

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP - 5156 - 2015

Radicación nº 43578

Aprobado acta nº 314

Bogotá, D.C., nueve de septiembre de dos mil quince (2015)

VISTOS:

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de JAIRO ENRIQUE MONTENEGRO CORAL en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 22 de enero de 2013, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado 1º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, fechado el 18 de julio de 2013, condenando al mencionado procesado como autor de una conducta punible de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

H E C H O S

En el fallo demandado fueron narrados de la siguiente manera:

Cuenta la historia del proceso que el día 14 de abril de 2013 funcionarios de la Policía Nacional adscritos a la estación de Pupiales – Nariño, se encontraban realizando labores rutinarias de patrullaje y control en zona rural, especialmente en el kilómetro 7 de la vía que de Pupiales conduce a la vereda El Común, cuando observaron a un grupo de personas que al percatarse de la presencia policiaca asumieron una actitud sospechosa, mientras uno de ellos que vestía chaqueta color negro y jean arrojó un objeto a la orilla de la vía. El sujeto fue identificado como JAIRO ENRIQUE MONTENEGRO CORAL y las labores inmediatas de verificación permitieron establecer que el objeto abandonado era un arma de fuego tipo pistola, marca Taurus, calibre 9 milímetros, con cachas en caucho, semi-pavonada, con proveedor de quince (15) cartuchos 9 milímetros. El sujeto fue capturado en flagrancia, se le leyeron los derechos constitucionales derivados de la aprehensión y espontáneamente manifestó que dicha arma era un regalo que le había hecho su padre, artefacto de fuego que utilizaba para cuidar el ganado.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar llevada a cabo el 14 de abril de 2013, ante el Juzgado 1º Penal Municipal con función de Control de Garantías de Ipiales (Nariño), el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, tras legalizarse su captura, formuló imputación a JAIRO ENRIQUE MONTENEGRO CORAL por la conducta punible de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. El imputado se allanó a los cargos formulados.

Presentado el escrito que hizo las veces de acusación por parte del Fiscal 22 Seccional de Ipiales, le correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad proferir el fallo condenatorio, lo que llevó a cabo el día 18 de julio de 2013, declarando responsable al imputado MONTENEGRO CORAL, en calidad de autor del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones –artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley

1453 de 2011-, imponiendo en su contra, tras aplicar la rebaja punitiva equivalente al 12.5%, la pena principal de 94 meses y 15 días de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso.

Apelado el fallo por el defensor del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, mediante providencia del 22 de enero de 2013, lo confirmó de manera integral.

Oportunamente el defensor del acusado JAIRO ENRIQUE MONTENEGRO CORAL, interpuso el recurso extraordinario de casación, siendo sustentado en escrito que ahora analiza la Corte en su debida fundamentación.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Un reproche postula el apoderado del sindicado JAIRO ENRIQUE MONTENEGRO CORAL, con fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación directa de la ley sustancial, consistente en «inaplicación de una norma del bloque de constitucionalidad y falta de aplicación de una norma constitucional llamada a regular el caso».

Aduce que el Tribunal en su sentencia violó directamente una norma del bloque de constitucional porque negó su pronunciamiento sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley 21 de 1991; malinterpretó la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la defensa; y, determinó que los acuerdos PSAA12-99614 (sic) del 19 de julio de 2012 y PSAA13-1816 del 23 de enero de 2013, ambos emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, impedían la aplicación de la norma del bloque de constitucional.

A continuación, para la demostración del cargo, el demandante refiere que fue inaplicado el artículo 10 de la Ley 21 de 1991, mediante el cual se aprobó el Convenio 196 de

1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la septuagésima sexta reunión de la Oficina Internacional del Trabajo -OIT-, en relación con la consideración de preferirse tipos de sanción distintas al encarcelamiento, tratándose de los miembros de dichos pueblos.

Asegura el demandante que era obligación del Ad quem pronunciarse sobre la aplicación de dicha norma, pues existen medidas alternativas a la prisión para el descuento de la pena que fue impuesta al procesado, aludiendo concretamente a la prisión domiciliaria o a la utilización de sistemas de vigilancia electrónica, con lo que se cumplirían los mismos fines de protección a la comunidad.

Estima que la privación de la libertad resulta ser una medida demasiado gravosa y que no se compadece con el comportamiento general del acusado, quien es una persona de escaso conocimiento y carente de antecedentes penales, por lo que conminarlo en un medio penitenciario no permitiría cumplir con los fines de la pena, previstos en el artículo 4º del Código Penal, en tanto su contacto en condiciones de hacinamiento con la comunidad carcelaria no permitiría su resocialización.

A continuación, cita en apoyo de sus argumentos precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, relacionados con los fines de la pena y con la autonomía indígena, tendientes a la protección de la diversidad étnica y cultural en la jurisdicción especial indígena. Además, refiere apartes del informe realizado por el Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en relación con los derechos de los indígenas juzgados por la jurisdicción ordinaria.

Precisa que el Gobernador del Resguardo Indígena de San Juan certificó que el procesado pertenece a dicha comunidad y que se hará responsable del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la justicia ordinaria una vez le sea otorgada la libertad condicional o la prisión domiciliaria, con lo que se hace innecesario acudir, como lo hace

el Tribunal, a lo dispuesto en los acuerdos PSAA12-99614 (sic) del 19 de julio de 2012 y PSAA13-1816 del 23 de enero de 2013, ambos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Seguidamente, refiere el libelista que el fallador violó el contenido del artículo 29 de la Constitución Nacional al dar aplicación a la norma restrictiva sobre la favorable, llevando a cabo la rebaja punitiva prevista en el Parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, en lugar del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, la que debió preferir en virtud del principio de favorabilidad, en tanto las dos legislaciones se encontraban vigentes y coexistían para el momento de ocurrencia de los hechos y el allanamiento a cargos de que trata la Ley 906 de 2004 y la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 poseen particularidades que las identifican como formas de terminación anticipada del proceso penal.

Con lo anterior, concluye a manera de petición que se case la sentencia del Tribunal y, en su lugar, se reforme el quantum punitivo, introduciéndose una rebaja de una tercera parte sobre la pena a imponer, y, además, se conceda al procesado «una alternativa a la pena de prisión como libertad condicionada, prisión domiciliaria u otra diferente que se ajusten a los postulados de la Ley 21 de 1991».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe recordarse que con la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, con el cometido de obtener la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios que le fueran inferidos o la unificación de la jurisprudencia, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004 dotó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de una serie de facultades especiales, como aquella consagrada en el artículo 184, referida a la potestad de «superar los defectos de la demanda para decidir de fondo» en las condiciones indicadas en él, esto es, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del censor dentro del proceso e índole de la controversia planteada.

Es necesario, sin embargo, inadmitir la demanda si, como postula el inciso segundo de aquél precepto: «el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso».

Atendidos estos criterios, ha señalado la Corte que el libelo impugnatorio no puede ser un escrito de libre elaboración y que al menos debe cumplir con unas mínimas condiciones de admisibilidad, tales como: i) la acreditación del agravio a los derechos o garantías, producido con ocasión de la sentencia; ii) el señalamiento de la causal de casación elegida, con sujeción a los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado; y, iii) la determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004¹

Necesario es señalar que el libelista hizo caso omiso de su deber de consignar cuál es la finalidad del recurso en los términos del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, circunstancia que por sí sola amerita el rechazo de la demanda, pues debió explicar qué pretendía con el recurso extraordinario, esto es, si la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, o la

unificación de la jurisprudencia.

Sin embargo, asumiendo que la justificación en relación con las pretensiones que en ese sentido motivan al impugnante a presentar la demanda de casación, descansan implícitas en los ataques que formula a la decisión de los falladores, igual surge evidente que incumple con los requisitos de fundamentación exigidos para la admisibilidad de la demanda de casación, por lo que desde ya anticipa la Sala que inadmitirá la misma.

Cargo único: violación directa

Sea lo primero señalar que cuando se acude a la ruta de la violación directa de la ley sustancial, el demandante debe aceptar los hechos declarados en el fallo recurrido y abstenerse de cuestionar la valoración probatoria realizada por los juzgadores, por lo cual el debate se circunscribe a la aplicación del derecho, sin que tengan cabida aspectos relacionados con la credibilidad de los elementos de juicio o el acontecer fáctico.

Por lo tanto, la labor de demostración del vicio deberá centrarse en la acreditación de un yerro de juicio respecto del precepto que se ocupa de regular el supuesto fáctico, evidenciando que el juzgador seleccionó una norma que no era la llamada a gobernar el asunto (aplicación indebida), omitió otra que sí resolvía los extremos de la relación jurídico procesal (falta de aplicación o exclusión evidente) o, habiéndola seleccionado correctamente, al aplicarla al caso le atribuyó un sentido jurídico que no tiene o le extendió consecuencias contrarias a su naturaleza jurídica (interpretación errónea)².

El sentido de violación relacionado por el casacionista, esto es, la falta de aplicación de una norma llamada a regular el caso, surge cuando de los argumentos jurídicos del fallo se tiene por demostrada una situación fáctica concreta a la que corresponde una específica institución normativa, no obstante lo cual el Tribunal deja de aplicar la consecuencia jurídica prevista, por yerro en la existencia de la norma debido a olvido,

desconocimiento o convencimiento de su derogatoria o estimación de su inaplicabilidad en el caso concreto.

Es cierto que, en principio, el recurrente seleccionó de manera adecuada la causal y la clase de violación directa de la ley sustancial, en tanto que es la reglada en el numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 la vía adecuada para discutir en casación los problemas jurídicos planteados relacionados, según su entender, de una parte, con la falta de aplicación de una norma incorporada al bloque de constitucional por la legislación patria y, de otra, con la inaplicación del artículo 29 de la Constitución Política, con la que debió haberse preferido por favorabilidad una norma de la Ley 600 de 2000.

Sin embargo, la censura formulada carece de fundamento, si se tiene en cuenta que el libelista falta, en primer lugar, al principio de autonomía, cuando en el único cargo postulado desarrolla una mixtura de ataques sin ninguna relación entre sí y, en segundo lugar, al principio de corrección, al no sujetarse en sus fundamentos a la realidad procesal.

En efecto, parte el demandante señalando que el Tribunal negó su pronunciamiento sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley 21 de 1991, según le era solicitado por la defensa en la sustentación del recurso de apelación.

Dicha afirmación no resulta del todo veraz, pues es cierto que el Ad quem consideró impertinente, en virtud del principio de limitación, la solicitud en segunda instancia de aplicación del sustituto penal de la prisión domiciliaria o el de sistema de vigilancia electrónica en favor del procesado, en tanto el asunto no fue objeto de pronunciamiento por parte del juez de primera instancia porque no existió solicitud de las partes en ese sentido.

Pero, al tiempo, el fallador sí se manifestó sobre la posibilidad de aplicación del sucedáneo a la ejecución de la pena de prisión en virtud de la condición indígena del

acusado, definiendo que fue acertada la decisión del A quo al disponer que la sanción debe ser descontada en un centro de reclusión estatal administrado por el INPEC, sin perjuicio de que se pudiera acudir para tal efecto a los reglamentados mecanismos de coordinación inter-jurisdiccional en la fase de ejecución de la pena.

Más allá de los defectos advertidos en el desarrollo del cargo, es conveniente precisar, en relación con la aplicación del artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad, que la Sala tiene decantado que tratándose de sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos indígenas, la preferencia por penas diversas alternativas al encarcelamiento hace alusión a la posibilidad de elegir una pena entre varias legalmente posibles, por lo que en el supuesto de que la de prisión sea la única sanción prevista por la ley, como ocurre en este caso, no puede existir opción diversa a su cumplimiento³.

En un asunto resuelto por la Sala⁴, donde se planteó la misma controversia ofrecida por el libelista, se precisó el alcance de la aplicación del inciso 2º del artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, en argumentos que por su pertinencia ahora se transcriben en su extensión:

El actor cita los transcritos dispositivos como fuente de su argumentación, pero omitiendo considerar las salvedades que directamente consagra el instrumento internacional, pues, aunque en efecto se aboga porque en la aplicación de las leyes patrias se respete el derecho que tienen los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, se dispone que ello es posible “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

De igual modo, se propende por el respeto a los métodos a los que las comunidades

indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, pero, en el Convenio de la OIT se aclara que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Y, en cuanto a las penas aplicables, a manera de sugerencia, porque no otra cosa puede desprenderse del texto de la norma, se indica que debe “darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”, es decir, que frente a dos alternativas punitivas, se antepondrá la que no implique la restricción de la libertad.

Ello no es lo que ocurre en este evento, en el que si se fijó una pena principal aflictiva de la libertad de locomoción, no fue porque el juez caprichosamente quiso hacerlo, sino porque en acatamiento a lo que ordena el principio de legalidad, así procedió; y lo propio ocurrió cuando analizados los factores objetivos y subjetivos que consagra el legislador para la concesión de cualquier beneficio sustitutivo, optó por negarlos a los acusados.

Ahora, a la imposición de las penas que legalmente correspondan, no se opone el hecho de que en su ejecución la autoridad competente interprete la legislación respectiva en concordancia con las normas del bloque de constitucionalidad y, en particular, con los tratados internacionales de derechos humanos, pues, como lo ha dicho la Corte Constitucional⁵:

“Interpretando la normatividad nacional e internacional en relación con el fin de la pena y la función resocializadora y preventiva de la misma, la jurisprudencia estableció el alcance de la competencia del INPEC como la entidad encargada de hacer cumplir las medidas de privación de la libertad:

“2.1.7. Desde esta perspectiva, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario está

obligada a efectuar una interpretación de las normas aplicables acorde con los tratados internacionales de derechos humanos y con los principios de favorabilidad, buena fe y primacía de lo sustancial sobre lo formal, razón por la cual no le es posible exigir requisitos irrazonables o desproporcionados o imponer barreras de acceso a los beneficios que otorga la ley a las personas privadas de la libertad que no tienen asidero en las normas aplicables (...).".

De todos modos, lo que debe tenerse en cuenta en este asunto es que no habiendo duda sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria, todo lo atinente al cumplimiento de la pena concierne a las autoridades judiciales –Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad- y al INPEC, ante las cuales pueden acudir las autoridades indígenas con el fin de solicitar, en razón de su particular visión frente a la pena y su finalidad, la fijación de “mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para que en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural”⁶.

...

No se discute en este proceso que los demandantes de tutela se encuentren sujetos a la jurisdicción penal ordinaria. Lo que se pretende es que no obstante esta circunstancia de carácter judicial, la pena impuesta se cumpla bajo las condiciones de la jurisdicción indígena y en el lugar de reclusión asignado por la propia comunidad. El legislador –titular de la reserva legal—podría autorizar por vía general que las penas decididas por los jueces ordinarios relativas a indígenas se ejecuten en centros de reclusión de las comunidades indígenas que sean habilitados por la autoridad penitenciaria. Se trataría en verdad de un avance normativo que reflejaría bien el ideario constitucional asentado en el pluralismo étnico-cultural y en la propia filosofía de la pena. Dado sin embargo que este desarrollo

normativo debe respetar el principio de legalidad de las penas y de su ejecución, no será el juez de tutela el llamado a sustituir o a anticipar en este sentido la anhelada y conveniente evolución normativa. Aquí debe anotarse que una cosa es un vacío normativo y, otra, muy distinta, un desarrollo normativo. No se advierte en este asunto vacío normativo alguno, puesto que la ley regula integralmente la materia, aunque todavía se avizore un desarrollo posible que estará librado a la libre configuración normativa del órgano competente.

De alegarse que el régimen penitenciario vigente permite que la pena impuesta por un juez ordinario a un indígena pueda pagarse en un centro de reclusión comunitario, la operatividad de esa autorización dependería tanto de la decisión del juez competente -que no del juez de tutela— y, naturalmente, de la previa habilitación y autorización de la autoridad penitenciaria. Si en ausencia de los dos requisitos, por cierto concurrentes y previos, las personas condenadas y la autoridad indígena, por sí y ante sí deciden que la sanción se cumpla en un centro de reclusión comunitario, el periodo de privación de la libertad cumplido en esas condiciones es enteramente inoponible y en modo alguno vinculante para los efectos de la justicia ordinaria. Las sanciones se imponen por parte de los jueces competentes y se ejecutan y cumplen en los términos de la ley y de las específicas y concretas decisiones de aquéllas. No admite el ordenamiento constitucional, sin violar el debido proceso, la igualdad de todos ante la ley y, sobre todo, el principio de legalidad de la pena, que existan sanciones de facto o cumplimiento de facto de una pena establecida legal y judicialmente”.

En síntesis, siendo claro que el enjuiciamiento correspondía desplegarlo a la justicia ordinaria, a los acusados les eran aplicables en su integridad las normas y procedimientos propios previstos en la leyes penales -adjetiva y sustantiva- y, en tales condiciones, el juez de conocimiento estaba en la obligación de respetar el principio de legalidad en la imposición de las sanciones y en el análisis de los requisitos objetivos y subjetivos que demandan la concesión de subrogados penales.

Por lo anterior, la normatividad que trae a colación el defensor para soportar su pretensión de que a los procesados se les otorgue un beneficio de atemperación del rigor intramural, carece de los efectos jurídicos que él pretende darle, simplemente porque de ninguna manera se trata de una norma positiva que amplíe el contexto de la ley penal para establecer una especie de dispensa o trato preferencial a favor de los indígenas condenados por la justicia ordinaria.

Basta leer el contenido exacto de las disposiciones citadas, y advertir el contexto principialístico que las anima, para verificar inconcuso que no es su pretensión suplantar a la ley ordinaria penal, sino apenas establecer unos derroteros generales.

Entonces, como la ley colombiana ha positivizado los casos en los cuales resulta imposible otorgar al procesado, indígena o no, el subrogado de prisión domiciliaria, no es posible acudir a ese criterio orientador del Convenio de la OIT para conceder un beneficio que, de entregarse, evidentemente viola postulados de igualdad respecto a los demás sentenciados por conductas similares. Cosa distinta es que en la ejecución de las sanciones, se tengan en cuenta esos factores, lo cual compete, como se señaló antes, a las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento.

Con fundamento en los criterios definidos por la Sala, surge evidente que no se trata de que el juzgador pueda prescindir del principio de legalidad, para imponer penas diferentes a las opciones ofrecidas por la ley, sino que entre ellas, cuando se plantean alternativas posibles, debe preferirse la que no conlleve el encerramiento.

Lo anterior significa, además, que el otorgamiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (artículo 38 del Código Penal), lo mismo que la utilización de sistemas de vigilancia electrónica (artículo 38A, ibídem), ambos propuestos por el casacionista como alternativas a la sanción impuesta, sólo son procedentes cuando se reúnen los requisitos establecidos legalmente para su otorgamiento, y este no es el caso.

Queda claro que la concesión de cualquier subrogado penal no se condiciona, en modo alguno, al factor de que el condenado pertenezca a una comunidad indígena, sino al estricto cumplimiento de los requisitos específicos previstos en la ley penal. No es posible entender, en consecuencia, que la pena de prisión puede ser mutada por otros medios tradicionales de sanción indígena o atemperada por su cumplimiento en reclusión domiciliaria o a través del uso de un mecanismo electrónico, sino que puede ser ejecutada, de acuerdo al criterio orientador consignado en el instrumento internacional, en un sitio adecuado para el efecto por la comunidad ancestral a la que pertenece el procesado.

Es en este sentido que la Corte Constitucional ha precisado que para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta a un miembro de los pueblos indígenas, se deben tener en cuenta los mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, de la siguiente manera:

(iii) 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.

(iv) 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.⁷

De ello resultan por completo infundados los reparos que hace el libelista a la decisión del Tribunal, pues muy por el contrario a su censura, el juez colegiado tuvo a bien definir que para el proceso de ejecución de la sentencia debe acudir a los «mecanismos de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los pueblos indígenas y el sistema judicial nuestro, establecidos en los acuerdos PSAA12-99614 (sic) del 19 de julio de 2012 y PSAA13-1816 del 23 de enero de 2013, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura».

Dichos mecanismos, lejos de impedir el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, hacen posible su implementación, de donde se desprende que cuando el indígena debe descontar pena de prisión por sentencia ejecutoriada que así lo ordena, es necesario que el juez de ejecución de penas consulte con la máxima autoridad de la comunidad indígena la factibilidad de su cumplimiento al interior de la misma, lo que se encuentra supeditado a la verificación de que allí se cuente con las instalaciones idóneas para garantizar esa privación de libertad. Corresponde, por su parte, a las autoridades del INPEC, a través de sus visitas periódicas, establecer el cumplimiento de la materialización de la privación de libertad⁸.

En consecuencia, dejando a un lado la manifiesta impropiedad de la censura planteada por el demandante, debe advertirse que tan pronto se ejecutorie la sentencia y asuma competencia el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, éste, de oficio o a solicitud de las autoridades indígenas, debe adelantar el trámite correspondiente para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la decisión antes reseñada, lo que se llevará a cabo, tal y como se dispuso en la

sentencia impugnada, en el marco establecido por los acuerdos PSAA12-9614 del 19 de julio de 2014 y PSAA13-9816 del 23 de enero de 2013, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por los cuales se establecen las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional.

Adicionalmente, el recurrente plantea en el mismo cargo, sin ningún soporte jurídico, un tema completamente distinto. Acusando el fallo de segunda instancia por la exclusión del artículo 29 de la Constitución Política, reclama la aplicación por virtud del principio de favorabilidad del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, en lugar de la norma reguladora del evento procesal relacionado con la rebaja punitiva en los casos de flagrancia, contenida en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, modificadorio del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

Consecuente con la impropiedad jurídica con la que ha desplegado el cargo propuesto, desconoce el demandante la trayectoria jurisprudencial que en torno a aquel aspecto en particular se ha venido desarrollando, según la cual, a partir de que el implicado es capturado en flagrancia, únicamente puede ser acreedor a una reducción de la sanción de una cuarta parte de la que era posible aplicar con fundamento en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, según lo preceptúa el artículo 301 ibídem, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, alcance que inicialmente fue precisado por esta Sala (CSJ SP, 11 jul. 2012, Rad. 38285) y después lo reafirmó la Corte Constitucional (Sentencia CC C-645 del 23 de agosto de 2012).

Reducción punitiva que es la aplicable dentro de los procesos referidos a los hechos ocurridos, como en este caso, en vigencia de la Ley 1453 de 2011, pues aunque es verdad que la Sala ha admitido como factible aplicar por favorabilidad tanto los institutos de la Ley 906 de 2004 a las actuaciones que se tramiten con fundamento en la Ley 600 de 2004 y viceversa, igual ha precisado que ello sólo es posible a condición de que se trate de

normas o institutos cuya estructura sustancial sea similar en los dos ordenamientos procesales⁹.

En relación con el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1454 de 2011, se ha destacado su estrecha relación con los postulados propios del sistema penal acusatorio¹⁰ y, con ello, la imposibilidad de aplicación en su lugar, por favorabilidad, del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, pues son notables las diferencias sustantivas entre los dos dispositivos, en tanto la figura de la sentencia anticipada, prevista en el segundo de los estatutos procesales mencionados no contiene la variante de la flagrancia, contenida en la Ley 906 de 2004, a efectos de matizar las rebajas en las penas por admisión de la responsabilidad penal.

En este sentido, la Corte ha precisado:

En efecto, si bien esta Sala ha advertido, tras la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, que nada se opone a que por favorabilidad se aplique esta ley a los casos que se rijan por el Código de Procedimiento Penal de 2000 y que a su vez, tampoco hay obstáculo para que dicha codificación se aplique a los asuntos gobernados por la Ley 906, también ha advertido que ello es factible a condición de que no vaya en contra de la naturaleza del sistema penal acusatorio (CSJ SP, 13 Abr. 2011, Rad. 35946).

Entonces, se aprecia y así lo refleja tanto la sentencia de esta Sala (CSJ SP, 11 Jul. 2012, Rad. 38285, capítulos II y III), como la de la Corte Constitucional (C-645 del 23 de agosto de 2012, argumento 9), que la reducción de la rebaja de pena en casos de flagrancia dispuesta por el legislador en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, está directamente vinculada a los allanamientos y preacuerdos de la justicia premial propia del sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004, por tanto, en esa medida no era posible acudir a la Ley 600 de 2000, como lo hizo la Juez a quo. Es más, el caso de la especie difiere del supuesto previsto en el

artículo 40 de la Ley 600 de 2000, en tanto que en esta última norma no se contempla el estado de flagrancia para determinar la disminución de la pena, como sí ocurre en la Ley 906.11

Resulta claro que en este caso concreto, se reitera, habiendo ocurrido los hechos en vigencia del Estatuto Procesal Punitivo de 2004 -con la modificación introducida por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 a su artículo 301-, se ofrece un supuesto jurídico distinto al contemplado en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, relacionado con la situación de flagrancia.

Con lo anterior se reafirma el criterio según el cual, no siempre es posible acudir por favorabilidad a la Ley 600 de 2000, en particular cuando la falta de identidad entre los institutos procesales impide su aplicación a los procesos adelantados bajo el rito de la Ley 906 de 2004, como ocurre en este evento en que no se hace factible acudir a la misma disminución punitiva por la aceptación de cargos prevista en el artículo 40 de dicho estatuto.

Se verifica de esta manera la sinrazón que acompaña al demandante en su argumentación, quedando en evidencia que la censura presentada en relación con el tema propuesto en casación no tiene fundamento jurídico alguno.

En consecuencia, este cargo no tiene la aptitud para su estudio de fondo por parte de la Sala, por lo que la demanda será inadmitida.

DECISIÓN

De conformidad con lo consignado en precedencia, la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor de JAIRO ENRIQUE MONTENEGRO CORAL, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se observó que con ocasión de la sentencia impugnada o dentro de la actuación, hubiese existido violación de derechos o

garantías del acusado, como para superar los defectos y decidir de fondo, según el imperativo del inciso 3° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Cabe advertir, para finalizar, que contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y con las reglas que ha definido la Sala en pronunciamientos anteriores a la presente decisión¹²

.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del acusado JAIRO ENRIQUE MONTENEGRO CORAL, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Entre otros, CSJ AP, 13 de junio de 2007, Rad. 27.537; AP, 25 de julio de 2007, Rad. 27.810.

2 CSJ SP, 9 de mar. 2011, rad. 34316; 11 de abr. 2007, rad. 23667; 6 jun. 2007, rad. 18515; 26 abr. 2007, rad. 26928

3 Cfr. CSJ, SP, 9 oct. 2013, Rad. 42281; CSJ AP 4470-2015, 5 ago. 2015, Rad. 42788

4 CSJ AP, 21 agt. 2012, rad. 41596

5 Sentencia T-635 de 2008.

6 Sentencia T-097 de 2012.

7 CC T-921 de 2013

8 AP1576-2014, 2 abr. 2014, Rad. 43342

9 CSJ SP, 13 Abr. 2011, Rad. 35946. En el mismo sentido, CSJ

AP3243-2015, 10 jun. 2015, Rad. 45451

10 SCC C-645 de 2012

11 CSJ AP2209-2014, 30 abr. 2014, Rad. 42447. De la misma manera, CSJ AP2164-2015, 29 abr. 2015, Rad. 45635

12 CSJ, AP 12 de diciembre 2005, Radicado 24.322.