puede desconocer aquellas sin que esta resulte vulnerada. En otras palabras, la identidad no se pierde por la reincidencia en un delito, ni mucho menos por una decisión administrativa del ente investigador. En conclusión, estas medidas constituyen una franca violación de la identidad cultural, lo que criminaliza la diversidad y despoja de sentido la construcción identitaria como derecho fundamental.

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

El art. 4 aquí demandado viola el derecho a la consulta previa debido a que no se consultó con las comunidades indígenas o las organizaciones representativas de estas. El convenio 169 de la OIT exige al gobierno el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante



procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas que puedan afectarlos. En este caso, el gobierno omitió por completo esta obligación, contradiciendo así los postulados que el mismo proyecto invoca.

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

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

Mediante la sentencia SU-123-18 la Corte Constitucional aclaró que el objeto de la consulta previa es alcanzar acuerdos con las comunidades indígenas y afros sobre las medidas que las afectan directamente. A este respecto, la jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Señaló además que la consulta previa debe ser flexible de modo que se adapte a las necesidades de cada asunto y asegure la participación activa y efectiva de los pueblos, en la medida en que el punto de vista de ellos incide en las decisiones que se adopten.

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

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

Al respecto, la sentencia T-063 de 2019 dispuso que aún en ausencia de acuerdo en el proceso de consulta previa, el Estado puede implementar las medidas que no sean arbitrarias, estén basadas en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto de la



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

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

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

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

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



responsabilidad en aquellos casos en los cuales el indígena comprende la ilicitud de determinada conducta y, no obstante, debido a sus convicciones profundas basadas en su diversidad cultural, realiza esa misma conducta. De esta forma describe la Corte el debate doctrinal sobre el error de prohibición culturalmente condicionado y su alcance como eximente de responsabilidad:

“(…) la exclusión de responsabilidad por error de prohibición no cubre expresamente el momento volitivo, ya que literalmente el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “se obre con error invencible de la licitud de la conducta”. ¿Qué sucede entonces si un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, comprende en forma abstracta que determinado comportamiento es ilícito en el ordenamiento nacional, pero debido a su diversidad cultural y a sus profundas convicciones, derivadas de su particular cosmovisión, no puede actuar con base en dicha comprensión? ¿Puede considerarse que incurrió en un error de prohibición? Las opiniones doctrinarias no son coincidentes al respecto. Así, para algunos autores, la situación debe ser asimilable a un error, ya que en el fondo la persona, por su diversidad cultural, no logra verdaderamente comprender la antijuricidad de su conducta, a pesar de que abstractamente conozca su ilicitud, en la medida en que no puede motivar su comportamiento con base en ese conocimiento. En cambio, otras perspectivas consideran que no existe error, pues la persona tenía claro conocimiento de que su comportamiento estaba proscrito por el ordenamiento nacional. En tales circunstancias, es posible que, según ciertas interpretaciones, no sea excluido de responsabilidad aquella persona que, por su diversidad cultural, conoce la ilicitud de un comportamiento, pero no puede determinarse con base en ella.” (Fundamento núm. 28 de la Sentencia C-370-02)

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

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

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



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

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

1.6 Comentarios respecto de los argumentos planteados en la demanda

En primer lugar, debe aclararse que no se comparten algunos argumentos de los demandantes. Nuestra principal oposición es que no es cierto que el enunciado demandado otorgue a la Fiscalía General de la Nación la función de declarar la inimputabilidad por diversidad sociocultural o el error de prohibición culturalmente condicionado. Por el contrario, una adecuada lectura del mismo permitiría observar que, la facultad del fiscal para ordenar la implementación de medidas pedagógicas se activa una vez es declarada la inimputabilidad. En otras palabras, el enunciado normativo no regula la forma en que **se declara la inimputabilidad** sino las consecuencias posteriores a dicha declaración, por ello, este primer argumento resultaría improcedente.

Pese a lo anterior, la norma demandada si resulta inconstitucional por otorgar a la fiscalía la facultad de -una vez declarada la inimputabilidad por diversidad sociocultural o la existencia de un error de prohibición invencible culturalmente condicionado- **ordenar la imposición de medidas de seguridad** (Medidas pedagógicas y dialogo), agregando una potestad que no fue prevista por el constituyente al regular las funciones de la fiscalía en el art. 250 de la Constitución Política e ignorando que la competencia para la imposición de medidas de seguridad recae sobre los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Adicionalmente, este Observatorio considera que este enunciado normativo también vulnera el principio de culpabilidad consagrado en el art. 29 de la Constitución Política de Colombia y en los principales tratados internacionales adscritos al bloque de constitucionalidad y por lo tanto debe ser declarado inexecutable.



La culpabilidad tiene una doble connotación dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, es un macro principio orientador del poder punitivo del Estado y, por otro lado, es una categoría o nivel dogmático dentro del esquema del delito junto a la tipicidad y antijuricidad⁷. Sobre la primera faceta la H. Corte Constitucional en sentencia C-181 de 2016 explicó lo siguiente:

“21. El fundamento constitucional de la culpabilidad se encuentra en el artículo 29 de la Constitución y el principio de presunción de inocencia, conforme al cual “ Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.”. Al respecto, esta Corporación en sentencia C-626 de 1996^[36] consideró que el artículo 29 de la Constitución consagró que ni el Legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie, puesto que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario en el escenario de un juicio regido por el debido proceso. En tal sentido, la aplicación de las sanciones previstas en la ley está condicionada a la certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio, lo que implica la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva.

Posteriormente en sentencia C-239 de 1997^[37], la Corte expresó que conforme al artículo 29 de la Constitución, el carácter político del Estado Social de Derecho y el respeto a la dignidad humana, se consagró el principio de que no hay delito sin conducta, pues “ (...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, por lo que el constituyente avanzó hacia el establecimiento de un derecho penal del acto y no de autor. Esta exigencia Superior implica:

i) Que el acontecimiento objeto de punición no puede constituirse ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad. Por lo tanto, el derecho represivo solo puede castigar al hombre por lo que efectivamente realizó y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco por su temperamento o por sus sentimientos, o por su personalidad. En resumen, se castiga al hombre por lo que hace, por su conducta social, no por su ser, deseo, pensamiento o sentimientos.

*ii) La adscripción de la conducta al actor, de ahí que **además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto debe estar dirigida a la observancia de la misma.** En otras palabras: “ (...) el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.”^[38]*

iii) La culpabilidad permite graduar de manera proporcional la pena que debe imponerse, con fundamento en el juicio de exigibilidad. Así “La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.”^[39]

22. En resumen, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer”⁸

⁷ Bacigalupo, E. Principios de derecho penal 3ª edición. Akal/iure, 1994, Pág. 298.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2016.



Por otro lado, el art. 9 del Código Penal establece que será punible la conducta “típica, antijurídica y culpable” refiriéndose entonces a la “culpabilidad como elemento del delito”, la cual se traduce en un juicio de reproche personal que se realiza sobre el autor o partícipe de la conducta típica y antijurídica y que constituye el presupuesto fundamental de la imposición de una pena⁹. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia:

“El artículo 12 siguiente dispone que solo habrá lugar a imponer pena por conductas realizadas con culpabilidad, entendida como ese juicio de reproche que se hace a la persona por no haber obrado conforme a derecho. Esta última categoría de carácter constitucional, dado que el artículo 29 Superior precisa que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

*La culpabilidad se integra por la imputabilidad, la exigibilidad de otra conducta y la consciencia de la antijuridicidad¹⁰, la primera, entendida como la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Por consiguiente, quien carece de la competencia para valorar la conducta que realiza o de autorregular su proceder a partir de las exigencias del derecho, es inimputable¹¹, al tenor del artículo 33 del C.P., por inmadurez psicológica, trastorno mental, **diversidad sociocultural** o estados similares.*

Sobre la inimputabilidad, ha sostenido esta Corporación que corresponde a una categoría jurídica que compete al juez de conocimiento establecer en el caso concreto, no a los especialistas aportados por las partes, de manera que la manifestación del médico perito es insuficiente para determinarla¹². ”¹³

En síntesis, la culpabilidad como elemento del delito se compone de los elementos de: (i) Imputabilidad, (ii) conciencia de lo ilícito y (iii) la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho.

En conclusión, el art. 4 de la Ley de Seguridad Ciudadana es inconstitucional y debe ser declarado inexecutable por crear una excepción al principio de culpabilidad, la cual consistiría en que, cuando una persona reincida en la comisión de conductas típicas y antijurídicas pero no culpables, ya sea por su inimputabilidad derivada de una diversidad sociocultural o por un error de prohibición invencible culturalmente condicionado, en la segunda oportunidad su falta de culpabilidad no será tomada en cuenta y se procederá con la imposición de una pena ignorando el principio de culpabilidad, la prohibición de responsabilidad objetiva y las más mínimas bases dogmáticas del derecho penal.

Además, debe aclararse (frente al principio de conservación del derecho e interpretación conforme) que en el presente caso no existe ninguna interpretación razonable que eluda este problema de inconstitucionalidad, pues la norma es clara en cuanto a su supuesto de hecho (esto es, la reincidencia por parte de personas inculpables por las causales ya mencionadas) y consecuencias jurídicas (esto es, el tratamiento como personas culpables). En este orden de

⁹ ROXIN, Claus. Tratado de derecho penal, parte general (tomo 1)

¹⁰ CSJ SP, 13 jul. 2005, rad. 20929; CSJ SP, 16 jul. 2014, rad. 37462; CSJ SP, 24 jul. 2017, rad. 41749, entre otros.

¹¹ AGUDELO BETANCUR, Nodier. Los “Inimputables” frente a las causales de justificación e inculpabilidad. Ed. Temis. Bogotá (2007).

¹² CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 39559; CSJ SP, 12 oct. 2016, rad. 37895; CSJ SP, 5 abr. 2017, rad. 49689; entre otras.

¹³ Corte Suprema de Justicia AP-1671-2022, Rad. 56252.



ideas, la única hipótesis en la que este enunciado no resultaría flagrantemente inconstitucional es en la que esta excepción no tiene aplicación, por lo que no existe otra alternativa a la declaratoria de su inexequibilidad.

1.7 Conclusiones

Le solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad del art. 4 de la Ley 2197 de 2022 por los cinco cargos que resumiremos a continuación y que, en una sección posterior, explicaremos en detalle:

- **Primera conclusión:** el art. 4to desconoce el art. 243 de la Constitución Política de Colombia y el precedente Constitucional fijado en el fallo C-370 de 2002;
- **Segunda conclusión:** el art. 4 de la Ley 2197 de 2022 es inconstitucional porque desconoce los art. 7, 8, 93 y 246 de la Constitución Política de Colombia y el art. 35 del Convenio 169 de la OIT. Además, viola el derecho fundamental a la consulta previa, a la autodeterminación de los pueblos indígenas y a la identidad cultural contemplados en el Convenio 169 de la OIT;
- **Tercera conclusión:** Se solicita a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad del art. 4 de la Ley 2197 de 2022 porque desconoce los art. 7, y 93 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho fundamental a la identidad cultural consagrado en el art. 2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en los artículos 13 y 14 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el art. 3 de la Declaración de Friburgo;
- **Cuarta conclusión:** Se solicita a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad del art. 4 de la Ley 2197 de 2022 porque desconoce los artículos 93 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho fundamental a la consulta previa regulado en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT;
- **Quinta conclusión:** Se solicita a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad del art. 4 de la Ley 2197 de 2022 porque desconoce los artículos 7, 11, 13 y 70 de la Carta Política.

2. El artículo 12 de la Ley 2197 de 2022 y el problema de tierras que propone

Este Observatorio solicitará a la Honorable Corte Constitucional que declare una EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del art. 12 de la Ley 2197 de 2022 con base en dos argumentos: i) la norma demandada protege un bien jurídico legítimo y constitucional como lo es la propiedad privada y ii) la norma demandada no puede ser interpretada como una barrera para la legítima y pacífica ocupación y explotación agraria de bienes baldíos del Estado por parte de personas campesinas como sujetos de especial protección constitucional, en especial cuando se trata de garantizar sus medios de subsistencia, mínimo vital, y acceso a la tierra.

2.1 La invasión de tierras urbanas o rurales es una conducta que atenta contra el artículo 58 Constitucional



En el Código Penal contenido en el Decreto 100 de 1980, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la constitucionalidad de su art. 367 sobre Invasión de tierras o edificaciones, cuando fue modificado por la Ley 308 de 1996¹⁴. Mediante sentencia C-157 de 1997 la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de dicha tipificación penal era constitucional¹⁵. La Corte inicia su análisis afirmando que quien invade un predio irrumpe de forma anormal en la propiedad privada quitándole a su propietario el goce y uso. Si bien el derecho a la propiedad no es absoluto y puede limitarse solo para fines sociales y ecológicas, este, en si mismo, es un derecho fundamental prevalente:

“Al respecto, no sobra reiterar que las obligaciones derivadas de la preceptiva constitucional, a cargo de todo propietario, pueden ser definidas por la ley y concretadas por los jueces a través de mecanismos tales como la expropiación o la extinción del dominio, según lo ha destacado la Corte (Cfr. sentencias C-066 del 24 de febrero y C-216 del 9 de junio de 1993), de lo cual resulta que el sistema jurídico tiene contemplados los mecanismos y procedimientos con arreglo a los cuales, sin desconocer los derechos del dueño, se puede deducir en la práctica la relatividad de los mismos y su sometimiento a la prevalencia del interés público, así como el cumplimiento de las obligaciones, cargas y deberes que supone la función social.

Así las cosas, no se puede alegar la función social o las restricciones constitucionales al derecho de propiedad como justificación para quebrantarlo de hecho, o mediante la violencia o el uso de la fuerza física, como ocurre cuando se comete cualquiera de los delitos contemplados en la legislación que tienen precisamente a la propiedad como valor jurídico protegido. Uno de ellos es el de la invasión de tierras o inmuebles, cuya ilicitud, en los términos definidos por la disposición acusada, debe conducir a la imposición de sanciones proporcionales a la agresión, indispensables para la efectiva garantía que consagra el artículo 58 C.P.”¹⁶ (se subraya).

Teniendo en cuenta el cargo de la demanda de constitucionalidad que ahora se estudia, es muy importante la regla de derecho que la Corte fijó respecto a la tipificación de la invasión de tierras rurales:

“De otro lado, no se estima que el Congreso haya vulnerado la Constitución al prever el incremento de pena cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural, si se tienen en cuenta las mayores dificultades del propietario y de las propias autoridades de policía en el cuidado y defensa de los bienes que aquél pueda poseer en zonas alejadas de los centros urbanos, particularmente si se trata de áreas asoladas por la violencia o el terrorismo, y, por tanto, la correlativa facilidad que tales circunstancias implican para perpetrar los actos de invasión u ocupación.”¹⁷ (se subraya).

¹⁴ El contenido de esta norma era el siguiente: “*Artículo 367. Invasión de tierras o edificaciones. El que con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno o edificación ajenos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena establecida en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión.*

El mismo incremento de la pena se aplicará cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.

Parágrafo. Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes cuando, antes de pronunciarse sentencia de primera instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos”

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1997. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1997. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1997. M.P José Gregorio Hernández Galindo.



Para este Observatorio es claro que el tipo penal contenido en el art. 269 de la Ley 599 de 2000 persigue una finalidad legítima y necesaria como lo es la protección de la propiedad privada¹⁸.

Sin embargo, en lo que respecta a las modificaciones introducidas a este tipo penal mediante el art. 12 de la Ley de Seguridad Ciudadana, consideramos que en términos generales las mismas resultan constitucionales, salvo por la necesidad de un condicionamiento de constitucionalidad al que nos referiremos más adelante.

En primer lugar, al analizar detenidamente el inciso tercero de la norma demandada¹⁹, este Observatorio no encuentra ningún motivo de inconstitucionalidad y por el contrario considera que dicha disposición persigue una finalidad legítima como lo es castigar con mayor severidad los actos de invasión de tierras cuando se efectúan con violencia sobre las cosas o sobre las personas. La demanda de inconstitucionalidad tampoco presenta un argumento específico para señalar el por qué debería declararse inconstitucional este inciso tercero. Por ende, solicitamos desde ya a la Honorable Corte Constitucional declarar la exequibilidad del inciso tercero del art. 12 de la Ley 2197 de 2022.

Por otra parte, mayor atención requiere el inciso segundo de la norma demandada²⁰. Al efectuar un análisis detallado de dicho inciso segundo observamos que este establece un aumento de pena cuando la conducta típica se materializa sobre alguno de dos objetos, a saber: i) predios ubicados en zona rural, con explotación agrícola o pecuaria; y, ii) respecto de bienes del Estado.

Teniendo en cuenta que “*compete al legislador graduar las penas correspondientes, por lo cual, no apareciendo en este caso como irrazonables o desproporcionadas*”²¹, consideramos que en este caso no hay ningún elemento que permita inferir un abuso de la potestad legislativa. En efecto, los bienes rurales merecen ser protegidos contra conductas como las que se tipifican con el delito de invasión de tierras. Lo mismo se puede señalar respecto a los bienes del Estado. En este orden de ideas consideramos que el inciso segundo bajo análisis es, *a priori*, constitucional.

Sin embargo, es importante resaltar que los argumentos de inconstitucionalidad presentados por los accionantes responden a una posible y factible interpretación que los operadores jurídicos pueden efectuar sobre la norma demandada. Teniendo en cuenta que el inciso

¹⁸ Esto en concordancia con lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional en la citada sentencia C-157 de 1997.

¹⁹ “*Cuando la invasión se produzca superando medidas de seguridad o protección, físicas o electrónicas, instaladas con el propósito de impedir la invasión del inmueble, o cuándo se produjere con violencia respecto de quien legítimamente ocupe el terreno o edificación, la pena será de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión*”

²⁰ “*Cuando la invasión se produzca respecto de predios ubicados en zona rural, con explotación agrícola o pecuaria, o respecto de bienes del Estado, la pena será de cincuenta y cuatro (54) a ciento veinte (120) meses de prisión.*”

²¹ *Ibidem*.



segundo demandado se refiere a bienes rurales y a bienes del Estado, es claro que los bienes baldíos -en tanto cumplen ambas características- pudieren ser subsumidos bajo las conductas tipificadas, situación que sí resulta inconstitucional. Por ello es necesaria una exequibilidad condicionada, tal como se desarrollará a continuación.

2.2 La criminalización de la ocupación y utilización de baldíos resulta inconstitucional

El art. 58 de la Constitución consagra la conocida función social de la propiedad. Esta norma tiene sus orígenes en nuestro ordenamiento nacional en el Acto Legislativo 01 de 1936. Entre los múltiples propósitos que la introducción de la función social de la propiedad, uno de ellos fue el de:

“(…) lograr una adecuada explotación del suelo agrario y su redistribución entre un número mayor de agricultores. (...) La nueva realidad constitucional se vio reflejada en el ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 200 de 1936, denominada Ley de Reforma Agraria, que desarrolló la función social del dominio y cuya finalidad principal fue la de otorgar el marco jurídico que sirviera al Estado para adelantar las políticas públicas encaminadas a la distribución equitativa de la tierra y la correcta explotación de los terrenos rurales, y otorgarle instrumentos para hacer cumplir estos objetivos, entre los cuales, los más destacados fueron la enajenación voluntaria, la expropiación y la extinción del dominio.”²²

La Ley 200 de 1936, como expresión legislativa de la función social de la propiedad, planteó un enfoque novedoso respecto a la relación entre el campesino y la detentación de la tierra. En efecto, esta norma adoptó una serie de disposiciones que pretendieron otorgar mayor protección a aquellas personas que explotan económicamente la tierra. Desde entonces se puede observar que el legislador ha adoptado una tendencia dirigida a fomentar y proteger la ocupación y explotación económica de suelo rural en Colombia.

El fomento de la explotación económica del suelo rural en Colombia responde a una doble necesidad. Por un lado, la mayor parte de la tierra productiva en Colombia no es explotada, y, por otro lado, la mayor parte de la tierra productiva se encuentra en cabeza de pocos propietarios privados que han acumulado inmensas cantidades de tierra²³. Pero adicionalmente, el acceso y explotación de la tierra rural resulta fundamental para el desarrollo de la vida y derechos fundamentales del campesinado colombiano. Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional al afirmar que *“es evidente que el sustento de la población campesina, comprendido como la consecución de los elementos materiales básicos para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, depende de la explotación económica de la tierra rural (...) es claro que la tierra rural no solo es un medio de*

²² Mercado Gazabón, Ana Carolina, La influencia de León Duguit en la reforma social de 136 en Colombia. Universidad del Rosario, 2015, pp. 47, 50.

²³ Conforme a cifras de Censo Nacional Agropecuario efectuado en el año 2014, los 43 millones de ha con potencial productivo agropecuario, apenas hay cultivadas 7,1 millones de ha. Es decir que apenas el 16% de la tierra rural productiva en Colombia es explotada económicamente.



producción para los campesinos, sino que también constituye el espacio para el ejercicio del derecho a la vivienda.”²⁴

Los bienes baldíos de la Nación entran a desempeñar un rol fundamental. A partir de los mandatos dispuestos en el art. 64 constitucional, el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios y la dignificación de sus condiciones de vida se convierten en imperativos constitucionales del Estado Colombiano. La Corte Constitucional ha resaltado el rol de los baldíos diciendo que:

“El objetivo primordial de la adjudicación de baldíos es permitir el acceso a la tierra a quienes carecen de ella pues, se exige que el adjudicatario no posea otros bienes rurales ni tenga ingresos superiores a mil salarios mínimos mensuales. La destinación de los bienes baldíos debe contribuir al logro de los fines esenciales del Estado, específicamente a la dignificación de la vida de los trabajadores del campo, lo cual no sólo se logra mediante la garantía del acceso a la tierra sino de los bienes y servicios complementarios requeridos para su explotación y para su mejoramiento social y cultural. En definitiva, con la adjudicación de dichos bienes el Estado persigue no sólo satisfacer el derecho del acceso a la tierra sino también otros componentes que elevan la calidad de vida de los trabajadores agrarios, en concordancia con el artículo 64 Superior.”²⁵

El legislador ha construido un andamiaje normativo bajo el cual la ocupación y explotación de los bienes baldíos es a la vez un medio para lograr la titulación de dichos bienes por parte de la Agencia Nacional de Tierras y también un fin que se persigue al efectuar la respectiva adjudicación de estos. Ahora bien, de conformidad con el art. 64 de la Ley 160 de 1994 y el art. 26 Decreto Ley 902 de 2017, la previa ocupación y explotación de bienes baldíos es un elemento trascendental para lograr la titulación de estos bienes a favor de las personas que cumplan con los requisitos enunciados en el art. 4 del Decreto Ley 902 de 2017.

Por lo anterior, consideramos que, si dentro del tipo penal de invasión de tierras se comprendiere la ocupación y explotación de bienes baldíos por parte de personas campesinas, se vulneraría el art. 64 constitucional pues dicha tipificación penal criminalizaría acciones legítimas y constitucionales fundamentadas en la especial protección que la constitución les ha otorgado a las personas campesinas.

En efecto, no se puede perder de vista que el campesinado se constituye, en ciertos casos, como sujeto de especial protección constitucional. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que los campesinos y los trabajadores rurales son sujetos de especial protección constitucional en determinados escenarios. Lo anterior, atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad y discriminación que los han afectado históricamente, de una parte, y, de la otra, a los cambios profundos que se están produciendo, tanto en materia de producción de alimentos, como en los usos y la explotación de los recursos naturales. Teniendo en cuenta la estrecha relación que se entretiene entre el nivel de vulnerabilidad y la relación de los campesinos con la tierra, nuestro ordenamiento jurídico también reconoce en el “campo” un bien jurídico de especial protección constitucional, y establece en cabeza de los campesinos un Corpus iuris orientado a garantizar su

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 715 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 623 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.



subsistencia y promover la realización de su proyecto de vida. Este Corpus iuris está compuesto por los derechos a la alimentación, al mínimo vital, al trabajo, y por las libertades para escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad, y la participación, los cuales pueden interpretarse como una de las manifestaciones más claras del postulado de la dignidad humana.”²⁶

El art. 64 constitucional estipula el mandato de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa. A partir de ese mandato, este Observatorio considera que existe una estrecha relación entre la orden constitucional y la protección del campesinado como sujeto de especial protección, en especial para garantizar sus medios de subsistencia. Por tanto, se insiste en que si bajo el art. 263 del Código Penal, modificado por el art. 12 de la Ley de Seguridad Ciudadana, se persiguen a campesinos ocupantes de predios baldíos, se estaría criminalizando el legítimo derecho constitucional de estas personas al acceso progresivo a la tierra. Particularmente, se le está impidiendo al campesinado ocupar y explotar un bien baldío con miras a su legítima titulación en los términos de la Ley 160 de 1994 y demás normatividad agraria aplicable.

Lo anterior, sin embargo, no es óbice para que se declare la inexecutable total de la norma demandada. Como se indicó anteriormente, consideramos legítimo y constitucional que se proteja la propiedad privada y pública tanto en entornos urbanos como rurales, criminalizando la invasión de predios.

En conclusión, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada del art. 12 de la Ley 2197 de 2022 en el sentido de señalar que la conducta resultará atípica cuando se trate de ocupación y explotación de predios baldíos.

D. PETITORIO

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre le solicita respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional que:

- Primero: Que declare la **INEXEQUIBILIDAD** del art. 4 de la Ley 2197 desconocer el art. 243 de la Constitución Política de Colombia y el precedente Constitucional fijado en el fallo C-370 de 2002; por desconocer los art. 7, 8, 93 y 246 de la Constitución Política de Colombia y el art. 35 del Convenio 169 de la OIT; por desconocer los art. 7, y 93 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho fundamental a la identidad cultural consagrado en el art. 2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en los artículos 13 y 14 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el art. 3 de la Declaración de Friburgo; por desconocer los artículos 93 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho fundamental a la consulta previa regulado en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT; y, finalmente, por desconocer los artículos 7, 11, 13 y 70 de la Constitución.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 077 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



- Cuarto: Que declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del art. 12 de la Ley 2197 de 2022 con base en dos argumentos: i) la norma demandada protege un bien jurídico legítimo y constitucional como lo es la propiedad privada y ii) la norma demandada no puede ser interpretada como una barrera para la legítima y pacífica ocupación y explotación agraria de bienes baldíos del Estado por parte de personas campesinas como sujetos de especial protección constitucional, en especial cuando se trata de garantizar sus medios de subsistencia, mínimo vital, y acceso a la tierra.;

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 No. 5-80, segundo Piso - Cel. 3153465150

C.C. 79.356.668 - Correos: observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co - jkbv@hotmail.com

ÓSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS Ph.D. en Antropología
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana
Constitucional
Docente investigador de la Facultad de Derecho Universidad
Libre, Bogotá
C.C. 79.884.981 - Correo: oscara.lopezc@unilibre.edu.co

JENNER ALONSO TOBAR TORRES
Docente de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana
Constitucional
Correo: Jenner.tobar@unilibre.edu.co

CAMILA ALEJANDRA ROZO LADINO
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana
Constitucional
Abogada de la Universidad Libre de Colombia
C.C. 1022.411.877 - Correo: camilaa-rozol@unilibre.edu.co

JAVIER ENRIQUE SANTANDER DIAZ
Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana
Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
C.C. 1014255131 - Correo: javiere-santanderd@unilibre.edu.co

JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES
Jefe de área de Derecho Penal
Facultad de Derecho Universidad Libre seccional Cúcuta.
Correo: juanc.paezj@unilibre.edu.co

JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ
Investigador independiente y auxiliar académico.
Facultad de Derecho Universidad Libre seccional Cúcuta.

CRISTHIAN CAMILO RODRIGUEZ MARTINEZ
C.C. 1'022.445.855 de Bogotá D.C.
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana
Constitucional
Correo: Cristhian-rodriguez@unilibre.edu.co
cc



Universidad Libre
Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional