

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP10832-2023

Radicación n° 132503

Acta No. 168

Bogotá, D.C., siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Al presente trámite fueron vinculados la Fiscalía 52 Seccional CAIVAS de Pasto, los abogados José Armando Gaguazango Atis y Maribel Benavides Chamorro, la representante legal de la víctima dentro del proceso adelantado contra el accionante y la Procuraduría 145 Judicial Penal II de la referida ciudad.

ANTECEDENTES Y DEMANDA

Indica el libelista que en contra de Edward Camilo Castro Arcos se adelanta proceso penal por la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y actos sexuales con menor de 14 años agravado, actuación que se surte ante la justicia ordinaria¹.

Informa que con ocasión de ese proceso, el día 6 de diciembre de 2021 el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto impuso a Castro Arcos medida de aseguramiento consistente en la privación de su libertad en centro carcelario.

Afirma que tras haber solicitado el cambio de lugar de reclusión del procesado, para que continuara privado de su libertad en la Casa de Armonización del Resguardo Indígena del Gran Cumbal, el 13 de septiembre de 2022, esa misma autoridad judicial negó tal pretensión alegando que Edward Camilo Castro se había desculturizado, ya que había fijado su lugar de residencia y trabajo en la ciudad de Pasto. Dicha decisión fue objeto de recurso de apelación, correspondiéndole conocer del asunto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de la capital nariñense.

Mediante sentencia del 10 de noviembre de 2022, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto condenó a Edward Camilo Castro Arcos por las conductas que le fueron endilgadas, imponiéndole «la pena principal de 17 años de prisión y las accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad», igualmente, le fue negado el subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria, razón por la cual deberá purgar su sanción en el centro penitenciario que para tal efecto designe el INPEC.

Indica el libelista que todo lo anterior se llevó a cabo sin brindarle la oportunidad a la autoridad ancestral, de concurrir al proceso penal con el objetivo de solicitar que el comunero fuera trasladado a la zona de armonización del Resguardo indígena del Gran Cumbal, con el objetivo que purgue allí, tanto la medida de aseguramiento como la pena que finalmente le fue impuesta.

Añade que una vez se convocó a la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el defensor de Castro Arcos solicitó el aplazamiento de la misma con el objetivo de recaudar los elementos materiales probatorios necesario a fin de demostrar la condición de comunero del referido ciudadano, pero que tal pretensión fue negada por el juez de conocimiento, aseverando que no era el momento procesal para presentar una solicitud de traslado, pues al existir ya una sanción penal, correspondía al Gobernador indígena concurrir ante el Juez de Ejecución de Penas a fin de formular tal pretensión.

De regreso al trámite de garantías, con auto del 28 de abril de 2023 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto resolvió abstenerse de resolver el recurso de apelación promovido contra la providencia del 13 de septiembre de 2022, argumentando que al haberse ya proferido sentencia condenatoria en contra de Edward Camilo Castro, la medida de aseguramiento impuesta a ese ciudadano ya perdió vigencia y, por tanto, ya no era procedente hacer pronunciamiento alguno respecto a las peticiones que se derivaron de su imposición, como lo era, precisamente, esa solicitud de traslado al centro de armonización.

Agregó que, comoquiera que ahora el lugar de reclusión fue dispuesto por el juez de conocimiento al momento de proferir su decisión de instancia, entonces corresponde al interesado controvertir esa decisión ante el fallador de segundo grado.

A juicio del demandante en tutela, tales decisiones atentan contra los derechos fundamentales del accionante, toda vez que se desconoce su condición de comunero perteneciente al Resguardo Indígena de Cumbal, entidad a la cual ha prestado de manera constante sus servicios sociales y en donde se encuentra censado desde mucho antes que cometiera la conducta delictual por la que fuera procesado, según consta en el certificado expedido, tanto por la autoridad indígena, como por el Ministerio del Interior.

Asegura que «al estar recluido en el centro penitenciario de la ciudad de Pasto, EDWARD CAMILO CASTRO ARCOS como comunero indígena, está siendo alejado de su verdadera cultura, con la cual ha crecido y convivido desde su infancia, y de ese modo está siendo automáticamente desarraigado socioculturalmente de los usos, costumbres y tradiciones que lo motivan a vivir dignamente en su propia tierra.»

Con sustento en la anterior fundamentación fáctica, el demandante en tutela solicita:

«1. Amparar los derechos fundamentales AL JUEZ NATURAL, LA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL, EL DERECHO AL ENFOQUE DIFERENCIAL, A LA DIVERSIDAD ÉTNICA, DERECHO AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHO A LA

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, ENTRE OTROS, del Comunero Indígena EDWARD CAMILO CASTRO ARCOS como miembro del Cabildo Indígena del Gran Cumbal.

2. Se autorice el traslado a la casa de armonización del Cabildo Indígena del Gran Cumbal, del Comunero Indígena EDWARD CAMILO CASTRO ARCOS para que no se siga atentando contra los Derechos Fundamentales.»

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto declaró improcedente la solicitud de amparo tras considerar que, en el presente evento, se ha desconocido los requisitos de inmediatez y subsidiariedad que rigen al trámite de tutela, conclusión a la que arribó luego de realizar la siguiente exposición argumentativa:

1. Como primera medida abordó el tema correspondiente a la legitimidad que le asiste al Gobernador del Resguardo Indígena de Cumbal para representar, en el presente trámite, al comunero Edward Camilo Castro Arcos.

Sobre el particular, el A quo manifestó que de acuerdo con la nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal representación es posible, ya que dentro de las funciones reconocidas a las autoridades ancestrales, se encuentra la de propender por la protección de los derechos de su comunidad, tanto en el plano colectivo como en el individual, aspecto que por sí solo ya legitima al Gobernador a intervenir.

2. A continuación, indicó que no es la acción de tutela el medio de defensa idóneo para acceder a la solicitud de traslado que pretende el actor, ello por cuanto que, al encontrarse en curso la actuación judicial que se sigue en contra de Edward Camilo Arcos, es allí a donde se debe concurrir con el fin de plantear tal pretensión.

De ese modo, explicó al libelista que no es el juez de tutela el funcionario investido de la

competencia para tomar la decisión que se reclama, ya que tal potestad le fue entregada al «juez penal que actúa en las distintas fases conforme avanza el proceso, hablese del juez de control de garantías hasta antes del anuncio del sentido del fallo, el juez de conocimiento y el de ejecución de penas una vez cobra ejecutoria la sentencia condenatoria, en todos los casos tratándose de funcionarios de primera y segunda instancia.»

Y agregó que «si bien la solicitud fue otrora elevada ante juez de control de garantías mientras se encontraba vigente la medida de aseguramiento, en la actualidad el asunto, aunque cuenta con sentencia condenatoria, esta no se encuentra en firme por cuenta del recurso de alzada propuesto contra esa providencia por la defensa técnica del acusado, por lo que el proceso todavía no ha finalizado, y mientras ello no suceda este no puede ser desplazado por la acción de tutela.»

3. En lo que atañe a la queja que involucra a las decisiones tomadas en sede de control de garantías el 23 de septiembre de 2022 por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías -posteriormente convertido a Décimo Penal Municipal de la mencionada ciudad-, y 28 de abril de 2023 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la capital nariñense donde, el primero de los mencionados resolvió negar la solicitud de trasladar a Castro Arcos al centro de armonización a fin que cumpliera allí con su medida de aseguramiento y, el segundo se abstuvo de desatar la alzada promovida contra esa determinación, el Tribunal de primer grado, consideró:

Que los cuestionamientos elevados contra las referidas decisiones judiciales son contrarios al requisito de inmediatez, pues aunque la decisión que puso fin a la discusión sobre el traslado al centro de armonización para cumplir la medida de aseguramiento por parte del procesado data del pasado mes de abril del año en curso, lo cierto es que desde el mes de noviembre de 2022 se profirió sentencia de primer grado, misma que puso fin a la fase de juzgamiento y, con ello, a los fines de la medida de aseguramiento.

Bajo esa perspectiva, aseguró el A quo que es desde el momento de la emisión de la sentencia de primer grado que debe contabilizarse la inmediatez en este caso, pues «indistintamente que estuviera sin resolverse aún la apelación a una decisión de juez de control de garantías, se clausuró con la emisión de la sentencia condenatoria y con ella, desde luego, toda discusión sobre la medida de aseguramiento y su vigencia», postura que resulta concordante con la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia según la cual, «el vigor de toda medida de aseguramiento va hasta el anuncio del sentido del fallo, pues posterior a esa fase procesal esta deja de existir y toda privación de la libertad se justifica y tiene explicación como cumplimiento de la condena.»

4. En cuanto a las quejas formuladas contra el Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, a quien se le señala de no haber convocado al Gobernador del Cabildo Indígena del Gran Cumbal a la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y no haber dispuesto la privación de la libertad del comunero Edward Camilo Castro en la casa de armonización de esa entidad ancestral, el A quo constitucional concluyó que tales señalamientos se apartan del requisito de la subsidiariedad, pues al encontrarse aún en curso el proceso penal adelantado en contra del referido ciudadano, puede al interior de aquel promover esas discusiones, la primera, por vía de la nulidad procesal, la cual puede ser invocada mediante el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios y, la segunda, también con la interposición de recursos en contra de la sentencia de primera instancia.

Adujo el Tribunal de primer grado que, en todo caso, «conforme lo probado en el proceso hay un derecho incierto y discutible que en esta instancia no puede pregonarse con certeza del que sea acreedor el demandante. Y es que mal puede entenderse que la sola condición de indígena traduce automáticamente que deba asentirse la privación de la libertad en casa de armonización» y, agregó que, «el hecho de que los funcionarios de control de garantías hayan denegado el cambio de sitio de reclusión y que el de conocimiento hubiera conminado purgar la pena en establecimiento carcelario común no abole la posibilidad de

que una vez que la sentencia condenatoria adquiriera firmeza se pueda deprecar a juez de ejecución de penas la misma pretensión.»

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el Gobernador del Resguardo Indígena del Gran Cumbal, Héctor Fidencio Villacriz, impugnó el fallo de primera instancia y, con miras a lograr su revocatoria, insistió en el hecho de que a su representado se le están vulnerando sus derechos fundamentales al mantenerlo privado de la libertad en un centro de reclusión ordinario y no en la casa de armonización de la comunidad ancestral a la que pertenece.

Afirma que resulta irrelevante las razones por las cuales se tiene privado de la libertad a Castro Arcos, es decir, si es con ocasión de una medida de aseguramiento o de una sentencia, pues con independencia de ello, es su derecho el de estar recluido en un lugar donde se garantice su identidad cultural.

Resalta que en todo caso, la sentencia dada en contra de ese comunero no se encuentra en firme y que, su solicitud de traslado ha sido infructuosa, razones suficientes para entender que es la tutela el medio idóneo para alcanzar tal pretensión.

En suma, el impugnante presenta un escrito donde expone las razones por las cuales estima que Edward Camilo Castro debe ser trasladado al Resguardo Indígena del Gran Cumbal, para de ese modo concluir que es la tutela el medio judicial idóneo para zanjar la discusión sobre dicha temática, ya que a su juicio, la misma se diseñó para tales efectos, no siendo entonces necesario aguardar por una determinación de las autoridades ordinarias.

CONSIDERACIONES

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 toda vez que la decisión de primera instancia fue

proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, de la cual esta Sala es superior funcional.

2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad de promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. Teniendo en cuenta el planteamiento argumentativo presentado en el escrito de impugnación, estima la Sala que en el presente caso son dos los problemas jurídicos a resolver. El primero de ellos, se contrae a determinar si los Juzgados Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto y Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, vulneraron los derechos fundamentales de Edward Camilo Castro Arcos al no ordenar su traslado al Centro de Armonización del Resguardo Indígena del Gran Cumbal para que cumpliera allí la medida de aseguramiento que le fuera impuesta en el marco del proceso penal No. 2020-00444, el cual se adelanta por la comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Y, el segundo, se circunscribe a establecer si el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto afectó los derechos fundamentales del ciudadano en mención al proferir sentencia condenatoria en su contra, el 10 de noviembre de 2022 y no disponer su traslado al referido centro de armonización para que cumpla allí, la sanción que le fuera impuesta.

Con el fin de atender la queja constitucional propuesta, importa precisar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la tutela cuando se propone contra decisiones

judiciales se torna excepcional, toda vez que lejos está de ser una instancia adicional a la cual se pueda acudir con el fin de derrocar sus efectos, salvo que concorra una vía de hecho, criterio que se ha venido desarrollando por las causales específicas de procedibilidad.

En tal virtud se han fijado una serie de pautas con las cuales se restringe el uso y el abuso del mecanismo constitucional, de manera que quien acuda a él realmente lo emplee como el último recurso a su alcance, pues de lo contrario se atenta contra la estructura de las jurisdicciones y procedimientos que previamente han sido fijados, resaltándose así la naturaleza residual y subsidiaria de la acción.

En ese sentido, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: genéricos y específicos, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada y contrariar su esencia, que no es distinta a denunciar la transgresión de los derechos fundamentales.

Dentro de los primeros se encuentran a) que el asunto discutido resulte de relevancia constitucional, que afecte derechos fundamentales; b) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que se esté ante un perjuicio iusfundamental irremediable; c) que se cumpla con el requisito de inmediatez, esto es, que se interponga dentro de un término razonable y justo; d) que se trate de una irregularidad procesal, y la misma tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora; e) que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados, y, además, que esa violación haya sido alegada dentro del proceso, siempre que hubiese sido posible, y f) que no se trate de sentencias de tutela.

Los segundos, por su parte, apuntan a que se demuestre que la providencia adolece de algún defecto orgánico, procedimental, fáctico, material o sustantivo, un error inducido,

carece por completo de motivación, desconoce el precedente o viola directamente la Constitución.

En ese orden, el interesado debe demostrar de manera clara cuál es la irregularidad grave en la que incurrió el funcionario judicial, el efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y cómo afecta sus derechos fundamentales. No basta con aducir cualquier anomalía o desacierto dentro del proceso para que por vía de amparo pueda revisarse la actuación de un funcionario judicial, en tanto que el juez constitucional no es una instancia adicional revisora de la actuación ordinaria.

En otros términos, es factible acudir a la tutela frente a una irrazonable decisión judicial. Y el error de la autoridad debe ser flagrante y manifiesto, pues no puede el juez constitucional convertirse en un escenario supletorio de la actuación valorativa propia del juez que conoce el proceso. Ello desconocería su competencia y autonomía.

5. De la privación de la libertad de los miembros de comunidades indígenas.

En desarrollo del artículo 246 de la Constitución Política, tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia², han definido una serie de parámetros relacionados con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, concretamente, para el caso que nos ocupa, de la jurisdicción competente para juzgarlos y de los derechos que debe garantizarse a sus miembros, en caso de ser condenados por la jurisdicción ordinaria.

Por vía jurisprudencial, se ha insistido en la necesidad de que los indígenas condenados y que estén confinados en penitenciarias nacionales tengan los medios disponibles para poder vivir nuevamente en sus territorios, con sus comunidades, de conformidad con sus usos y costumbres, y bajo el mando de sus autoridades³. Esta forma de resocialización pretende, en últimas, garantizar la integridad cultural de quienes se encuentran privados de su libertad por fuera de su contexto cultural y, por lo tanto, expuestos a un mayor grado de

vulnerabilidad (CSJ, SP1370-2022, Rad. 53444).

A su turno, en el ordenamiento interno, la reglamentación de los lugares de reclusión para los indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria se regula en la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, cuyo artículo 29 prevé que, cuando el hecho punible haya sido cometido por indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado, circunstancia que se hace extensiva para la condena⁴.

Igualmente, el artículo 3º de la Ley 1709 de 2014 (modificatoria del Código Penitenciario y Carcelario) incluyó el “principio de enfoque diferencial”, entre otros aspectos, por razones de raza o etnia.

De ese modo, cuando miembros de comunidades indígenas incurren en conductas tipificadas como delitos por la jurisdicción ordinaria, los jueces competentes deben tomar medidas para sancionar y prevenir hechos futuros similares que, a la vez, propendan por el reconocimiento de las condiciones particulares de los indígenas que han infringido la ley. En ese ejercicio, el funcionario tiene a su cargo la realización de un juicio de valor -test de proporcionalidad⁵-, para evaluar no solo si la pena impuesta cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, sino las repercusiones negativas que la misma y su ejecución puede tener sobre la diversidad cultural y la autonomía indígena. Con ese propósito, el fallador podrá determinar si los intereses de la justicia ordinaria, del indígena y de su comunidad se encuentran en armonía o si, por el contrario, alguno de estos está siendo menoscabado (CSJ, SP1370-2022, Rad. 53444).

No obstante, como en la actualidad no se ha proferido una ley de coordinación de esta jurisdicción especial indígena con el sistema ordinario judicial, ha sido la jurisprudencia la encargada de concretar, caso a caso, un conjunto de lineamientos, parámetros y subreglas

aplicables al momento de definir dicha relación entre el sistema mayoritario y el derecho propio de los pueblos indígenas.

Por ello, la Sala pasará a abordar el estudio de la reclusión en establecimientos penitenciarios y el cumplimiento de la pena impuesta a un indígena por la justicia ordinaria, en el resguardo. Con ese objetivo, reiterará los argumentos consignados en el fallo CSJ, SP1370-2022, 27 abr. 2022, Rad. 53444.

6. Reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios ordinarios.

Un comunero puede ser recluido en un establecimiento penitenciario corriente cuando (i) ha sido juzgado y condenado por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia para el efecto, o (ii) cuando, en virtud del diálogo intercultural entre las jurisdicciones especial y ordinaria, la autoridad indígena que impone la pena privativa de la libertad así lo determina⁶.

En el primer evento, se deben cumplir las siguientes reglas, con el objeto de evitar que se desconozca el derecho a la identidad de los indígenas al ser privados de su libertad en centros de reclusión ordinarios⁷:

[...] (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.

En relación con el segundo supuesto, esto es, cuando las autoridades tradicionales indígenas imponen una pena que consiste en la privación de la libertad y debe ser cumplida por fuera de su territorio, específicamente en un establecimiento del INPEC; la Corte Constitucional, en la sentencia T-208 de 2015, determinó las circunstancias en las que ello es procedente, que pueden resumirse básicamente en tres:

[...] para preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad, o de la comunidad en general, debido a la falta de desarrollo institucional de los pueblos indígenas] y con el fin de evitar el “riesgo de linchamiento” al condenado.

7. Cumplimiento de la pena impuesta a un indígena por la justicia ordinaria en el resguardo.

Se ha avalado la posibilidad de que un miembro de una comunidad indígena purgue una sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria en un centro de reclusión de su propio resguardo, pero, bajo el cumplimiento de estos presupuestos fijados por la Corte Constitucional (T-685 de 2015):

«[...] (i) 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; (ii) verificación de si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, 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) 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; y (iv) el juez deberá analizar si la conducta delictiva por la cual lo acusan o por la que fue condenado, permite concluir que el traslado del indígena al resguardo pueden poner en peligro a esa comunidad.»

8. Del caso concreto y la intervención de los Jueces Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto y Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad.

De acuerdo con el contenido del libelo introductorio, el demandante en tutela se queja porque las aludidas autoridades no accedieron a la solicitud que se les efectuara a fin que ordenaran el traslado de Edward Camilo Castro Arcos, del centro de reclusión ordinario en el

que se encontraba privado de la libertad con ocasión de la medida de aseguramiento que le fue impuesta al interior del proceso 2020-00444, a la Casa de Armonización del Resguardo Indígena del Gran Cumbal, para que fuera allí donde cumpliera con dicha cautela.

Sobre el particular, ha de decir la Sala que en este momento ya no es posible emitir pronunciamiento alguno, toda vez que la referida medida de aseguramiento perdió vigencia desde el día 10 de noviembre de 2022, cuando se emitió sentido de fallo condenatorio en contra del ciudadano Castro Arcos y se procedió a dar lectura a la correspondiente sentencia sancionatoria.

Al respecto, pertinente resulta recordar lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, en providencia CSJ AP4711-2017, donde indicó:

«... en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido de fallo condenatorio, allí el juez puede hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, pero si omite hacer una manifestación al respecto en esa oportunidad, la vigencia de la medida se extenderá hasta la lectura de la sentencia, momento en el que, por mandato legal, no sólo debe imponer la pena de prisión, sino que ha de resolver sobre la libertad; en particular, sobre la concesión o negativa de los sustitutos y subrogados penales.»

Así las cosas, dado que la medida de aseguramiento privativa de la libertad impuesta a Edward Camilo Castro ya perdió vigencia dada la causa antes anotada, entonces carece de objeto y razón realizar algún tipo de valoración respecto a la queja de que la misma no fue cumplida en el centro de armonización del Resguardo Indígena del Gran Cumbal y, más aun, el llegar a emitir algún tipo de orden que se oriente a la cesación de una eventual afectación de derechos que se derive de tal situación, ya que caería en el vacío o no tendría efecto alguno de cara a la naturaleza preventiva de esta especial vía.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado:

«(...) 3.4. El fenómeno de la carencia actual de objeto como causal de improcedencia de la acción de tutela, según el Decreto Ley 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, se presenta en tres hipótesis: (i) cuando existe un hecho superado, (ii) se presenta daño consumado o (iii) se está ante una circunstancia sobreviniente (...).

3.7. En lo que respecta a la carencia actual de objeto cuando se presenta un hecho sobreviniente, la Corte ha manifestado que son los “eventos en los que la protección pretendida del juez de tutela termina por carecer por completo de objeto y es en aquellos casos en que como producto del acaecimiento de una “situación sobreviniente” que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada la vulneración predicada ya no tiene lugar, ya sea porque el actor mismo asumió la carga que no le correspondía, o porque a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la Litis”». (C.C. T-052 de 2022).

Bajo ese entendido, la petición de amparo efectuada con respecto a la actuación desplegada por los Jueces Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto y Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, deviene en improcedente.

9. De la intervención del Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, la privación de la libertad en centro ordinario del comunero Edward Camilo Castro Arcos y la inobservancia del requisito de subsidiariedad.

9.1. De acuerdo con el contenido de la demanda de tutela y el escrito de impugnación, la parte actora considera que el referido funcionario judicial afectó los derechos fundamentales de Edward Camilo Castro, primero por no haber convocado, a la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, al gobernador del Resguardo Indígena el Gran Cumbal, para que solicitara allí el traslado de ese comunero al centro de armonización del referido ente y, segundo, porque en la sentencia condenatoria del 10 de noviembre de 2022, no dispuso que se efectuara dicha remisión, ello a fin de que cumpliera en su territorio ancestral, la penal que le fuera impuesta.

9.2. Respecto a estos tópicos ha de indicarse que, tras revisar el registro videográfico de la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, llevada a cabo el día 10 de noviembre de 2022, se pudo advertir que ninguna discusión o postulación se elevó tendiente a determinar el lugar de reclusión del sentenciado o a procurar un trámite donde con intervención de autoridades indígenas se pudiera determinar cómo sitio de internamiento el centro de armonización aludido.

En esa diligencia, se constató que el defensor de Edward Camilo Castro tomó el uso de la palabra para dirigirse al Juez de conocimiento para solicitar el aplazamiento de la diligencia en los siguientes términos:

«Señor Juez, quisiera solicitarle para esta audiencia del 447, porque tengo unos elementos que puedo indicar en esta audiencia, entonces solicitaba el aplazamiento para esta audiencia.8»

Es decir, sin advertir un propósito específico y, acto seguido, el director de la audiencia indicó:

«Este Despacho ya no va a acceder a nuevos aplazamientos, por cuanto ya ha tenido aplazamientos y en estos asuntos no proceden los sustitutos o los subrogados.»

De lo que colige que, aun cuando el defensor de Castro Arcos contó con la oportunidad procesal para solicitar la convocatoria del respectivo Gobernador Indígena a fin de que este concurriera al proceso con el objetivo de pretender el traslado acá reclamado, dicho abogado la dejó vencer, pues simplemente se limitó a pedir un aplazamiento de la diligencia, dejando de lado la explicación del por qué le era necesario hacer tal requerimiento, situación esta que conllevó a la inevitable negación de su pretensión.

No obstante lo anterior, al verificarse con la información aportada al expediente constitucional, que en la actualidad el proceso penal surtido en contra de Edward Camilo

Castro Arcos bajo el radicado 2020-00444, se encuentra en curso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, es al interior de éste donde el interesado debió concurrir con el objetivo de plantear la discusión que ahora le es propuesta al Juez de tutela.

En efecto, si la parte actora consideraba que la no convocatoria del Gobernador indígena a la audiencia de individualización de pena constituye un yerro procesal de tal magnitud que logra invalidar la actuación procesal surtida con posterioridad, entonces era mediante el agotamiento del recurso de apelación que debió ponerse de presente tal situación, ello con el propósito de que el Ad quem revise esa actuación y tome la decisión que en derecho corresponda.

Con la posibilidad de que en el evento de que la resolución adoptada por el juez de segundo grado sea contraria a los intereses del acá accionante, le persista la oportunidad de acudir al recurso extraordinario de casación para allí insistir en su postulación asegurando, de ese modo, la revisión de la actuación por parte de los jueces ordinarios competentes, quienes se encargarán de verificar si la situación denunciada constituye o no un quebranto a las garantías del procesado.

Bajo esa perspectiva, inhabilitado se encuentra el juez de tutela para realizar cualquier tipo de pronunciamiento sobre el punto en discusión, ya que de hacerlo estaría desconociendo el carácter residual de la acción constitucional, al tiempo que entraría a invadir las competencias del juez natural de la causa.

9.3. De otra parte, si a juicio del impugnante, los derechos fundamentales de Edward Camilo Castro Arcos están siendo constantemente vulnerados por las autoridades accionadas en la medida que, sin importar las razones en las cuales se sustente su privación de la libertad, la misma se está materializando en un lugar distinto al centro de armonización del Resguardo Indígena el Gran Cumbal, situación que, considera, debe ser

subsana da por el juez de tutela.

Pertinente resulta indicar que el funcionario competente para decidir lo concerniente a la postulación consistente en el traslado de un aborigen que se halla recluso en un centro penitenciario a otro perteneciente a la comunidad indígena cuando el proceso está en curso, es el juez de conocimiento.

Frente al tema, esta Corte en fallo de tutela STP12918-2021, radicado 118876, del 16 de septiembre de 2021, indicó

De acuerdo con la pacífica y reiterada jurisprudencia sobre el servidor facultado para conocer acerca de las peticiones de libertad y «asuntos similares»⁹ que se presentan en el curso de un proceso, la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria penal, en pronunciamiento CSJ AP4711-2017, 24 jul. 2017, rad. 49734, iterado en CSJ AP5052-2017, 9 ago. 2017, rad. 50861, ha concluido que:

(i) La medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido del fallo condenatorio o hasta la lectura de la sentencia, lo que dependerá de si el juez de conocimiento, luego de anunciar el sentido del fallo, realizó o no manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, tal y como lo disponen los artículos 449, 450 y 451 de la Ley 906 de 2004.

(ii) Si el acusado se encuentra restringido en su libertad, en virtud de una medida de aseguramiento, y en su contra se anuncia sentido del fallo condenatorio, de negársele cualquier beneficio liberatorio la privación de la libertad estará sujeto a lo señalado en el fallo que declara su responsabilidad penal y no como consecuencia de la medida cautelar personal, por cuanto sus efectos han cesado desde el anuncio del sentido del fallo o a partir de la lectura de la sentencia de condena, según corresponda.

(iii) Como con el anuncio del sentido del fallo deja de surtir efectos jurídicos la medida de

aseguramiento, es al juez con funciones de conocimiento a quien le compete pronunciarse sobre la postulación de libertad del procesado o «asuntos similares», bien concediéndola ora restringiéndola, tal y como lo establecen los artículos 449, 450 y 451 ibidem.

Ahora bien, cuando el canon 29 de Ley 65 de 1993 establece que «el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (...), podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para condena», se refiere a la facultad discrecional del INPEC para trasladar a los reos, con base en lo previsto en el artículo 73 ejusdem y en el parágrafo 2° del precepto 53 de la Ley 1709 de 2014, en atención a la licencia que ostenta para determinar el sitio de reclusión y la distribución de los internos.

Pues, las decisiones sobre dicho tema deben estar fundadas en el conocimiento directo e inmediato de la situación concreta del penado y de las condiciones existentes en los establecimientos penitenciarios, teniendo en cuenta factores como (i) la población carcelaria, (ii) la disponibilidad física, (iii) la infraestructura del sitio y (iv) las condiciones de seguridad (CC T-435-2009, CSJ STP-13482-2016, 21 Sep. 2016, rad. 88108 y CSJ STP16538-2017, 9 oct. 2017, rad. 94155).

Lo precedente significa que la autoridad encargada de resolver, en el escenario de la Ley 906 de 2004, la postulación concerniente al traslado de un aborigen que se encuentra recluido en un centro penitenciario ordinario a otro especializado, por su cosmovisión, es el funcionario judicial (fallador).¹⁰

Pues, la aludida solicitud, valorándola con un enfoque diferencial, se asemeja a las solicitudes de libertad (canon 154, numeral 9, ídem), por cuanto busca la protección de la idiosincrasia de las culturas minoritaria, en aras de preservar el pilar fundamental del pluralismo jurídico existente en nuestro territorio nacional (precepto 1 Superior).¹¹

Vista la anterior explicación jurisprudencial, la Sala estima pertinente explicarle al recurrente que, si bien es cierto él ya efectuó una solicitud para que el comunero Edward

Camilo Castro Arcos sea trasladado al centro de armonización del Resguardo Indígena el Gran Cumbal, ello se produjo de cara a la medida de aseguramiento que en aquél entonces justificaba su privación de la libertad, misma que dejó de existir, por pérdida de su vigencia, desde el 10 de noviembre de 2022 cuando se dio sentido de fallo condenatorio y se leyó la sentencia, en igual sentido, en contra de Castro Arcos, de modo que a partir de ese instante, su privación de la libertad obedece a la necesidad de cumplir la sanción que allí le fuera impuesta.

De ese modo, si a las autoridades del Resguardo Indígena del Gram Cumbal les persiste el interés de solicitar que el acá accionante sea trasladado al centro de armonización de esa entidad especial, entonces ahora deben concurrir ante el Juez de conocimiento a plantear tal pretensión, pues es él la autoridad competente para pronunciarse sobre ese aspecto, mientras el proceso se encuentre en curso, ya que una vez la decisión sancionatoria cobre firmeza, la facultad de resolver tal petición se traslada al correspondiente Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

10. En consecuencia, dado que en el presente caso no se advierte satisfecho el requisito de subsidiariedad que rige a la acción de tutela, ello teniendo en cuenta que la causa penal adelantada en contra de Edward Camilo Castro Arcos aún se encuentra en curso, entonces palmaria resulta la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo para asegurar la protección de los derechos fundamentales de ese ciudadano, motivo suficiente para confirmar la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión de Tutela No. 3, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Primero.- CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión,

conforme lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Proceso con CUI 520016000492202000444

2 Ver, entre otras, CSJ, SP1370-2022, Rad. 53444, CSJ, STP5154-2022, Rad. 122187, STP10014-2021, Rad. 117583, STP12918-2021, Rad. 118876, STP13287-2021, Rad. 119388, STP13497-2021, Rad. 119499, STP14971-2021, Rad. 120089, STP10197-2020, Rad. 112139, STP7816-2020, Rad. 112530, STP10636-2020, Rad. 113173, STP4546-2019, Rad. 103494, STP5049-2019, Rad. 104114, STP6389-2019, Rad. 104638, STP8405-2019, Rad. 105296, STP9508-2019, Rad. 105201, STP15962-2018, Rad. 101932, STP8079-2018, Rad. 98711 y STP, 9 jun. 2020, Rad. 473.

3 Corte Constitucional, sentencia T-208 de 2015.

4 CSJ STP-13482-2016, 21 sep. 2016, rad. 88108.

5 Corte Constitucional, sentencia C-835 de 2013.

6 Corte Constitucional, sentencia T-515 de 2016.

7 Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013.

8 Ver record 37:00 archivo "26Audio Continuación Juicio Oral IV"

9 Artículo 154, numeral 9, de la Ley 906 de 2004.

10 CSJ STP16538-2017, 9 oct. 2017, rad. 94155.

11 CSJ STP16538-2017, 9 oct. 2017, rad. 94155.