

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

AP3342 – 2021

Casación No. 55988

Acta No. 195

Bogotá D.C., cuatro (04) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Según dan cuenta la acusación y las sentencias de instancia, en la plaza de mercado, en el sector conocido como «Los Taxis», sitio denominado «Avenida Brasil» del municipio de Santander de Quilichao (Cauca), entre el año 2014 y el primer semestre de 2015, operó una organización delictiva dedicada al tráfico de estupefacientes (bazuco y heroína), en la modalidad de microtráfico, denominada «Los Callejeros», siendo uno de sus líderes Fredy Horacio Hurtado Trochez.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Llegado a conocimiento del ente instructor, se iniciaron las actividades investigativas, en las cuales se verificó la información recibida, se identificaron los integrantes de la organización delictiva, sus roles, zona de injerencia y modus operandi. Materializadas algunas capturas, fueron legalizadas ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Santander de Quilichao el 25 de junio de 2015, formulándose imputación de cargos a Fredy Horacio Hurtado Trochez y a otras cinco personas, por el delito de concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes, imponiéndoseles medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2. El 22 de febrero de 2016, previa presentación del correspondiente escrito, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán se instaló la audiencia de formulación de acusación, que culminó el 7 de septiembre de ese año, luego que el Consejo Superior de la Judicatura resolviera un conflicto de jurisdicciones asignando el conocimiento del asunto a la justicia ordinaria,¹ y de múltiples ausencias de la defensa técnica a las citas judiciales.

3. Celebradas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el despacho de conocimiento, el 9 de marzo de 2018, condenó al acusado a la pena principal de 111 meses de prisión, multa por valor equivalente a 6.112,5 salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena privativa de la libertad, por el delito de concierto para delinquir, negándole los subrogados penales y el traslado al resguardo indígena Guadualito para el cumplimiento de la pena.

4. Esta decisión fue recurrida por la defensa. La Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, el 6 de junio de 2019, la confirmó en su integridad, pronunciando contra el cual la defensa interpuso y sustentó oportunamente recurso de casación.

IV. LA DEMANDA

Contiene tres cargos contra la sentencia impugnada, así:

1. Cargo Primero

Al amparo de la causal segunda, el recurrente lo denominó «nulidad por adelantarse la actuación ante un juez penal del circuito especializado y no ante la jurisdicción especial indígena».

Arguye que la conducta ocurrió en «el ámbito territorial extendido cultural, económico y espiritual del resguardo indígena NASA de GUADU[A]LITO ...»², en razón a que, en el municipio de Santander de Quilichao, existen cuatro resguardos indígenas del pueblo Nasa, además, que su prohijado es miembro de esa comunidad, de acuerdo con la certificación expedida por el gobernador del resguardo, quien «le pidió (sic) el proceso a la jurisdicción ordinaria»³.

Invoca normas del bloque de constitucionalidad y prolija jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de la cual considera que el juez natural para conocer de estos hechos son las autoridades ancestrales Nasa y no la jurisdicción ordinaria en la especialidad penal,

por haberse ejecutado la conducta punible en el ámbito territorial extendido del Resguardo de Guadualito, por un comunero Nasa, conforme al mandato del artículo 246 constitucional.

Solicita en consecuencia la invalidación del trámite y su remisión a las autoridades del cabildo del resguardo indígena Nasa de Guadualito de Santander de Quilichao, para que, conforme a sus normas y procedimientos, usos y costumbres, adelante la actuación pertinente.

2. Cargo Segundo

Sin precisar causal alguna, cuestiona la legalidad de la sentencia por estar afectada de «nulidad por adelantarse la actuación ante el mismo juez penal del circuito especializado que había proferido la sentencia condenatoria de los acusados que aceptaron los cargos como coautores del escrito de acusación (sic) de Fredy Horacio Hurtado Troches (sic) por preacuerdo previo con la Fiscalía General de la Nación violando el principio constitucional y legal de total imparcialidad del juez natural».

En esencia, reprocha que el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán, quien impartió aprobación al preacuerdo celebrado entre el ente acusador y los cinco coprocesados restantes, hubiese conocido del juzgamiento ordinario de Fredy Horacio Hurtado Trochez, afectándose el principio de imparcialidad y debido proceso, por cuanto «...ha prejuzgado (sic) en unos (sic) y se escucha el juicio de otro, sobre los mismos temas y pruebas de la acusación»⁴.

En su concepto, el juez singular se hallaba incurso en la causal cuarta de impedimento del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, por haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

Por tanto, insta se declare «...la nulidad de todo el juicio a partir de la división (sic) del proceso para que se designe otro juez de conocimiento totalmente imparcial...»⁵.

3. Cargo Tercero

Con fundamento en la causal primera de casación, invoca «violación directa por errónea interpretación de las reglas de la Corte Constitucional consignadas en la sentencia T-621-13 para definir el traslado al sitio de reclusión indígena en la sentencia»⁶.

Explica que la negativa de las sentencias de instancia, de mantener a su prohijado en el sitio de reclusión en territorio del Resguardo Guadualito de la etnia Nasa, desconoce la regla tres de la sentencia CC T-912-2013, proferida por la Corte Constitucional, donde se establecen las condiciones para gozar de este beneficio y se prohíbe a las autoridades exigir permisos, licencias o requisitos adicionales.

Además, no se valoró la certificación del INPEC, aportada por la defensa en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 447 del estatuto adjetivo penal, ni la que se aportó luego de arribar el proceso al Tribunal, sobre las posibilidades del INPEC de practicar visitas de vigilancia al sitio de reclusión, argumentando, frente a esta última, que no podía ser tenida en cuenta porque en segunda instancia no existía período probatorio.

Argumenta que el juez de conocimiento tiene el deber de consultar con la comunidad si tiene la disposición de recibir al condenado indígena y comprobar las condiciones del sitio de reclusión. Y que el INPEC debe realizar visitas al lugar elegido para comprobar la presencia del comunero indígena. Lo cual «son reglas que están en cabeza de la defensa[,] aunque pueda colaborar para que cada uno cumpla esas funciones»⁷, lo cual soporta con transcripción de apartes de la sentencia T-921 de 2013 y el artículo 84 constitucional.

Insiste en reprochar al juzgador de segundo grado por no haber valorado la certificación del INPEC aportada en segunda instancia, lo cual, en su opinión, trasgrede también el principio

de prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo. Por tanto, solicita «...REVOCAR (sic) esta decisión de segunda instancia a favor de prevalecer las garantías y derechos constitucionales del procesado...»⁸.

V. CONSIDERACIONES

1. Cuestiones preliminares

El recurso extraordinario de casación surge como conquista del Estado liberal de derecho, durante los albores del positivismo normativo, cuando se proveyó de este medio de control a las partes para controvertir los yerros que se presentaran en las sentencias dictadas por los tribunales, de ahí que el objeto de juzgamiento en sede de casación sea la conducta del juzgador materializada en la decisión que pone fin al proceso, más no los hechos por los cuales se inició la actuación penal.

En virtud de este marco conceptual y de las presunciones de legalidad y de acierto que amparan la sentencia de segunda instancia, corresponde al censor identificar clara y suficientemente los yerros cometidos por el juzgador, los cuales no pueden ser de cualquier naturaleza, sino que deben cumplir las exigencias de objetividad y trascendencia, es decir, que no sean producto de la subjetividad y que hayan incidido en la definición del caso.

Si lo planteado es violación directa de la ley sustancial, deberán indicarse las normas sustanciales violadas, el sentido o concepto de la violación (falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea), y el error de contenido jurídico en que incurrió el juzgador, con indicación de su trascendencia.

Por su parte, si lo invocado es violación indirecta, deberá precisarse si se trata de un error de hecho por falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad o falsos raciocinios, o de derecho por falsos juicios de legalidad o falsos juicios de convicción, en qué consistió el error y sus implicaciones en la decisión impugnada.

Finalmente, si lo denunciado es una nulidad, será indispensable definir si se trata de un vicio de estructura formal, de estructura conceptual, o de garantía, demostrar en qué consistió el vicio, indicar su cobertura procesal y su procedencia frente a los criterios que rigen su declaración.⁹

Es decir, que su fundamentación no puede ser un escrito de libre confección, sino que debe ceñirse a una lógica de argumentación mínima, que comprenda las exigencias referidas y tenga la aptitud de desvirtuar las presunciones de acierto y legalidad que amparan el fallo impugnado, máxime cuando ya ha sido clausurado el debate en sede de instancia.

Es por eso que la jurisprudencia ha sido insistente en sostener que la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en la pretensión¹⁰, y que su fundamentación debe regirse por los principios de autonomía de las causales, claridad, concreción, precisión, debida sustentación, corrección material y no contradicción, entre otros.

2. Estudio de la demanda

La Sala inadmitirá la demanda bajo examen, por no reunir los requisitos mínimos de orden formal necesarios para su estudio de fondo, ni satisfacer los presupuestos básicos de orden sustancial para la realización de los fines del recurso. Por separado se estudiará cada uno de los cargos propuestos.

1. Primer cargo

Alega el casacionista que la jurisdicción ordinaria en la especialidad penal no es competente para juzgar la conducta ejecutada por Fredy Horacio Hurtado Trochez, puesto que la infracción se ejecutó en el ámbito territorial extenso del resguardo indígena del que es comunero, motivo por el cual pide nulitar la actuación y remitir a la autoridad del resguardo, para ser procesado y juzgado conforme a sus usos y costumbres.

Solicita aplicar el precedente jurisprudencial de esta Corporación, adoptado al interior del radicado 34461 del 8 de noviembre de 2011, en el cual, no obstante haber sido definida la jurisdicción por la entonces autoridad competente –Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura–, decidió remitir la actuación a las autoridades ancestrales de la etnia Nasa, previa declaratoria de nulidad.

Como es reconocido expresamente por el casacionista, la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, analizó la situación propuesta por la defensa del acusado Hurtado Trochez y por el gobernador indígena del resguardo GUADUALITO, en la audiencia de formulación de acusación, en la cual se trabó el conflicto de jurisdicciones.

Dicha corporación, a través de proveído del 27 de abril de 2016, previo análisis de los elementos personal, territorial, orgánico o institucional y objetivo, requeridos por la doctrina constitucional para el reconocimiento del fuero indígena, concluyó que solo el elemento personal se hallaba acreditado, no así los restantes.

Precisó que no se cumplía el elemento territorial, toda vez que la conducta acaeció en el casco urbano del municipio de Santander de Quilichao, en la plaza de mercado, en el sector conocido como «Los Taxis», sitio denominado «Avenida Brasil», es decir, fuera del ámbito

geográfico del resguardo indígena¹¹.

En cuanto al elemento orgánico, concluyó no haberse acreditado, por cuanto los intervinientes, en ninguna de las audiencias celebradas, se pronunciaron sobre el particular, no obró documento alguno o manifestación del gobernador sobre la existencia de una estructura autónoma al interior del resguardo, a partir de una línea de derecho propio, conformado por sus usos y costumbres tradicionales, que permita inferir que se tramitara el debido proceso penal y no quede impune su conducta¹².

Respecto del elemento objetivo, estimó que la conducta juzgada no era propia de la cultura indígena, en la medida que, por tratarse de un delito contra la seguridad pública, rebasaba los linderos propios, usos, costumbres y en general de la cosmovisión indígena, afectándose no sólo la sociedad local sino nacional¹³.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta corporación ha precisado que las decisiones que resuelven los conflictos de jurisdicción son vinculantes, salvo que se presenten hechos o variantes nuevas, debidamente acreditadas, no analizadas al momento de la definición, que ameriten un nuevo estudio del caso, situación que ni siquiera se plantea, toda vez que el censor, en el desarrollo del cargo, se limita a controvertir la decisión impugnada desde su particular visión personal.

Además de tratarse de un tema ya definido por la autoridad competente y de estarse frente a un debate ya clausurado, el recurrente simplemente expresa su desacuerdo con la decisión, sin mayor desarrollo argumentativo, a título de doxa, en la que brinda su opinión o parecer, es decir, no afinca su postulación en sustentos normativos o jurisprudenciales aplicables al caso, pues la decisión 34461 de la Sala, del 8 de noviembre de 2011, que se cita en apoyo de la demanda, se sustenta en hechos muy distintos a los que aquí se investigan.

En suma, el demandante pretende que la Sala desconozca la decisión que definió el

conflicto de jurisdicciones, asignándolo a la justicia ordinaria, sin probar la acreditación en el proceso de nuevas condiciones que pudieran haber dejado en evidencia manifiesta el fuero indígena, ni mucho menos que los juzgadores hubiesen incurrido en errores de orden jurídico o probatorio en su apreciación.

Por lo anterior, el cargo no puede ser admitido.

2. Cargo Segundo

Como se indicó en el acápite 4.2 de esta providencia, el censor estima que el juicio está viciado de nulidad porque el juzgador de primer grado impartió previamente aprobación a un preacuerdo celebrado por cinco coprocesados con el ente acusador, lo cual viola el principio de imparcialidad, al haber quedado el funcionario incurso en una causal de impedimento.

En relación con este ataque, es necesario empezar por precisar que la nulidad en estos casos no deriva de la existencia de la causal de impedimento no declarada, sino de la violación del principio de imparcialidad, razón por la cual el demandante no solo está obligado a demostrar que concurrían los presupuestos de la causal de inhabilitación, sino que la actuación o las decisiones cuestionadas se vieron afectadas por esa situación.

En el caso que se estudia, el casacionista no acredita ninguna de las dos. Y la Sala tampoco advierte que concurran, pues múltiples han sido sus decisiones en las que ha dicho que esta clase de pronunciamientos anticipados respecto de coprocesados, no necesariamente comprometen el buen juicio o la imparcialidad del funcionario. En la decisión CSJ AP5548-2014, 16 sep. 2014, rad. 44538, por ejemplo, se abordó in extenso dicha temática, en los siguientes términos:

No constituye compromiso de la imparcialidad que el funcionario haya realizado una

evaluación probatoria, porque de ninguna manera esa decisión judicial puede siquiera por analogía definirse como una “opinión” o “consejo”, para utilizar los términos consignados en la causal 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, si se quiere extender el problema para detectar si aflora ostensible algún motivo que justifique la separación del conocimiento.

De manera reiterada la Corte ha explicado que cuando la norma relaciona el antecedente previo consistente en que el funcionario haya dado opinión o consejo, necesariamente remite a un tipo de actuación extraprocesal, ajeno al estricto cumplimiento de la labor de administrar justicia deferido al mismo por razón de su cargo, pues, se reitera, si lo manifestado se consigna formal y materialmente en una decisión, ello supera con mucho esa informalidad a la que remite la causal en cita y cuyo fin es precisamente evitar que lo expresado por fuera del proceso sea reiterado en este poniendo en entredicho la seriedad e imparcialidad de quien así ha actuado.

De otro lado, es necesario indicar que la decisión sobre un preacuerdo u otra forma anticipada de terminación del proceso en relación a uno de los encartados, no constituye automáticamente un preconcepto sobre la responsabilidad penal que pueda predicarse de otros copartícipes, por lo que no es razón suficiente de afectación de las garantías de imparcialidad e independencia judicial que se materializan a través de la institución de los impedimentos. Así lo ha sostenido esta Corporación:

“...Es equivocado entender “como regla” que la imparcialidad del juez está en entredicho siempre que tramita un proceso con múltiples vinculados y en el desarrollo del mismo unos optan por preacordar los términos de la imputación y otros no. La motivación de la sentencia del radicado número 25407 del 21/03/2007 de ninguna manera se puede convertir en instrumento para suponer causales de impedimento o de recusación donde no las hay, ni para dilatar procesos penales injustificadamente.

La regla del pensamiento es la habilitación de los jueces de la República y consiste en que

no se puede poner en entredicho (por sí) la imparcialidad del juez que tramita un proceso penal con múltiples imputados cuando en el curso de proceso hay preacuerdos; no siempre que un juez declara su validez y condena en el trámite de un preacuerdo o allanamiento se afecta la imparcialidad (Suya) en relación con el juzgamiento de los copartícipes no allanados...". (CSJ. Sentencia del 20 de febrero de 2008, Rad. 28641. Reiterada en auto del 9 de junio del mismo año, Rad. 29881) [negrillas fuera de texto]

Por lo anterior, el cargo será inadmitido.

3. Cargo Tercero

En este ataque, planteado al amparo de la causal primera, por violación directa de la ley sustancial, el casacionista se muestra inconforme con la decisión del Tribunal de no autorizar el cumplimiento de la pena del procesado en el resguardo indígena.

De entrada, el ataque se revela desconocedor del principio de autonomía de las causales, en cuanto entremezcla propuestas propias de la violación directa de la ley sustancial con ataques pertenecientes a la violación indirecta, por errores de apreciación probatoria, derivados del desconocimiento de pruebas que hacen parte del proceso.

Sumado a esto, del estudio de la actuación se advierte que el tribunal realizó el análisis de los temas echados de menos por el recurrente, como se observa en el numeral 8 de la sentencia de segunda instancia¹⁵, con fundamento en los documentos arrimados en la audiencia del artículo 447 de la ley 906, sin que el casacionista explique por qué las reglas constitucionales que cita, fueron malinterpretadas por el tribunal, ni por qué la decisión de tutela que menciona resulta vinculante para el caso. Es pertinente señalar que, dentro del desarrollo de la causal, invoca las sentencias T-62116 (inexistente), T-921 y T-91217 (también inexistente), todas de 2013.

En cuanto al oficio del INPEC, donde se hace constar que la entidad estaba en condiciones de realizar visitas de vigilancia al centro de reclusión, es claro que el Tribunal lo apreció, pero le negó valor probatorio por haber sido aportado en el curso de la segunda instancia, por fuera del período probatorio dispuesto para tales efectos.

Esto imponía al casacionista plantear el cargo por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, que se presenta cuando el juzgador no valora la prueba porque considera que no reúne los presupuestos legales de aducción para su validez, cumpliéndolos, o cuando la valora, sin reunirlos.

Consecuentemente, debía probar que el documento había sido aportado oportunamente, o que la normatividad legal permitía incorporarlo en el momento que lo hizo, y que, de haber sido valorado, la decisión habría sido distinta, tareas que en manera alguna el impugnante acomete.

Además de indemostrado, el reparo se revela sustancialmente inidóneo, puesto que es claro que el ad-quem no podía valorar un documento que no fue arrimado legal y oportunamente al debate, ni sometido a las exigencias de publicidad y contradicción.

Es importante precisar que la audiencia de individualización de pena y sentencia, realizada el 4 de diciembre de 2017¹⁸, fue suspendida con el fin que la defensa aportara ese documento, y solo se continuó el 9 de marzo de 2018¹⁹, es decir, que la defensa tuvo más de tres meses para aportarlo, sin que lo hubiera hecho, no obstante haber sido expedido el 16 de febrero de 2018.

Por ausencia total de desarrollo e inconsistencias insuperables en su formulación, se inadmitirá entonces este cargo, lo cual no impide que la defensa técnica o material pueda replantear el tema ante el juez de ejecución de penas competente, donde podrá hacer uso del derecho a probar los aspectos vinculados con la ejecución de la pena, en cualquier momento del trámite.

5.4 Visto, entonces, que la demanda no cumple los presupuestos mínimos de orden formal ni sustancial, la Sala la inadmitirá y ordenará la devolución del proceso al tribunal de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con las reglas que ha definido la Sala.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Fredy Horacio Hurtado Trochez, por los motivos expuestos en esta decisión.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Decisión del 27 de abril de 2016, Magistrado Ponente Dr. Camilo Montoya.
- 2 Carpeta 4, Folio 413
- 3 Carpeta 4, Folio 412
- 4 Carpeta 4, Folio 400
- 5 Carpeta 4, Folio 399
- 6 Carpeta 4, Folio 399
- 7 Carpeta 4, Folio 396
- 8 Carpeta 4, Folio 395
- 9 Taxatividad, Instrumentalidad de las formas, protección, convalidación, trascendencia y residualidad.
- 10 Cfr. CSJ AP1282-2021, 14 abr. 2021, rad. 54449.
- 11 Ver folio 69 carpeta 2 de la actuación

- 12 Ver folios 69 y 70 carpeta 2 de la actuación
- 13 Ver folio 70 carpeta 2 de la actuación
- 14 Carpeta 4, Folio 347 y ss
- 15 Carpeta 4, Folio 377
- 16 Ya que no es de tutela, sino de constitucionalidad, cuyo tema es sobre impuestos y contribuciones parafiscales.
- 17 Tampoco es de tutela, sino de constitucionalidad, sobre la ley 1448, parcial.
- 18 Carpeta 4, Folio 272 vuelto
- 19 Carpeta 4, Folio 318