

Santander de Quilichao, diciembre 3 de 2020

Señores:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – Sala de Casación Penal

M.P. Dr. **EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

Bogotá D.C.

REF.: **CUI 19001600000020160015901**

No. Interno: **53444**

Recurrente: **LUIS EFRAÍN GONZÁLEZ MEDINA**

Procurador judicial: **DIEGO GERARDO HURTADO NAVIA**

Sentencia censurada: **Sentencia Sin Número de mayo 28 de 2018, proferida por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, Sala Segunda de Decisión Penal, M.P., Dr. JESÚS ALBERTO GÓMEZ GÓMEZ, confirmando la decisión de primera instancia, impartida mediante Sentencia Sin Número del 24 de octubre de 2017, por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Popayán, en el sentido de negar el cambio del sitio de reclusión del condenado en consideración a su condición de miembro de una comunidad indígena.**

Procedimiento: **Ley 906 de 2004.**

Conducta: **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.**

DIEGO GERARDO HURTADO NAVIA, de condiciones civiles y profesionales conocidas de autos, a través de este memorial, de manera respetuosa, dentro de los términos concedidos, y en acatamiento de lo requerido mediante Auto del cinco (5) de octubre hogaño, el cual me fue trasladado con Oficio 34288 del 24 de noviembre del corriente año, procedo a sustentar el Recurso Extraordinario de Casación propuesto contra las decisiones citadas en la referencia, en cuanto, al confluir en un mismo sentido, conforman una unidad en que una y otra se complementan, haciéndose menester atacarlas como un solo componente.

Apegado a las fronteras delimitadas en la demanda presentada en su oportunidad, como lo impone la técnica, en esta ocasión, además de ratificarme en aquellos argumentos de disenso, expongo lo siguiente:

Primer cargo:

“Causal 1ª de Casación, artículo 181, numeral 1 de la Ley 906 de 2004, violación directa de la ley substancial por interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, llamada a regular el asunto”.

Al presentar la correspondiente demanda se adujo la violación directa del artículo 246 Superior, que consagra y reconoce la Jurisdicción Especial Indígena, pues el Tribunal entiende que, a pesar del culto constitucional de la misma, ésta se encuentra supeditada o circunscrita a ciertos tipos penales de menor entidad, dada su benevolencia y los riesgos que ella engendra, en lo que respecta a la posibilidad de reclamar su reconocimiento cuando se trata de hacer efectivas las penas impuestas a miembros de las comunidades indígenas, previamente condenados por delitos que, en su criterio, son propios de la cultura occidental o mayoritaria, a los cuales no se puede extender; de lo contrario, se abriría la brecha a la impunidad.

Resulta evidente el yerro de interpretación que de la aludida jurisdicción especial consagra la norma transgredida por la vía directa, en cuanto ésta sólo impone como restricción al derecho propio de los pueblos indígenas, que sus normas y procedimientos no contraríen la Constitución y la ley, conforme se rescata de su tenor literal:

“ART. 246. 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 judicial nacional.”.

Ahora, partiendo de la base que sobre las circunstancias de facto no existe discusión, en tanto los medios de conocimiento introducidos al juicio, en procura de demostrar el soporte material o sustantivo de la reclamación de su comunero por cuenta de la autoridad indígena, fueron apreciados en su real alcance y dimensión, de tal suerte que dicho aspecto no amerita reproche alguno; es menester centrar la argumentación, en comunión con el cargo propuesto, en lo atinente a la sindéresis que el *ad-quem* efectúa de la norma que se dice quebrantada. Así las cosas, estimar que el delito por el cual se condenó –cómplice de tráfico de 19.500 gramos netos de marihuana-, se encuentra por fuera de la órbita funcional o de las atribuciones que

esa norma le confiere o reconoce a las autoridades indígenas, riñe con los derechos ius fundamentales de la comunidad indígena del Resguardo Huellas de Caloto, Cauca; y del propio condenado, a la vez que desconoce el fundamento de la jurisdicción especial indígena, que no es otro que el carácter pluralista del Estado (art. 1 de la C.P.), por lo que el ejercicio de la misma tiene como objetivo constitucional el reconocimiento de la realidad social y cultural de nuestra nación (art. 7 ib.), como así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional, entre otras, a través de la Sentencia T-208 de 2015, en la que, sobre el particular apuntó:

“El fundamento de la jurisdicción especial indígena es el carácter pluralista del Estado. En esa medida, el ejercicio de la jurisdicción tiene como objetivo constitucional el reconocimiento de una realidad social y cultural propia de nuestro entorno: el reconocimiento de la diversidad étnica, y en particular, el de los distintos sistemas jurídicos que existen en nuestro país, como expresiones culturales de los pueblos indígenas que viven en él. Sin embargo, la Constitución va más allá de una simple política de reconocimiento de la diversidad cultural de la población del país. La Constitución protege esta diversidad cultural porque considera que son precisamente estas diferencias las que permiten que haya un diálogo intercultural, que enriquece la identidad cultural de la nación colombiana. La protección estatal activa de las culturas minoritarias constituye un elemento fundamental de todas las sociedades abiertas, impide su anquilosamiento, y preserva el carácter pluralista del Estado colombiano. Por lo tanto, el respeto que el Estado le debe a la jurisdicción especial indígena tiene como fundamento y medida la necesidad de protección de esta diversidad cultural”.

Planteado el problema jurídico resta establecer si le asiste razón al Tribunal cuando sostiene que, reconocer el derecho a un comunero involucrado en un delito de narcotráfico, de preservar su cosmovisión cultural ancestral que, por la naturaleza de la conducta cometida se presume menguada, pone en riesgo a la propia comunidad indígena, a la vez que transgrede los límites constitucionales y legales otorgados a la jurisdicción indígena de cara a la gravedad de ciertas conductas, dando paso a la impunidad. Tal interpretación desquicia la lógica de la norma quebrantada y la identidad de la institución por ella reconocida; comoquiera que le adosa unos límites monolíticos cual, si el citado precepto dispusiera de manera general, abstracta y obligatoria, el decaimiento de la facultad jurisdiccional de las culturas ancestrales frente a cierto tipo de conductas punibles, sin más consideración que la mera categorización del bien jurídico tutelado, obviando cualquier esfuerzo por demostrar la pérdida de identidad cultural del inculpado, ante la imposición de aquella frontera normativa que limita el alcance de las facultades jurisdiccionales de las autoridades nativas. Tal distinción jamás la hizo el Constituyente, por ende, menos aún podría haberla hecho el legislador, cuando, contrario sensu, el bloque de

constitucionalidad, del que hacen parte los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, establece unos parámetros y criterios a tener en cuenta cuando se trata de juzgar y ejecutar las penas impuestas a miembros de comunidades indígenas, a partir de los cuales la Honorable Corte Constitucional recomienda priorizar un tipo de sanción diferente al encarcelamiento en establecimientos penitenciarios ordinarios o comunes donde son absorbidos por la sub-cultura penitenciaria mayoritaria, lo que hace más nugatoria la posibilidad de reintegro a sus comunidades ancestrales. Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la cual fue aprobada por la Asamblea General Colombiana el 13 de septiembre del 2007, hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas de mantener y fortalecer sus propias instituciones culturales ancestrales y tradicionales. Igualmente, el artículo 3° de los Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, de la Organización de Estados Americanos, establece que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento ordinario propio de la justicia consuetudinaria, siempre que aquéllos se encuentren en consonancia con la legislación vigente.

Sobre el particular, en la referida sentencia, la H. Corte Constitucional insistió que:

“Por su parte, el artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, establece el deber que tienen los Estados partes de respetar la jurisdicción especial indígena (...). Dicha norma dispone:

“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

15. *De lo anterior es necesario concluir que tanto el fundamento de la protección que otorga la Carta Política a la jurisdicción indígena, como los límites expresos que definan la constitución y las normas internacionales, determinan su alcance.*

(...)

La jurisprudencia ha definido los siguientes límites constitucionales en la materia. Ha dicho que: i) es necesario que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; ii) que tengan la potestad de definir las

normas aplicables y llevar a cabo procedimientos propios; iii) que en el ejercicio de la jurisdicción siempre se respete la Constitución, y determinados derechos humanos de especial valor constitucional; y finalmente, ha dicho que iv) el Legislador tiene la competencia para señalar la forma como se debe articular la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Sin embargo, en relación con este último elemento la Corte ha señalado que el ejercicio de la jurisdicción indígena comporta derechos constitucionales fundamentales que son exigibles de manera directa. En esa medida, el ejercicio de la jurisdicción especial no puede depender de la existencia de una ley que la desarrolle, ya que nos es posible que esa jurisdicción quede sin efecto por la circunstancia accidental de la falta de regulación”.

En la misma sentencia, la H. Corte trajo a colación una cita de la Sentencia T-349 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la que se precisó:

“en efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P. artículo 4º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implica que no cualquier norma constitucional o legal puedan prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la Autonomía”.

Contrario a la interpretación que de la acotada norma hace el Tribunal, en la sentencia citada *ut supra*, condensando lo definido en la Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Honorable Corte Constitucional concluyó:

“La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”, como el derecho a la vida, la dignidad humana, la prohibición de la tortura, la esclavitud y el debido proceso. De la misma manera, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia del respeto por el principio de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas al interior de los ordenamientos jurídicos indígenas, pero entendiendo tal

principio de legalidad como un requisito mínimo de previsibilidad en las actuaciones de las autoridades propias, sumado a un requisito de reconocimiento de las prohibiciones, sanciones y procedimientos, por parte de los miembros de la comunidad o pueblo indígena correspondiente, y respetando siempre la autonomía de las autoridades indígenas para la imposición de las penas correspondientes bajo su propio ordenamiento”.

Así pues, es un hecho que el Tribunal incurre en un yerro de interpretación de la norma, que desquicia el sentido de la decisión adoptada en esta ocasión mediante la sentencia censurada, pues los límites constitucionales han quedado plenamente definidos, y no son otros que aquellos relacionados por la Suprema guarda de nuestra Constitución; previsiones que aseguran la armonía de la precitada jurisdicción con los designios constitucionales y legales, prohibiendo excesos que atenten contra los derechos fundamentales de todo ser humano; pero lejos de imponer otros límites caprichosos, dejados a la discreción del juzgador de turno, quien, como ahora sucede, bien podría acudir a elucubraciones sobre aspectos no debatidos en el curso de la causa, para negar el ejercicio de los derechos inherentes a la mencionada jurisdicción especial.

Tampoco la norma quebrantada da pie a considerar aspectos subjetivos como la conveniencia o inconveniencia de materializar, frente a determinados tipos penales, las potestades que aquella jurisdicción especial otorga a las autoridades ancestrales, suponiendo lo que puede resultar bueno o malo para sus comunidades, aspecto este que queda a la discreción de aquellas autoridades, quienes son las facultadas para analizar cada situación y determinar si reclaman o no a su comunero para ejecutar dentro de su entorno y bajo sus procedimientos, la pena que le haya sido impuesta.

Por tan potísimas razones, flagrante el quebrantamiento de la norma que consagra la jurisdicción especial indígena, a partir de los gazapos de interpretación en que incurrió el Tribunal al proferir la sentencia censurada, se precisa su casación.

Segundo cargo / Subsidiario.

“Causal 2ª de Casación, artículo 181, numeral 2 de la Ley 906 de 2004, nulidad por violación a garantías fundamentales, artículo 457 de la Ley 906 de 2004”.

El artículo 29 de la Constitución Política establece:

“ART. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

”Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

”En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

”Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Cuando el Tribunal acude, como se dejó de relieve en la demanda de casación, en aquellos apartes subrayados de sus argumentaciones, a efectuar especulaciones sobre las cuales sustenta su decisión, dando a éstas prelación sobre lo que encontró debidamente probado, incurre en una violación de las garantías procesales del acriminado, mediante interpretaciones odiosas de la norma que consagra la jurisdicción especial indígena, con lo que transgrede el principio de estricta legalidad como límite a la facultad de configuración legislativa de la que goza el legislador, y que es un dique, tanto a la función de éste (reserva legal), como también, a la del juzgador (reserva judicial), por lo que, de manera alguna el segundo tiene habilitado acudir a analogías que no sean *in bonam partem*, que jamás en materia restrictiva o desfavorable a los intereses del procesado –*in malam parte*–, como en el asunto bajo análisis lo hace el *ad-quem*, invadiendo la órbita del constituyente que, de manera alguna, impuso vedas a la posibilidad que tiene la autoridad indígena de reclamar a cualquiera de sus miembros en cuanto haya resultado condenado, para aplicarle sus procedimientos de resocialización y rehabilitación, acorde a sus costumbres y cosmovisión: creencias, cultura y, en fin, su manera de ver e interpretar el mundo; sin supeditar dicha potestad a la gravedad del tipo penal anunciado en la respectiva formulación jurídica, o a la entidad del bien jurídico tutelado que haya resultado lesionado o puesto en efectivo peligro por el justiciado; siendo la única excepción a tal facultad, la propia renuncia que haga, bien de manera expresa, ora tácita, esa autoridad, denotando su falta de interés en reclamar a su súbdito, a pesar del llamado que la jurisdicción ordinaria le haya hecho en acatamiento de lo normado al respecto.

De otra parte, cuando sostiene que: “[a]demás, es cierto, el delito de tráfico de estupefacientes y el comportamiento comprendido en el tipo, se aleja especialmente de la visión propia de los conglomerados ancestrales, pues los indígenas no utilizan

estas sustancias para comercializarlas o persiguiendo un lucro; el Tribunal está sugiriendo circunstancias ajenas a aquello que fue objeto de debate, dando pie a una serie de conjeturas, suposiciones e inferencias, conjugando un verbo rector que no fue endilgado al procesado, a quien, si bien se le adecuó su comportamiento en la aludida tipicidad, fue en la modalidad de transportar, no de comercializar, menoscabándole su derecho de controvertir tal hipótesis prorrumpida durante el trámite de la segunda instancia por el respetable Juez colegiado que, entre otras cosas, no lo reconoce como un delincuente primario al tenor de lo demostrado durante la investigación de marras, sino como un malhechor vinculado a organizaciones criminales y de rancia estirpe, vector que, en su criterio, representa un serio riesgo para la comunidad indígena, por lo que su traslado al centro de armonización del Resguardo de Huellas, ubicado en la Finca La Selva-El Chorrillo, en jurisdicción del Municipio de Caloto, Cauca, no resulta razonable, pues de acceder a ello, "se podría desestabilizar a la comunidad étnica y ponerla en peligro".

Así las cosas, al acuñar situaciones que no fueron pábulo del debate durante la investigación, el *ad-quem* coloca al procesado en una situación de indefensión de cara a las elucubraciones contenidas en la motivación sofista de la sentencia recurrida, vulnerando su fundamental garantía de la defensa, ingénita al constitucional derecho del debido proceso, irregularidad sustancial que no admite otro remedio que el de la nulidad, dada la trascendencia que adquiere respecto del resultado de la actuación; en este caso, en consideración a las pretensiones del recurso vertical propuesto en su oportunidad, las cuales fueron negadas con sustento en tan aberrante gazapo. En ese sentido, el fundamento de la sentencia censurada, sobrepuestas aquellas conjeturas a lo probado en el curso de la actuación, como prolegómeno de caprichosos y etéreos juicios, afecta de modo esencial la garantía Superior de la defensa del procesado, derecho que resulta socavado a través del aludido proceder desajustado del Fallador de segunda instancia.

Si el Tribunal se hubiese limitado a resolver el asunto llegado a su conocimiento, dentro de los cánones demarcados mediante el recurso propuesto contra la sentencia de primera instancia, absteniéndose de acudir a conjeturas y elucubraciones que no fueron materia de controversia, es obvio y palmario que habría otorgado – como sobre el particular terminó haciéndolo- la razón al recurrente, atendiendo *stricto sensu* al objeto placenta de la impugnación; en la medida que se hallaban satisfechos los requisitos que sobre el particular se imponen dentro de nuestro establecimiento jurídico, en especial, el interés expresado por la primera autoridad indígena del Resguardo de Huellas, debidamente acreditada su condición, para reclamar a su comunero; al igual, que la idoneidad del respectivo centro de armonización, certificada por el INPEC; pues como al efecto apuntó el Juez

vertical, "...debe señalarse que si bien los informes anexados dando cuenta de la visita realizada por el INPEC a las instalaciones del Centro de armonización suscitaron suspicacias en la juez, estas fueron dilucidadas con la argumentación esbozada por el apelante, por ello no hay razones para desestimarlos.". Así las cosas, siendo que la razón cardinal del recurso propuesto, fue lo relacionado con el repudio que hizo la señora Juez A quo, de los documentos que acreditaban la realización de la visita que efectuaron las autoridades penitenciarias a las instalaciones del nombrado centro de armonización y que les permitió avalar su idoneidad; procediendo a negar el traslado del reo hacia las mentadas instalaciones y, de paso, ordenando sin más consideraciones, la reclusión del condenado en la Penitenciaría de Alta y Mediana seguridad San Isidro de Popayán, debió el Tribunal centrarse en dicha problemática. Pero, transgrediendo las garantías de defensa del procesado, trajo a colación nuevos argumentos gaseosos, sobre los cuales edificó su decisión de confirmar la sentencia recurrida, negando al recurrente su pretensión de obtener su traslado al centro de armonización indígena que le garantizaba el respeto de su cultura tradicional y la hegemonía de la jurisdicción indígena en este asunto en particular; donde son las autoridades tradicionales quienes se encuentran en posibilidad de definir y determinar si el encausado representa un grave peligro para su comunidad, previo a decidir si lo reclaman para que purgue su condena bajo su égida, o desisten de hacerlo, permitiendo que lo haga en un centro de reclusión común y ordinario, bajo las previsiones del artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

Adicionalmente, a pesar de que las autoridades del INPEC, avalaron la idoneidad de las instalaciones del centro de armonización indígena ofrecido por el Gobernador del Resguardo de Huellas, de Caloto, Cauca, para el traslado del condenado; dando cuenta pormenorizada de sus adecuaciones y de su cabal cumplimiento con las normas que aseguran la reclusión de aquél en condiciones dignas y seguras, el Tribunal, no obstante reconocer tal hecho como probado, con sustento exclusivo en sus especulaciones y conjeturas, concluyó que: "...aunque el resguardo en cuestión tiene unas instalaciones más o menos apropiadas, estas no son suficientes para recluirla a una persona que está vinculada por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes en la cantidad **-nada desestimable-** neta de 19.5 kilogramos de marihuana"; atropellando así los derechos del condenado a preservar su cultura y garantizar su reinserción en el seno de su comunidad ancestral.

Es palmario que, de no ser por las manifiestas irregularidades sustanciales en que incurrió el Fallador de segunda instancia al tiempo de proferir su decisión, desconociendo el debido proceso y vulnerando el derecho de defensa del encartado, lo único que correspondía era conceder el traslado del condenado, dada su condición cabalmente demostrada, al Centro de Armonización Indígena del Resguardo de Huellas, ubicado en la Finca La Selva – El Chorrillo, del Municipio de

Caloto; lo que se rechazó mediante la adopción de una decisión etérea, afincada en argumentos especulativos, antes que en lo probado.

Con fundamento en lo consignado, ha quedado demostrada la presencia de defectos sustanciales en la sentencia censurada, que vulneran el derecho al debido proceso del acriminado y su connatural garantía de la defensa, de tal suerte que no es factible mantener su vigor, por lo que se precisa solicitar a los Honorables Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que le resultaron conculcados a mi procurado con ocasión del fallo censurado, se sirvan CASAR íntegramente el mismo, ordenando rehacer la decisión, respetando los parámetros del recurso de alzada propuesto y con exclusivo fundamento en los elementos de convicción obrantes en la actuación, absteniéndose de acudir a especulaciones carentes de sustento.

De los Honorables Magistrados,

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, positioned above the name of the signatory.

DIEGO GERARDO HURTADO NAVIA

C. C. No. 19.199.536 de Bogotá D.C.

T. P. No. 127.364 del C. S. de la J.