

Señor.

JUEZ

(Reparto)

E. S. D.

Ref. ACCION DE TUTELA

PEDRO MANUEL GAMARRA CRESPO, mayor, conocido de autos dentro del asunto de la referencia, amparado en el artículo 86 de la C.P. y Decreto 2591 de 1.991; por medio de la presente comedidamente manifiesto a usted que impetro ACCION DE TUTELA de los derechos fundamentales al debido proceso y libertad contra el Juzgado Quinto Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla Y Sala Cuarta de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Barranquilla, representados legalmente por el señor Juez Quinto doctor PETRO MENDIVIL y H. Magistrado doctor JORGE EÑIECER MOLA CAPERA, respectivamente, personas mayores, o quienes hagan sus veces o lo representen al momento de la notificación de la presente acción, ello por desconocimiento de los artículos 1º y 6º de la ritualidad penal vigente para la época de los hechos Ley 100 de 1.980), y mediante la cual se me negó la libertad condicional con aplicación de unas normas no vigentes para la época de los hechos (VALORACION DE LA GRAVEDAD DE LA CODUCTA, art. 64 ley 599 d 2.000 actual), amparo que se depreca por ser los actos atacados contrarios a los postulados del artículo 29 Superior, tutela que fundamento en los siguientes;

HECHOS

- 1.- Fui condenado por el otrora Juzgado Regional de Barranquilla mediante sentencia adiada noviembre 25 de 1.997 a la pena de 21 años de prisión por el punible de secuestro extorsivo.
- 2.-Los hechos que dieron origen al presente asunto se remontan al año 1.991, fecha en la cual se encontraba vigente la ley 100 de 1.980 Código Penal de la fecha.
- 3.- De conformidad con la pena cumplida y como quiera que la misma supera las 2/3 partes de la pena a imponer, solicite la libertad condicional, petición la cual me fue negada en proveído fechado diciembre 18 de 2.019 y contra la cual presente recurso de alzada.
- 4.- En proveído adiado junio 11 de 2.020 y que solo me fue notificado en fecha septiembre 25 del cursante año, me entero de que la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal de Barranquilla y ello por considerar el máximo Tribunal que la valoración de mi conducta hacia imposible otorgar tal beneficio, criterio al que llegó luego de atisbar y analizar el contenido de la artículo 64 de la Ley 599 de 2.000, ley que fue promulgada y empezó a regir en fecha junio 24 de 2.000, es decir, después de 9 años de haber cometido el suscrito tan lamentable hecho.

PROCEDENCIA DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Atendiendo los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales aplicables al caso concreto, paso a manifestar lo siguiente:

RELEVANCIA CONSTITUCIONAL: En el caso concreto se debate la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso (**aplicación de una ley inexistente para la época de los hechos y desconocimiento del artículo 6 de la ley 5999 de 2.000**) artículo 29 Superior, originada en la actuación de los entes tutelados, donde me negó la posibilidad de gozar de mi libertad condicional. En este contexto, debe precisarse que, en un Estado Social de Derecho, fundado en la dignidad humana y en el debido proceso en toda clase de actuación administrativa o judicial, la obligación de acatar el principio de legalidad en debida forma guarda íntima relación con la realización de las garantías mínimas establecidas en el catálogo normativo superior y, puntualmente, en el derecho de todo investigado a ser juzgado de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

AGOTAMIENTO DE TODOS LOS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL: El suscrito, respecto de los autos atacados interpuse recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto de primera instancia y la apelación como subsidiaria, recurso este que se desató en fecha junio 11 hogaño pero que solo me fue notificado en septiembre del año 2.020.

REQUISITO DE INMEDIATEZ: Como sabido es que la acción de tutela por su naturaleza debe ser presentada en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador, en el caso presente, como quiera que solo hasta el 28 de agosto de 2.020 (Resolución 003833 de agosto 28 de 2.020) fue que me enteré del auto sanción adiado marzo 27 hogaño (Resolución 000259 de marzo 27 del 2.020), considero que este requisito se encuentra acreditado pues demostrado está que solo hace menos de quince (15) fue que tuve conocimiento de que existía una suspensión en mi contra y contra la misma incoé una petición de nulidad, ello en razón de que es clara tal resolución al manifestar que contra la misma no procede recurso alguno, ello por ser la misma un acto de solo trámite.

HECHOS QUE GENERAN LA VULNERACION DE LOS DERECHOS AFECTADOS: En el caso concreto, el infrascrito señala de manera concreta los hechos que violentan mis derechos fundamentales, identifico con claridad las decisiones penales tomadas por los entes jurisdiccionales, al igual que acredité los hechos por los cuales considero se ha violentado el debido proceso.

NO SE TRATA DE SENTENCIA TUTELA: El presente amparo no se dirige contra fallo de tutela, sino contra providencias de primera y segunda instancia, actos procesales que se notificaron en debida forma.

DISPOSICIONES QUEBRANTADAS.

Con la negación de la libertad condicional basada en los requisitos del artículo 64 de la ley 599 de 2.000, los actos acusados en este libelo infringieron los siguientes preceptos: artículo 29

Constitución Nacional; artículos 6 ley 100 de 1.980, artículo 6 ley 599 de 2.000, y demás normas concordantes.

CONCEPTO DE VIOLACION.

Cierto es que le compete a los accionados revisar el cumplimiento de los requisitos para optar a la libertad condicional, pero más cierto resulta que dicha resolución debe expedirse de conformidad con lo dispuesto en la ley y en la CONSTITUCIÓN.

El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso en materia penal que no puede desconocerse en ninguna circunstancia. Así frente a las expresiones “Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia” contenidas en el tercer inciso del artículo 6º de la Ley 906 de 2004, ha de entenderse que al tiempo que comportan la formulación expresa del principio de irretroactividad de la ley penal y constituyen una precisión inherente a la aplicación como sistema de las normas en él contenidas, en manera alguna pueden interpretarse en el sentido de impedir la aplicación del principio de favorabilidad. Ello resulta evidente para la Corte además por cuanto como lo puso de presente en la Sentencia C-873 de 2003 de lo que se trató en este caso fue de la fijación de unos parámetros para la puesta en marcha, como sistema, de las normas contenidas en el Acto Legislativo 03 de 2002 tendientes a introducir en Colombia el sistema acusatorio pero en manera alguna de desconocer uno de los principios esenciales del debido proceso en el Estado de Derecho, a saber el principio de favorabilidad penal.

LEGALIDAD. Decreto ley 100 de 1.980 derogado por la Ley 599 de 2000> Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

FAVORABILIDAD. <Decreto ley 100 de 1980 derogado por la Ley 599 de 2000> La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados.

La Corte Constitucional ha señalado que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley.

En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales define de la siguiente manera:

“ ...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”

Esto quiere decir que, para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”.

Al respecto, cabe recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1, como la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 9, se refieren en forma particular y explícita a la preexistencia de los delitos y sus respectivas sanciones.

La Constitución colombiana, por su parte, en el artículo 29 establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, exigiendo al legislador (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso.

En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional, con énfasis entre otros temas en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena. Así ha dicho esta Corporación lo siguiente: “ El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29).

El principio de favorabilidad, como elemento integrante del debido proceso en materia penal, se encuentra establecido como es sabido en el artículo 29 del Estatuto Superior, en los siguientes términos:

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, enuncia este principio así: "Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16/72, lo plasma igualmente en el artículo 9°, así: "Artículo 9° Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

De acuerdo con estas normas, que como ya se ha visto integran todo el bloque de constitucionalidad, en materia penal, el principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto.

Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley.

La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

Sobre este punto debe la Corte señalar que, tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.

Al respecto cabe recordar que esa Corporación, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia], en diferentes ocasiones en las que se ha referido a la concordancia del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 -que prevé la regla general de aplicación inmediata de la ley procesal- con el artículo 29 constitucional, ha concluido que independientemente del efecto general inmediato de las normas procesales, el principio de favorabilidad debe operar para garantizar la aplicación de la norma más favorable, sin que en materia penal pueda hacerse distinción entre normas sustantivas y normas procesales que resulten más benéficas al procesado.

El entendimiento del artículo 29 constitucional que ha hecho esta Corporación es en efecto el de que al momento de los hechos que configuran la conducta punible, debe existir un tribunal competente y un procedimiento para juzgar a la persona que ha cometido un delito, pero ello no significa que ese procedimiento no pueda cambiar, o que la competencia del juzgamiento quede definida de manera inmodificable.

La Corte en las sentencias C-619 de 2001 y C-200 de 2002 concluyó que, en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución impone claramente como límite la aplicación del principio de favorabilidad penal.

Al respecto la Corte expresó concretamente lo siguiente al analizar el alcance del artículo 40 de la Ley 153 de 1887: "Del análisis efectuado en la Sentencia C-619 de 2001 citada, cuyos considerandos reitera la Corte, es posible concluir que el efecto general inmediato de la ley procesal que consagra el artículo 40 de la ley 153 de 1887 no desconoce la Constitución, pues por aplicarse a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

En lo que se refiere a los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, la norma es clara en establecer que estas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Ahora bien, en la medida en que ha quedado establecido que el respeto del principio de favorabilidad es un presupuesto necesario para la aplicación de la norma y que en razón de ello se le solicitó al máximo ente condicionar su constitucionalidad en este sentido, la Corte estimó entonces pertinente efectuar las siguientes consideraciones: "Como ya se explicó, el principio de favorabilidad rige toda aplicación de la normatividad penal sin que pueda hacerse ninguna diferencia entre normas sustantivas y normas procesales que beneficien al procesado.

De acuerdo a la preceptiva del artículo 29 de la Carta Política, que se ocupa de reconocer el derecho fundamental al debido proceso, "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Si bien por regla general la ley penal rige para las conductas cometidas durante su vigencia, en virtud del principio de favorabilidad es posible excepcionar tal postulado mediante su aplicación retroactiva o ultra activa. En el primer caso, la ley es aplicada a hechos ocurridos antes de que entrara a regir, mientras que, en el segundo, su aplicación va más allá de su vigencia en el tiempo y, por regla general, se ocupa de sucesos acaecidos cuando aún regía, siempre que ello reporte tratamiento benéfico a la situación del sujeto pasivo de la acción penal.

La aplicación de la ley penal permisiva o favorable supone, como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal y constitucional, sucesión de leyes en el tiempo con identidad en el objeto de regulación, pero también tiene lugar frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho.

Según el inciso 2º del artículo 6º tanto de la Ley 600 de 2000 como de la Ley 906 de 2004 “La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, normas que ostentan la condición de rectoras y que por tal razón prevalecen “sobre cualquier otra disposición” de los mencionados estatutos, a la vez que prestan utilidad como “fundamento de interpretación”, de conformidad con lo establecido en los artículos 24 de la Ley 600 de 2000 y 26 de la Ley 906 de 2004

Por tanto y de acuerdo con la preceptiva del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las leyes de carácter procesal tienen vigencia inmediata y rigen hacia el futuro; no obstante, cuando de ellas se derivan “efectos sustanciales” para el incriminado, opera también el principio de favorabilidad, como clara y expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 6º de los mencionados estatutos procesales penales vigentes, según atrás se dilucidó, todo lo cual obliga al funcionario judicial a efectuar la correspondiente ponderación de los preceptos sucesivos o coexistentes, con el propósito de seleccionar el más favorable al incriminado.

Una tal ponderación, inherente a la aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización, se traduce en hacer efectivo el principio *pro homine*, en virtud del cual se coloca a la persona humana como valor superior y primero y torna efectiva la concepción antropocéntrica de la Carta Política, también llamada dogmática *ius humanista*, que igualmente se materializa frente a otros fenómenos jurídicos, tales como: limitar lo menos posible y sólo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal (principio *favor libertatis*), resolver la duda a favor del sindicado (principio *in dubio pro reo*), presumir la inocencia del procesado hasta que obre decisión definitiva ejecutoriada por cuyo medio se declare su responsabilidad (principio de presunción de inocencia), no agravar la situación del condenado cuando tenga la condición de impugnante único (principio *non reformatio in pejus*), aplicar la analogía sólo cuando sea beneficiosa al incriminado (analogía *in bonan partem*) y preferir en caso de conflicto entre distintas normas que consagran o desarrollan derechos fundamentales la que resulte menos gravosa en punto del ejercicio de tales derechos (cláusula de favorabilidad en la interpretación de derechos humanos), entre otros.

Precisado lo anterior se encuentra que 72 de la ley 100 de 1.980, que se ocupa de establecer las exigencias para conceder la libertad condicional, tiene de manera incuestionable la connotación de norma con efectos sustanciales pese a encontrarse ubicada en un ordenamiento procesal, dado que regula los presupuestos que gobiernan la limitación al ejercicio del derecho a la libertad personal, reconocido como fundamental en el artículo 28 de la Carta Política.

Así las cosas, vemos que el artículo 72 de la ley citada y que se debe aplicar en mi caso por favorabilidad y por estar vigente para la fecha de los hechos, es clara al manifestar que: “**El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social**”

Por otra parte. El artículo 64 de la primigenia ley 599 de 2.000 establecía que la libertad condicional era procedente si el procesado condenado cumplía con las 3/5 partes de la pena y que su buena

conducta en el establecimiento carcelario pueda el juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena. Como de igual manera establecía que "No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena".

En el caso sub-examine, tanto el juez de primera como el de segunda instancia, estudiaron la solicitud de condicional bajo el imperio de la ley 599 de 2.000 pero ya modificada por la ley 890 de 2.004, norma que modificó el artículo 64 y exigió la previa valoración de la conducta punible, norma ésta más gravosa para el suscrito y que hace violatoria la negación del beneficio incoado, dejando de aplicar la ley 100 de 1.908 y la misma ley 599 de 2000 pero en su estado original, lo cual era lo lógico y leal atendiendo los principios ya expuestos.

Pues bien, en virtud del principio de favorabilidad, así como del favor libertáis, se impone seleccionar como aplicable a este caso, de entre las dos normas vigentes, el artículo 72 de la ley 100 de 1980 o la primigenia normatividad 64 de la ley 599 de 2000; de una parte, porque de conformidad con la ponderación de aquellos principios resultan menos exigentes los presupuestos para acceder a la libertad condicional, amén de que esta es materialmente menos afflictiva que la norma que exige la previa valoración de la conducta punible, es decir, se limita lo menos posible y sólo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal y, de otra, porque de entre dos preceptos vigentes que regulan el mismo suceso, se está optando por el que otorga mayor amplitud al ejercicio del citado derecho fundamental, pues, como ya se advirtió, coloca menos cortapisas para acceder a la libertad.

DISPOSICIONES QUEBRANTADAS.

Con la negación de la libertad condicional y el desconocimiento a los principios de legalidad y favorabilidad, los autos atacados en este libelo infringieron los siguientes preceptos: artículo 29 Constitución Nacional; artículos 1 y 6 ley 100 del 1.980 y artículo 64 original de la ley 599 de 2.000 y demás normas concordantes.

PETICION

En conclusión y con base en lo antes expuesto, claro resulta que los principios de legalidad y favorabilidad, son principios Constitucionales que encuentran protección fehaciente dentro del artículo 29 Superior. El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué "motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas". De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29). El principio de favorabilidad, como elemento integrante del debido proceso en materia penal, se encuentra

