



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 2 de diciembre de 2020

**Doctor
EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad**

Ref. Casación No. 53444
Procesado: Luis Efraín González Medina
Delitos: tráfico de estupefacientes

Honorables Magistrados

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en cumplimiento de la función atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Alegatos de sustentación, dentro de la demanda de casación interpuesta por el procesado, LUIS EFRAÍN GONZÁLEZ MEDINA, contra la sentencia del 18 de mayo de 2018, proferida por el Tribunal de Popayán, mediante la cual CONFIRMÓ, la condenatoria emitida el 24 de octubre de 2017, por el Juzgado 5° Penal del Circuito de la misma ciudad.

1. HECHOS

Los hechos fueron resumidos por el Tribunal Superior de Popayán, del siguiente tenor literal:¹ *“El 19 de julio de 2016, a eso de las 10:30 de la noche, en un puesto de control ubicado a la altura del kilómetro 121 de la vía Mojarras, Popayán, sector conocido como Los Faroles, se realizó diligencia de registro a la camioneta marca Nissan, color blanco, palcas VCW-378, donde se movilizaban tres individuos, percibiendo en la parte de atrás unas mesas de madera cubiertas con plástico negro amarradas a la carrocería que pesaban más de lo normal. Al realizarse una verificación más detallada, se percibe que las mismas eran huecas y salía de ellas un fuerte olor a marihuana, por ello, se revisa su interior, hallándose 39 paquetes envueltos en cinta color café, contentivos de una sustancia vegetal con características propias al mentado estupefaciente.*

Por lo anterior, se le dio a conocer a los sujetos, entre ellos, LUIS EFRAÍN GONZÁLEZ MEDINA, sus derechos como personas capturadas. Practicada la prueba PIPH, la sustancia dio positivo para marihuana con un peso bruto de 21.5 kilogramos y neto de 19.5 kilogramos”.

2. DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente en casación presentó los siguientes cargos contra el fallo del Tribunal de Popayán, para que el mismo sea casado:

2.1. CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

La censura señaló, con fundamento en el numeral primero del artículo 181 del C.P.P., que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, toda vez que interpretó de manera errónea el artículo 246 Superior, y no aplicó la jurisdicción indígena en toda su extensión en favor del procesado, sino que lo hizo de manera parcial, como lo entendió el fallo de segunda instancia.²

¹ Fl. 2 fallo del Tribunal.

² Fls. 25 y 26 Demanda de Casación.



Al efecto, adujo que la interpretación del Tribunal respecto de la jurisdicción indígena va en contravía de los derechos fundamentales a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural, en cuanto la estigmatiza y degrada, pues desconoce los derechos y libertades de las minorías étnicas.³ Agregó la censura, que fue desacertada la interpretación que efectuó el ad quem sobre la jurisdicción indígena, pues acudió a descalificarla, a través de términos injuriosos y despectivos, al aludir a que se le destinaría al procesado a un “sitio de detención más laxo”, o “asumir una posición bonachona en este caso”.⁴

Destacó que además se vulneraron los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, que fija los parámetros y criterios a tener en cuenta, cuando se trata de juzgar a miembros de comunidades indígenas. Añadió que también se vulneró la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que hace referencia a los derechos que le asisten a los pueblos étnicos de mantener y fortalecer sus propias instituciones culturales, ancestrales y tradicionales.⁵

En síntesis, solicitó se case la sentencia del juez de segundo grado, pues en su sentir, el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 246 de la Constitución y desconoció el derecho que le asistía al procesado por ser miembro del Resguardo Indígena de Huellas, a cumplir la condena en el Centro de Armonización del Resguardo Indígena de Huellas, del municipio de Caloto, Cauca, habida cuenta de garantizarle sus derechos como miembro de esa comunidad étnica.⁶

2.2. CARGO SEGUNDO: Nulidad

La censura señaló, con fundamento en el numeral segundo del artículo 181 del C.P.P., que el Tribunal vulneró el derecho al debido proceso que le asistía al procesado, pues el fallo se tornó meramente especulativo y basado en infundios, acudiendo al método de la íntima convicción y concluir que el procesado representa un peligro para la sociedad indígena que lo requiere.⁷

Señaló, que el fallo de segunda instancia incurrió en evidentes dislates, al presumir que de ser trasladado el procesado al resguardo indígena: “*se podría desestabilizar a la comunidad étnica y ponerla en peligro*”, y que tal aseveración corresponde a especulaciones sin respaldo probatorio alguno, con lo cual, se vulnera su derecho de defensa y al debido proceso, toda vez que interpretó de manera errónea el artículo 246 Superior, y desconoció la hegemonía de la jurisdicción indígena en este caso, sino que lo hizo de manera especulativa, basado en conjeturas y especulaciones.⁸

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar la sentencia del Tribunal de Popayán, del 18 de mayo de 2018

3.1. AL CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

La censura señaló, que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, toda vez que interpretó de manera errónea el artículo 246 Superior, y no aplicó la jurisdicción indígena en toda su extensión en favor del procesado, sino que lo hizo de manera parcial, como lo entendió el fallo de segunda instancia.⁹ Esta Agencia del Ministerio Público, considera que le asiste razón al demandante, referido a la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa por parte del juez de segundo grado, toda vez que interpretó de manera errónea el artículo 246 Superior

³ Fl. 26 Demanda de Casación.

⁴ Fl. Idem.

⁵ Fls. 27 y 28 Demanda de Casación.

⁶ Fls. 29 y 30 de la demanda de casación.

⁷ Fls. 31 y 32 de la demanda.

⁸ Fls. 35 y 36 Demanda de Casación.

⁹ Fls. 25 y 26 Demanda de Casación.



y estima se deberá casar la sentencia, en razón a los falsos raciocinios en que incurrió el Tribunal, por lo que pasa a exponerse.

Denótese que el Tribunal de instancia, al momento de establecer si estaban dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que el procesado GONZÁLEZ MEDINA, purgara la condena impuesta, en el Centro de Armonización del Resguardo Indígena Huellas, ubicado en la finca La Selva, vereda El Chorrillo, del municipio de Caloto, Cauca, señaló que no estaban satisfechos todos los requisitos para arribar a la decisión de ordenar su traslado a un centro comunitario, primero, por la gravedad de la conducta y, segundo, porque el traslado del indígena al resguardo podía poner en peligro a esa comunidad:¹⁰

“Si bien, se podría sostener que en el presente caso se ven cumplidos unos de los requisitos previstos por la Corte Constitucional para conceder el ‘traslado de un indígena preso en un establecimiento regular a un centro comunitario, no se satisfacen la totalidad de exigencias, pues, específicamente, y estimando la gravedad de la conducta desplegada, esto es, transportar cerca de 19.5 kilogramos de marihuana, el traslado del indígena al resguardo puede poner en peligro a esa comunidad.”

El fallo de segundo grado, también aventuró, que teniendo en cuenta la cantidad de droga incautada al procesado, LUIS EFRAÍN GONZÁLEZ MEDINA, le permitía colegir los peligrosos círculos sociales en que se desenvolvía el condenado, y que por ello no era conveniente su reclusión en un centro de armonización, que estaba ubicado en inmediaciones de la comunidad indígena a la que pertenecía:¹¹ *“La cantidad de estupefaciente incautada permite inferir los peligrosos círculos sociales en que se mueve el peticionario, siendo no conveniente su reclusión en centro de armonización ubicado en inmediaciones de la comunidad indígena”.*

Agregó el Tribunal, que al prestase el procesado para colaborar en el transporte de la sustancia estupefaciente, ese solo aspecto indicaba que estaba inmerso en la subcultura del crimen organizado y que recluirlo en una cárcel indígena, constituía un acto peligroso para la comunidad:¹² *“GONZÁLEZ MEDINA, se prestó para ayudar en el transporte de la ilícita sustancia y ello implica que está inmiscuido en las subculturas del crimen organizado, y recluirlo en una cárcel indígena, constituye un acto peligroso para la comunidad, debido a las acciones delictivas de diferente género que se mueven alrededor de las bandas del narcotráfico a nivel nacional e internacional”.*

La censura, alega que las argumentaciones del fallo del Tribunal para desconocer la aplicación de la jurisdicción indígena en toda su extensión, desconocía el mandato previsto en el artículo 246 de la C.P.,¹³ ya que interpretó de manera errónea esa norma superior y le otorgó un alcance que no tenía.¹⁴ El artículo 246 de la C.P. estableció la jurisdicción indígena e indicó al efecto, 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.¹⁵

Esta norma constitucional, ordenó que la ley debía establecer las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. Para tal cometido, se expidió la Ley 65 de 1993, que en su artículo 29 estableció la reclusión en casos especiales, y previó que la detención preventiva se llevará a cabo en

¹⁰ Fls. 17 y 18 fallo del Tribunal.

¹¹ Fl. 18 fallo del ad quem.

¹² Fls. 18 y 19 fallo del Tribunal.

¹³ ARTICULO 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.

¹⁴ Fl. 26 de la demanda.

¹⁵ ARTICULO 246 de la C.N.



establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado, cuando el hecho punible haya sido cometido entre otros, por indígenas.¹⁶

7. Por su parte, el artículo 3-A de la Ley 65 de 1993, consagró el principio de enfoque diferencial, según el cual, existen poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra y, por ello, las medidas penitenciarias a imponer deben tener en cuenta dicho enfoque.¹⁷

“ARTÍCULO 3A. ENFOQUE DIFERENCIAL. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

Adicionalmente, el Convenio 169 de la OIT “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”,¹⁸ estableció que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, como lo previó el artículo 8 de dicho Convenio.¹⁹ A su vez, el artículo 9 del citado Convenio, previó que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.²⁰

“Artículo 9

1. 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.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

Por su parte, el artículo 10 del referido Convenio 169 de la OIT, señaló que en los eventos en que se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y, en especial, que deberá darse preferencia a otras clases de sanción diferentes al encarcelamiento.²¹

“Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

¹⁶ Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”.

ARTÍCULO 29. RECLUSIÓN EN CASOS ESPECIALES. Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Esta situación se extiende a los exservidores públicos respectivos.

La autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.

<Inciso adicionado por el artículo 5 del Decreto 2636 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> También procederá la reclusión en establecimiento o pabellón especial cuando se haya ordenado el arresto de fin de semana, el arresto ininterrumpido, el cumplimiento de fallos de tutela que impliquen privación de la libertad superior a diez (10) días y las privaciones de la libertad a las que se refiere el inciso cuarto del artículo 28 de la Constitución Política. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

¹⁷ Ley 65 de 1993. ARTÍCULO 3A. ENFOQUE DIFERENCIAL.

¹⁸ Convenio 169 de la OIT “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales” En: <http://ilo.org>.

¹⁹ Artículo 8.1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

²⁰ Artículo 9. Convenio 169 OIT.

²¹ Artículo 10. Convenio 169 OIT.



El fallo de la corporación de segundo grado, evaluó que permitir al procesado, pagar su pena en un centro de armonización indígena, resultaba inconveniente, ya que había pretendido desplazar una cantidad estimable de droga estupefaciente y podría desestabilizar y poner en peligro a la comunidad autóctona de que era parte el procesado:²² *“Con el traslado de indígenas juzgados por la justicia ordinaria al territorio ancestral para cumplir la sentencia se puede contribuir a la protección de sus costumbres propias, pero, esto no implica que, para resguardar la cosmovisión ya menguada de un nativo, se puede poner en peligro a la comunidad. Según la cantidad de marihuana incautada, se puede asegurar, hace rato el justiciado se mueve dentro de la cultura hegemónica en graves actos delincuenciales. Permitir a una persona que ha pretendido desplazar una cantidad no desestimable de estupefaciente, pagar su pena en un centro de armonización indígena, resulta no conveniente para los integrantes de la comunidad autóctona, pues da un mensaje negativo y podría desestabilizarla y ponerla en peligro.”*

Con esta aseveración del Tribunal, referida a que si el procesado pagaba su condena en un centro de armonización indígena, resultaba inconveniente esa medida toda vez que podría desestabilizar y poner en peligro a la comunidad autóctona, no solo incurrió en un dislate, sino que el ad quem dedujo falsamente, que esa situación: *“da un mensaje negativo y podría desestabilizarla y ponerla en peligro”* y constituye un evidente falso raciocinio, que transgrede los principios de la sana crítica y se sustrae del deber que le asistía al fallador de ponderación integral de los medios demostrativos, en virtud de los cuales el Tribunal llegara a la conclusión de responsabilidad penal del inculcado, cuando lo probado en el expediente es que el procesado pertenecía a una comunidad étnica²³ y de conformidad con las normas especiales sobre la materia (artículo 246 de la C.N., artículos 3 A y 29 de la Ley 65 de 1993 y artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT), por sus condiciones de pertenencia a un resguardo indígena, se debió privilegiar purgara su condena en un centro de armonización indígena y no tratamiento penitenciario en una cárcel ordinaria, como lo entendió el Tribunal y por esto, el fallo deberá ser casado.²⁴

Adicionalmente, el fallo del *ad quem*, emitió juicios de valor contrarios a la realidad procesal, pues afirmar que no podía utilizar su condición de nativo para hacerse acreedor de un sitio de detención más laxo, no solo desconoce los principios, normas y reglas especiales que privilegian el uso integral de la jurisdicción indígena para sus miembros, sino que desconoce también el principio de enfoque diferencial, previsto en el artículo 3A de la Ley 65 de 1993, según el cual, el procesado por su característica particular en razón de su raza y pertenencia a una etnia, según lo certificó el gobernador del Resguardo de Huellas, del municipio de Caloto, Cauca, debía ser recluido a efectos de cumplir con la pena impuesta, en el Centro de Armonización del Resguardo Indígena Huellas, ubicado en la finca La Selva, El Chorrillo, del municipio de Caloto Cauca.²⁵

“El procesado no puede utilizar su condición de nativo para hacerse acreedor de un sitio de detención más laxo, cuando a todas luces se evidencia que ya desde la comisión del delito no estaba dentro de los Usos y costumbres de su comunidad.”

Justamente, es la condición de nativo la que le permite a un miembro de la comunidad de la que hace parte, poder ser recluido en dicho lugar, que puede ser considerado diferente pero no necesariamente porque sea mas laxo, sino que allí están otros miembros del mismo grupo o afines por su cultura y su etnia. No puede entenderse que constituya peligro para los demás miembros de la comunidad, por cuanto en modo alguno puede entenderse que el sentenciado quedará en libertad, por el contrario, seguirá siendo monitoreado por el INPEC y si se recibe información

²² Ver FIs. 19 y 20 fallo del Tribunal.

²³ Fl. 20 fallo del segundo grado.

²⁴ Fl. 1 fallo del Tribunal.

²⁵ Fl. 21 fallo del segundo grado.



de mala conducta por parte del interno se le debe revocar y trasladar un centro de mayor seguridad. Además, no le figuran antecedentes que permitan indicar su reincidencia en el delito. Pero, además, purgar la pena dentro del resguardo contribuye a que una vez cumplida la misma, pueda reintegrarse íntegramente a su comunidad una vez resocializado, sin el peligro de haber adquirido mayores conocimientos del delito como puede suceder en una cárcel común, donde está alejado de los miembros de su comunidad.

Mediante fallo con Radicación No. 94.155, sobre el caso de una indígena, la Corte Suprema declaró que en ese caso, se le desconoció su integridad étnica y cultural, al no ser valorada su especial situación con un enfoque diferencial:²⁶

“39. Así las cosas, advierte la Sala que el titular del Juzgado accionado, a pesar de reconocer que estaba facultado para definir la señalada postulación, en virtud de una errónea interpretación del canon 29 de la Ley 65 de 1993, cometió la imprecisión de considerar que, por carecer de elementos de juicio, el Director del INPEC «también» debía pronunciarse acerca del mencionado pedimento, siendo que, al valorar dicha solicitud con un enfoque diferencial y constitucional (CC C-395-1995), la misma se asemeja a peticiones de libertad: competencia exclusiva de los funcionarios judiciales, sin que sea admisible la falta de insumos para sustraerse de la obligación de resolver de fondo, pues, para ese propósito, bien pudo iniciar un trámite incidental.

39.1. En relación con la adecuada hermenéutica de la disposición jurídica en comento, resulta pertinente enfatizar que el INPEC -únicamente- puede trasladar a las personas que tiene bajo su custodia en cumplimiento de sus funciones como administrador de los centros penitenciarios y carcelarios legalmente establecidos, en razón del conocimiento directo e inmediato de la situación concreta del penado y de las condiciones existentes en los aludidos recintos, teniendo en cuenta factores como (i) la población carcelaria, (ii) la disponibilidad física, (iii) la infraestructura del lugar y (iv) las condiciones de seguridad.

40. Continuando con esa línea de entendimiento, percibe la Sala que la ciudadana LEOMAR PEÑA VARGAS no ha obtenido lo que aquí es objeto de sus pretensiones, por cuanto el fallador demandado concluyó que no era competente para pronunciarse sobre el particular, circunstancia que desconoce el precedente CC T-923-2011, en detrimento del derecho fundamental al debido proceso, en su acepción de acceso a la administración de justicia, porque la accionante ha permanecido en la incertidumbre frente a su postulación (CSJ STP4045-2016, 29 Mar. 2016. Rad. 84628).

41. En este caso concreto, según el referido pronunciamiento constitucional, constituye un deber legal del Juez con Funciones de Conocimiento consultar a la máxima comunidad del territorio indígena si la condenada puede cumplir la sanción en ese lugar y si esa comunidad posee instalaciones aptas y capaces de brindar a la procesada las condiciones que se tornan necesarias para asegurar que goce, no sólo de una reclusión digna, sino que esté sujeta a las medidas de vigilancia y de seguridad adecuadas, con las correspondientes visitas periódicas que debe realizar el INPEC, en aras de comprobar que la sentenciada se encuentra efectivamente privada de la libertad.

42. En ese orden de ideas, y como quiera que se ha comprobado la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante LEOMAR PEÑA VARGAS, así como el desconocimiento de la integridad étnica y cultural, al no ser valorada su especial situación con un enfoque diferencial, se revocará la sentencia proferida el 24 de agosto de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y, en su lugar, se ampararán las aludidas garantías constitucionales.”

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de octubre de 2017. Radicación No. T-94.155. M.P. Fernando León Bolaños Palacios.



Por todo lo anterior, quedó elucidado que el fallo del Tribunal interpretó erróneamente el artículo 246 de la Carta Política y desconoció las normas particulares sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena, toda vez que el procesado probó pertenecer a una comunidad étnica y debió ser tratado su caso con enfoque diferencial²⁷ y de conformidad con las normas especiales sobre la materia (artículo 246 de la C.P., artículos 3 A y 29 de la Ley 65 de 1993 y artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT), por sus condiciones de pertenencia a un resguardo indígena, se debió privilegiar purgara su condena en un centro de armonización indígena como lo reclama en la demanda y por todo ello, el cargo deberá ser acogido favorablemente y casar el fallo de segunda instancia.²⁸

3.2. AL CARGO SEGUNDO: Nulidad

La censura reclamó, que el Tribunal vulneró el derecho al debido proceso que le asistía al procesado, pues el fallo se tornó meramente especulativo y basado en infundios, acudiendo al método de la íntima convicción y concluyó sin fundamento que el procesado representaba un peligro para la sociedad indígena que lo requería.²⁹

De conformidad con lo resuelto en el cargo primero, para este Ministerio Público es palmario que el Tribunal vulneró los derechos a la diversidad étnica y cultural, al debido proceso y al derecho de defensa alegados por la censura, al no ordenar su entrega al resguardo indígena el Centro de Armonización del Resguardo Indígena Huellas, del municipio de Caloto, Cauca, para el cumplimiento de su condena.³⁰

El fallo del Tribunal incurrió en falsos raciocinios que permiten derruirlo y por esto, se deberá casar la sentencia, pues como se elucidó, entendió erróneamente que por el traslado del procesado al territorio ancestral para cumplir la condena impuesta, podía poner en peligro a la comunidad, cuando cabalmente con esa determinación, desconoce la cosmovisión ancestral indígena que no fundamenta el castigo de los infractores de la ley penal en prisiones sino en centros de armonización de los resguardos indígenas.³¹

“Con el traslado de indígenas juzgados por la justicia ordinaria al territorio ancestral para cumplir la sentencia se puede contribuir a la protección de sus costumbres propias, pero, esto no implica que, para resguardar la cosmovisión ya menguada de un nativo, se puede poner en peligro a la comunidad.”

Adicionalmente, se tiene que el Gobernador del Cabildo, así como el Coordinador jurídico del mismo, solicitaron que el procesado continuara descontando la pena impuesta, en el Centro de Armonización del Resguardo Indígena de Huellas del municipio de Caloto.³²

“En el legajo se halla una solicitud suscrita por el Gobernador del Cabildo y el Coordinador jurídico, peticionando: “se permita que el comunero LUÍS EFRAÍN GONZÁLEZ MEDINA, identificado con la cédula de ciudadanía número 76.140.503 expedida en Caloto, continúe descontando la pena que se le imponga por la autoridad judicial en el sitio de armonización La Selva, Chorrillo, Caloto”.

Además, cuando la propia directora del EPMSC de Santander de Quilichao, certificó que ese centro carcelario se encontraba en condiciones de pasar revistas constantes al Centro de Armonización del Resguardo Indígena de Huellas del municipio de Caloto:

²⁷ Fl. 20 fallo del segundo grado.

²⁸ Fls. 1 al 23 fallo del Tribunal.

²⁹ Fls. 31 y 32 de la demanda.

³⁰ Fl. 21 fallo del segundo grado.

³¹ Véase fl. 19 fallo del ad quem.

³² Fl. 16 fallo de segundo grado.



“También se observa constancia II firmada por Gina Vanesa Solarte Díaz, directora del EPMSC de Santander de Quilichao, anunciando: “Que este centro carcelario se encuentra en condiciones de pasar revistas constantes al centro de armonización del resguardo indígena de Huellas del municipio de Caloto, Cauca.”

La Corte Suprema de Justicia, mediante fallo con Radicación T-10.4969, sostuvo que las solicitudes de traslado de un indígena a su comunidad, para que ejecute en su territorio la pena que le fue impuesta, guarda relación con los valores constitucionales de diversidad y pluralismo, y el derecho a la diversidad étnica y cultural:³³

“Para el caso de indígenas que ya se encontraban reclusos en establecimientos penitenciarios y carcelarios, se estableció que “...con autorización de la máxima autoridad de su comunidad podrán cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su territorio, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de la pena. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el funcionario que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia”.

Segundo, porque este tema es de especial relevancia constitucional pues guarda relación con la aplicación de los principios de diversidad y pluralismo, garantizados a través de la Constitución Nacional y los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Vistas así las cosas, la Sala considera necesario precisar que las solicitudes de traslado de un indígena a su comunidad, para que ejecute en su territorio la pena que le fue impuesta debe resolverse mediante auto interlocutorio, porque se trata de una circunstancia distinta a las previstas en el artículo 73 de la Ley 65 de 1993 en la que se define un aspecto sustancial, que guarda relación con los valores constitucionales de diversidad y pluralismo, y el derecho a la diversidad étnica y cultural, por lo que siempre debe garantizarse la doble instancia.

Por todo lo anterior, quedó probada la existencia de los falsos raciocinios en que incurrió la sentencia del Tribunal, pues el fallo dedujo erróneamente, que, de ser trasladado a su territorio ancestral, ponía en peligro a su comunidad tribal: *“Con el traslado de indígenas juzgados por la justicia ordinaria al territorio ancestral para cumplir la sentencia ...se puede poner en peligro a la comunidad.”*³⁴. Asimismo, la afirmación del ad quem, referida a que: *“Asumir una posición bonachona en este caso, sería sentar un mal precedente, porque entonces, los narcotraficantes y sus colaboradores, van a utilizar a los indígenas, dado que después la respuesta del Estado no sería severa para el control del tráfico de estupefacientes”*,³⁵ transgrede groseramente los principios de la sana crítica, cuando lo probado en el expediente es que se cumplían las condiciones particulares para que el procesado cumpliera la pena privativa de la libertad al interior de su territorio, ya que según lo certificó el INPEC, el mismo contaba con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de la pena y no como lo entendió el Tribunal y por esto, se considera que se deberá casar el fallo del ad quem.³⁶

“Conjuntamente, se otea en el legajo informen de visita al cabildo indígena del resguardo de Huellas del 17 de agosto de 2017 (207/EPMSC SDQ ATTO -094), rubricado por la mencionada directora, dando cuenta de las instalaciones, su seguridad, logística, atención en salud, accesibilidad y transporte.”

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-921 de 2013, sentó estas importantes consideraciones, sobre la privación de la libertad de los indígenas en un establecimiento penitenciario y/o carcelario, y recalcó que la misma debe ser excepcional:³⁷

³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de julio de 2019. Radicado No. T-10.496. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

³⁴ Fl. 9 fallo del Tribunal.

³⁵ Fl. 19 fallo de segunda instancia.

³⁶ Fls. 16 y 17 fallo del Tribunal.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-921 de 2013, del 5 de diciembre de 2013.

“8.3.4. La privación de la libertad del indígena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario

8.3.4.1. Además de la configuración de un defecto por violación directa de la Constitución, en el presente caso se ha podido verificar la existencia de una serie de situaciones que vulneraron los derechos fundamentales del accionante en relación con su privación de la libertad: (i) no se permitió que el señor “Cesar” pudiera consultar oportunamente con el Gobernador de su Resguardo sobre su detención, lo cual a la postre implicaría que durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento no pudiera contar con una asesoría especializada que señalara la posibilidad de que se configurara el fuero penal indígena; (ii) se le impuso detención preventiva en una decisión en la que se señala expresamente que no es un peligro para la sociedad; (iii) no se tuvo en cuenta su condición de indígena en la determinación de la decisión de la imposición de medida de aseguramiento; (iv) no se ordenó al INPEC que se le recluyera en un patio especial, ni que tuviera en cuenta el respeto de su identidad cultural, tal como lo ha ordenado la Corte en numerosas sentencias como las C - 394 de 1995[180], T-1026 de 2008[181], T-669 de 2011[182] y T-097 de 2012[183].

Así las cosas, quedan claros los errores de raciocinio expuestos en el fallo del Tribunal, pues no aplicó en su verdadera y real dimensión las normas especiales y criterios jurisprudenciales de la jurisdicción indígena, previstas en el artículo 246 de la C.P. y los artículos 29 y 73 de la Ley 65 de 1993, así como en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, para para que el procesado cumpliera la pena privativa de la libertad al interior de su territorio, pues de la conducta desplegada por el procesado LUIS EFRAÍN GONZÁLEZ MEDINA, se concluye que debía continuar cumpliendo la condena impuesta en al Centro de Armonización del Resguardo Indígena de Huellas, del municipio de Caloto, Cauca.³⁸

Como consecuencia de lo expuesto, se solicita a la Corte, **CASAR** la decisión de segundo, como quiera que se comprobó la interpretación errónea del artículo 246 de la Carta Fundamental y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y el derecho de defensa del accionante GONZÁLEZ MEDINA, así como el desconocimiento de la jurisdicción indígena y su consecuente derecho a la diversidad étnica y cultural, además, de no ser valorada su especial situación con un enfoque diferencial, como lo ordena el artículo 3A de la Ley 65 de 1993 y, por ello, se deberán acoger los cargos propuestos por la censura.³⁹

8.3.4.2. Todas estas situaciones han implicado la vulneración de la identidad cultural del señor “Cesar”, quien no ha recibido un tratamiento acorde con su condición de indígena, desconociéndose su derecho a la dignidad humana y lo señalado por esta Corporación en las Sentencias C - 394 de 1995[184], T-1026 de 2008[185], T-669 de 2011[186] y T-097 de 2012[187], las cuales exigen que cuando un indígena se recluya en un establecimiento ordinario se: “respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”[188].

8.3.4.3. Esta situación se evidencia a través de la escucha de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, en la cual la juez de control de garantías no tuvo en cuenta la condición de indígena del accionante para la determinación de su lugar de reclusión ni mencionó siquiera la necesidad de que no se afectaran sus costumbres y cultura durante su reclusión. En este sentido, la Corte Constitucional no puede pasar por alto que el accionante fue recluido en un establecimiento penitenciario y carcelario ordinario, sin estar en un pabellón o establecimiento especial, afectándose de manera grave su identidad cultural, situación que también padecen cientos de indígenas en todo el territorio nacional, tal como ha señalado la Defensoría del Pueblo en el informe denominado “Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC”, en el cual señaló que no se reúnen las condiciones para que vivan dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural, lo que implica una grave amenaza contra estos valores que gozan de reconocimiento constitucional y que no se respeta su diversidad cultural.

8.3.4.4. La privación de la libertad de los indígenas en establecimientos penitenciarios y carcelarios debería ser excepcional, pese a lo cual en la actualidad la situación es completamente distinta. Para el mes de agosto del año 2012, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC reportó que se encontraban 963 indígenas privados de la libertad[189], sufriendo además la terrible situación de hacinamiento del sistema[190], lo cual implica claramente un proceso masivo de pérdida masiva de su cultura insostenible.

8.3.4.5. En este sentido, el castigo es un agente cultural que transforma la identidad del individuo, mediante métodos de clasificación, restricción y autorización, estandarizando su conducta de acuerdo a patrones generales[191], lo cual afecta de manera directa la cultura del indígena, independientemente de los esfuerzos realizados por el INPEC para evitar este proceso. De esta manera, la simple privación de la libertad de un indígena en un establecimiento ordinario puede llegar a transformar completamente su identidad cultural étnica y cultural, lo cual se presenta tanto si el indígena es juzgado por la jurisdicción ordinaria, como también si es procesado por la jurisdicción indígena y luego es recluido en un establecimiento común.”

³⁸ Fls. 15 y 16 fallo del Tribunal.

³⁹ Fls. 26 y 32 de la demanda de casación.



Por todo lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público, estima procedente que se debe acoger la censura y, en consecuencia, CASAR la sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Popayán, del 18 de mayo de 2018, en el sentido de permitir que el condenado pueda terminar de descontar la pena de prisión impuesta dentro del resguardo *Huellas del municipio de Caloto, Cauca*.

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal