

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 2

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

STP10233-2019

Radicación 105799

Aprobado Acta No. 184

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala la acción de tutela interpuesta por la apoderada judicial de JUAN CARLOS SAMBONI y MARIO TROMPETA, obrando en calidad de Gobernador y Unidad Administrativa del Resguardo Indígena El Playón Nasa Naya del Municipio de Buenos Aires – Cauca, respectivamente, en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa misma ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y protección a la diversidad étnica y cultural.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

1. Para lo que compete resolver en el presente asunto, del escrito de tutela y documentos aportados al plenario, la Sala destaca los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

(i) Que mediante sentencia del 19 de marzo de 2018, GERNERTH ADOLFO BEJARANO

VARGAS fue condenado por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Cali, a la pena de 102 meses de prisión, por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

(ii) Que el 28 de septiembre de 2018, JUAN CARLOS SAMBONI, Gobernador del Resguardo Indígena El Playón Nasa Naya, radicó ante el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, una petición de cambio de reclusión y traslado de GERNERTH ADOLFO BEJARANO VARGAS al Centro de Armonización esa comunidad.

(iii) Que a través de auto del 13 de diciembre siguiente, ese despacho judicial negó la solicitud por la gravedad de la conducta desplegada por el sentenciado, acorde con las directrices señaladas en sentencia T-685/2015 proferida por la Corte Constitucional.

(iv) Que habiendo sido objeto de apelación, dicha decisión fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante proveído del 26 de junio de 2019.

(v) Que en concepto de la parte actora, la decisión de las autoridades judiciales accionadas desconoce el fuero indígena de GERNERTH ADOLFO BEJARANO VARGAS y el derecho que le asiste al resguardo de reclamar a su comunero para que purgue la pena impuesta en su Centro de Armonización, como ha sucedido en otros casos; además, acudieron al argumento de la gravedad de la conducta, con la cual se atentó contra el bien jurídico de la seguridad pública, lo que no resulta suficiente para negar la petición de la autoridad indígena.

2. En razón de lo anterior, la parte actora acude al Juez de tutela para que, en amparo de su derecho fundamental invocado, intervenga en el proceso penal con radicación 11001600009620140004901 seguido en contra de GERNERTH ADOLFO BEJARANO VARGAS y ordene al Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali trasladar de inmediato a ese comunero al Centro de Armonización del Resguardo Indígena El Playón Nasa Naya. En caso de no acceder a lo anterior, disponga que el juez de penas accionado

resuelva de fondo la petición de cambio de reclusión, de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley y sin atender a la gravedad de la conducta.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

Con auto del 16 de julio de 2019 esta Sala asumió el conocimiento de la demanda de tutela y corrió el respectivo traslado a las autoridades mencionadas.

A pesar de haber sido notificados, ni la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, ni el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma sede hicieron pronunciamiento alguno dentro del término concedido para tal efecto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Conforme a las previsiones establecidas en el Decreto 1983 de 2017, modificadorio del Decreto 1069 de 2015, esta Sala es competente para pronunciarse respecto de la temática planteada al inicio de esta providencia.

De acuerdo con el disenso formulado por la parte actora, lo pretendido en últimas es que se dejen sin efectos las providencias calendadas 13 de diciembre de 2018 y 26 de junio de 2019, proferidas por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad, respectivamente, por lo que ha de recordarse que la doctrina constitucional ha sido clara y enfática en señalar que cuando se trata de providencias judiciales, la acción de tutela solamente resulta procedente de manera excepcional, pues como regla general la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, acudiendo para ello a los medios de impugnación instituidos en los códigos de procedimiento.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha venido decantando el alcance de tal postulado,

dando paso a la procedencia de la acción de tutela cuando se trate de actuaciones que carezcan de motivación o fundamento objetivo, contrariando su voluntad para hacer imperar la arbitrariedad y el capricho del funcionario, o resulten manifiestamente ilegales, de ahí que, por excepción se permitirá que el juez de tutela pueda intervenir en orden a hacer cesar los efectos nocivos que la vía de hecho detectada puede ocasionar en relación con los derechos fundamentales.

En ese sentido, la jurisprudencia ha señalado que se incurre en vía de hecho cuando existe:

a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) una decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) un desconocimiento del precedente y h) la violación directa de la Constitución.

Bajo ese derrotero, se impone recordarle a la parte accionante que siendo la tutela un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de “ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad” CC C-590/05 y T-332/06 que implican una carga para ella no solamente en su planteamiento, sino también en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional, pues las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, gozan de la triple presunción de acierto, legalidad y constitucionalidad, que brindan seguridad jurídica a las decisiones judiciales, necesaria para la consolidación del Estado de Derecho. Solo por vulneraciones constitucionales, relativas a los derechos fundamentales, mediante acciones reflejadas en los hechos, oportuna y claramente planteados y demostrados, se puede desvirtuar dicha presunción.

Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra que en el presente caso la parte actora no demostró ninguno de los defectos que estructuran la denominada vía de hecho, es decir, no

acreditó que las providencias reprobadas estén fundadas en conceptos irrazonables o arbitrarios de tal trascendencia, que corresponda al juez constitucional conjurarlos mediante este excepcional instrumento de amparo para los derechos fundamentales invocados.

Por el contrario, las decisiones judiciales objeto de reproche estuvieron precedidas de un análisis serio y ponderado de la controversia planteada, la interpretación de la normativa pertinente y la aplicación del criterio jurisprudencial vigente, lo que llevó a la conclusión sobre la imposibilidad de acceder a la pretensión elevada por el Gobernador del Resguardo Indígena El Playón Nasa Naya del Municipio de Buenos Aires – Cauca, para que se cambiara el sitio de reclusión de GERNERTH ADOLFO BEJARANO VARGAS y fuera trasladado al Centro de Armonización de esa comunidad.

Al respecto, interesa recordar que la Corte Constitucional, en relación con el régimen de privación de la libertad de los indígenas en Colombia, ha explicado:

«7.1. La identidad cultural y la dignidad humana de los indígenas son derechos fundamentales que deben ser protegidos independientemente de que estén privados de la libertad y de que se aplique o no el fuero penal indígena. En este sentido, los indígenas siempre tienen derecho a conservar su cultura y la privación de su libertad no puede afectarla aun en aquellos eventos en los cuales no se aplique el fuero penal indígena, situación que es reconocida a nivel nacional e internacional.

7.2. En este sentido, el artículo 3 de los ‘Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas’ de la Organización de Estados Americanos establece que “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente’.

7.3. Por su parte, el artículo 29 del Código Penitenciario y Carcelario establece que cuando

el delito haya sido cometido por indígenas: 'la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado'.

7.4. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido en diversas sentencias que en la privación de la libertad de los indígenas se debe respetar la identidad cultural de los indígenas y se deben buscar alternativas que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de esta parte de la población...» (C.C.S.T-921/2013).

Así mismo, ha precisado la Corte que «la diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad debe protegerse independientemente de que se aplique en el caso concreto el fuero indígena, lo cual deberá ser tenido en cuenta desde la propia imposición de la medida de aseguramiento y deberá extenderse también a la condena. En este sentido, la figura constitucional del fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros, por la indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión, debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura» (C.C.S.T-921/2013).

Ahora, con base en las anteriores premisas y con el fin de evitar que a una persona perteneciente a una comunidad indígena –que ha sido procesada por la jurisdicción ordinaria– se le desconozca el derecho a la identidad, al ser recluida en establecimientos ordinarios sin ninguna consideración relacionada con su cultura, la Corte estableció tres reglas fundamentales que deben aplicarse en este tipo de casos, a saber:

«(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en

detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993» (C.C.S.T-921/2013).

Al aplicar los anteriores postulados al sub lite y examinar las providencias objeto de reproche, la Sala considera que, si bien en principio se cumplen los presupuestos atrás reseñados, no puede perderse de vista que al momento de proferirse sentencia condenatoria en contra de GERNERTH ADOLFO BEJARANO VARGAS, el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Cali determinó que la conducta punible se perpetró bajo “una estructura delincencial de carácter transnacional dedicada a la fabricación, obtención,

suministro, almacenamiento, transporte y tráfico de estupefacientes”, circunstancia que, como acertadamente concluyó el tribunal accionado, denota que el condenado no es un expendedor menor u ocasional, sino miembro de una organización al margen de la ley en la que ocupa cierta jerarquía, de lo que se avizora también que tiene contacto con la cultura mayoritaria y que no posee vínculo estable y permanente con los usos y costumbres de la comunidad indígena.

Por tanto, más allá del cumplimiento de los otros requisitos, GERNERTH ADOLFO BEJARANO VARGAS no puede ser catalogado como una persona que comparte los usos y costumbres del Resguardo Indígena El Playón Nasa Naya, pues su comportamiento ilícito, asociado a una maquinaria criminal que cruza las fronteras, es genuino de la sociedad occidental.

En esas condiciones, el argumento de la «gravedad de la conducta» al que acudieron las autoridades accionadas para negar la postulación descrita, constituye un elemento razonable para determinar que el penado, de ser trasladado al centro de resocialización del resguardo, puede poner en riesgo la comunidad étnica y su identidad cultural, por cuanto su obrar no corresponde a las tradiciones de las colectividades ancestrales, sino al actuar de delincuentes que hacen del ilícito su forma de vida.

Ahora bien, en cuanto al presunto desconocimiento del derecho de igualdad, ha sido criterio reiterado de esta Sala señalar que tratándose de un derecho relacional como el que se denuncia conculcado, corresponde al peticionario acreditar que el funcionario judicial adoptó la decisión a partir de un tratamiento diferenciado y no justificado.

En ese contexto, no puede predicarse la existencia de los presupuestos que impongan un juicio de igualdad en relación con el caso de GERNERTH ADOLFO BEJARANO VARGAS, habida cuenta que el reclamo de los accionantes no pasa de ser una invocación genérica al indicar que son varios los comuneros que han sido entregados al resguardo para cumplir allí la condena, sin que se aporten elementos de juicio claros que permitan elaborar el test

de igualdad frente a dos o más situaciones, en orden a determinar si en el sub examine, se encuentran en un mismo plano y, por ende, merecen el mismo tratamiento.

Ello, en razón a que la parte demandante hace mención del caso del “señor Agudelo”, supuestamente trasladado al Centro de Armonización de la comunidad por orden del Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, donde, además de no allegar copia de la providencia, no menciona al detalle ni refiere a esta instancia las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se cometieron las conductas punibles desplegadas por ese sentenciado y que permitieron al juez de ejecución de penas acceder al pedimento de cambio de reclusión que hoy se reclama en sede de tutela.

Por último, la Corte destaca que el principio de autonomía de la función jurisdiccional (artículo 228 de la Carta Política) impide al juez de tutela inmiscuirse en providencias como las controvertidas solo porque la parte accionante no las comparte o tiene una comprensión diversa a la concretada en dichos pronunciamientos, sustentados con criterio razonable a partir de los hechos probados y la aplicación de la jurisprudencia pertinente.

Se negará, por consiguiente, la solicitud de protección constitucional por ser improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. NEGAR la acción de tutela promovida por JUAN CARLOS SAMBONI y MARIO TROMPETA, en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa misma ciudad.

2. NOTIFICAR este proveído conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. En caso de no ser impugnada, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria