

Florencia, noviembre 27 de 2020

Honorables Magistrados
SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BOGOTÁ

Ref.: Acción de tutela

Accionante: AURA MARÍA FIGUEROA MELGAR actuando como agente oficiosa de GUSTAVO ORTEGA CASTRO

Accionado: EL TRIBUNAL SUPERIOR DE FLORENCIA y EL JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE FLORENCIA - CAQUETÁ

AURA MARÍA FIGUEROA MELGAR titular de la C.C. 40.079.822 compañera permanente de GUSTAVO ORTEGA CASTRO, identificado con la C.C. No.19.415.584, persona privada de la libertad en el Centro Penitenciario “EL CUNDUY” de la ciudad de Florencia, actuando en condición de agente oficiosa, de manera respetuosa me permito presentar acción de tutela en contra del TRIBUNAL SUPERIOR DE FLORENCIA y EL JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE FLORENCIA-CAQUETÁ, por cuanto considero que a mi agenciado se le han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, el Principio de favorabilidad, y el de Igualdad, para lo cual me permito exponer los siguientes:

HECHOS

1.- El 27 de noviembre de 2017 se profirió por la Señora Juez Segunda Penal del Circuito de Florencia, fallo condenatorio en contra de GUSTAVO ORTEGA CASTRO, por el presunto punible de peculado por apropiación en beneficio de terceros, proceso con Radicación: 180016000552201201879, que habiendo interpuesto recurso de apelación su apoderado judicial, hasta la fecha no se ha desatado el mismo por el Tribunal Superior de Florencia, es decir, que a la fecha, se aproxima a 3 años en espera de la decisión de segunda instancia.

2.- Que, a GUSTAVO ORTEGA CASTRO, no se le dictó medida de aseguramiento durante el trámite del proceso. No obstante, cuando se profiere la sentencia condenatoria se dispone expedir orden de captura.

3.- Que habiendo solicitado GUSTAVO ORTEGA CASTRO la libertad en razón a que en la etapa investigativa no se dictó medida de aseguramiento, luego en el estadio procesal donde se profiere el sentido del fallo, tampoco se ordena la captura, sin embargo al proferir la sentencia el 27 de noviembre de 2017, se dispone en el numeral SEXTO: “ Librar orden de captura para el cumplimiento de esta sentencia en contra de

GUSTAVO ORTEGA CASTRO identificado con la cédula de ciudadanía número 19.415.584 y demás condiciones civiles y personales conocidas en esta audiencia.....”

Habiendo sido apelada la providencia en la misma fecha y sustentada dentro del término legal, se concede la apelación, para que se surta ante el superior en el efecto suspensivo, no obstante de manera inapropiada e incongruente con el contenido del efecto en el que se debe conceder, se expide la orden de captura como aparece en el expediente, desconociéndose el texto del art. 177 del C. de P. P., cuando preceptúa, que la apelación se concederá, en el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva: 1. la sentencia condenatoria o absolutoria.

Se señaló también que, ante la claridad de la norma en mención, y como quiera que al dictarse sentencia condenatoria el 27 de noviembre de 2017, haberse impugnado la misma, sustentada coyunturalmente y haberse concedido el recurso de apelación en el efecto suspensivo como correspondía, la funcionaria de conocimiento no tenía competencia para emitir la orden de captura.

4.- Que mediante auto calendado el 18 de noviembre de 2019 la Juez Segunda Penal del Circuito de Florencia negó la libertad enunciada, que una vez recurrida en sede de segunda instancia el Tribunal Superior de Florencia con ponencia de la Magistrada MARIA CLAUDIA ISAZA ALVAREZ confirmó la decisión atacada, en la audiencia celebrada el día 17 de marzo de 2020, mediante auto proferido el 11 de marzo de la misma calenda y que le fuera notificado a mi compañero posteriormente.

5.- Que las decisiones tanto de primera instancia como la de segunda relacionadas en el numeral anterior, no se ajustan al debido proceso, ni al principio de favorabilidad, contemplado en la carta política y desarrollado en el art. 6 del C. de P. P., siendo que se negó la libertad solicitada, cuando debió aún de oficio aplicar el art. 188 de la Ley 600 de 2000 y en consecuencia haberse concedido la libertad inmediata hasta tanto la sentencia proferida en su contra se encuentre debidamente ejecutoriada.

Por lo que las decisiones relacionadas en el numeral anterior constituyen una vía de hecho, pues, aunque la causa criminal se adelanta bajo el sendero de la ley 906 de 2004, nada les impedía la aplicación a su favor oficiosamente de la ley 600 de 2000, art. 188, inciso 2º por el fenómeno de la ultraactividad, al ser ésta última más favorable para GUSTAVO ORTEGA CASTRO. En efecto esta disposición consagra:

“Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiera proferido medida de aseguramiento de detención preventiva”.

6. Se estima que hay un trato diferenciado, con ocasión de las cuestionadas providencias, en razón a que para algunas personas a las que se les adelanta procesos penales, por hechos ocurridos en vigencia de la ley 906, se les aplica el art. 188, de la ley 600, y no ocurre lo mismo con GUSTAVO ORTEGA CASTRO, que si bien los hechos

motivo de investigación ocurrieron en vigencia de la ley 906, por el principio de favorabilidad se le debe aplicar el mencionado art. 188 de la ley 600, aún de oficio, por cuanto este principio hace parte del debido proceso, que no puede desconocerse por ninguna autoridad, y en ese orden debió concederse la libertad a mi compañero permanente a quien agencio en este evento sus derechos constitucionales, para que no se siga vulnerado este derecho tan sagrado, mientras no quede en firme la sentencia condenatoria que se encuentra surtiendo la alzada, **resaltando que durante la actuación procesal no se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva.**

Me permito citar dos casos adelantados por el Tribunal Superior de Florencia en donde se trataba de asuntos regidos por la ley 906 de 2004, siendo que las órdenes de captura se hicieron efectivas una vez en firme los respectivos fallos condenatorios del 21 de octubre de 2015 y 27 de septiembre de 2017, habiéndose dispuesto así en las decisiones, en los procesos seguidos contra JOSE JAIR TREJOS LONDOÑO, Mag. Pon. JHON ROGER LOPEZ GARNER y contra JULIAN EDGARDO TEJEDOR ESTUPIÑAN, Mag. Pon. MARCOS JAVIER CORTES RIVEROS, respectivamente, confirmadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. Debiendo evocarse que es la misma jurisprudencia tanto constitucional como penal y civil en sede de tutela, la que ha desarrollado dicho postulado constitucional, el cual tiene cabida no solamente cuando se trata de preceptos de contenido sustancial, sino también procesal ante la coexistencia normativa de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 ha dado cabida en algunos eventos a la aplicación de una para asuntos tramitados bajo la otra, ya que se acoja el último ordenamiento para procesos tramitados bajo los parámetros del primero, o que se admitan institutos de la Ley 600 a los rituales bajo la égida del sistema acusatorio, siempre que no lo desnaturalicen.

- En tal virtud, la Corte Constitucional al estudiar el TERCER INCISO DEL ARTÍCULO 6° DE LA LEY 906 DE 2004, en sentencia C-592 de 2005 puntualizó:

"4.1.5.2.1.2. 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."(subrayas fuera de texto)

La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16/72, lo plasma igualmente en el artículo 9º, así:

"Artículo 9º 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 [59]. 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 esta Corporación, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[60], en diferentes ocasiones[61] **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[62]- 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[63].**

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 [64], 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.” (negrillas fuera de texto).

- Así mismo en fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil STC 4969 de 2020, sobre el principio de favorabilidad refiere:

“La reseñada argumentación es insuficiente, pues nada se menciona sobre el “principio de favorabilidad”, exigido por el gestor, el cual, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, tiene cabida siempre y cuando concurren: “i) sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo; ii) regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas; y iii) permisibilidad de una disposición frente a la otra” .

Por tanto, al tribunal fustigado, para resolver la libertad reclamada por el promotor, no le bastaba con indicar las normas y el procedimiento que regían el caso, pues el tema traído a debate por el sentenciado, al involucrarse la aplicación del mencionado principio, requería de un estudio minucioso frente a las reglas demarcadas en el citado precedente, máxime cuando esta Corte, ha decantado:

“[E]l derecho a la aplicación de la ley más favorable emanado del artículo 29 del texto superior y desarrollado legalmente como normas rectoras en los ordenamientos sustantivos y adjetivos penales “constituye una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, pudiéndose aplicar en su acogimiento una ley posterior al hecho cometido (retroactividad) o prorrogarle sus efectos aún por encima de su derogatoria o su inexecutable (ultractividad), siempre que en algún momento haya regido la actuación y que -desde luego- sea, en uno u otro caso, más favorable al sindicado o condenado”.

“Por eso la Corte, tras analizar el aludido principio, el cual tiene cabida no sólo cuando se trata de preceptos de contenido sustancial, sino también procesal con proyección sustancial, ante la coexistencia normativa de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 ha dado cabida en algunos eventos a la aplicación de una para asuntos tramitados bajo la otra, ora que se acoja el último ordenamiento para procesos tramitados bajo los parámetros del primero (verbi gratia, rebaja por allanamiento a cargos homologable a sentencia anticipada), o que se admitan institutos de la Ley 600 a los rituales bajo la égida del sistema acusatorio, siempre que no lo desnaturalicen (por ejemplo, reparación integral para extinguir la acción penal, si se cumplen los requerimientos legales)” .

8. Que, con ocasión de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, y las directrices del IMPEC, de conocimiento público, ocasionadas por la pandemia que se está viviendo se restringieron las visitas a las personas que se encuentran privadas de la libertad todo este tiempo, tan solo hubo una video entrevista por Zoon, el día 20 de noviembre. De otra parte, mi compañero GUSTAVO ORTEGA CASTRO estuvo gravemente enfermo pues lo afectó el COVID 19, como lo demuestro con la prueba que le hicieron el 6 de agosto de 2020 y que adjunto, situaciones que han dificultado la

presentación de esta acción de tutela por parte de mi agenciado, lo que hace que se encuentre en debilidad manifiesta y por tal razón lo hago como su compañera.

PRETENSIONES

Se tutele el debido proceso, por el principio de favorabilidad y de Igualdad a GUSTAVO ORTEGA CASTRO, y por consiguiente se deje sin valor alguno la decisión proferida por el TRIBUNAL SUPERIOR DE FLORENCIA, Mag Ponente MARIA CLAUDIA ISAZA ALVAREZ, el 11 de marzo de 2020, en la audiencia celebrada el 17 de marzo del mismo año, para que a su vez se dicte nueva decisión teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, aplicando el art. 188 inciso 2, de la ley 600 a efecto de que se disponga de la libertad de mi agenciado.

JURAMENTO

Manifiesto bajo juramento que no he interpuesto otra tutela por los mismos hechos.

NOTIFICACIONES

Me pueden notificar al correo aura-maria-83@hotmail.com
Celular: 3204756832

Adjunto: El examen de Covid que le hicieron a GUSTAVO ORTEGA CASTRO, con resultado positivo enunciado.

Respetuosamente,



AURA MARIA FIGUEROA MELGAR
C.C. 40.079.822 de florencia