



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala Penal

CONFLICTO DE JURISDICCIONES – INDÍGENA Y ORDINARIA: Órgano encargado de dirimirlo.

NULIDAD – No se configura.

No hay lugar a declarar la nulidad solicitada por la defensa, alegando que el conocimiento del asunto le corresponde a la jurisdicción indígena, por cuanto tal pedimento ya fue objeto de decisión, en la cual el Consejo Superior de la Judicatura, autoridad que constitucional y legalmente se encuentra legitimada para hacerlo, lo asignó a la jurisdicción ordinaria, sin que sea procedente en esta sede hacer juicios de valor respecto a esa decisión, puesto que, tal excepcionalísima carga, la ha asumido la Corte Suprema de Justicia pero únicamente en virtud del recurso extraordinario de casación.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Criterios de Ponderación de la Pena.

NON BIS IN IDEM – Se sanciona doblemente una misma situación fáctica.

No obstante, es posible realizar un incremento punitivo con fundamento en los criterios de ponderación de la pena, hay lugar a redosificar la sanción impuesta, en tanto la argumentación que sirvió para referirse a la gravedad de la conducta se encuentra contenida dentro de la punibilidad imputada al procesado, en razón a la cantidad de la sustancia incautada, y al haberse incrementado la pena, por una circunstancia que ya ha sido tenida en cuenta por el legislador para agravarla, se vulneró el principio del *nom bis in idem*, puesto que a una misma situación fáctica se le está asignando un doble castigo.

SUSTITUTO PRISIÓN DOMICILIARIA POR PADRE CABEZA DE FAMILIA – Requisitos.

No procede la concesión de la prisión domiciliaria, siendo que el procesado no acreditó la condición de ser padre cabeza de familia, pues no obstante la existencia de hijos menores de edad, los mismos a raíz de su encarcelamiento, no quedan totalmente huérfanos de la debida atención afectiva, familiar y económica, al contar con la presencia de su madre, de quien no se demostró que presente alguna limitación física o mental que le impida atenderlos, y brindarles el debido cuidado.

INDÍGENAS PRIVADOS DE LA LIBERTAD - PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA.

INDÍGENAS PRIVADOS DE LA LIBERTAD - CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN EN RESGUARDO INDÍGENA: El trato diferenciado que requieren los miembros de las comunidades indígenas se otorga con independencia de su sometimiento a la jurisdicción ordinaria y debe asumirse en cualquier etapa procesal y desde la iniciativa de sus diferentes autoridades, según la fase que se adelante.

Teniendo en cuenta el trato diferencial que se debe otorgar a los miembros de las comunidades indígenas privados de la libertad, con independencia de que el proceso se haya adelantado por la jurisdicción ordinaria o la especial, en tanto lo que se pretende es la protección a la diversidad étnica que ostentan estas personas, y de contera a su cultura, usos y costumbres autóctonos, y siendo que la decisión

de primera instancia impidió verificar el cumplimiento de los presupuestos para que sea factible purgar la pena en resguardo indígena, se dispone que este análisis sea realizado ya sea por el Juez penal del Circuito o el Juez de Ejecución de Penas al que se asigne el asunto.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente : Dra. Blanca L. Arellano Moreno
Proceso No. : 528356000538 2015 00602
Número Interno : 24138
Sentenciado : RCE
Conducta : Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes
Aprobado : Acta Nro.13 de 06 de julio de 2020

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte
(2020)

1. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la decisión proferida el 10 de octubre de 2017, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tumaco (N), por medio de la cual se condenó al señor **RCE**, como autor responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, sin que se concediera la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni el sustituto de la prisión domiciliaria.

2. ANTECEDENTES

2.1. SUPUESTOS FÁCTICOS

Estos se describen en la sentencia impugnada en los siguientes términos:

“El día 17 de mayo de 2015, aproximadamente a las 12:00 horas, frente a la estación de policía del corregimiento de Llorente, más exactamente en el Kilómetro 63 de la vía que conduce de Tumaco a Pasto, uniformados de la Policía Nacional realizaron una requisa a un ciudadano quien se identificó como RCE, quien portaba un bolso de color habano dentro del cual se encontraron dos (2) bolsas plásticas con una sustancia rocosa que por sus características físicas e inferencia lógica se asemejó a la base de coca con un peso cercano a los 4 Kilos, por lo cual se produjo su captura en situación de flagrancia por la presunta comisión del delito de porte de estupefacientes.”¹

2.2. ACTUACIÓN RELEVANTE

Por los hechos anteriores fue capturado en flagrancia el señor **RCE**, razón por la cual ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tumaco (N) se realizó audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

La aprehensión fue declarada legal dando lugar a continuar con el acto de formulación de imputación, donde se le atribuyó cargos, en calidad de autor, a título de dolo por la eventual comisión de un delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, según la tipificación prevista en el artículo 376, inciso primero del C.P., modificado por la Ley 1453 de 2011, verbo rector llevar consigo, habiéndose cometido el ilícito bajo condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, contempladas en el artículo 56 del Código Penal, sin olvidar la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Los cargos así planteados por la Fiscalía fueron aceptados por el imputado.

¹ Fl. Nro. 70

En cuanto a la medida de aseguramiento la Fiscalía se abstuvo de solicitarla, dado el allanamiento a cargos y que la pena a imponer sería conforme a la imputación de 18,67 meses de prisión.²

Como consecuencia, el asunto pasó a ser estudiado por el Juzgado Penal del Circuito de Descongestión de Tumaco (N), que dando inicio el 28 de septiembre de 2015, a la audiencia de verificación de allanamiento a cargos ordenó remitir el asunto a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que resuelva el conflicto de competencia reclamado por la defensa, al considerar que no se encontraban reunidos los requisitos para aceptar la solicitud de remisión del caso a la Jurisdicción indígena. En dicho trámite, mediante decisión del 02 de diciembre de 2015 se asignó el conocimiento del proceso a la Justicia Ordinaria³, radicándose en definitiva en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tumaco.

Una vez agotado lo anterior, se continuó con la audiencia de individualización de pena, el 16 de noviembre de 2016, en la cual la defensa presentando elementos materiales como respaldo, solicitó que se permita el cumplimiento de la pena al interior del Resguardo Indígena del Gran Cumbal, municipio de Cumbal (N); así mismo se conceda la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, motivo por el cual el Despacho aplazó la diligencia para su pronunciamiento.

Aquí cabe aclarar que el acta que se realizó para registro de la audiencia, deja constancia acerca de que el imputado se encuentra en detención domiciliaria, lo cual constituye a las

² Audiencias preliminares de imputación y medida de aseguramiento realizada. Audio 4 Minuto 00:20:35

³ Fls. Nro. 58-64, Cuaderno: Conflicto Jurisdicción Ordinaria Penal-Indígena.

claras un error, en tanto que las audiencias preliminares dan cuenta del retiro de la medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía y la aceptación de dicha decisión por el funcionario judicial a cargo.

Así las cosas, en audiencia de lectura de sentencia el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tumaco (N), profirió pronunciamiento el 10 de octubre de 2017, por medio del cual condenó al señor **RCE**, a la pena principal de treinta y cinco (35) meses de prisión y multa de ciento veinticinco millones trecientos cincuenta y un mil cuarenta y tres pesos (\$ 125.351.043), al hallarlo responsable en calidad de autor de la comisión del delito ya descrito, adicionalmente, la mentada providencia negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y el sustituto de la prisión domiciliaria. A la vez que se ordenó que el cumplimiento de la pena de prisión se produzca de manera intracarcelaria.

Lo anterior dio lugar a que la defensa interponga el recurso de apelación, que ahora se procede a resolver.

3. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El señor Juez de primera instancia, realizó un recuento fáctico y procesal del caso y continuó con el control de legalidad de la actuación, procediendo a constatar la existencia del mínimo probatorio que permite inferir la autoría en la conducta y su tipicidad.

Del análisis de los elementos materiales probatorios concluyó que son suficientes para afectar la presunción de

inocencia que cobija al acusado y por ende fincar su responsabilidad en la comisión del delito consagrado en el artículo 376 de la normatividad adjetiva penal.

En punto de la dosificación punitiva, se precisó los límites de la pena que consagra el punible enrostrado, a estos se aplicó la disminución que otorga el artículo 56 ídem, para proceder a establecer los cuartos de movilidad, decidiendo ubicarse en el mínimo en virtud de la ausencia de antecedentes penales y sin perder de vista que no le fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad.

El mínimo de la pena se computó en 21.33 meses de prisión y al considerar que la conducta desplegada por el procesado incrementa su gravedad dada la cantidad de sustancia estupefaciente que le fue encontrada, decidió atinado incrementarla hasta los 40 meses para finalmente fijarla en 35, atendiendo a la rebaja concedida por la aceptación voluntaria de los cargos.

Ahora bien, en relación a la pena de multa se partió indicando que sus límites van de 1.334 a 50.000, a ellos se aplicó similar procedimiento jurídico y matemático que el efectuado con la pena de prisión, excepción hecha del incremento por la cantidad de droga portada, entonces luego de realizar los descuentos correspondientes a la situación de marginalidad y aquel que procede por el allanamiento a cargos se estableció la sanción en \$125.351.043.

En cuanto a la accesoria de los artículos 44, 48 y 52 del Código Penal, se la concretó en un lapso igual que el de la pena principal.

Para terminar, afirmó que para el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, no hay lugar a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni el sustituto de la prisión domiciliaria, debido a la prohibición consagrada en el artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. Respecto a la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, el *A quo* señaló que el sentenciado no ostenta tal calidad, pues cuenta con la presencia de su cónyuge para el cuidado de sus hijos menores de edad.

En cuanto a la petición para que el procesado, cumpla la pena privativa de la libertad, al interior de un centro de armonización indígena, la misma fue negada en atención a que el asunto fue asignado a la justicia ordinaria al resolverse el conflicto de jurisdicciones, razón por la cual consideró que la pena impuesta debe cumplirse en una cárcel diseñada para el efecto.

Por lo anterior, se ordenó librar orden de captura para que se cumpla la pena de prisión impuesta.

4. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa realiza una breve reseña de la actuación procesal que culmina con la sentencia condenatoria proferida en contra del señor **RCE**, y en lo que respecta a los puntos de disconformidad explicó lo siguiente:

Como primer punto de ataque, utilizó la mayor parte de su argumentación a fincar la idea de que la decisión tomada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se atribuyó

el conocimiento del asunto a la justicia ordinaria estaba errada. En busca de ese horizonte hizo uso de tratados internacionales, jurisprudencia y legislación nacional, para consolidar dos ideas, una inicial acorde con la cual, la señalada determinación es susceptible de ser analizada y controlada por esta sede judicial, con lo cual cabría la posibilidad de asignar el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Especial Indígena.

El segundo elemento de valor que busca aportar el impugnante, se construye a partir del anterior, puesto que para él, sí existe la posibilidad de asignar el juzgamiento de los hechos a la señalada jurisdicción. En el *sub examine* ello debe operar, puesto que a su entender la determinación tomada por el Consejo Superior de la Judicatura resulta contraria a la Constitución y todo el cúmulo de garantías que deben ser observadas y atendidas cuando están en conflicto los derechos de esa puntual minoría, por ello le mereció especial interés controvertir la posición asumida por esa Colegiatura en torno del análisis efectuado al factor territorial, como primordial para llegar a la conclusión de que la actividad desarrollada por su protegido no era propia de los usos, costumbres y tradiciones del pueblo indígena al que pertenece.

Para el apelante, los hechos en los que se vio envuelto el acusado, tienen unos matices de peculiaridad, dados por la situación geográfica, social, cultural, económica y personal, que lo obligaron a actuar de esa manera, pero conservando las características esenciales para establecer que su comportamiento no debe ser enjuiciado por la senda que hasta el momento ha llevado.

Como segunda muestra de disenso al fallo de origen, plantea una falencia en el proceso de dosificación punitivo, ya

que con arraigo en la cantidad de droga incautada se decidió aumentar la pena mínima en 18.67 meses, lo que va en contra de la proporcionalidad y legalidad de la pena, puesto que dados los antecedentes que ostenta el desarrollo del punible, mismos de los que da cuenta el propio fallo, no existía motivo para ese incremento, debiendo partirse de la menor, aplicarse la rebaja del 12.5% por la aceptación de cargos en audiencia de formulación de imputación, resultando en una pena de 18.67 meses de prisión, disminución que se debe dar en igual medida a la pena de multa.

Como arremetida final, propone el profesional del derecho que a pesar de las prohibiciones legales para acceder al beneficio de la prisión domiciliaria, el procesado es padre cabeza de familia, en tanto que es el único miembro del hogar, del cual hace parte su esposa y tres hijos menores, con capacidad para darles soporte económico, por tanto en su ausencia el núcleo familiar se ve absolutamente desprotegido.

Desde esa perspectiva elevó tres puntuales peticiones a saber, inicialmente una solicitud de nulidad de lo actuado, para ordenar la remisión de las diligencias al cabildo indígena del Gran Cumbal, del municipio de Cumbal (N).

En segundo lugar, solicitó modificar la pena a 18.67 meses de prisión, al igual que se afecte la pena de multa en la misma proporción.

Finalmente, requiere no aplicar el artículo 68-A del C.P., a fin de que se conceda la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, y con permiso para trabajar a favor del sentenciado.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

Según lo normado en el numeral 1° del art. 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado en contra de la sentencia de octubre 10 de 2017, proferida por el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Tumaco (N), en la que se condenó a **RCE**, como autor responsable del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la dialéctica que limita la alzada a los puntos que se someten a debate, la Sala se centrará en determinar si:

a. Es de recibo la petición de nulidad a efectos de que sea la Jurisdicción Especial Indígena la que se encargue del juzgamiento de la conducta imputada al procesado.

b. El proceso de dosificación punitiva realizado sobre la pena de prisión y multa para el señor **RCE**, se encuentra ajustado a derecho.

c. Procede otorgar el beneficio de prisión domiciliaria por la alegada condición de padre cabeza de familia a favor del precitado.

5.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES

5.3.1. Causales de nulidad

Los principios que rigen este tema, se fijaron en el procedimiento penal anterior – Ley 600 de 2000 – y la CSJ los expuso en decisiones como la SP de 29 de agosto de 2007 radicado No. 22.672 y SP de 19 de noviembre de 2008, radicado No. 30.539. En la primera de ellas la Alta Corporación enseñó:

“Se ha dicho, entonces, que sólo son alegables las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarse el sujeto que con su conducta procesal haya dado lugar a la configuración del motivo enervante, excepto el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aún cuando se presente el vicio, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, a condición de que sus garantías fundamentales estén a salvo (convalidación); quien invoque la nulidad está obligado a acreditar que la irregularidad afecta garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

A los anteriores principios se han agregado otros como los señalados en la decisión SP de 19 de noviembre de 2008, radicado No. 30.539, que hace referencia al de instrumentalidad de las formas y el de acreditación. Sobre el primero de ellos indica la Corte *“No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa”*; y sobre el de acreditación, enseñó *“Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya”*.

Esta orientación se ha extendido por la jurisprudencia a casos regulados por la Ley 906 de 2004, como así se explicó en la sentencia SP 18 de marzo de 2009, radicado No. 30710, acudiendo a los principios plasmados en el radicado No. 30.539 del 19 de noviembre de 2008:

“2. Principios que orientan las nulidades:

En el esquema procesal penal de 2004 no aparece una disposición en la cual se establezcan expresamente principios orientadores de las nulidades, como sí ocurre en la Ley 600 de 2000, cuyo artículo 310 regula la materia enumerando seis postulados de esa naturaleza.

Lo anterior, empero, no autoriza para afirmar que la actividad procesal surtida con fundamento en el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 no esté informada por los principios que tradicionalmente han orientado las nulidades ...”.

La subregla se ha aplicado a casos posteriores como se puede consultar en los fallos SP931-2016 de 3 de febrero de 2016 con radicado 43356 y SP SP1872-2017 de 15 de febrero de 2017, con radicado No. 34982.

Ya en el plano legislativo, la Ley 906 de 2004, establece de manera expresa y taxativa las causales de nulidad, por lo que únicamente pueden surgir de aspectos relacionados con la prueba ilícita y la cláusula de exclusión según el tenor de los artículos 23 y 455, o por falta de competencia del juez según el artículo 456 y por violación a garantías fundamentales como el derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales, según el texto del artículo 457.

5.3.2. Jurisdicción indígena

Como se ha reseñado en decisiones anteriores, por parte de esta Corporación, la autonomía de los pueblos indígenas, tiene reconocimiento constitucional, que se deriva de principios como el pluralismo, dignidad humana, diversidad étnica y cultural, y acorde con ello, el artículo 246 de la CP, consagra que las autoridades de dichas comunidades pueden ejercer funciones jurisdiccionales conforme a unas exigencias que se

indican en la norma para que su aplicación opere dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos y con la condición de que no sean contrarios a la Constitución y Leyes de la República.

Sin embargo, el acceso a un juzgamiento realizado al interior de la comunidad indígena, se encuentra reglado y como bien sabemos, a ese tipo excepcional de jurisdicción solamente tendrán derecho, como es lógico, aquellos sujetos que acrediten de manera satisfactoria el lleno de los requisitos que jurisprudencialmente se han planteado. Es así como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, haciendo eco de las enseñanzas impartidas por la Suprema Guardiana de la Constitución, nos recuerda cuáles son los factores que dan lugar para que una persona deba ser procesada por las autoridades constituidas al interior de determinada comunidad indígena, ello de la siguiente manera:

“Para lo cual, es pertinente resaltar que esta Sala ha señalado que ante la falta de expedición de la ley de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema nacional de justicia, la Corte Constitucional ha establecido que, para delimitar si un asunto debe ser conocido por dicha jurisdicción, es forzoso examinar si se acreditan los elementos estructurales del fuero indígena (personal y territorial o geográfico), que son determinantes, y, seguidamente, analizar los factores institucional u orgánico y objetivo, así⁴:

a) El subjetivo o personal se presenta cuando el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenece a una comunidad indígena. Al respecto, se determinan dos supuestos de hecho:

(i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional “en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida

⁴ CSJ. CP036-2018, 21 mar. 2018, rad. 49006.

de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta; (ii) si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta (i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos. (CC T- 002/ 12)

b) El territorial o geográfico se refiere a que la conducta investigada debe acaecer dentro del ámbito espacial del pueblo aborígen, esto es, donde se ejercen la mayor parte de los derechos relacionados con la autonomía del grupo autóctono.

Los lineamientos de interpretación que deben tenerse en cuenta, en tratándose de dicho condicionamiento, son dos:

(i) La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura; (ii) El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo: Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales. (CC T-921/ 13)

c) El institucional, definido como la existencia de una estructura fundacional u orgánica al interior de la comunidad nativa, la cual debe tener un sistema de derecho propio conformado por usos y costumbres tradicionales y procedimientos conocidos y aceptados al interior del pueblo indígena, «es decir, sobre: (a) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (b) un concepto genérico de nocividad social». (CC T-866/ 13)

Sobre este elemento, se han desarrollado tres criterios de interpretación:

(i) La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado; (ii) La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos y (iii) la satisfacción de los derechos de las víctimas. (CC T-921/ 13)

d) El objetivo, alude a la naturaleza del bien jurídico tutelado, específicamente si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria. En este caso, la rigidez se atenúa en atención al principio de maximización de la autonomía.”⁵

Ahora bien, al ser nuestro país un Estado Social de Derecho, resulta comprensible que los diversos tipos de conflictos que se generan al interior de la sociedad, deban ser dirimidos por aquellas autoridades que constitucional y legalmente se encuentran legitimadas para hacerlo, siendo incuestionable que cuando se trata de establecer cuál jurisdicción es la encargada de procesar la conducta de aquellos sujetos que ostentan la calidad de indígenas, diáfano es que la función se ha establecido en hombros del Consejo Superior de la Judicatura.

Empero, acierta parcialmente el recurrente cuando afirma que esa decisión puede ser objeto de control judicial, ya que el órgano de cierre en la justicia ordinaria ha manifestado su competencia para ejecutar un análisis en ese tipo de decisiones, pero únicamente cuando el problema se plantea en sede del extraordinario recurso de casación y se puede constatar afrenta a garantías constitucionales.

La postura expuesta se analiza de mejor manera en los párrafos que se pasan a extraer de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia con ponencia del H. Magistrado Eyder Patiño Cabrera, dentro del proceso penal con radicación 48136, en decisión emitida el 5 de diciembre de 2016:

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Eugenio Fernández Carlier, CP078-2019, Radicación N° 52955, 17 de julio de 2019.

“Con apoyo en esa facultad, vigente para el año 2013 cuando el Juzgado 35 Penal Municipal con función de control de garantías, previa petición de la defensa de **MURRY ESTÉVEZ**, remitió las diligencias a la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria, esta autoridad profirió el auto fechado el 15 de abril de ese año y asignó la competencia a la jurisdicción ordinaria.

Dicha determinación, contrario al criterio de algunos sujetos intervinientes –fiscalía y representante de víctima-, no constituye una camisa de fuerza para esta Sala cuando actúa como tribunal de Casación, y, por ende, no le impide reexaminar el asunto.

Si bien, en un principio, la Corte consideró que esas decisiones eran inmodificables, salvo que se constatará variación en las condiciones fácticas o jurídicas, a partir de la sentencia CSJ SP, 8 nov. 2011, rad. 34461 precisó que era viable separarse de ellas si en sede extraordinaria se verificaba afectación de algún derecho o garantía, en especial, la del juez natural, habida cuenta que una de las finalidades del recurso de casación es hacer efectivas las garantías y los derechos fundamentales de los intervinientes. Así lo determinó en el proveído indicado:

En conclusión: si en desarrollo del recurso de casación la Corte ejerce el control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, inclusive de oficio, nada en el trámite procesal puede estar exento de examen. La resolución de un conflicto de jurisdicciones dentro de la actuación, en particular, no es un tema extraño al objeto de la impugnación extraordinaria. Esa determinación, por tanto, debe decirse claramente, no cierra de manera definitiva una fase procesal, no tiene el carácter de ley del proceso y si bien es cierto soluciona una diferencia en su curso, no es intocable para el Tribunal de casación, aún si luego de su proferimiento no surge una circunstancia fáctica o jurídica que conduzca a modificar la competencia. (En sentido similar, se pueden consultar CSJ SP3004-2014, rad. 42287 y CSJ SP15508-2015, rad. 46556).”
(Subrayas por fuera del original.)

Y en pronunciamiento más reciente la Corte reiteró:

“Paralelamente, sin desconocer la potestad que al Consejo Superior de la Judicatura le asigna los artículos 256 de la Constitución Política y 112 de la Ley 270 de 1996 de dirimir los aspectos de competencia que se puedan presentar entre las

*distintas jurisdicciones, se tendrá en cuenta como baremo que la **Corte Suprema de Justicia, dado su rol de garante y protector de los derechos fundamentales, ha señalado que frente a la garantía superior del debido proceso, en su manifestación del juez natural, es viable en sede casacional revisar aquellas decisiones,** máxime cuando de valorar la diversidad étnica y cultural se trata.”⁶*

Finalmente, advierte la Sala que no obstante la judicialización de un indígena a través del procedimiento ordinario, se encuentra decantado que dicha condición requiere un trato diferenciado, como así lo enseñó la Corte Constitucional, a partir de la sentencia T 921 de 2013, y que ha acogido nuestra Corporación para ordenar que los sentenciados cumplan la pena de prisión impuesta en los centros de armonización⁷ o cuando ello no sea procedente para requerir a las autoridades penitenciarias que apliquen medidas que respeten los usos y costumbres de los indígenas que se encuentren en los establecimientos carcelarios⁸.

5.3.3. Dosificación punitiva

Pasando al proceso de dosificación punitiva que también ha sido objeto de censura, advierte la Colegiatura que dentro los límites argumentativos atribuidos al juzgador, puede apartarse del mínimo de la pena a imponer siempre que pondere de manera correcta los factores que se estipulan en el Artículo 61 de la Ley 599 del 2000, aunque dentro del proceso no se hayan reconocido la concurrencia de circunstancia de mayor punibilidad o solamente aparezcan reconocibles aquellas que la disminuyen. En todo caso se trata de un proceso argumentativo en cabeza del funcionario judicial, que al estar libre de falacias,

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, radicación 48049, 13 de mayo de 2020.

⁷ T. S. de Pasto, SP 9 oct. 2018, rad. 528386000543 2017 80078 – 01 NI 26294. MP Blanca Arellano Moreno.

⁸ T. S. de Pasto, SP 7 abr. 2016, rad. 523566000514201400231-1 N.I. 14685. MP Blanca Arellano Moreno. T.S. de Pasto. AP 29 oct. 2019, rad. 110016000098201780126-01 N.I. 29817. MP Franco Solarte Portilla

arbitrariedades o afirmaciones que desconozcan garantías sustanciales, permiten alejar la pena a imponer del básico que legalmente señale el proceso de su cuantificación, lo dicho sin perjuicio de que la sanción pueda mantenerse en lo más bajo, siempre que las circunstancias lo aconsejen.

De antaño la Sala de Casación Penal ha reconocido la facultad legal de la siguiente manera:

“Por su parte, respecto a la posibilidad de que el juez se aparte del mínimo previsto en cada cuarto por aplicación de los referidos parámetros de dosificación punitiva, la Corte recientemente señaló en un asunto regido por la Ley 906 de 2004, lo siguiente⁹:

“6.5. Es menester recordar que la jurisprudencia de la Sala ha precisado que ni siquiera ante la concurrencia exclusiva de circunstancias de atenuación el fallador está compelido a imponer el mínimo de la pena, dado que los fundamentos para la individualización de la sanción contenidos en el artículo 61 lo habilita para apartarse de tal límite cuando alguno o algunos de los criterios previstos en el citado precepto hagan presencia.

6.6. El examen de circunstancias tales como la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente, al ser diferentes de las circunstancias específicas o genéricas de agravación y al no coincidir con estas, facultan al juez para, con base en la fundamentación que haga de tales aspectos, infligir un castigo superior al mínimo previsto para la respectiva conducta punible.

6.7. Justamente fue ese el criterio hermenéutico que el fallador tuvo en cuenta para dosificar la pena, porque teniendo en consideración el dolo de la acción, la naturaleza, gravedad y modalidades del hecho punible, más la concurrencia de criterios de prevención general y especial, resolvió no imponer el mínimo de 36 meses previsto para el delito tipificado en el artículo 366 ejusdem, sino 54 meses, cantidad que en todo caso se mantiene dentro de los límites del primer cuarto”.¹⁰

⁹ Ver auto del 9 de junio de 2008, radicado. 29.250.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Proceso No 29788, M.P. 29 de julio de 2008.

5.3.4. Prisión domiciliaria

Como conclusión a este acápite debemos referirnos a las condiciones necesarias para conceder a una persona el sustituto de la prisión domiciliaria en virtud de la condición de padre o madre cabeza de familia y es así como en reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, luego de hacer un estudio profundo de la situación en varios de sus matices, propendiendo por unificar su jurisprudencia estableció que:

“La prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia está sometida a las siguientes reglas: (i) el sentido del fallo y la lectura del texto definitivo de la sentencia forman una unidad inescindible; (ii) con el anuncio del sentido del fallo cesa la medida de aseguramiento; (iii) para resolver sobre la libertad del condenado, el juez de conocimiento debe tener en cuenta los fines de la pena y la reglamentación de los subrogados; (iv) cuando sea procedente, el juez de conocimiento debe decidir sobre la viabilidad de la prisión domiciliaria cuando se invoque la calidad de madre o padre cabeza de familia; (v) ello no opera como una modificación de la detención preventiva –que pierde vigencia con el anuncio del sentido del fallo- sino a partir de la ponderación de los fines de la pena y los derechos de los niños u otras personas “incapaces o incapacitadas para trabajar”, que estén exclusivamente a cargo del condenado; (vi) el juez debe tener especial cuidado al constatar los presupuestos fácticos y jurídicos establecidos en la Ley 750 de 2002 para la concesión de ese beneficio; y (vii) si ese tema no fue resuelto por el juez de conocimiento o se presentan circunstancias sobrevinientes que reúnan los requisitos previstos en la referida ley, la decisión acerca de la prisión domiciliaria para la madre o el padre cabeza de familia le corresponde al juez de ejecución de penas.”¹¹

Ya en estudio del caso concreto, analizando petición de similares connotaciones a las presentadas por el profesional del derecho en el presente evento, dijo:

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar, SP4945-2019, radicación n° 53863, 13 de noviembre 2019.

“Lo anterior sin perder de vista lo expuesto por la representante del Ministerio Público en el sentido de que no se avizora que el procesado esté exclusivamente a cargo de sus hijos, pues la madre de estos también tiene la obligación de velar por su manutención y cuidado. Este aspecto en particular ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial, entre otras, en la sentencia SU-388 de 2005, que fue invocada por el demandante para sustentar su pretensión. En esa oportunidad, la Corte Constitucional dejó sentado que

[n]o toda mujer¹² puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.

Además, no puede perderse de vista que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social.¹³ En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia.”

5.4 ESTUDIO DEL CASO

¹² Por las razones expuestas a lo largo de este fallo de casación, estos argumentos son enteramente predicables del hombre que alegue la calidad de padre cabeza de familia.

¹³ Cfr. Sentencia T-494 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón.

5.4.1. En cuanto a la Nulidad deprecada

Aduce la parte apelante, que dicha medida, debe adoptarse por el hecho de que al iniciar la actuación el juez de conocimiento con ocasión al allanamiento a cargos expresado por el señor **RCE**, en la audiencia de individualización de la pena y la sentencia, se alegó su falta de competencia para definir el caso por corresponder el mismo a la jurisdicción indígena.

Al respecto, es importante resaltar que dicho punto fue ya zanjado en debida manera por el Consejo Superior de la Judicatura, sin que sea procedente en esta sede hacer juicios de valor respecto a esa decisión, puesto que como ya se vio, tal excepcionalísima carga, la ha asumido la Corte Suprema de Justicia pero únicamente en virtud del recurso extraordinario de casación, y en la medida en que se encuentren circunstancias que permitan establecer una variación de las condiciones entre el momento en que se define el conflicto y el proferimiento de la sentencia.

Sin embargo, resulta que para el caso que nos ocupa, la resolución definitiva de la situación jurídica de **CE**, fue producto de su aceptación de responsabilidad de manera unilateral, y al momento en que se debía verificar sus condiciones personales y familiares así como las sociales surge el debate, que fue definido para que el proceso prosiga en la Jurisdicción ordinaria. Una vez agotado este paso, ninguna circunstancia novedosa se presenta que amerite su evaluación.

En consecuencia, no habría lugar a afectar por esa causa la actuación procesal adelantada y por lo mismo se niega la

pretensión de la defensa que busca la remisión del asunto a la jurisdicción ordinaria a través de la declaratoria de una nulidad.

5.4.2. Dosificación Punitiva de la Pena de Prisión y Multa.

El agravio que expone el apelante se debe a que en su criterio la circunstancia aducida por el juzgador de base para aumentar la pena, en poco más de 18 meses, no es razonable y tampoco proporcionada si se parte de que el único criterio utilizado se relaciona con la cantidad de droga incautada. Por ello para su fijación se debió haber partido de la mínima del menor cuarto, la que al ser disminuida en virtud de la aceptación de cargos permitía asignar una pena de 18.67 meses de prisión.

Al punto señalemos que es dable realizar un incremento punitivo con fundamento en los criterios traídos por el inciso tercero del Artículo 61 de la Ley 599 de 2000, siempre que el análisis no se fundamente en circunstancias odiosas, arbitrarias o abiertamente ilegales, que propugnen con garantías fundamentales del procesado.

Toda vez que el restante proceso de dosimetría punitiva no ha sido puesto en entredicho y la Sala también ha tenido oportunidad de constatar su corrección, nos centraremos en el puntual aspecto generador de pugna con el fin de establecer a quién le asiste razón.

Al respecto esta Sala advierte que la argumentación que sirvió para referirse a la gravedad de la conducta se encuentra contenida dentro de la punibilidad imputada al procesado, esto es, lo referente al inciso primero del artículo 376 del C.P., en razón a la cantidad de la sustancia incautada al sentenciado, la

cual oscila entre 2000 a 5000 gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína, por tanto la gravedad de la conducta tiene implícita una pena más alta y siendo así, mal hizo el juzgador de conocimiento al incrementar la pena, por una circunstancia que ya ha sido tenida en cuenta por el legislador para agravarla. Ese hecho contraría sin más el principio del *nom bis in idem*, puesto que a una misma situación fáctica se le está asignando un doble castigo, llamando la atención de la Colegiatura para tomar el correctivo necesario.

En consecuencia, la provisoria sanción quedaría en 21 meses y 10 días de prisión por la carencia de circunstancias genéricas de mayor punibilidad y de antecedentes penales, a lo que se suma que en el juzgado de origen no se hizo uso de otros argumentos a fin de justificar un aumento en la pena a imponer y al encontrarnos ante un apelante único prevalece la regla de la no reforma en perjuicio; por ello, si al guarismo mencionado se aplica la rebaja del 12.5%, en razón a la aceptación de cargos del procesado en la audiencia de formulación de imputación, resaltando de esta manera, su ánimo de someterse a la administración de justicia y evitar el desgaste judicial, da como resultado final una pena de dieciocho (18) meses con veinte (20) días de prisión.

Así las cosas, la Sala procederá a modificar el fallo de primera instancia respecto a la pena de prisión impuesta al condenado, mutación que de igual manera debe afectar a la pena accesoria.

Por otra parte, el recurrente sin dar mayores argumentos solicita se modifique la pena de multa, al parecer porque el agravio puesto de presente en los anteriores párrafos, también habría operado al momento de cuantificar esta sanción, empero,

si hacemos una lectura rápida a lo dilucidado por el Juzgado de Tumaco en ese puntual aspecto, veremos que no le asiste razón alguna al apelante, en tanto que se dijo:

“...es decir nos ubicaremos en el cuarto mínimo, pero en éste optaremos por el monto más bajo en consideración a las condiciones de marginalidad, ignorancia y pobreza extremas del condenado, la cual será tazada en el equivalente a doscientos veintidós punto treinta y tres (222.33) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Fl. 5 reverso)

Acto seguido pasó a realizar el descuento por la aceptación de cargos y fijó la multa en un total de \$125.351.043.

Del resumen procedimental extractado, se observa que la pena de multa no sufrió incremento alguno al momento de su dosificación, puesto que luego de establecer los cuartos de ley, el sentenciador se ubicó en el cuarto mínimo¹⁴, tomó el básico de la pena y efectuó el descuento a que había lugar como contraprestación a la terminación anticipada del asunto.

Por lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el Juez de primera instancia respecto a la pena de multa, pues si bien no aplicó lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 39 del Código Penal¹⁵, sí se ubicó en el cuarto mínimo, sin transgredir los derechos del condenado.

5.4.3. Prisión Domiciliaria por Padre Cabeza de Familia.

¹⁴ El cuarto mínimo se configuró de 222.33 SMLMV a 6416.7475 SMLMV, Fl. 5 reverso de la sentencia de primera instancia.

¹⁵ 3. Determinación. La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

Dicho instituto procede porque a vista del defensor es suficiente con que el procesado sea soporte del hogar, brindando sustento económico a la familia, para lograr hacerse al beneficio.

Empero la jurisprudencia de la que se dio cuenta en el acápite correspondiente, rebate y deja sin piso la exposición del profesional del derecho encargado de la defensa, puesto que de forma clara establece que el señor **RCE**, además de acreditar ser el padre de menores hijos, también debe llevar a la convicción de que ellos, a raíz de su encarcelamiento, quedan totalmente huérfanos de la debida atención afectiva, familiar y económica, siendo que ante esa total carencia se obliga el otorgamiento de una medida diferente a la detención intramural para la protección de los derechos de aquellos.

De esta forma, según el informe de arraigo domiciliario y la certificación emitida por el gobernador de la comunidad indígena del Gran Cumbal del municipio de Cumbal (N), el señor RCE, vive en la vereda Cueltial, sector Chita Llano Largo, su grupo familiar está comprendido por sus cuatro hijos menores de edad, y por su cónyuge¹⁶, sin que sobre decir que la existencia de la madre de los menores ha sido aceptada sin mayores inconvenientes por la propia defensa.

Por lo anterior, el procesado no ostenta la calidad de padre cabeza de familia, pues los menores cuentan con la presencia de su madre, la señora ANAC, de quien no se demostró por parte de la defensa, presente alguna limitación física o mental que le impida atenderlos, y brindarles el debido cuidado, apoyo económico, emocional y afectivo que requieran, sin que la ausencia del padre generada en virtud de la sentencia condenatoria sea razón suficiente para conceder el sustituto.

¹⁶ Fls. Nro. 19-20, y 59.

En virtud de lo señalado esta Sala confirmará la decisión de primera instancia, al evidenciar que en el presente asunto no es viable la concesión del beneficio de prisión domiciliaria por padre cabeza de familia.

Ahora bien, como se conoce que en el decurso procesal de las audiencias preliminares, no se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, se hace necesario ordenar la captura del señor **RCE**, ello en acatamiento de lo normado en el artículo 450 procedimental penal y el auto proferido por la Corte Suprema de Justicia, de enero 30 de 2008, radicado 28918.

5.4.4. Otras disposiciones

La Sala no puede pasar desapercibido que al reanudarse el trámite de individualización de la pena y la sentencia, luego de que se asignara el trámite procesal a la Jurisdicción Ordinaria, se presentó el oficio fechado julio 18 de 2016, suscrito por el señor Gobernador del Resguardo Indígena del Gran Cumbal, Jorge H. Chirán, por medio de la cual se acredita la condición de **RCE**, de ser indígena, miembro de dicha comunidad, residente en la vereda Cuetial del sector Chita Llano Largo.

Esta comunicación se presentó con una doble finalidad, ya que no solo pretendía acreditar la condición alegada, sino la remisión al Resguardo al que pertenece a efectos de que se cumpla la pena impuesta por fuera del sistema carcelario ordinario.

Lejos de que la petición se ajustara a los lineamientos de la sentencia T 921 de 2013, era indispensable que la primera

instancia tuviese claro cuál era la pretensión principal al respecto, ya que pasó a resolver de manera negativa la misma, pero por las razones equivocadas, poniéndose en evidencia su total confusión a través de la invocación de un único argumento vinculado a la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, que cerró el debate relacionado con la jurisdicción dirigiendo el caso hacia la vía ordinaria.

Claramente se ve que el juzgador no hace distinción, entre el procedimiento aplicable al caso y el trato diferenciado que requieren los miembros de las comunidades indígenas con independencia de su sometimiento a la jurisdicción ordinaria. El tema fue claramente definido por la Guardiana de la Constitución en la sentencia T 921 de 2013, con base en la cual se han establecido medidas afirmativas a favor de los procesados que ostentan fuero indígena, que van como ya se dijo, en todas las etapas procesales, y que involucra como actores obligados prodigar ese trato diferenciado, a los Jueces de Control de Garantías, los Jueces de conocimiento y los encargados de la ejecución de la sentencia, que incluye además a las autoridades penitenciarias mientras el condenado se traslade a los centros de armonización de sus comunidades, cuando a ello hay lugar.

Lo expuesto, lleva a la Sala a retomar algunos puntos de partida que ya fueron decantados en decisión precedente de la Corporación, en el asunto radicado con el No. 523566000514201400231-1 N.I. 14685, del 16 de abril de 2016, con ponencia de la suscrita Magistrada.

Para aquella ocasión, quedó claro que el trato diferenciado hacia los integrantes de las comunidades indígenas, vinculados a un proceso penal, debe prodigarse con independencia de que

el juzgamiento, se haya adelantado por fuera de sus usos y costumbres.

También se enfatizó en que tal comportamiento debe asumirse en cualquier etapa procesal y desde la iniciativa de sus diferentes autoridades, según la fase que se adelante, y dependiendo si la decisión en ese punto fue objeto de apelación o se presenta o no demanda de casación.

Básicamente las obligaciones que impone la Corte en la sentencia T 921 de 2013, para ejecutar esta especial protección, son las siguientes:

1. Verificar el fuero especial del procesado.
2. Vincular al proceso penal a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.
3. Consultar con la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio.
4. Comprobar si la comunidad tiene instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.
5. Que en el marco de las competencias constitucionales y legales, el INPEC pueda efectuar visitas a la comunidad para comprobar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad.

La posición asumida por el juzgador, le impidió verificar y abordar los anteriores aspectos, aunque resulta evidente que los dos primeros puntos se encuentran acreditados, tanto por la intervención proactiva en toda la actuación procesal del Gobernador indígena del Resguardo del Gran Cumbal, como por el documento párrafos atrás referido.

No obstante, nada impide en que pese a esta omisión, persista la obligación que la Constitución en voces de la jurisprudencia de su Guardiana, nos impone, por lo que será menester su cumplimiento ya sea por el señor Juez Segundo penal del Circuito de Tumaco o el señor Juez de Ejecución de Penas al que se asigne el asunto una vez adquiriera ejecutoria la sentencia condenatoria.

Para uno y para otro funcionario judicial, los términos de su competencia están definidos por la Corte Constitucional en la sentencia tantas veces invocada T 921 de 2013, de la siguiente manera:

“Una vez emitida la sentencia se consultará con la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá comprobar si la comunidad tiene instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, el INPEC deberá efectuar visitas a la comunidad para comprobar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no esté en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. Si el resguardo no cuenta con la infraestructura necesaria para garantizar la privación de la libertad se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, este procedimiento también será aplicable a todos los indígenas que se encuentren en la actualidad privados de la libertad, quienes 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”. (Resaltado fuera del texto original)

Esta competencia se distribuye con el fin de que en ningún momento procesal el miembro de una comunidad indígena,

quede desprotegido en cuanto al trato diferenciado que exige su condición, por lo que se define este aspecto dependiendo de la ejecutoria de la sentencia de condena y si la exigencia fue o no motivo de apelación, lo último se explicó en el precedente horizontal ya reseñado, en los siguientes términos

“Luego de lo que se acaba de explicar, la Sala determina que la alternativa de acudir ante el Juez Ejecutor, es viable únicamente en la medida en que la sentencia adquiera ejecutoria, razón por la cual es importante tener en cuenta que la garantía de la protección de la diversidad cultural, puede exigirse, no obstante la falta de ejecutoria, claro está que por haberse realizado la solicitud directamente ante el Juez de conocimiento, quien resuelve de manera negativa, y siendo este el punto de impugnación, no sería dicho funcionario el llamado a adelantar un trámite en ese sentido, dada la limitación fijada en el artículo 190 de la Ley 906 de 2004.

*Entonces, resulta viable acudir ante el Juez de Control de Garantías, en atención a que hasta tanto la sentencia no adquiera ejecutoria, el señor **FERNANDO ALEXANDER TORRES MORALES**, se encuentra limitado en su libertad en virtud de una medida de aseguramiento impuesta por un funcionario de dicha categoría, y en atención además a la cláusula residual de competencia fijada en el artículo 153 de la Ley 906 de 2004”.*

Para el presente caso, sin embargo, resulta que la solicitud de remisión del procesado **RCE**, para que cumpla la pena impuesta en su comunidad indígena, si bien fue negada por la primera instancia, no fue objeto de apelación y en esa medida, mantendría la competencia para cumplir con lo establecido en la sentencia T 921 de 2013, dicha autoridad.

Ahora bien, en cuanto al límite temporal en que mantendría dicha competencia, dependerá de que se presente o no demanda de casación.

Si ocurre lo primero, significaría que la decisión no ha adquirido ejecutoria y en esa medida debe asumir las solicitudes que se puedan presentar al respecto o continuar con el trámite

que implica consultar al gobernador indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio, comprobar si la comunidad tiene instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad y sí en el marco de las competencias constitucionales y legales, el INPEC pueda efectuar visitas a la comunidad para comprobar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad.

De ocurrir lo segundo, pasará entonces la obligación al juzgado que deba vigilar el cumplimiento de la pena.

Adicionalmente, en caso de que se haga efectiva la captura ordenada, deberá oficiarse al INPEC, del lugar de reclusión que se asigne para el cumplimiento de la pena, para que se adopten las medidas del caso, conforme a lo ordenado en el Art. 29 de la ley 65 de 1993.

De esta manera la Sala finaliza el estudio de las temáticas puestas a su consideración y la que se impone de manera oficiosa.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** al señor **RCE**, a la pena principal de **DIECIOCHO (18) MESES y VEINTE (20) DÍAS DE PRISION**, como responsable en calidad de **AUTOR** del delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**.

La anterior modificación afectará de igual manera la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación proferida el 10 de octubre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tumaco (N), mediante la cual se condenó al señor **RCE** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR LA CAPTURA del precitado para que se cumpla la pena de prisión impuesta.

CUARTO: Atender los lineamientos expuestos en cuanto a las obligaciones que se imponen en la sentencia T 921 de 2013 según lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: De cumplirse la captura ordenada, se oficiará a la Dirección del INPEC para que se asigne o reubique al sentenciado en un pabellón especial adaptado para los indígenas, conforme a lo previsto en el Art. 29 de la Ley 65 de 1993, y de no existir dicho lugar, se otorgue un trato diferenciado atendiendo a los usos y costumbres que demuestre en su comportamiento el señor **RCE**, como

integrante del Resguardo Indígena del Gran Cumbal, municipio de Cumbal (N).

SEXTO: Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el que debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, conforme lo ordena el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

228

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 07 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto arriba referenciado.

Pasto, 17 de junio de 2020.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario