

Magistrados

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá D.C.

Su Despacho

ACCIÓN. Tutela | **ACCIONANTE.** Pablo Bustamante Builes |

ACCIONADOS. Juzgado 23 Penal del Circuito y Tribunal Superior de Medellín | **SPOA.** 05-001-60-00206-2008-03100 | **ASUNTO.**

Presentación acción de tutela

Respetados señores Magistrados:

MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando conforme poder otorgado para la representación judicial en la presente acción de tutela por parte del doctor **PABLO BUSTAMANTE BUILES (ANEXO N°. 1)**, identificado con la cédula de ciudadanía número 8'358.630, actualmente con prisión domiciliaria en el Llano de Ovejas (Antioquia), quien está siendo procesado dentro del proceso penal No. 05-001-60-00206-2008-03100, que actualmente se encuentra ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, acudo a su Despacho a efectos de promover **ACCIÓN DE TUTELA** en contra del **JUZGADO 23 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, y de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, por haber incurrido los autoridades judiciales accionadas en vulneración flagrante de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, destacándose que todo el contenido de la presente solicitud de tutela resulta importante para el fin que se persigue (*de ahí la necesidad que se revise por completo*), que no es otro, que corregir el entendimiento equivocado que se tuvo por esas instancias en sede de garantías, en aplicación de los principios constitucionales de "**pro homine**", "**pro favorabilidad**", "**pro libertate**", que gobiernan el proceso penal en Colombia.

A continuación, presentamos el fundamento de la presente acción constitucional.

FUNDAMENTO FÁCTICO

PRIMERO: El 2 de diciembre de 2020, el Juez 23 Penal del Circuito emitió sentido de fallo condenatorio, en contra del señor PABLO BUSTAMANTE BUILES, y a continuación profirió la correspondiente sentencia, en la cual, respecto al cumplimiento de la condena concedió la sustitución por la prisión domiciliaria.

Carrera 17 A No. 116 - 15, Of. 501 / Edificio Terra 116 - Tel.: 213 3001 - Cel.: 316 310 3996
admon@miabogadosasociados.com / Bogotá

Carrera 9 # 57 - 15 Edificio Acqua Power / Center Ibagué - Tel: 2765901
admonibague@miabogadosasociados.com / Ibagué

— www.miabogadosasociados.com —

SEGUNDO: Con relación al tema de la privación de la libertad, en la sentencia, así discurrió el señor Juez 23 Penal del Circuito:

"En armonía con lo normado en los artículos 450 y 299 del código de procedimiento penal, si bien no se desconoce que el procesado ha comparecido a todas las audiencias como lo refiere la parte defensiva, considera la Judicatura pertinente en este caso, ordenar como parte de la sentencia la privación de la libertad para el cumplimiento de la pena de prisión, pues en este caso no se trata de los fines de la medida previstos en el artículo 308 del CPP., sino del cumplimiento de los fines de la pena regulados en el artículo 4 del código penal, y con la única finalidad de que se comience a descontar la sanción impuesta, luego de haberse declarado la responsabilidad penal más allá de duda razonable."

Lo anterior como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia desde tiempo atrás, al indicar que:

"Ante las omisiones reiteradas de los jueces en materia de ejecución de la sentencia, recuerda la Sala que en la sistemática procesal anterior (Ley 600 de 2000, artículo 188) la pena privativa de la libertad se ejecutaba desde el momento en que se profería la sentencia, pero cuando se trataba de una persona a quien se le negaba el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y ésta se encontraba gozando de una libertad provisional, era necesario esperar la ejecutoria del fallo para ordenar su captura. La situación es diferente en el nuevo esquema procesal [...] ***se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo.*** Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, ***los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta.*** Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.

(...)".

TERCERO: En forma voluntaria, mi Representado hizo presentación ante la Cárcel de Santa Rosa de Osos, con la finalidad

de dar cumplimiento a la reclusión a ya aludida, régimen bajo el cual se encuentra actualmente, descontando una pena que no está en firme.

CUARTO: Posteriormente, el Defensor Público que actúa en el proceso penal impetró ante el señor Juez 23 Penal del Circuito de Medellín, la revocatoria de la **detención especial** que se impuso al darse el sentido del fallo condenatorio.

QUINTO: Señaló la defensa pública al interior del proceso penal, en esa solicitud al juez de conocimiento, que en su momento, esto es en la oportunidad brindada por el artículo 447 del estatuto procesal penal, deprecó que no se aplicara el arbitrio del artículo 450 del estatuto procesal penal, en tanto al haberse concedido la sustitución de la pena intramural por la domiciliaria, al considerarse que se daban los presupuestos para ello, lo que conlleva a un menor rigorismo en la ejecución de la pena, debía esperarse hasta que estuviera ejecutoriada la sentencia condenatoria, si es que a ello se llega. Y se fundamentó en una cita jurisprudencial que claramente señala que deben cumplirse las órdenes de la sentencia, esto en tanto se nieguen subrogados o penas sustitutivas, y que no se necesita elucubración de mayor elaboración para señalar que la **prisión domiciliaria** es una pena sustitutiva.

SEXTO: Luego, con base en una decisión del Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, NELSON SARAY BOTERO, de noviembre dieciocho (18) de dos mil veinte (2020), en el radicado 05 001 60 000 00 2017 01081, donde aplicó por favorabilidad lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, en un caso incluso más gravoso frente al que corresponde al proceso del señor BUSTAMANTE BUILES, porque se trata de delito donde no se concedió subrogado ni pena sustitutiva.

SÉPTIMO: En esa decisión se reseña que ante solicitud de libertad por no encontrarse ejecutoriada la sentencia condenatoria, la Juez Primera Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, doctora GLORIA LOAIZA GUERRA la despachó en forma negativa, aduciéndose que ya al respecto se había referido al emitir el sentido del fallo. Posición que rebate el ilustre Magistrado, para señalar que es más favorable la posición del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, frente al apartado 450 de la Ley 906 de 2004 y, por ende, aplicable por el **principio de favorabilidad**.

Por lo didáctico, traigo un cuadro comparativo de las dos normas:

Art. 188 CPP de 2000	Art. 450 CPP de 2004
<p>Art.188: Cumplimiento inmediato. Las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas se cumplirán de inmediato. 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.</p>	<p>Art. 450: Acusado no privado de la libertad. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el Juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.</p>

OCTAVO: Por auto interlocutorio datado el 17 de febrero de 2021, el señor Juez 23 Penal del Circuito, despachó negativamente la petición del defensor público, aduciendo que, de una parte, la pretensión ya se había resuelto en la sentencia, lo que cerraba la puerta a un nuevo pronunciamiento. Y de otro lado, lo incoado por el defensor público conllevaba a que el Juez se pronunciara sobre su propio fallo, confirmando o revocando lo expuesto en él, lo que conlleva a un imposible jurídico.

NOVENO: En forma oportuna el defensor público presentó apelación y la sustentó, conociendo en segunda instancia la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

DÉCIMO: El Tribunal Superior de Medellín con ponencia del doctor MIGUEL HUMBERTO JAME CONTRERAS al resolver la alzada, lo primero que determina es la equivocación del Aquo al remitirse a lo ya resuelto en la sentencia, y que era menester asumir un examen de fondo de la pretensión de libertad con base en el tema de favorabilidad, porque lo discutido corresponde a una temática no considerada en la decisión inicial, que debía ser objeto de resolución anticipada al recurso de impugnación de la sentencia.

Al resolver de fondo, la primera premisa sentada por el señor Magistrado, apunta a señalar que la posibilidad de aplicar por favorabilidad algunas normas de la Ley 600 de 2000 al sistema de tendencia acusatorio, Ley 906 de 2004, no solo se apuntaba en que la norma sea más beneficiosa, sino que, conforme a cita que hace del auto **del 18 de marzo de 2009, radicado 27339**, ello es posible “*siempre que no implique desconocer las bases esenciales del sistema*”, asumiendo entonces el análisis si el apartado 188 de la Ley 600 pude llevarse al sistema de primacía acusatorio, sin generar una incongruencia sistemática.

DÉCIMO PRIMERO: Para discurrir sobre el tema de la incongruencia sistemática, hizo la siguiente cita:

“..., existe una contradicción aparente en los términos, y formalmente el régimen del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 es más favorable. Sin embargo, reconocer su aplicación implicaría desconocer la estructura conceptual del proceso y la sentencia por las siguientes razones:

(a). *La Corte ha señalado que el anuncio del sentido del fallo y la sentencia conforman una unidad jurídica: “el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita.” (SP del 17 de septiembre de 2007, radicado 27336).*

La Corte Constitucional, en la Sentencia C 342 de 2017, avaló esta lectura, recalando la siguiente reflexión de la Sala de Casación Penal:

“La jurisprudencia de la Sala, tiene dicho que el anuncio del sentido del fallo por parte del juez de conocimiento, una vez finalizado el debate público oral, constituye un acto procesal que forma parte de la estructura del debido proceso y vincula al juzgador con la decisión adoptada en la sentencia, conformando con esta una unidad temática inescindible. 4 (Se subraya) - SP del 23 de septiembre 23 de 2015, radicado 4069 –

(b). *Se debe distinguir entre medidas de aseguramiento durante el curso del proceso y la orden de “detención” al anunciar el sentido del fallo.*

En tal sentido, la expresión del inciso segundo del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que le impone al juez el deber de evaluar “si la detención es necesaria”, según lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia 345 de 2017, se “refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal”, y no a los requisitos que se exigen para imponer medida de aseguramiento. Eso explica que sean distintas las medidas de aseguramiento proferidas durante el curso del juicio de las órdenes expedidas para cumplir el fallo condenatorio.

(c). *Por tratarse de una medida restrictiva de la libertad para cumplir el fallo, la cual se ordena al anunciar su sentido, la impugnación debe manifestarse a través del recurso de apelación.*

En este sentido, teniendo en cuenta que si la sentencia del proceso acusatorio es un acto complejo que se integra por el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, de admitir la posibilidad de controvertir la ejecución de la pena anticipadamente, se desconocería la estructura conceptual del proceso y de la sentencia, al permitir que la captura proferida para cumplir la pena impuesta se trate como un acto cautelar, autónomo e independiente, permitiendo la revisión fraccionada de la sentencia y desintegrándola a través de medios distintos al recurso de apelación, que es el medio idóneo para controvertir las supuestas ilegalidades de la sentencia.”

Y, en últimas, el Magistrado Ponente acoge la tesis distinguida con el literal “b”, en el entendido que esa restricción de la libertad dispuesto al dictarse el sentido del fallo, tiene una sistemática diferente, que no se contemplaba en la Ley 600 de 2000, puesto que en la primera el test apunta a la necesidad de hacer efectiva la privación de la libertad, con teleología encaminada en vía diferente a los fines y presupuestos de la medida de aseguramiento. Y que siendo unos los fines de la pena y otra las de la medida, aparece ilógico que en la segunda se imponga restricción a la judicatura. Que, entonces, hay diferencias insalvables en tales regulaciones, que no permiten equiparación.

Señala que cuando es el fallador quien restringe la libertad con base en una condena, hay un plus mayor de degradación de la presunción de inocencia, aunque admite que al tiempo ella sigue vigente, aunque coexiste con la presunción de acierto de la declaración de responsabilidad penal.

DÉCIMO SEGUNDO: Por último, se señala que la decisión se adopta en Sala Dual, ante la ausencia de un tercer Magistrado, ya quien fungía como tal tiene licencia para ocupar otro cargo en la Rama Judicial.

PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, es menester tener en cuenta lo que se ha dicho en la sentencia T-737, expediente 1600739 de 2007 cuando afirma que el remedio tutelar es procedente cuando se reúnen algunos elementos tales como:

“Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional.

Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela.

Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa con la decisión que resulta vulneradora de los derechos fundamentales.

Que el actor identifique de forma razonable los hechos que generan la violación y que, esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible.

Que el fallo impugnado no sea de tutela”.

Y a este respecto ha señalado la abundante, repetida y consistente jurisprudencia:

“¿Procede la acción de tutela, a pesar de su carácter subsidiario, contra una providencia judicial en la que presuntamente se vulneran los derechos fundamentales?...

“7. La evolución de la jurisprudencia condujo a que, desde la sentencia T-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se determinara cuales defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como una vía de hecho. En la providencia se indicaron los casos excepcionales en que procede la acción de tutela, indicando que se configura una vía de hecho cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia para ello; y, (4) defecto procedural que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.”

“Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala plena de la Corte constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).”

“8. Ahora bien, en los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las

situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha conducido a la conclusión de que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y de que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una “violación flagrante y grosera de la constitución”, es más adecuado utilizar el concepto de “causales genéricas de probabilidad de la acción” que el de “vía de hecho”. En la sentencia T-774 de 2004 (M.P. Manuel José cepeda Espinosa) se describe la evolución presentada de la siguiente manera:

“(...) la sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no solo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discretionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), **ha de ceñirse a lo razonable**. Lo razonable está condicionado en primera medida, por el respeto a la constitución (4). En este caso (T-1031/2001) la corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando ‘su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados’.

Este avance jurisprudencial ha llevado a la corte a reemplazar ‘(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad’. Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos: “Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (I) defecto sustantivo, orgánico o procedural; (II) defecto fáctico; (III) error

inducido; (IV) decisión sin motivación; (V) desconocimiento del precedente y (VI) violación directa de la constitución’(5).

Esta posición fue reiterada recientemente en la sentencia T-200 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas), caso en el que se confirmó la decisión de la Sala Civil de la corte suprema de justicia de conceder una tutela por haberse incurrido en una ‘vía de hecho’ (6)”. (C. Const., Sent. T-189, mar. 3/2005. M.P. Manuel José cepeda Espinosa).

(4) Corte Constitucional, Sentencia T-1031 de 2001 (M.P. Eduardo Montelalegre Lynett). En este caso se decidió que “(...) el permitir la utilización de los medios ordinarios de defensa, torna en improcedente la acción de tutela. Empero, la adopción rigurosa de esta postura llevaría, en el caso concreto, a una desproporcionada afectación de un derecho fundamental. En efecto habiéndose establecido de manera fehaciente que la interpretación de una norma se ha hecho con violación de la constitución, lo que lleva a la condena del procesado y a una reducción punitiva, no puede la forma imperar sobre lo sustancial (C.P., art. 228). De ahí que, en este caso, ante la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales del demandado, la corte entiende que ha de primar la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa”.

En el caso que nos ocupa, sin duda alguna se puede afirmar que se trata de un tema de relevancia constitucional, como que atañe al debido proceso, al derecho a la libertad, a la limitación de la aplicación del **principio de favorabilidad**. No hay recurso alguno por agotar, porque precisamente el operador judicial de segunda instancia cerró ya esa vía, al resolver el señor Juez 23 Penal del Circuito la primera instancia y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín en segunda, la petición elevada por el defensor público de nuestro Representado, manteniendo incólume la privación de libertad que actualmente el mismo soporta en la actualidad.

La inmediatez es innegable, como que la decisión fue apenas adoptada el pasado 17 de marzo de 2021, esto es, menos de un mes desde cuando se interpone la presente acción de tutela. Y la irregularidad procesal tiene innegable trascendencia en la vulneración de derechos y garantías fundamentales.

CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA: DEFECTO MATERIAL Y VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Una vez explicado como en el presente asunto sí se presentan los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, importante es entrar a analizar cuáles son las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela que acá se acusan se han violentado, en concreto el defecto material y, en mayor medida, la violación directa de la Constitución Política, concretamente en lo relativo al derecho fundamental al debido proceso en su aparte que consagra la favorabilidad como norma rectora constitucional. Para luego entrar a revisar la afectación concreta de los derechos fundamentales acá denunciados como afectados.

Sobre el principio a la favorabilidad se ha dicho por la Corte Constitucional en pacífica y reiterada jurisprudencia que el mismo está amparado por el Bloque de Constitucionalidad, tal y como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15 cuando señala que:

"Artículo 15. 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."

Así como el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto de San José de Costa Rica que consagra de manera muy similar la misma disposición.

Ahora bien, en el ordenamiento vernáculo la misma está expresada en el canon 29 de la Constitución Política cuando se indica en el inciso tercero que *"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"*; así como en los artículos 6° tanto del Código Penal como del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 906 de 2004.

En la sentencia C-225 de 2019 con ponencia del doctor ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, y recapitulando el desarrollo de este principio, se señaló que:

*“El alcance normativo de esta figura jurídica implica que el legislador, en ejercicio de su potestad de regular los mecanismos para el ejercicio del ius puniendo dentro del amplio margen de configuración que le asiste para determinar la política criminal que considere más conveniente, puede establecer un régimen penal más o menos restrictivo. En dicho marco, **el principio de favorabilidad permite que las personas procesadas penalmente tengan el derecho a la aplicación de las disposiciones que menos afecten o restrinjan sus derechos fundamentales.***

La jurisprudencia de esta Corte ha expuesto que para la aplicación de esta garantía en materia penal no existe distinción entre normas sustantivas y procesales, en razón a que el texto constitucional no establece tal diferenciación. Así mismo ha señalado que la aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez de conocimiento en cada caso particular y concreto, pues solo a él corresponde determinar la norma que más beneficia o favorece al procesado, lo cual no quiere decir que la decisión deba ser siempre en favor de quien lo invoca. Esto significa que el referido principio no es predictable frente a normas generales, impersonales y abstractas. En relación con su naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata y su carácter intangible, ha explicado esta Corte que tales atributos implican que puede exigirse o solicitarse su aplicación en cualquier momento, pero con la condición de que la nueva ley más favorable se encuentre rigiendo” (Negrillas fuera del original).

Entonces, en punto que se cree no es de discusión, tenemos que el principio de favorabilidad al tener un rango constitucional e, inclusive, un desarrollo legal tanto al interior del Código Penal como del Código de Procedimiento Penal, es una norma que se ha de aplicar de manera directa en cada caso de manera concreta por parte del Juez de Conocimiento, haciendo viable su exigencia a través de la acción de tutela cuando esta no se cumple.

Si esto es así, como en verdad se tiene que lo es, el **problema jurídico** radica en si la figura de la captura con ocasión de la sentencia de primera instancia admite una similitud estructural entre la dinámica del proceso que se rige bajo la égida de la Ley 600 de 2000 y el que se rige bajo los ritos de la Ley 906 de 2004.

De ser positiva la respuesta, entonces, podríamos indicar que ha de operar, en virtud del principio de favorabilidad, la ultraactividad del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 aun en los procesos tramitados con la Ley 906 de 2004, pero en caso contrario, de señalar que

ambos son dos (2) figuras diametralmente diferentes, entonces se deberá llegar a la conclusión de que no opera la favorabilidad.

Frente a la última postura, la cual es la actualmente dominante tanto en la decisión de segunda instancia que acá se denuncia como violatoria de derechos fundamentales, como por un sector de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, debemos decir, amparados acá en lo expresado en la providencia AP3329-2020 que:

“La sola comparación entre las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, ambas vigentes, siempre permitirá encontrar favorabilidades que sugieren la posibilidad de aplicar una norma de una de dichas leyes en lugar de la otra que regula el mismo tema en forma menos beneficiosa. Sin embargo, no siempre es posible aplicar disposiciones de una de dichas leyes en apariencia favorable pese a referirse a situaciones idénticas.

En ese orden es indispensable respetar la especificidad de cada sistema penal², o en otros términos, la aplicación favorable de una ley para hacer efectiva la garantía solo es posible si no se desconoce la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación³, desde luego con la aclaración de que el proceso penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de derechos fundamentales. Por eso la exigencia de respetar el sistema se debe entender en el sentido de que la aplicación de la ley “favorable” no debe llevar a soluciones asistemáticas que colapsen mediante soluciones francamente inadmisibles la estructura conceptual del proceso y de sus instituciones esenciales”.

Agregando de manera concreta más adelante:

“Por su parte, el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, señala que si al procesado no le fue impuesta medida de aseguramiento, su aprehensión no puede ordenarse sino hasta cuando haya quedado en firme la sentencia. Así definido el problema, existe una contradicción aparente en los términos, y formalmente el régimen del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 es más favorable. Sin embargo, reconocer su aplicación implicaría desconocer la estructura conceptual del proceso y la sentencia por las siguientes razones:

(a). La Corte ha señalado que el anuncio del sentido del fallo y la sentencia conforman una unidad jurídica: “el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita.”

La Corte Constitucional, en la Sentencia C 342 de 2017, avaló esta lectura, recalmando la siguiente reflexión de la Sala de Casación Penal:

“La jurisprudencia de la Sala, tiene dicho que el anuncio del sentido del fallo por parte del juez de conocimiento, una vez finalizado el debate público oral, constituye un acto procesal que forma parte de la estructura del debido proceso y vincula al juzgador con la decisión adoptada en la sentencia, conformando con esta una unidad temática inescindible.

b). Se debe distinguir entre medidas de aseguramiento durante el curso del proceso y la orden de “detención” al anunciar el sentido del fallo.

En tal sentido, la expresión del inciso segundo del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que le impone al juez el deber de evaluar “si la detención es necesaria”, según lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia 345 de 2017, se “refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal”, y no a los requisitos que se exigen para imponer medida de aseguramiento. Eso explica que sean distintas las medidas de aseguramiento proferidas durante el curso del juicio de las órdenes expedidas para cumplir el fallo condenatorio.

(c). Por tratarse de una medida restrictiva de la libertad para cumplir el fallo, la cual se ordena al anunciar su sentido, la impugnación debe manifestarse a través del recurso de apelación.

En este sentido, teniendo en cuenta que si la sentencia del proceso acusatorio es un acto complejo que se integra por el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, de admitir la posibilidad de controvertir la ejecución de la pena anticipadamente, se desconocería la estructura conceptual del proceso y de la sentencia, al permitir que la captura proferida para cumplir la pena impuesta se trate como un acto cautelar, autónomo e independiente, permitiendo la revisión fraccionada de la sentencia y desintegrándola a través de medios distintos al recurso de apelación, que es el medio idóneo para controvertir las supuestas ilegalidades de la sentencia”.

Entonces mirese como al entrar la Corte Suprema de Justicia al analizar el por qué en su sentir dichas normas no son compatibles en el mismo sistema, los principales argumentos son: uno, que el sentido del fallo y el fallo propiamente dicho en la Ley 906 de 2004 se da en dos (2) momentos diferentes pero ambos conservan una

Carrera 17 A No. 116 - 15, Of. 501 / Edificio Terra 116 - Tel.: 213 3001 - Cel.: 316 310 3996
admon@miabogadosasociados.com / Bogotá

Carrera 9 # 57 - 15 Edificio Acqua Power / Center Ibagué - Tel: 2765901
admonibague@miabogadosasociados.com / Ibagué

————— www.miabogadosasociados.com ————

unidad jurídica; dos, que la detención con ocasión al sentido del fallo ya no es una medida cautelar personal sino que se rige por las finalidades de la pena; y tres, finalmente, que la inconformidad de la captura con ocasión al sentido del fallo se debe manifestar en la apelación de la sentencia.

Pero es que en estricto sentido dichas diferencias señaladas por la máxima Corporación en la Justicia Ordinaria Penal son aparentes y en nada se diferencian con la Ley 600 de 2000. Miremos:

- i.) Del hecho de que el sentido del fallo y el fallo propiamente dicho en la Ley 906 de 2004 sean un acto complejo que conforman una unidad jurídica, lejos de mostrar una diferencia con la sentencia proferida en la Ley 600 de 2000 lo que señala es una similitud en cuanto a la decisión final que adopta el proceso penal; siendo este el momento procesal idóneo para definir no solo la responsabilidad penal del Procesado, sino también el eventual monto de las penas a imponer, así como el lugar de ejecución de la misma.

Entonces, no es de recibo señalar que porque el sentido del fallo y el fallo se dan en dos (2) momentos temporales eventualmente diferentes, por ese solo hecho sean una institución jurídica diferente a la sentencia que se profiere en la Ley 600 de 2000. Reconocer esa diferencia sería ir en contravía, ahí sí, de la unidad jurídica que representa el acto complejo del fallo en la Ley 906 de 2004, como que sería señalar una supuesta diferencia por la mera existencia de un acto complejo que, en términos jurídicos, en nada afecta la unidad del acto.

Es más, y para resaltar como ambas figuras jurídicas sí son plenamente compatibles, baste revisar la procedencia y efectos del recurso de apelación en ambos sistemas normativos. Al respecto y para claridad se tiene:

FAVORABILIDAD	
LEY 600/2000	LEY 906/2004
Art. 191. PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.	Art. 176. RECURSOS ORDINARIOS. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación. Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e

	<p>inmediata en la respectiva audiencia.</p> <p><Inciso INCONSTITUCIONAL por omisión legislativa, con efectos diferidos y en los términos señalados en la providencia, en cuanto omite la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias> La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.</p>
<p>Art 193. EFECTOS DE LAS PROVIDENCIAS APELADAS.</p> <p>a) En el suspensivo la sentencia y las siguientes providencias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La que corrige el error aritmético en la sentencia. 2. La que decreta nulidad en la etapa de juzgamiento. 3. La que ordena la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento, cuando comprenda todas las conductas punibles y a todos los autores y partícipes. 4. La resolución inhibitoria. 5. La que califica la investigación. 6. La proferida con posterioridad a la decisión ejecutoriada que haya puesto fin a la actuación procesal. <p>b) En el diferido:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La que deniega la admisión o práctica de alguna prueba solicitada oportunamente. 2. La que ordena la preclusión de la investigación o la cesación 	<p>Art. 177. EFECTOS. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La apelación se concederá:</p> <p>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:</p> <p>1. La sentencia condenatoria o absolutoria.</p> <p>2. El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.</p> <p>3. El auto que decide la nulidad.</p> <p>4. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; y</p> <p>5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.</p> <p>En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación:</p> <p>1. El auto que resuelve sobre la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento.</p>

<p>de procedimiento, cuando no comprendan todas las conductas punibles investigadas, ni a todos los autores o partícipes.</p> <p>3. La que ordene desembargo de bienes o reducción del embargo, a menos que esté comprendido en providencia cuya apelación deba surtirse en el efecto suspensivo.</p> <p>4. La que disponga la entrega de bienes a una de las partes o a terceros, cuando haya oposición o las partes sustenten pretensiones diferentes sobre ellos.</p> <p>5. La que revoque la providencia admisoria de la parte civil, y</p> <p>c) En el devolutivo:</p> <p>Todas las demás providencias, salvo que la ley provea otra cosa.</p>	<p>2. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado.</p> <p>3. El auto que resuelve sobre la legalización de captura.</p> <p>4. El auto que decide sobre el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares.</p> <p>5. El auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación; y</p> <p>6. El auto que admite la práctica de la prueba anticipada.</p>
---	---

Lo anterior para significar que, de hecho, revisado la figura de la apelación y el efecto suspensivo que tiene sobre la sentencia, en ambas está igualmente regulada tanto en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004, con lo cual se podría inclusive, y desde un punto de vista sistemático y lógico, señalar que, si partimos de la idea no discutida de que el sentido del fallo y el fallo son un mismo acto jurídico, con lo cual la sentencia es un solo ente jurídico, no pudiéndose en ella diferenciar elementos en su decidido por cuanto el Legislador no lo hace; y que conforme a la reglamentación legal, la sentencia es susceptible del recurso de apelación, el cual se concede en efecto suspensivo; se tendría en consecuencia que, la decisión que decide sobre la manera de cumplir la pena en un fallo producido bajo la égida de la Ley 906 de 2004 también debería ser cobijado con ese efecto suspensivo que irradia la apelación de la sentencia, ya que esta no distingue entre los distintos acápitulos o distintos pronunciamientos que pueda tener la sentencia. Argumentación jurídica igualmente predictable en la Ley 600 de 2000.

- ii.)** Siguiendo con la deconstrucción de la argumentación de la providencia señalada, se tiene que en momento alguno para aplicar la favorabilidad del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 en los procesos que se rigen bajo la Ley 906 de 2004 implica desnaturalizar las finalidades propias de la captura producida en el sentido de fallo o el fallo, esto por las siguientes potísimas razones.

Por un lado, porque si se lee de manera detenida el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, concretamente su inciso segundo este en momento alguno indica que dicha norma proceda solo en los casos de la detención preventiva. Al respecto señala:

“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 hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva”.

Mírese como la norma arranca señalando el caso de que se niegue “la suspensión de la ejecución de la pena”, es decir, trata de manera concreta el caso de la pena, no de la detención preventiva; situación esta que es abordada a renglón seguido para indicar que cuando esta exista se ha de prolongar pero ya con ocasión de la sentencia proferida, no por la resolución de situación jurídica previamente acontecida en el proceso de Ley 600.

Al contrario de lo manifestado por el Tribunal Superior de Medellín en la decisión acá denunciada, en sentir del Suscrito, la norma traída en la Ley 600 de 2000 realza el hecho de que es tan grave la ejecución de una sentencia sobre una persona que aún goza de su presunción de inocencia (derruida sí, pero aún incólume) que los efectos de esta son diferidos hasta cuando esté en firme la misma y con ella plenamente derrumbada la presunción de inocencia.

Situación que, tal y como fue tratado en el numeral inmediatamente anterior, guarda una relación sistemática con los recursos que se pueden interponer contra la sentencia y sus efectos en el proceso penal.

- iii.)** Finalmente, y frente al último argumento con relación a que la inconformidad de la medida restrictiva de la libertad

debe manifestarse a través del recurso de apelación, se tiene que nada obsta para que se recurra y se argumente el por qué no se está de acuerdo frente a la pena impuesta o al tipo de pena sentenciada y al mismo tiempo acá se discuta un actuar que se ve como atentatorio de derechos fundamentales, el cual se ve reflejado en la ejecución de lo ordenado en dicha sentencia.

No se pretende, y en eso queremos ser claros, discutir aquí el fundamento fáctico que se tuvo para imponer la sentencia condenatoria. Ese tema ya ha sido recurrido y se está a la espera de la decisión del Tribunal Superior de Medellín. Lo que se ve como violatorio del principio de favorabilidad es que la pena ya se esté ejecutando sin estar plenamente desaparecido el derecho fundamental de nuestro Prohijado a la presunción de inocencia, máxime cuando existe una norma que es favorable por ultractiva, y que no se ha querido reconocer por razonamientos con cuentas más prácticas que jurídicas.

DERECHOS AMENAZADOS Y VULNERADOS

Con la decisión judicial tomada en sede de ambas instancias, por el Juez 23 Penal del Circuito, y en segunda por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, aunque con diferentes aristas interpretativas, se está vulnerando directamente derechos constitucionales que entraremos a determinar a continuación.

Estimamos que hay una vulneración directa y grave al **DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO**, como pasamos a consignar.

Claramente la Carta Fundamental consagra, entre otros caros derechos conglomerados en lo que se ha dado en llamar el **proceso debido o debido proceso**, la observancia de las formas propias de cada juicio, y el principio de favorabilidad. Así es el texto normativo:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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.

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”

No se trata de un derecho contingente, maleable, sino de un derecho arquetipo, de la espina dorsal del derecho penal, que es el derecho más sensible por tener como materia prima al ser humano, un derecho **pro homine**. El **principio de favorabilidad**, podemos afirmar es connatural al derecho demoliberal, es un avance irretractable del derecho moderno.

Y de tajo, con una argumentación que, con todo respeto tenemos que decirlo, resulta sofística, so pretexto de incompatibilidad de sistemas, como si se tratara de sistemas totalmente antagónicos, y no simplemente como se viene siempre de señalarlos, de sistemas con una marca tendencia, pero nunca sistemas puros, señalar que una es la regulación del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, y otra el 450 de la Ley 906 de 2004, lo decimos sin adornos, es un **desaguisado de marca mayor**, un leve atentado al **debido proceso**.

Se sacrifica, además, el contenido del artículo 228 de la Constitución Nacional, que prevé la prevalencia del derecho sustancial, so pretexto de un enfoque diferencial en ambos sistemas de la privación de la libertad al darse el fallo de primera instancia.

No hay discusión alguna en cuanto a que las medidas de aseguramiento adoptadas en el trámite procesal previo a la emisión de una sentencia condenatoria, tienen sustento en el artículo 296 de la Ley 906 de 2004, y en su equivalente en la Ley 600 de 2000, artículo 355, en forma muy equivalente. Veamos:

“Ley 906 de 2004: Artículo 296.- Finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso,

la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena”.

“Ley 600 de 2000: Artículo 355.- Fines. La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria”.

Ninguna diferencia sustancial. La **obstrucción de la justicia** es lo mismo “*las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria*”. **Asegurar la comparecencia del imputado** o el **cumplimiento de la pena**, es lo mismo que “garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga”. Y la **protección de la comunidad y de las víctimas**, en nada difiere en el impedir “*la continuación de su actividad delictual*”.

Vamos ahora a la tal diferencia entre la regulación del tema de los apartados 188 y 450 de los dos estatutos, para que veamos que en lo único que difieren es en el momento de hacer valer la privación de la libertad por la pena impuesta.

“Ley 906 de 2004: Artículo 450.- Acusado no privado de la libertad, Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”.

Ley 600 de 2000: Artículo 188,- Cumplimiento inmediato. Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.

Si se negare 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 hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva”.

El inciso primero, en principio, es el que hace la diferencia en la redacción, mas no en el instituto, porque como lo señala la norma

del año 2000, es decir lo mismo en forma negativa, puesto que, si la persona sentenciada viene estando privado por medida de aseguramiento, lo continuará mientras se surten recursos.

Y, en cambio, más beneficioso resulta lo que el apartado del año 2000 señala en cuanto a que si se niegan subrogados, pero hay que entenderlo en igual sentido si se niega sustitución de la pena, no podrá procederse a efectivizar una pena que aún no está en firme, es decir, que debe esperarse hasta que se encuentre en firma esa condena.

Ahora, encontramos un error de hermenéutica grave cuando se afirma que esa detención sin existir una sentencia condenatoria en firme, que se señala como potestativa, mas no obligatoria, corresponde a los fines de la pena y no a los de las medidas de aseguramiento.

Es que el legislador si ello hubiere querido señalar, habría manifestado que, si el cumplimiento anticipado de la pena fuere necesario, se aplicarían los fines que para ello se regulan en el Código Penal. Pero no, la redacción habla de detención, y remite a las normas de esa codificación, es decir a las del procedimiento penal que se regula en la Ley 906 de 2004. Seamos estrictos y exegéticos, donde la norma es clara, donde no hay que hacer interpretación, y busquemos que regulación trae este estatuto normativo.

Ya fe que por ninguna parte de este cuerpo normativo se encuentra regulación sobre los fines de la pena. Solo hasta el artículo 296 de la Ley 906, encontramos alguna referencia a fines o finalidad de la privación de la libertad, meramente procesal y no como pena. Y a partir del artículo 306 se regulan las medidas de aseguramiento, siendo en el artículo 307 donde se menciona la **detención preventiva**. De resto en ningún apartado de ese código se encuentra mención a detención, puesto que ya en el 307 A se regulan los términos de la detención preventiva, en el 308 los requisitos, y en los subsiguientes lo que debe entenderse por **obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y, no comparecencia**, y en el 313 la procedencia de la detención preventiva.

Entonces, si en el inciso segundo el canon 450 se señala que, si la detención es necesaria conforme a las normas de ese código, son las del procedimiento penal, y detención no es pena. Decir lo contrario es torcerle el cuello a la norma, ponerla a decir lo que no dice, una interpretación caprichos y en mala parte.

La función de la pena solo se regula en el Código Penal, artículo 4º, esto es en la Ley 599 de 2000:

“La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”.

Si no hay condena no puede haber pena, y señalar que ante la emisión de una decisión de condena se resquebraja en algo la presunción de inocencia por esa presunción de acierto de las decisiones judiciales, resulta un contrasentido, pero aún, aceptándolo en gracia a discusión, no deja de tratarse de una detención y no del cumplimiento de pena, para venir a argumentar con base en el artículo 4º del Código Penal esa que mi defensor ha nominado como **detención especial**, que acorde al artículo 450, ha de aplicarse conforme a las normas de estatuto procesal penal, y no de otro.

No entendemos entonces porque el intérprete quiere distinguir donde la ley no lo hace, para señalar que son diferentes las medidas de aseguramiento durante el curso del proceso y la que se haga al emitirse sentido de fallo condenatorio. Si acaso, en esta última, no subsistiría la posibilidad de **obstrucción a la justicia**, y eso que relativamente, porque en caso de una nulidad que deba llevar a reiniciar el juicio, renacería esa latente posibilidad. Luego, en ese momento, si atendemos al artículo 50 y se aplicará una detención atendiendo a las normas que regulan ese instituto, debe hacerse referencia es a la posibilidad de contumacia o a peligro para la comunidad o la víctima.

Hay que recordar que, la Sentencia C-390 de 2014, señaló:

“Debe reiterarse que las normas penales y procesales que implican la limitación de derechos, particularmente la libertad, deben ser interpretadas restrictivamente y aplicadas conforme a los contenidos constitucionales. Así ante pasajes oscuros, confusos o contradictorios, la Corte debe dilucidarlos de manera que queden limitados, recalando la excepcionalidad de la privación de la libertad, que aunque se encuentra justificada y permitida de forma restringida como medida para evitar el entorpecimiento del proceso y la alteración de las pruebas, ya es demasiado gravosa para los derechos fundamentales. Por lo tanto, extender de manera indeterminada su posible duración vulnera aún más el derecho a la libertad de quien no ha sido declarado culpable y se encuentra privado provisionalmente de la libertad, a la vez que afecta

el debido proceso por dilaciones que a priori pueden ser injustificadas". (Negrillas propias).

De todas formas, la sentencia de la Corte Constitucional C-345 de 2017 solo señala que comparte con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la interpretación de acuerdo con la cual dentro del sistema acusatorio establecido por la Ley 906 de 2004, el fallo es un acto jurídico complejo conformado por dos momentos procesales, el del anuncio del sentido del fallo y el texto definitivo de la sentencia, que deben guardar congruencia entre sí, conformando una unidad conceptual el anuncio del sentido del fallo y la orden de privar de la libertad, junto con la sentencia condenatoria.

Pero nunca se pronunció señalando que la posibilidad de aplicación del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, por resultar más favorable que el 450 de la Ley 906 de 2004, fuere en contravía a la sistemática de los dos sistemas que coinciden actualmente, uno con tendencia inquisitorio versus uno de corte acusatorio. Una cosa es que haya dicho que el legislador en su libertad de configuración podía en la Ley 906 de 2004 cambiar esa concepción de la Ley 600 de solo proceder la privación de la libertad hasta tanto se diera una sentencia condenatoria en firme, y otra cosa que hubiere dicho que por diferencias estructurales no podría aplicarse por favorabilidad la norma anterior.

Y aunque la Corporación accionada señala que la restricción a la libertad al emitirse sentido de fallo corresponde a otra sistemática diferente a la que inspiraba la Ley 600 de 2000, no lo finca sino en la evaluación de la necesidad, sin que ello alcance a configura una amplia y necesaria argumentación de la incompatibilidad de las regulaciones, que den al traste a la deprecada aplicación en atención al **principio de favorabilidad**. Por ninguna parte la Ley 600 de 2000 señalaba que estuviera inspirada la delación de la privación de la libertad hasta tanto se diera un fallo condenatorio, en tratándose de quien no viniera sufriendo detención preventiva, a que se evaluaran los motivos para imponer medida de aseguramiento,

No encontramos, entonces, esas diferencias en las dos regulaciones, que lleven a impedir una aplicación favorable con llevando el hacerlo a lo que se denomina una "**erosión del sistema**". Lo único que encontramos es que el sistema de tendencia acusatorio fue más enérgico y menos garantista, a pesar de tener una filosofía premial, que el sistema de corte inquisitivo. Y

precisamente por ser menos favorable, sin que se trate de dos regulaciones antagónicas, es que cabe la aplicación favorable.

En verdad, señalar que esa **detención** para cumplir una pena, que aun no es pena, no es un acto cautelar, es una falacia, pues no puede entenderse cómo se quiere trasmutar lo que todavía no es pena, en un anticipo de pena. Es un error de lógica, una cosa es o no es, pero no puede ser y no ser al mismo tiempo. En puridad sí se trata de un acto cautelar, porque si no lo fuera habría que aceptar que es una pena, cuando no lo es. Solo existen dos formas legales de privación de la libertad, la medida cautelar y la pena, y no hay híbridos o estados intermedios.

Esta posición que venimos en señalar de parte del accionado, sin duda, desde una óptica constitucional y de la misma dogmática penal, desconoce caros principios del derecho penal, como es el componente del **debido proceso** que se nomina como **principio de favorabilidad**, a más de la primacía del derecho sustancia, y los **principios pro homine** y **pro libertati**.

ANEXOS Y PRUEBAS

Para facilitar el conocimiento de los fundamentos fácticos, anexo con este libelo los siguientes elementos:

1. La sentencia que invocamos proferida por el Tribunal Superior de Medellín con ponencia del doctor NELSON SARAY BOTERO.
2. El auto por el cual el señor Juez 23 Penal del Circuito denegó la solicitud de aplicación del principio de favorabilidad.
3. La decisión del Tribunal Superior de Medellín que denegó la pretensión de apelación.

SOLICITUD

Por lo argumentado en precedencia, se solicita de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ampare el haz de derechos fundamentales vulnerados, conforme a lo expuesto en precedencia y, en su lugar se ordene a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, se le conceda a nuestro Representado la revocatoria de la pena domiciliaria, en aplicación del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, por favorabilidad, esto hasta cuando la eventual decisión adoptada quede debidamente ejecutoriada.

NOTIFICACIONES

El Juzgado 23 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín podrá recibir notificaciones en el correo electrónico pcto23med@cendoj.ramajudicial.gov.co

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito de Medellín en secpenal@cendoj.ramajudicial.gov.co.

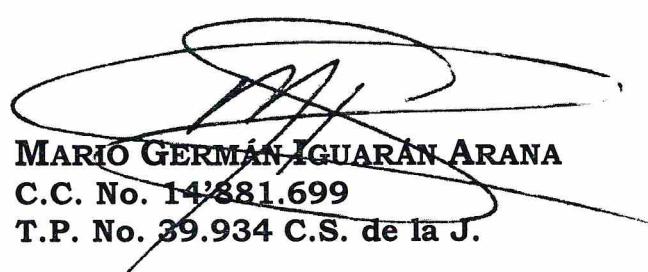
Mi Representado, el señor PABLO BUSTAMANTE BUILES, en el correo pablobustamantebuiles@hotmail.com.

Y finalmente el Suscrito en el correo electrónico angel.carloseduardo@gmail.com o admon@miabogadosasociados.com, así como en la dirección Carrera 17A No. 116-15, Oficina 501 en la ciudad de Bogotá D.C.

JURAMENTO

Manifiesto bajo juramento que no he incoado en forma precedente acción constitucional por estos mismos hechos.

De los señores Magistrados con el respeto que se merecen,


MARIO GERMAN IGUARAN ARANA
C.C. No. 14'881.699
T.P. No. 39.934 C.S. de la J.