

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

STP13638-2019

Radicación n°. 106874

Acta 260

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por JOSÉ WILSES ARANGO MORENO, contra el fallo proferido el 20 de agosto del presente año, por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, mediante el cual negó el amparo constitucional invocado, en la demanda formulada contra el JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD del mismo distrito judicial, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

ANTECEDENTES

De la demanda de tutela y anexos se extracta que el 6 de junio de 2017, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Tumaco condenó a JOSÉ WILSES ARANGO MORENO a 90 meses de prisión y multa de 905.16 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la comisión de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La vigilancia de la pena correspondió al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, autoridad ante la que el gobernador del cabildo indígena «La Cilia - La Calera» del municipio de Miranda (Cauca), pidió la concesión del traslado del centro carcelario de Cali en el que se encuentra privado de la libertad al «centro de armonización» de dicho resguardo, para que continuara allí el cumplimiento de la sanción.

Adujo el accionante que mediante auto del 11 de junio de 2019, el juez ejecutor consideró que no se encontraban reunidos los requisitos señalados por la jurisprudencia para ordenar el cambio de sitio de reclusión, por lo que negó la petición presentada en tal sentido; decisión contra la que instauró el recurso de reposición, resuelto en forma negativa a sus intereses el 29 de julio del presente año.

Señaló que el Juzgado demandado no tuvo en consideración que se cumplían los presupuestos para ordenar el cambio de reclusión, por lo que incurrió en vía de hecho.

En ese contexto pidió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso e identidad cultural. En consecuencia, solicitó que se dejaran sin efectos las decisiones del 11 de junio y 29 de julio del año en curso y se accediera a su pretensión.

## EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali negó la protección invocada, al considerar que no se cumplió con el requisito de la subsidiariedad, pues el demandante no instauró el recurso de apelación que procedía contra el auto que le negó el traslado a un centro de armonización.

Además, indicó que dicha negativa no resultó arbitraria, pues luego de emitir varias órdenes con el objeto de contar con todos los elementos pertinentes para proferir la aludida determinación, el juez ejecutor con base en las normas y jurisprudencia aplicables al caso, al igual que lo allegado a las diligencias, determinó que no se cumplían los presupuestos

para acceder a tal pedimento, sin que ello implicara la afectación de los derechos de ARANGO MORENO.

## LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el accionante JOSÉ WILSES ARANGO MORENO la impugnó, sin argumentación adicional<sup>1</sup>.

## CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.
2. La acción de tutela es un mecanismo de protección excepcionalísimo cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va ligada al cumplimiento de rigurosos requisitos de procedibilidad que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional en fallos C-590 de 2005 y T-332 de 2006, entre otros, ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.
3. En el presente evento, JOSÉ WILSES ARANGO MORENO cuestiona por vía de tutela la decisión del 11 de junio de 2019, en la que el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali le negó el traslado del Establecimiento Penitenciario y Carcelario en el que se encuentra privado de la libertad al centro de armonización del cabildo indígena «La Cilia – La Calera» de Miranda (Cauca).

Al igual que el auto del 29 de julio del presente año, a través del cual, se resolvió en forma negativa a los intereses de ARANGO MORENO el recurso de reposición instaurado contra

dicha decisión.

Sobre el particular, debe indicar la Sala, acorde con lo señalado por la primera instancia, que no es procedente el amparo invocado, por no cumplir el requisito de la subsidiariedad, toda vez que si bien el accionante instauró el recurso de reposición contra el auto del 11 de junio de 2019, lo cierto es que contra dicha decisión procedía igualmente el recurso de apelación, al cual no acudió el demandante, por lo que no permitió que la segunda instancia se pronunciara en torno a la inconformidad que tenía con la negativa del aludido traslado.

De manera que, si era tal recurso la forma idónea para controvertir las supuestas vulneraciones a los derechos de ARANGO MORENO, no puede ahora acudir a la residual vía tutelar, que no es una instancia adicional del proceso para revivir etapas que ya fenecieron y en las que no se hace uso de los recursos que la ley confiere a quien asiste a la administración de justicia.

Entonces, si JOSÉ WILSES ARANGO MORENO incumplió con la carga procesal que le correspondía, mal puede por este medio criticar su propia actuación, pues al respecto ha sido enfática la jurisprudencia constitucional en señalar que «(...)las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso(...)»(CC C-279/13.)

Sobre tales bases, se concluye que si tuvo a su alcance el mecanismo de corrección propio del trámite ordinario, pero no hizo uso de aquel, se torna improcedente esta solicitud de tutela, al tenor de lo previsto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

No obstante, obviando el incumplimiento del aludido presupuesto de procedibilidad, revisada la providencia del 11 de junio del año en curso<sup>2</sup>, no puede concluirse que aquella

constituya una vía de hecho en los términos que lo plantea el demandante, como que de igual manera no puede aducirse con grado de acierto la existencia de algún defecto capaz de configurar una causal de procedencia del amparo, toda vez que el juez ejecutor tuvo en consideración la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional relacionada con el enfoque diferencial que les asiste a los integrantes de las comunidades indígenas y previa recolección de elementos, concluyó que no se cumplieron los presupuestos para otorgar al actor el traslado al aludido resguardo indígena.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido reglas con el objeto de que a las personas pertenecientes a comunidades indígenas y que han sido procesadas y condenadas por la justicia ordinaria, no se les desconozca su derecho a la identidad cultural al ser privadas de la libertad en un establecimiento carcelario.

Así, en sentencia T-515 de 2016, esa alta Corporación reiteró lo dicho en la sentencia T-921 de 2013, indicando que:

- (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. (Negrilla fuera de texto).

Precisamente, dichos parámetros fueron tenidos en consideración por la autoridad demandada, pues en la decisión objeto de controversia por vía constitucional – 11 de junio de 2019-, luego de hacer alusión a la sentencia T-921 de 2013 antes mencionada y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sobre la materia, en la que se señalan los requisitos para acceder al traslado del sitio de reclusión, refirió que en el caso del hoy accionante se había establecido que:

i) Arango M., según Fredy Guevara Jaramillo, Gobernador y representante legal del cabildo indígena de Miranda C., es un indígena perteneciente al resguardo indígena “La Cilia o La Calera” ubicado en la jurisdicción rural de esa municipalidad.

ii) Ese resguardo indígena no cuenta con las instalaciones idóneas en las que Arango M., pueda seguir cumpliendo la pena privativa de la libertad que le fuera impuesta, como así lo concluye este juzgado apoyado en el registro fotográfico que aportara la dirección del EPC de Puerto tejada C., obrante a folios 139 al 140 vto., y no obstante lo manifestado por

esa misma dirección en oficio n°. 0141 del 10 de mayo de 2019 (fl. 132), toda vez que en ese registro fotográfico no se aprecian instalaciones en las que luego de realizadas las actividades laborales o estudiantiles diarias a las que debería dedicarse, o para los días en las que no se realizaren, el condenado pueda permanecer privado de su libertad en verdadero centro de reclusión, porque la filosofía que orienta el traslado de individuo indígena condenado al resguardo al que pertenezca, es la de seguir cumpliendo la pena privativa de la libertad, efectivamente privado de ella, con el privilegio de continuar en la cultura de su etnia en centros de armonización como el que se observa en las imágenes fotográficas, pero sin que esto pueda considerarse como una suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, ni una sustitución de la ejecución de la pena de prisión que le fuera impuesta en establecimiento de reclusión por su residencia – domicilio<sup>3</sup>.

Decisión que no fue objeto de modificación a través del auto del 29 de julio del año en curso, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición con similares argumentos a los expuestos en precedencia.

En tales condiciones, considera esta Sala que las providencias censuradas son acertadas y responden a las consideraciones del caso concreto, contrario al querer del accionante que pretende convertir la vía constitucional en una tercera instancia, trayendo a esta sede una controversia legal, que escapa a la función constitucional inherente al proceso de tutela.

A lo anterior se suma que, el demandante puede acudir nuevamente ante el juez de ejecución de penas y solicitar que se realice un nuevo estudio del traslado impetrado, siempre y cuando se satisfagan los presupuestos para su otorgamiento.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º. CONFIRMAR el fallo impugnado.

2º. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3º. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 193 del cuaderno de primera instancia.

2 Cuya copia obra a folio 92 y ss del cuaderno de primera instancia.

3 Decisión cuya copia obra a folio 79 y ss del cuaderno de primera instancia.