

HONORABLES

**MAGISTRADOS DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
E.S.D.**

Asunto: **ACCIÓN DE TUTELA** contra providencia judicial de **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLOREZ** en contra dela sentencia dictada por la **SALA PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA**.

HÉCTOR RIVEROS SERRATO, domicilio en la ciudad de Bogotá e identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.445.020 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la T.P. No. 33686 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado especial **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLOREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 45.430.423, por medio del presente escrito, interpongo **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de lo resuelto por la sentencia del 12 de abril de proferida por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA** por medio de la cual se libró orden de captura en contra de mi defendida y por tanto se vulneraron sus derechos de libertad personal, presunción de inocencia, debido proceso, igualdad, favorabilidad y dignidad humana, contenidos en la Constitución Política de 1991, de conformidad con los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos:

I. SÍNTESIS DE LA CONDUCTA QUE CAUSA LA VULNERACIÓN Y DE LAS PRETENSIONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El Tribunal Superior de Cartagena se negó a aplicar en favor de mi poderdante la regla contenida en el artículo 188 de la Ley 600 del 2000, que ordena que el procesado mantenga su libertad hasta que la condena quede en firme, a pesar de encontrarse en las circunstancias previstas en ese texto normativo consistentes en que i) se profiera una sentencia condenatoria en materia penal, ii) que sea susceptible de un recurso que suspenda su ejecutoria, y iii) que durante el proceso no se haya decretado la detención preventiva.

Los señores magistrados consideraron, en cambio, que la norma aplicable era la del artículo 450 de la Ley 906 de 2004 que faculta al juez a ordenar la captura si la encuentra necesaria.

Sin cumplir con el deber de argumentación se limitaron a señalar que por haberse surtido el proceso bajo los mandatos de la citada Ley 906 de 2004, debían estarse a lo señalado en esta disposición y no a lo ordenado en la Ley 600 del 2000 a pesar de ser más favorable a la procesada.

En la providencia vulneradora de los derechos fundamentales cuyo amparo se reclama en esta acción, además, los señores magistrados omitieron hacer el juicio de necesidad exigido en la norma a la que se acogieron y con base en la cual ordenaron la captura inmediata de mi poderdante sin el cumplimiento de los supuestos descritos en ella.

La decisión contenida en la providencia judicial que provoca esta solicitud de tutela vulnera los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso, la favorabilidad en materia penal y la igualdad y consecuencialmente desconoce el derecho del procesado en materia penal a permanecer en libertad, como regla general, hasta tanto haya sentencia condenatoria en firme, colofón de la presunción de inocencia que ampara a todas las personas.

Como es sabido, en Colombia coexisten dos regímenes en materia procesal penal aplicables en función del momento de la ocurrencia de los hechos que se investigan como eventualmente constitutivos de delito o en función del sujeto procesado.

Es cierto que, las dos cuerdas procesales tienen sus particularidades y por ser suficientemente comprensivas de todas las etapas procesales se aplica como regla general, cada una, en su integralidad según lo que corresponda de acuerdo con los factores ya señalados. Aun así, la jurisprudencia tiene suficientemente establecido que cuando en esos conjuntos normativos se encuentren disposiciones que regulan situaciones iguales deberá escogerse la “permisiva o favorable” siempre que su aplicación no desconozca las bases esenciales del sistema en el marco del cual se surte el proceso¹.

No podría ser de otra manera porque los mandatos constitucionales obligan a dar el mismo tratamiento en situaciones semejantes, salvo que exista justificación relevante que amerite el trato diferenciado y a preferir, en asuntos punitivos, la ley más permisiva o favorable.

Dado que los artículos 188 de la Ley 600 de 2000 y 450 de la Ley 906 de 2004 **regulan la misma situación jurídica**², que es el tratamiento que en materia de libertad se le debe dar al procesado que es sujeto de una sentencia condenatoria en su contra, cuando aún esta no se encuentra en firme **y que lo hacen en forma opuesta**, el primero confiere el derecho de permanecer en libertad a quien lo está al momento de la condena y el segundo confiere al juez la facultad de ordenar la captura si resulta necesaria, **es perentorio preferir el mandato de la Ley 600 del 2000 por ser favorable**, a condición que su aplicación “no comporte afectación de lo vertebral del sistema acusatorio”³.

El cumplimiento de la sentencia, que es la consecuencia de la terminación del proceso no corresponde, por esa misma razón, a la estructura conceptual de ninguno de los sistemas.

La Sala Penal de la Honorable Corte Suprema ha adoptado múltiples decisiones en las que ordena aplicar una norma contenida en la Ley 600 de 2000 en procesos que se surten con los mandatos de la Ley 906 de 2004 y viceversa, con la condición ya señalada, por razones de favorabilidad y de eficacia del principio de igualdad y la Corte Constitucional ha ordenado retirar del ordenamiento jurídico normas que establecen reglas diferenciadas en estatutos procesales distintos sin justificación relevante para el trato desigual.

Cuando se ha planteado ante la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema la aplicación preferente del artículo 188 de la Ley 600 del 2000 sobre el 450 de la Ley 906 del 2004, ésta ha encontrado que no procede porque se rompe la estructura del proceso, en especial porque la norma de la Ley 906 del 2004 resalta el papel de la audiencia en la que se revela el sentido del fallo, circunstancia que no ocurrió en el presente caso porque la sentencia condenatoria se profirió en la segunda instancia.

La argumentación de la Honorable Corte para rechazar la aplicación por favorabilidad del citado artículo 188 de la ley 600 del 2000 en un caso llevado bajo la cuerda de la ley 906 de 2004 no comprende la situación del presente caso porque, como ya se ha señalado, se trata de una decisión adoptada en segunda instancia, cuando la previsión de la actuación compleja, integrada por el anuncio del sentido del fallo y la lectura de este, no ocurre.

Seguramente la Honorable Corte en esta ocasión tendrá razones suficientes para reconocer que, como lo ordena la Constitución, se debe aplicar de preferencia la norma más favorable, que la interpretación jurídica restrictiva en los asuntos hasta ahora puestos a su consideración no es conducente y que dadas las circunstancias particulares del asunto, en cambio, habrán de acogerse las pretensiones de este escrito.

Como sintéticamente se mostrará más adelante, la detención anticipada para iniciar el descuento de una condena que no está en firme no afecta en nada la estructura esencial del sistema acusatorio y por tanto imponer esa obligación a un procesado por el hecho de que su proceso se adelanta por el sistema regido por la Ley 906 del 2004, mientras que a otro, en la misma circunstancia, se le reconoce el derecho a

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2 de diciembre de 2020 Rad. 56180.

² Ibid.

³ Sala de Casación Penal, 10 de marzo de 2021, Rad. 58865.

permanecer en libertad mientras no quede en firme la condena porque la norma que regula su proceso es otra, constituye una violación al derecho a la igualdad, concreta un trato injustamente diferenciado, hace nugatorio el principio de favorabilidad en materia penal y la presunción de inocencia.

El juez constitucional debe reconocerlo así y ordenar que se deje sin efecto en ese punto la decisión judicial que vulnera derechos fundamentales de mi representada.

Esa decisión, es además violatoria del debido proceso dado que ni en el texto principal de la sentencia, ni en el auto que decidió la solicitud de aclaración hecha por el Tribunal, esa Corporación motivó suficientemente la decisión y se limitó a señalar que se trataba de estatutos procesales distintos como si no fuera esa precisamente la controversia: si se justificaba mantener un trato diferenciado entre procesados en relación con su libertad habiendo una sentencia condenatoria que no está ejecutoriada.

Esa omisión constituye una trasgresión del artículo 29 constitucional e impide el cabal derecho de defensa de mi representada, de tal manera que aún si no se acepta la aplicación del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 deberá ordenarse dejar sin efecto la sentencia en el punto relacionado con la orden de captura y ordenar al Tribunal satisfacer el deber de argumentación concreta y suficiente en relación con la solicitud de reconocimiento de la favorabilidad hecha por la defensa de mi representada.

Finalmente, se solicita a la honorable Corte ampare la dignidad humana de la señora PINEDO FLÓREZ la cual se encuentra vulnerada porque en la sentencia tantas veces mencionada se desconocieron sus condiciones personales y las circunstancias generadas por la pandemia y le impusieron la permanencia en un centro carcelario con lo que se pone en riesgo su salud e integridad.

Para proteger los derechos de mi poderdante se solicita a la Honorable Corte Suprema de Justicia dejar sin efectos el parte final del segundo resuelve de la sentencia tantas veces citada, en tanto, ordena libra orden de captura en contra de mi poderdante y el resuelve de la providencia que rechazo de plano la solicitud de aclaración sobre el momento en el que debía producirse la captura.

II FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Primero. El 7 de octubre de 2020 el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco – Bolívar profirió sentencia absolutoria a favor de **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ** y demás procesados.

Segundo. Tal decisión absolutoria fue recurrida por la Fiscalía 90 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el Ministerio Público y la representación de víctimas, correspondiéndole así el conocimiento de la segunda instancia a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

Tercero. Por medio de sentencia del 12 de abril de 2021 la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena revocó la absolución y en su lugar se condenó la señora **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ** a la pena de 150 meses de prisión, multa de 1400 SMLMV, inhabilitación para el ejercicio de derechos por el término de 150 meses e inhabilitación intemporal para el ejercicio de los derechos y funciones públicas, sin derecho a subrogados penales.

En la misma decisión se advirtió sobre la expedición de las órdenes de captura en contra de todos los condenados.

Cuarto. El 16 de abril de 2016 se hizo efectiva la orden de captura impartida por el Tribunal a **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ**, la cual se entregó a las autoridades de manera voluntaria y se encuentra recluida en un establecimiento de privación de la libertad.

Quinto. La defensa hizo la solicitud de aclaración del sentido y alcance del fallo proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena, el cual por medio de providencia del 20 de abril del 2021 confirmó lo establecido en la sentencia de segunda instancia y ratificó que lo procedente era la captura de la procesada inmediatamente.

Sexto. Dentro del término establecido por la Corte Suprema de Justicia, la defensa interpuso de mi poderdante interpuso impugnación especial para agotar la doble conformidad y se encuentra dentro del término para sustentar este recurso, por lo que las condenas impuestas en la sentencia de segunda instancia del 12 de abril de 2021 aún no se encuentran ejecutoriadas.

III. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

3.1. Legitimación en la causa

Frente a la legitimación por activa, la presente acción está siendo presentada por **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLOREZ** quien fue condenada a pena privativa de la libertad de 150 meses, multa de 1400 SMLMV, inhabilitación para el ejercicio de derechos por el término de 150 meses e inhabilitación intemporal para el ejercicio de los derechos y funciones públicas, lo anterior, en el marco de un proceso penal

En cuanto a la legitimación por pasiva, se interpone en contra del Tribunal Superior de Cartagena en su Sala Penal, quien profirió la providencia judicial que se pretende dejar sin efecto.

3.2. Relevancia constitucional

El asunto a analizar, sin duda alguna, tiene alta relevancia constitucional, pues se refiere a la posible vulneración de los derechos fundamentales a la libertad personal, presunción de inocencia, debido proceso, igualdad, favorabilidad y dignidad humana de una persona privada de la libertad por una decisión judicial dictada sin tener en cuenta dos de los pilares del derecho penal como lo son la igualdad y la favorabilidad, y además estar por fuera de los lineamientos contemplados de manera previa, en un caso con supuestos de hechos similares, en donde se resaltó la necesidad de fundamentación jurídica rigurosa frente a la imposición de una pena privativa de la libertad.

Así mismo, Se trata de un asunto de relevancia constitucional, pues el presente caso se inscribe en una tendencia creciente del uso discriminatorio del *ius puniendi* del Estado para realizar juicios penales frente a la gestión administrativa de funcionarios públicos cuyas actuaciones, en principio, no tendrían incidencia penal por cuanto se actuó con debida diligencia. Lo anterior implica la aplicación de un régimen de responsabilidad de autor y no de acto, esto es, de responsabilidad objetiva la cual se encuentra erradicada de nuestro sistema jurídico.

A modo de ilustración, en la actualidad cursan los procesos de funcionarios públicos tales como Sergio Fajardo, Aníbal Gaviria y mi representada. En todos estos asuntos, hay controversia sobre si se ha trasladado a los estrados judiciales y en particular a los jueces penales la disputa política y si las decisiones que se adoptan están mediadas, de alguna manera, por esa circunstancia, que incluso, como se lee en la sentencia condenatoria de este asunto, podría tratarse de una intención del juez de dar un trato más severo por considerar que el caso sirve de ejemplo, más allá de si existe o no una intencionalidad política.

Obsérvese que el denunciante en este caso fue un concejal, que mantuvo una dura controversia con la entonces alcaldesa y que la acusó de realizar una actuación que él mismo había autorizado como miembro de esa corporación en los años anteriores.

3.3. Subsidiariedad

Si bien es cierto, que en contra de la decisión que se pretende dejar sin efectos, proceden tanto el recurso extraordinario de casación como el de impugnación especial, el cual fue interpuesto pero se encuentra pendiente su sustentación, estos resultan insuficientes para proteger los derechos fundamentales que se consideran vulnerados

Lo anterior, en virtud de que estos medios de impugnación por naturaleza buscan revivir la discusión jurídica sobre los supuestos fácticos que llevaron a encontrar penalmente responsable a mi poderdante. Sin embargo, la presente discusión recae sobre una cuestión completamente diferente y es la inobservancia, en la sentencia accionada, del principio de igualdad y la favorabilidad, así como la total ausencia de un juicio riguroso de necesidad frente a la imposición de una pena privativa de la libertad, por cuanto es precisamente la falta de pronunciamiento sobre estos lo que impide que mi defendida permanezca en libertad en tanto cobre firmeza o sea revocada la sentencia.

En principio puede argumentarse que la orden de captura se encuentra contenida en la sentencia objeto de la impugnación especial y que por tanto debería ser en ese escenario en el que se proponga el debate que se trae aquí, pero en realidad ese recurso, para esta controversia, es completamente inocuo porque de lo que se trata es justamente de definir la regla que debe regir una posible restricción de la libertad de locomoción de mi representada en el entre tanto, esto es, entre el momento en que se dictó la sentencia impugnada y aquel en el que se resuelve el mismo.

Una vez resulto el recurso ya no habrá controversia sobre este punto, o bien se confirma la decisión del , caso en el cual estaremos ante una sentencia condenatoria en firme o bien se acogen los argumentos del recurso y se absuelve caso en el que mi representada tendrá indiscutible derecho a estar libre.

Los principios antes mencionados, así como los derechos de la señora **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLOREZ** que se encuentran vulnerados con la decisión del Tribunal, se encuentran, sin duda alguna, en la órbita de conocimiento del juez constitucional y es este el llamado a examinar la vulneración de derechos sufrida por mi poderdante.

3.4 Inmediatez

De acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se cumple el requisito de inmediatez toda vez que la captura se realizó el 16 de abril de 2021 y el Tribunal resolvió la solicitud de aclaración sobre el tema controversial el 20 de abril pasado es decir hace apenas un mes.

3.5 La irregularidad alegada tiene un efecto decisivo en la providencia judicial cuestionada

En efecto, las irregularidades de la sentencia accionada, esto es, el desconocimiento de las normas constitucionales del debido proceso, del principio de favorabilidad y de igualdad y la omisión de cumplir las directrices de la Corte Suprema frente a la rigurosidad de la argumentación en la imposición de penas privativas de la libertad, llevó a que la autoridad judicial accionada dictara una medida que afectó los derechos fundamentales de mi poderdante, pues, al momento de esta solicitud, se encuentra privada de la libertad a pesar de que otras personas que se encuentran en la misma condición gozan de su libertad.

3.6 Identificación razonable de los hechos

Me permito remitir al correspondiente capítulo de fundamentos fácticos de la presente acción.

3.7 La acción no se dirige contra una sentencia de tutela

La acción se dirige contra una de las decisiones contenidas en la providencia judicial mediante la cual el Tribunal Superior de Bolívar resolvió el recurso de apelación en un asunto penal, no se dirige contra una sentencia de constitucionalidad tomada por la Corte Constitucional ni contra una decisión del Consejo de Estado que resuelve una acción de nulidad por inconstitucionalidad.

En conclusión, la presente acción de tutela supera los requisitos de procedibilidad impuestos por la Corte constitucional y, por consiguiente, se deberá analizar las causales especiales de procedibilidad contra providencias judiciales.

IV CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Frente a las causales específicas de procedibilidad, la Corte Constitucional ha determinado los escenarios frente a los cuales resulta procedente controvertir las providencias judiciales a través de tutela.

Se trata de un parámetro que permite la protección excepcional de derechos fundamentales por este medio. Desde la sentencia C-590 de 2005 y vía reiteración se ha sostenido que entre estas causales o requisitos específicos están los siguientes, en los que incurre la providencia objeto de esta acción:

La sentencia del Tribunal incurre en un defecto material o sustantivo, en tanto la decisión en relación con la captura la tomó con base en normas que resultarían inaplicables al caso, ya que los mandatos constitucionales impondrían, por el contrario, descartarlas y aplicar de preferencia la norma cuya aplicación se reclama mediante esta acción.

La providencia también incurre en una *violación directa de la Constitución*, que se deriva del principio de supremacía de la Carta, el cual reconoce a la Constitución Política como documento plenamente vinculante y con fuerza normativa, a pesar de lo cual el Tribunal Superior de Bolívar desoyó lo previsto en los artículos 13 y 29 superiores.

Analizada la sentencia del 12 de abril de 2021 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, es posible argumentar que la misma incurre, al menos, en los siguientes defectos:

4.1. Decisión sin motivación.

La Corte Constitucional sostiene que la configuración de esta causal especial implica “(...) el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional (...)”⁴.

En ese sentido, es necesario señalar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia **STC4969-2020**, la cual tenía supuestos de hecho iguales y fue invocada por la defensa de mi poderdante en solicitud de aclaración elevada frente a lo dispuesto en la sentencia impugnada sostiene que el principio de favorabilidad es aplicable “(...) siempre y cuando concurran: “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”⁵.

⁴ Sentencia SU116/18 –M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁵ CSJ, SP, 14 de noviembre de 2007, Rad. 26190.

Todas condiciones que se cumplen en el caso bajo estudio, por lo que al Tribunal (...) 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, (...) 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 inexequibilidad (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 rituados 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)"⁶.

Igualmente, en la jurisprudencia ignorada por el Tribunal, La Corte resalta que, *la obligación del juez de sustentar debidamente sus decisiones tiene una relación intrínseca con lo consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*⁷. (...) Así, el deber de motivar toda providencia que no tenga por única finalidad impulsar el trámite, reclama, como presupuesto sine qua non, que la jurisdicción haga públicas las razones que ha tenido en cuenta al adoptar la respectiva resolución, de tal manera que tras conocérselas se tenga noticia de su contenido para que no aparezca arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo, amén de reflexivo de los diferentes elementos de juicio incorporados al plenario y dentro del marco trazado por el objeto y la causa del proceso.

En el caso en concreto, La Sala Penal del Tribunal de Cartagena desarrollo el criterio de necesidad de la pena impuesta a mi defendida, de la siguiente manera.

"(...) la pena es necesaria, entendiéndola en el marco de la prevención y de los fines que persigue, si se tiene en cuenta que en nuestro tiempo presente resulta urgente enviar un enérgico mensaje, para que actos de disposición de bienes de uso público, como si se trata de particulares, sean erradicados de las prácticas habituales de la administración pública (...)"

En conclusión, a la luz de la jurisprudencia antes citada, se hace evidente que el Tribunal accionado, se limitó a señalar que se trataba de estatutos procesales distintos como si no fuera esa precisamente la controversia: si se justificaba mantener un trato diferenciado entre procesados en relación con su libertad habiendo una sentencia condenatoria que no está ejecutoriada.

Esta omisión constituye una trasgresión de los derechos fundamentales de mi defendida, de tal manera que aún si no se acepta la aplicación del artículo 188 de la ley 600 de 2000 deberá ordenarse dejar sin efecto la sentencia en el punto relacionado con la orden de captura y ordenar al Tribunal satisfacer el

⁶ CSJ, AP, 20 de noviembre de 2013, Rad. 42111

⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículo 8. Numeral 1. *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

deber de argumentación concreta y suficiente en relación con la solicitud de reconocimiento de la favorabilidad hecha por la defensa de mi representada.

4.2. Violación directa a la constitución por desconocimiento del derecho a la igualdad y la inaplicación del principio de favorabilidad

La jurisprudencia constitucional es clara en establecer que se configura esta causal cuando un juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto; o aplica la ley al margen de los dictados de la Carta. En el primer escenario procede la tutela: (i) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (ii) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y (iii) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo escenario procede iv) cuando el juez dejó de aplicar disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.

En el acápite correspondiente a los fundamentos jurídicos se desarrolla con mayor extensión este punto aplicado al caso concreto.

V PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

De conformidad con los sustentos fácticos del presente caso le corresponde al juez constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos:

Si los artículos 188 de la ley 600 de 2000 y 450 de la ley 906 de 2004 regulan la misma situación jurídica.

En caso afirmativo, si la aplicación del citado 188 es perentoria por tratarse de una norma más favorable al procesado.

Si su aplicación rompería la esencia del sistema procesal en el marco del cual se adelantó el proceso.

Constituyen además problemas jurídicos secundarios que deberá dilucidar el juez constitucional, los relacionados con la carga argumentativa del juez en materia penal y la necesidad o no de considerar las condiciones especiales de la accionante y el contexto de la pandemia que padece el mundo para resolver sobre la libertad personal.

VI FUNDAMENTOS JURÍDICOS

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD PERSONAL, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, FAVORABILIDAD Y DIGNIDAD HUMANA EN EL CASO CONCRETO

6.1. La vulneración de los principios de favorabilidad y el derecho a la igualdad de la tutelante

La violación al principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad en este caso consiste en que la providencia acusada dio aplicación al artículo 450 de la Ley 906 de 2004 y no al artículo 188 de la Ley 600 de 2000.

Estas dos normas difieren por cuanto el artículo 188 de la Ley 600 de 2000 prevé que no se emitirá captura hasta tanto no se encuentre en firme la condena, mientras que el artículo 450 de la Ley 906 de

2004 establece la posibilidad de que el juez ordene inmediatamente la orden de encarcelamiento, luego de descartar la procedencia de subrogados penales y mecanismos sustitutivos.

De esta manera, la orden de captura emitida en contra de **JUDITH PINEDO FLÓREZ**, sin que la sentencia condenatoria haya alcanzado ejecutoria, contraría los derechos fundamentales de la accionante debido a que la aplicación del principio de favorabilidad y de igualdad es imperiosa (*i*), por lo que se requiere una carga argumentativa que justifique la inaplicación de la norma penal más favorable, que no está presente en este caso (*ii*); y, además, a que las sentencias condenatorias tienen efecto suspensivo (*iii*).

i. La aplicación del principio de favorabilidad y de igualdad es imperiosa

La igualdad es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de Colombia y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que la aplicación de las normas debe ser en consonancia con este postulado que indica que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ningún tipo de discriminación.

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.

En palabras de la Corte Constitucional en Sentencia C-225 de 2019: “la favorabilidad en materia penal constituye un mandato de orden superior que corresponde a un principio rector del derecho punitivo y un derecho fundamental de aplicación inmediata, de conformidad con el artículo 85 de la Carta”.

En Sentencia C-592 de 2005 esta Alta Corte recordó que el principio de favorabilidad es una garantía tanto constitucional como convencional que es fundamental al debido proceso. Su estatura es tal que la Corte explica que no es susceptible de suspensión durante los estados de excepción pues forma parte de una serie de garantías ligadas al respeto del debido proceso en materia penal, junto con los principios de legalidad, el derecho a ser oído y el derecho de defensa, como lo establece el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 sobre estados de excepción.

Frente al principio de favorabilidad, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal el 14 de noviembre de 2007, Rad. 26190 explicó que este tiene cabida cuando concurren las siguientes circunstancias: “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”.

En este caso concreto se cumplen con todos los supuestos facticos señalados por la Corte, esto es: a) coexisten la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004; b) ambas leyes en sus artículos 188 y 450 respectivamente, regulan el trámite de cumplimiento de la sentencia con consecuencias disimiles; y c) la Ley 600 de 2000 proscribe una permisibilidad frente a lo consagrado por la Ley 906 de 2004.

Además de lo anterior, resulta clara la posibilidad de aplicación ultractiva de la ley favorable en este caso, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en decisión de fecha 20 de noviembre de 2013 radicado 42111:

“[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 inexequibilidad (ultractividad), siempre que en algún momento haya regido la actuación y que -desde luego- sea, en uno u otro caso, más favorable al sancionado 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 rituados bajo la égida del sistema acusatorio, siempre que no lo desnaturalicen".

ii. La igualdad en material penal

La coexistencia de sistemas procesales y la negativa a preferir la norma más favorable cuando se trate de asuntos jurídicos semejantes abre la puerta para que en la práctica dos personas que se encuentren en la misma situación, como sería estar condenadas mediante sentencia que no se encuentra en firme por la eventual comisión de los delitos que no tienen subrogados penales, reciban tratamientos distintos que lleven a que uno, procesado por la cuerda de la ley 600 de 2000 se mantiene en libertad hasta que la sentencia quede firme y otro, procesado por la cuerda de la ley 906 de 2004, deba estar privado de la libertad en el mismo lapso.

La Honorable Corte Suprema de Justicia recientemente en un caso de público conocimiento condenó al exmagistrado Jorge Pretel, por delitos que estarían excluidos de la posibilidad de los subrogados penales, pero le permitió estar en libertad hasta que se produzca sentencia definitiva.

Mi representada se encuentra en igual circunstancia, pero recibe un tratamiento distinto. Las argumentaciones no son suficientes para sacrificar el principio de igualdad que desde el ámbito de la ejecución penal presupone un trato idéntico para los que sean sometidos a sanción penal, salvo que haya criterios subjetivos que justifiquen el trato diferenciado.

En el marco del proceso penal la interpretación y decisión de los jueces en casos fácticamente y jurídicamente idénticos debe ser en el mismo sentido en aras de garantizar el principio de igualdad.

La Corte Constitucional tiene sentado que en materia penal el test de igualdad debe ser más riguroso que en otras ramas del Derecho.

En la Sentencia C-1112 de 2000 adoptó la siguiente regla:

"Existe pues, una máxima específica de igualdad en materia penal, procesal y de acceso a la justicia, razón por lo cual el control constitucional respecto de las diferencias de trato establecidas en estos asuntos -i.e. en el procedimiento aplicable tanto a los delitos como a las contravenciones- debe ser más estricto que el control ordinario para las regulaciones legales en otros ámbitos. Esto, si bien no significa que el legislador se encuentre imperativamente atado a disponer consecuencias idénticas para los diferentes sujetos procesales, "pues su libertad para establecer las formas propias de cada juicio [o procedimiento] autoriza la regulación de cargas jurídicas y efectos diferentes para los distintos actores", sí exige un mínimo de coherencia en el diseño y aplicación de las herramientas procesales, de tal manera que el tratamiento que se dispensa tanto al contraventor como al delincuente sea consecuente con la naturaleza de su conducta y permita, en uno y otro caso, gozar plenamente de las garantías concedidas a todo procesado, v.gr., el derecho a la defensa o la posibilidad de acumular rebajas en la redención de la pena"

El trato diferenciado debe ser justificado y razonable.

En Sentencia C-114 del 2005, la Corte deriva cuatro mandatos para determinar si en un caso se viola o no el principio de igualdad en materia penal.

1. *Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;*
2. *Un mandato de trato enteramente diferente a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento común;*
3. *Un mandato de trato paritario a designatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y,*
4. *Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentre en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato desigual a pesar de la similitud).*

Si bien, el principio de igualdad tiene un carácter relacional que obliga a analizar las dos situaciones en sus elementos comunes relevantes y que la jurisprudencia ha señalado que la decisión es casuística, hay que señalar que el trato diferenciado a dos personas, como el ex magistrado mencionado y mi poderdante no encuentra justificación alguna y que el hecho de que el uno goce de un fuero constitucional, como una garantía institucional en favor de las altas cortes para preservar su independencia, y la otra no no resulta relevante para el tratamiento relacionado con la libertad personal una vez se ha proferido sentencia condenatoria que puede ser impugnada mediante recurso que se concede en el efecto suspensivo.

La norma del artículo 450 de la ley 906 deviene, en el caso particular, inconstitucional por violatoria del principio de igualdad.

La Corte Constitucional ha considerado que la exclusión de beneficios o instituciones a favor del reo sin justificación puede vulnerar el derecho a la igualdad, tal como se ha reconocido frente a la condena de ejecución condicional(C-430 de 1996 y C-445 de 1998), el desistimiento (C-368 de 2000), la indemnización integral (C-840 de 2000), la acumulación de rebajas de pena (C-1112 de 2000) y la doble instancia (C-792 de 2014), criterio que debería tener plena aplicación en la definición del régimen de libertad personal para la específica situación de una sentencia condenatoria que aún no se encuentra en firme.

Esa Corporación en sentencia T-402 de 2008, ordenó resolver nuevamente la solicitud de redosificación punitiva del accionante para aplicar la consecuencia de la aceptación de cargos contemplada en la Ley 906 de 2004 y que es más favorable que la de la sentencia anticipada del régimen de la Ley 600 de 2000.

Las reglas jurisprudenciales que se derivan de ese pronunciamiento se pueden reunir así, todas aplicables en el presente caso:

- El principio de favorabilidad se aplica a toda la normatividad penal, independientemente de si se trata de normas sustanciales o procesales, aunque en este último caso es necesario considerar las especificidades de cada régimen procesal penal.
- Los instrumentos de uno de los sistemas procesales son aplicables a situaciones decididas con base en el otro, si ellos son favorables para el procesado, siempre que del contexto de cada régimen procesal penal no se deduzca una razón que impida aplicar el principio de favorabilidad, como ocurriría si las instituciones relevantes en el régimen anterior y el posterior fueran diferentes o no resultaran comparables.

- La aplicación de los instrumentos de una nueva ley procesal penal a hechos cumplidos o juzgados en la época de vigencia de otra normatividad penal, es necesario que los dos ordenamientos procesales penales contengan supuestos de hecho comunes.

Está probado en el expediente, que la demandante fue condenada mediante sentencia de segunda instancia, susceptible de recurso de impugnación especial que se encuentra en trámite y que durante el trámite del proceso penal no se consideró necesario dictar medida de detención preventiva.

Los supuestos de hecho mencionados son los mismos para el artículo 188 de la ley 600 de 2000 y el 450 de la 906 de 2004, por lo que deberá concederse el amparo constitucional solicitado, pues la decisión judicial en cuestión fue adoptada a partir de una interpretación contraria al principio de favorabilidad penal consagrado en el artículo 29 Superior, lo que configura un defecto de violación directa de la Constitución.

Para ilustrar la falta de justificación del trato desigual bastaría hacer una composición de lugar a partir de la hipótesis de que mi poderdante durante el largo período en el que se desarrolló el proceso penal hubiese sido elegida congresista, el proceso hubiese pasado a conocimiento de la Honorable Corte Suprema en virtud del fuero personal de los legisladores y que esa Corporación la hubiese hallado responsable penalmente. En ese caso, dado que tendría derecho a interponer el recurso especial de impugnación habría tenido derecho a permanecer en libertad hasta se produjera sentencia definitiva.

La misma persona, por los mismos hechos tendría tratamiento distinto justificado en el sistema penal en cuyo marco se hubiese rituado el proceso. Esa conclusión resultaría, sin duda, vulneratoria del principio de igualdad porque tan diferenciación no tendría justificación alguna y no resultaría razonable.

iii. La inaplicación de la norma penal más favorable en este caso no está suficientemente justificada

La coexistencia de dos leyes en materia penal en el ordenamiento jurídico colombiano resulta del hecho que para altos funcionarios del Estado (aforados) el trámite de los procesos penales se surte bajo las prerrogativas de la Ley 600 de 2000; mientras que para los demás ciudadanos se aplique el trámite ordinario, consagrado en la Ley 906 de 2004.

Si bien el Congreso de la República está facultado para establecer las distinciones requeridas entre los grupos de aforados, y entre estos y los destinatarios comunes u ordinarios del *ius puniendo* estatal, las cuales no son, *per se*, violatorias del principio de igualdad, la Corte Constitucional ha señalado que estas distinciones deben estar debidamente justificadas, como explicó en la Sentencia SU-146 de 2020:

“En pacífica y reiterada jurisprudencia, en todo caso, se ha advertido que esta competencia legislativa debe ejercerse con sujeción a los valores, principios y derechos constitucionales; al principio de razonabilidad y de proporcionalidad; y, en últimas, a la garantía del debido proceso dentro de cuyas garantías juegan un rol fundamental los principios de legalidad, contradicción, defensa, favorabilidad y presunción de inocencia”.

La relevancia del principio de favorabilidad como garantía fundamental del debido proceso y del respeto al derecho fundamental a la igualdad impone una carga argumentativa excepcional para justificar la inaplicación de una norma penal más favorable. En Sentencia SU-146 de 2020 la Corte estableció en este sentido, que “la Carta solo permite que la regulación incorpore estrictamente aquellas medidas necesarias para la satisfacción de las finalidades que subyacen a la protección del fuero”.

Asimismo, el alcance normativo de esta figura jurídica implica que le compete al juez proveer la justificación para inaplicar una norma penal más favorable. Como explica la Corte Constitucional en Sentencia C-225 de 2019, la competencia del legislador para determinar la vigencia de la normatividad

penal hacia el futuro como expresión del principio de irretroactividad de la ley penal “no obstaculiza ni restringe la aplicación inmediata del principio de favorabilidad que debe ser objeto de examen y decisión por parte del juez de conocimiento en cada caso concreto del respectivo proceso penal”. En este caso, la inaplicación de la norma penal más favorable a la accionante no fue justificada ni analizada en la providencia acusada.

iv. *La Corte Suprema de Justicia ha sido notoriamente flexible al facultar la superposición de artículos de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004*

Como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, el principio de favorabilidad obliga a aplicar, ante la vigencia simultánea de leyes, cuando estatutos procesales coexistentes y tratan de distinta manera una misma situación, la norma más favorable al procesado, siempre que su aplicación no implique “desconocer las bases esenciales del sistema” (Sala de Casación Penal, 2 de diciembre de 2020 Rad. 56180; AP del 18 de marzo de 2009 Rad. 27339).

La jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que en la actualidad en Colombia coexisten dos regímenes procesales penales, vigentes ambos, aplicables el uno (la ley 600) a los procesos que se siguen a los aforados constitucionales, y el otro (la ley 906) a todos los demás procesados.

Dada esa coexistencia normativa es mandatorio concluir que, con la aplicación de principios constitucionales básicos, en caso de que en un estatuto de los mencionados haya una norma que sea más favorable al procesado deberá aplicarse de preferencia.

Esa es la regla general. Ahora, la Corte ha dicho que esa regla no procede si se desconoce la esencia del sistema procesal penal en el marco del cual se tramita la causa.

“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 rituados bajo la égida del sistema acusatorio, siempre que no lo desnaturalicen”.

Asimismo, al discutir la comparación de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, la Corte Suprema de Justicia ha descrito que es pertinente aplicar la ley favorable al procesado mientras no desconozca “la estructura conceptual del sistema”:

“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 actuación, 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” (Sala de Casación Penal, 2 de diciembre de 2020 Rad. 56180).

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, al citar una providencia del 4 mayo de 2005, Rad. 23567, recordó que, en alusión específica al traslado de disposiciones de la Ley 600 de 2000 a la Ley 906 de 2004, la Sala sostiene que solo es posible en la medida que “no comporte afectación de lo vertebral del sistema acusatorio, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizarían tanto sus postulados y finalidades como su sistemática” (Sala de Casación Penal, 10 de marzo de 2021, Rad. 58865)

De esta manera, es claro que en virtud del principio de favorabilidad es necesario aplicar la ley penal que menos afecte los derechos fundamentales de los procesados, siempre y cuando no se “desnaturalice” o “desconozca” las “bases esenciales” del sistema o su “estructura conceptual”. Es necesario, por tanto,

reconstruir lo que las normas y la jurisprudencia han entendido como los elementos esenciales del sistema que regula la Ley 906 de 2004 para delimitar aquello que constituiría una transgresión a su naturaleza.

En relación con el **alcance del principio de favorabilidad** en casos como el analizado, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que el traslado de disposiciones aisladas de un estatuto adjetivo al otro no es procedente cuando a través de él se desconozca la “*especificidad de cada sistema penal*”, precisando en consecuencia que “*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*”⁸.

El desconocimiento de las bases esenciales del sistema también ha sido referido como “desnaturalizar” el sistema, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en decisión de fecha 20 de noviembre de 2013 Radicado 42111, donde resulta clara la posibilidad de aplicación del principio de favorabilidad entre las normas referidas en el presente escrito:

No hay duda, entonces, que es posible traer normas de la ley 600, como el artículo 188 que se reclama, a casos que se llevan por la ley 906 de 2004. Se debe, pues, examinar, si lo señalado en dicha norma contraría o no la especificidad del sistema penal acusatorio. Como se verá la respuesta es negativa.

v. *Aplicar la norma penal más favorable en este caso no desnaturaliza el proceso acusatorio*

El sistema penal acusatorio está caracterizado por (i) la separación entre el órgano que investiga y acusa con aquel que falla; (ii) el derecho que tiene el procesado a conocer la acusación formulada; y (iii) una comprensión estricta de la prohibición de la *reformatio in pejus* (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010). A partir del acto de acusación se implementa “un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”, según se establece también en los artículos 9 y 15 al 18 del Código de Procedimiento Penal. Mediante dicha norma constitucional y su desarrollo normativo, el sistema acusatorio se caracteriza por distinguir claramente tres funciones en el proceso penal: la función de acusación que implica previa investigación, la función de defensa frente a la acusación y finalmente, la función de juzgamiento.

La Corte Constitucional ha señalado que la implementación del sistema procesal penal, regulado por la Ley 906 de 2004, persigue las siguientes finalidades:

i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecer un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquél de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (Sentencias C-025 de 2010 y C- 591 de 2005).

Los principios de imparcialidad, publicidad, oralidad, inmediación, celeridad, concentración y congruencia han sido reconocidos como parte esencial del sistema acusatorio por la jurisprudencia de la Sala Penal de

⁸ Recientemente AP3329-2020.

la Corte Suprema de Justicia y la Sala Plena de la Corte Constitucional (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27.518; Sentencia de 25 de abril de 2007. Rad. 26309; Sentencia de 27 de julio de 2007. Rad. 26488).

Así, no es posible subestimar la relevancia de la naturaleza adversarial del sistema acusatorio. En referencia al principio de igualdad de armas, la Corte Constitucional en Sentencia C-025 de 2010 enunció que: “este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que, en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”.

En vista de las características citadas, la Corte Suprema de Justicia ha sido notoriamente flexible al facultar la superposición de artículos de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. En virtud del principio de favorabilidad se han trasladado disposiciones entre estas dos normas como la extinción de la acción penal por indemnización integral, el otorgar beneficios por colaboración y la aplicación del principio de oportunidad, que como se señaló previamente, es considerado explícitamente como un elemento esencial del sistema que introdujo la Ley 906 de 2004.

Dada la transigencia y el reducido alcance que se le ha otorgado a las “bases esenciales” del sistema penal acusatorio, es evidente que aplicar la norma penal más favorable en este caso no contraría la estructura conceptual del sistema, sino que, en cambio, se alinea con la interpretación decantada por la Corte Suprema de Justicia en este punto.

vi. Las sentencias condenatorias tienen efecto suspensivo

Del artículo 177 de la Ley 906 de 2004 se desprende que las sentencias condenatorias tienen efecto suspensivo, que en este caso se traduce en que el proceso contra la accionante se suspende y la sentencia no puede ser ejecutada hasta tanto haya un pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema sobre el recurso de impugnación especial.

El día 7 de octubre de 2020 se profirió sentencia absolutoria de primera instancia a través de la cual se declaró inocente a JUDITH PINEDO FLÓREZ y a todos los procesados de los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN y CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. Dado que la condena se produjo en segunda instancia, la cual no está en firme, con la posibilidad incluso de ser recurrida bajo las consignas del recurso de apelación y que, actualmente, se está tramitando el recurso de impugnación especial, ejecutar de forma inmediata la pena impuesta va en contra de la excepcionalidad de la restricción de la libertad e interpretación *pro homine* y *pro libertatis* ya que su ejecución es en centro carcelario.

En Colombia algunas Salas Penales de Tribunales y la Corte Suprema de Justicia han estado de acuerdo con la suspensión de la ejecución de la pena cuando quiera que los argumentos defensivos y acusatorios sean de alta complejidad, como lo refleja la existencia de sentencias que absuelven y condenan a la accionante en este caso. Así sucedió en el proceso con radicado No. 11001600028200702662 02, específicamente en decisión de fecha 28 de julio de 2009, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que en esa oportunidad sostuvo:

“No obstante, ya que esta decisión no solo puede estar afectada por la falibilidad de todas las obras humanas, (...) el Tribunal advierte que concurren razones para disponer que la captura del señor SÁNCHEZ RINCÓN se haga efectiva una vez la sentencia se haya ejecutoriado. De esta forma, la afectación de su derecho fundamental a la libertad queda supeditada a si la presente sentencia adquiere o no el valor de cosa juzgada.”

En ese mismo proceso la Corte Suprema de Justicia estudió el caso y confirmó la decisión del Tribunal donde se condena al procesado. Sin embargo, en su decisión radicada 32964 de fecha 25 de agosto de 2010, la CSJ avaló la posición tomada por el Tribunal de no suspensión condicional, ya que así se garantizaron no solo los derechos a la presunción de inocencia y libertad del finalmente condenado sino también que se adoptó una posición de garantía de tales derechos:

“Diferir la privación de la libertad del procesado a la ejecutoria del fallo, por último, no comprueba la perplejidad alegada en la censura sino una posición “mayormente garantista” de la Corporación judicial frente a ese derecho fundamental.”

Asimismo, negar el efecto suspensivo de la sentencia condenatoria desconocería el derecho a la doble conformidad de la accionante, que ha sido reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014 como un derecho fundamental establecido en tratados de derechos humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Colombia y que hace parte del bloque de constitucionalidad de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, aplicable a los casos cuando se trate de condenas impuestas por primera vez. Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia SU-217 del 2019 reiteró que:

La aplicación del 8.2. h) de la Convención americana de derechos humanos, relativo al principio de doble conformidad debe presentarse es un derecho constitucional derivado del bloque de constitucionalidad.

Además, se trata de un Derecho humano y como tal de eficacia jurídica directa e inmediata, de manera tal que debe hacerse una interpretación armónica y coherente del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, que regula los efectos de la apelación, que define el **efecto suspensivo** como aquel que prevé la suspensión de la competencia de quien profirió la decisión objeto del recurso, pero no de la determinación impugnada.

Una interpretación pro persona de esta disposición impide que una persona sea encarcelada cuando aún no se ha cumplido plenamente con sus garantías de debido proceso.

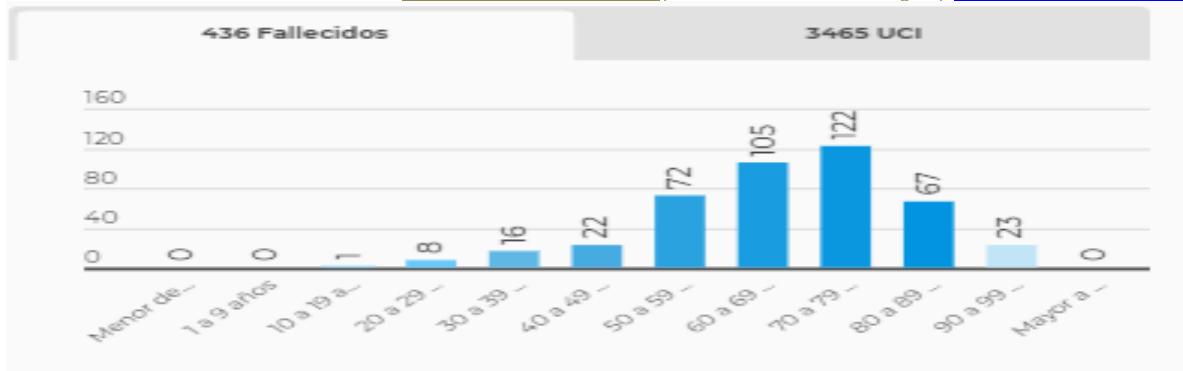
VII LA SALUD Y LA DIGNIDAD FRENTE A LAS CONDICIONES ESPECIALES DE SALUD DE LA SEÑORA JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLOREZ

Como es de conocimiento público, el SARS-COV-2 más conocido como covid-19, ha supuesto una crisis sanitaria a nivel mundial.

Colombia hoy con cerca de 3 millones de personas contagiadas, más de 70 mil muertos y a poco más de un año del inicio de una de las mayores emergencias sanitarias de la humanidad, ha resultado ser uno de los países más afectados, a tal punto que en las últimas semanas ha ocupado el tercer lugar en número de muertes a nivel mundial.

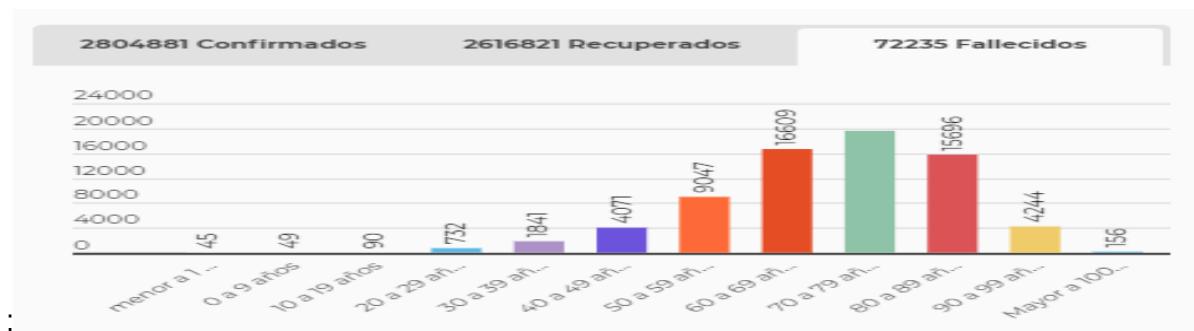
Los pacientes mayores de 60 años con resultados positivos para el virus, con patologías o comorbilidades de base se les ha identificado mayor vulnerabilidad, por tanto, es este el grupo que ha sufrido mayor afectación en la pandemia, tanto que la tasa de letalidad de esta población se ubica en el 20%, recordemos que la letalidad es la proporción del número de muertes respecto del número de contagiados.

Como fundamento de lo anterior, en la siguiente gráfica, que puede ser consultada en el sitio oficial del Instituto Nacional de Salud, se puede observar por vía de ejemplo, que de 436 fallecidos reportados el 27 de abril de 2021, 317 se ubican en la población mayor de 60 años, y, si nos situamos en el rango de edad de Judith Pinedo Flórez, se reportan 105 decesos.



Fuente: <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/Coronavirus.aspx>

Dicho panorama no cambia si vemos la distribución por grupo etario del total de fallecidos acumulados a la fecha:



Fuente: <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/coronavirus-casos.aspx>

Judith Pinedo Flórez, tiene 62 años de edad, de acuerdo a las historias clínicas, tiene una condición de **prediabetes e hipotiroidismo**. La diabetes se encuentra dentro de las comorbilidades, que sumado a su edad la sitúa en el grupo poblacional con mayor predisposición a padecer enfermedad grave en caso de contagiarse, probabilidades que aumentan si no cuenta con las condiciones adecuadas que permitan mantener una correcta higiene, distanciamiento social, predominio de espacios ventilados o al aire libre.

De hecho, en uno de los apartes de la historia clínica suscrita por el doctor Rafael Carmona puede leerse lo siguiente:

DIAGNOSTICOS : HIPOTIROIDISMO SII ERGE

ANALISIS Y PLAN:

SE DEBE EVITAR CONFINAMIENTO COMPARTIDO ANTE PANDEMIA Y RIESGOS POR ENFERMEDAD DE BASE

REALIZAR ESTUDIOS ENDOSCOPICOS PARA ACTUALIZACION DE ENFERMEDAD Y SINTOMAS

MANEJO SINTOMATICO PANTOPRAZOL 40 MG X 2 BROMURO DE OTILONIO 40 MG X 2



En el mismo sentido, la doctora Yadira Villalba, en evolución de 20 de Julio de 2020 conceptúa:

- i)1)POST MENOPAUSICA**
- 2)PRE DIABETES**
- 3)DISLIPIDEMIA MIXTA:HIPERCOLESTEROLEMIA SEVERA, MAS HIPERTRIGLICERIDEMIA**
- 4)TIROIDITIS CRONICA AUTOINMUNE.**

DRA. YADIRA VILLALBA YABRUDY
C.C. 45.429.416
R.M. 592

Lastimosamente las condiciones de los centros de reclusión en Colombia no cuentan con la infraestructura que permite garantizar dichas condiciones, máxime cuando la positividad actual oscila entre el 22 y 27%, de hecho, en algunas ciudades como Barranquilla ha sido incluso mayor, y, aunque a prima facie se pudiera considerar que no está presente ninguna causal objetiva para acceder a decretar la libertad o en

su defecto la medida de detención domiciliaria, se deben tener en cuenta las condiciones actuales que no fueron previstas por el legislador al redactar la norma en comento.

El tercer pico de esta pandemia, en el que se encuentra la ciudad de Cartagena, supone tomar medidas urgentes y extremas, cuando se cuenta con una predisposición como la que viene señalada. Uno de los fines de la acción de tutela consiste justamente en evitar un perjuicio irremediable, situación que dada la evidencia actual se ubica en un alto grado de probabilidad en el caso concreto.

VI. PRETENSIONES

PRIMERA. Se **AMPAREN** los derechos fundamentales a libertad personal, presunción de inocencia, debido proceso, igualdad, favorabilidad y dignidad humana de la señora **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLOREZ**, los cuales fueron vulnerados por la decisión adoptada por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA**

SEGUNDA. Dejar sin efecto exclusivamente el aparte final del segundo resuelve de la sentencia proferida por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA** del 12 de abril de 2021, en tanto, ordena librar orden de captura en contra de mi poderdante, así como el resuelve de la providencia que rechazó de plano la solicitud de aclaración sobre el momento en el que debía producirse la captura.

TERCERA. Ordenar la inmediata libertad personal de la demandante hasta tanto se resuelva la impugnación especial impetrada por su defensa.

CUARTA. Subsidiariamente, para el caso en que la honorable Corte decida no conceder las anteriores peticiones, solicito dejar sin efecto el aparte final del segundo resuelve de la sentencia proferida por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA** del 12 de abril de 2021, en tanto, ordena librar orden de captura en contra de mi poderdante, así como el resuelve de la providencia que rechazó de plano la solicitud de aclaración sobre el momento en el que debía producirse la captura hasta tanto se satisfaga adecuadamente con el deber de argumentación de dicha orden.

VII. PRUEBAS Y ANEXOS

1. Poder otorgado por la señora **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLOREZ** al suscrito.
2. Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Bolívar mediante la cual condenó a la tutelante por los delitos de celebración indebida de contratos y peculado por apropiación, en la que, además, ordenó la captura de la procesada.
3. Providencia mediante la cual resolvió la solicitud de aclaración de esa providencia en la que se buscaba se reconociera la aplicación del artículo 188 de la ley 600 de 2000 en virtud del principio de favorabilidad.

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y el Decreto 1069 de 2015, modificado por el numeral 5 del Decreto 333 del 2021, las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.

Teniendo en cuenta la naturaleza de las entidades accionadas le corresponden el conocimiento de la presente acción de tutela a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

IX. JURAMENTO

Manifiesto que de acuerdo con la información suministrada por mi poderdante, no se ha instaurado acción de tutela por los mismos hechos, ni entre las mismas partes.

X. NOTIFICACIONES

1. La parte accionante

El suscrito y la señora **JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLOREZ** recibimos notificaciones en los correoselectrónico: riveroshector@gmail.com y contacto@riverosconsulting.com

2. La parte accionada.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA - recibe notificaciones en los correoselectrónico:
secsalpen@cendoj.ramajudicial.gov.co

Honorables magistrados,


HÉCTOR RIVEROS SERRATO
CC. 19.445.020
TP. No. 33686 del Consejo Superior de la Judicatura