

Doctor:

DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA
MAGISTRADO TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
E.S.D

CUI-08-001-60-1257-2016-01426-04

Ref. Tribunal 08-001-22-04-000-2019-00171-00

Causa en contra de JUAN CARLOS CORREA OLAYA
Delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, PECULADO POR
APROPIACIÓN, PREVARICATO POR ACCIÓN, PREVARICATO POR OMISIÓN. –

REF: **RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO APELACIÓN.**

ERICK CALDERÓN JARABA, identificado conforme figura al pie de mi correspondiente firma, actuando en mi calidad de apoderado judicial del doctor **JUAN CARLOS CORREA OLAYA**, ex juez 14 Laboral del Circuito de Barranquilla, de la manera más respetuosa me permito interponer, dentro del término, **RECURSO DE REPOSICIÓN** y de manera subsidiaria **APELACIÓN** en contra del auto fechado 27 de mayo de 2021, notificado por intermedio de la SECRETARÍA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA del 31 de mayo a las 17:23 P.M, mediante el cual se negó el otorgamiento de los beneficios de prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 G y del permiso de 72 horas de que trata la ley 65 de 1993.

Previo a cualquier disertación, esta vez no actuando como defensor del procesado, sino como usuario de la administración de justicia en el Distrito de Barranquilla, quiero manifestar mi preocupación por el desconocimiento que el Tribunal ha tenido sobre la figura procesal del PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, cuya aplicación no pende de la voluntad del juzgador o de interpretaciones personales, sino frente a la garantía irrestricta de aplicación de aquellas leyes que dentro del tránsito jurídico, en una situación particular, venga a ser más favorable para el procesado o condenado.

La interpretación dada por este Tribunal no solo desconoce años de dogmática penal, sino más aún, cierra las puertas para que a futuro cualquier ciudadano condenado o procesado pueda acceder a la aplicación de este principio, pues han otorgado una interpretación restringida de la figura.

Este postulado consiste en que no importa si para el tiempo en que se cometiere la conducta no existiera una ley, y con posterioridad surgiere alguna que le favorece, en este evento se deberá preferir la aplicación de la última, independiente de si ha pasado mucho o poco tiempo desde la materialización de la conducta. Por ello, más que un recurso de reposición o apelación, este documento tiene una pretensión de corrección de una argumentación que no encuentra respaldo en la ley y que genera un desmonte de garantías, lo cual es grave en un Estado democrático.

En estos términos, y solo para que se comprenda lo que aquí se pretende, dividiremos nuestro recurso en varios capítulos, para lo cual achacaremos algunos aspectos que consideramos problemáticos de la decisión del tribunal, manifestando que esta desconoce los precedentes jurisprudenciales e internacionales sobre el principio de favorabilidad, pues aplica de forma retroactiva una ley no vigente al momento de los hechos, así como tampoco al tiempo de dictarse sentencia de primera instancia. De igual forma, deja sentado que no es posible la aplicación de una ley posterior favorable, en tanto, los hechos no se cometieron durante su vigencia, sino con anterioridad, como si no fuera eso precisamente la razón de ser del principio de favorabilidad.

Con el auto que se recurre se deja de aplicar teorías de antaño como la ley intermedia favorable y con ello se lesionan la garantía a la confianza jurídica legítima y seguridad jurídica.

DE LA COMPETENCIA:

Es competente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para resolver el recurso de reposición propuesto, en virtud de haber emitido la decisión interlocutoria, de conformidad a lo previsto en la ley 906 de 2004.

En igual sentido, son competentes para resolver sobre la petición de concesión de prisión domiciliaria por el cumplimiento de la mitad de la pena, en virtud de la ley 906 de 2004, y lo previsto en la decisión 39373 del 10 de julio de 2013, M.P Fernando Castro Caballero, mediante la cual la Corte Suprema de Justicia, manifestó:

a) De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 19 transitorio de la Ley 553 de 2000, que rige a este asunto, los aspectos referentes a la libertad serán de estricto conocimiento del juez de primera instancia, esto es, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

Por tanto, cualquier tema relacionado con este derecho, incluyendo la redención de pena, compete resolverlo al titular del citado despacho judicial por haber proferido el fallo de primer grado dentro del presente trámite, puesto que la sentencia no se encuentra ejecutoriada.

Es así que, al haberse emitido decisión de primera instancia por parte de la autoridad colegiada, y no hallándose ejecutoriada la sentencia en virtud de los recursos de apelación presentados por defensa y representación de víctimas, resultan ser competentes para desatar la petición el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

También y para que no queden dudas, la Corte Suprema de Justicia en sede de segunda instancia, de manera más reciente resolvió en decisión del 27 de agosto de 2019, AP3617-2019, rad 55887, MP Eyder Patiño Cabrera, al declararse competentes para resolver sobre una petición de redención.

Adicionalmente también debo expresar que la Sala tiene competencia para pronunciarse de fondo sobre la concesión de la Prisión Domiciliaria del artículo 38G, *idem* pese a que no se encuentra en firme la condena, conforme a lo indicó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 1 de febrero de 2017 Rad 45.900, MP Luis Guillermo Salazar Otero cuando dijo:

“Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria”.

En últimas, será competente la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA para desatar el recurso de **APELACIÓN**, en el evento en que no prospere el recurso de reposición, en virtud de ser superiores funcionales del ente Colectivo que emitió el auto que se recurre.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN QUE SE RECURRE:

El Tribunal para negar el beneficio de prisión domiciliaria, de forma sintética dijo que, el reclamo que se hacía en torno a la aplicación del principio de favorabilidad era de imposible materialización. Y para ello expuso:

“Sin embargo, tal aseveración no es cierta, pues al Dr. Correa Olaya, entre otros, se le acusó de no haber remitido al grado de consulta las sentencias del 9 de diciembre de 2013 (Rad. 2013-526) y 4 de junio de 2013 (Rad. 2013-118), así como que las mismas eran manifiestamente contrarias a la ley, teniéndose que, a esa fecha, aún no se encontraba vigente la ley 1709 de 2014.

Visto de ese modo, como quiera que al procesado se le dictó condena por un concurso de delitos, la normatividad que se pretende aplicar debió estar vigente al momento de la comisión de la totalidad de éstos, lo cual, como se vio, no se satisface, pues dos de los prevaricatos por

acción que se le acusaron se configuraron antes de la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014.

Al no estar vigente al momento de los hechos la aludida ley, debería estar vigente actualmente, lo cual tampoco se da, por lo que no es posible predicar que la misma sea aplicable al caso por favorabilidad, sin que sea de recibo lo expuesto por la defensa en relación a que sí estuvo vigente durante la sentencia dictada por esta Sala, pues ello no es determinante para el análisis de favorabilidad.

Esa fue sin más la decisión en torno a la negativa de concesión de prisión domiciliaria con fundamento en el artículo 38G.

DEL RECURSO QUE SE PRESENTA:

En contra del auto del 27 de mayo de 2021, elevamos RECURSO DE REPOSICIÓN, DE MANERA SUBSIDIARIA APELACIÓN ante la Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a fin de que se revoque en todas sus partes el auto que niega la prisión domiciliaria reclamada por el condenado JUAN CARLOS CORREA OLAYA por haber cumplido la mitad de la pena de conformidad a lo previsto en el artículo 38G del C.P.

Visto el auto emanado del Tribunal se podría establecer que de él subyacen al menos dos reglas creadas por el juzgador *a quo* para la resolución de la petición de prisión domiciliaria con fundamento en el artículo 38G por el cumplimiento de la mitad de la sanción penal, esto es, i) La norma cuya aplicación favorable se demande debía estar vigente para el momento de la consumación de las conductas punibles, por tanto, si las conductas fueran anteriores a la vigencia de la ley, estas no podrán gozar de la favorabilidad peticionada; ii) Es necesario que la ley esté vigente al momento en que se estudie la concesión del beneficio, pues si esta resultare ser derogada, se deberá aplicar la actual.

Las dos conclusiones a las que arriba el Tribunal son equivocadas. Por tanto, se abordarán en capítulos diferentes los achaques concretos en contra de la determinación. Rogando al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y de forma subsidiaria de la Corte Suprema de Justicia, **se pronuncien** sobre cada uno de los puntos que son objeto de reproche, a fin de garantizar el DEBIDO PROCESO.

I. EL AUTO DEL TRIBUNAL DESCONOCE EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 599 DE 2000, AL PREVER COMO CRITERIO QUE NO ES POSIBLE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE UNA LEY FAVORABLE QUE ENTRA EN VIGOR CON POSTERIORIDAD A LA COMISIÓN DE UN HECHO.

Solo para precisar, la primera conclusión desecha de tajo el criterio de retroactividad de la ley cuando esta sea favorable, pues a concepto de la

corte esta se produce cuando **“UNA NORMA POSTERIOR ES MÁS FAVORABLE QUE LA LEY VIGENTE PARA EL MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL HECHO (retroactividad)”**¹.

Habiéndose cometido unos delitos en el año 2013, NO ESTANDO VIGENTE la ley 1704 de 2014, estos no puedan ser beneficiados por la entrada en vigor de esta nueva ley, cuando en realidad, esa es la razón de ser del principio de favorabilidad. Y es que el mismo artículo 6 del C.P citado en el auto que se recurre, da luces sobre los alcances del principio en cita, manifestando *“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.”*

Cuando el texto se refiere a que aun cuando sea posterior, se contrae a que el hecho haya ocurrido al menos ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY cuya retroactividad se reclama; es decir, en la situación que en el año 2013 se hubieren cometido dos prevaricatos, resultaría ser natural que entrando en vigencia la ley 1709 de 2014 con posterioridad a la comisión de los punibles, entonces, sí pueda demandarse su aplicación retroactiva por ser benéfica.

Y es que la retroactividad de la ley, según palabras de Luzón Peña² significa aplicarla **a supuestos anteriores a la misma**, es decir, con eficacia hacia atrás. Con esa información, la primera conclusión a la que llega el Tribunal es equivocada, pues contrariando a su dicho, la retroactividad de la ley es la aplicación a supuestos de hechos en donde NO estaba vigente la normativa de cuya favorabilidad se reclama.

Todo eso, podría significar sin más, que las decisiones prevaricadoras fechadas 9 de diciembre de 2013 (Rad. 2013-526) y 4 de junio de 2013 (Rad. 2013-118) para que se pudiera aplicar la RETROACTIVIDAD debían ser **PREVIAS** a la expedición de una ley que les pudiera favorecer, tal es el caso de la ley 1709 de 2014, pues de lo contrario, lo que se aplicaría es la ULTRÁCTIVIDAD DE LA LEY, y que según la Corte Suprema de Justicia se materializa *cuando la anterior que regulaba el hecho trata de mejor manera dicha realidad (ultractividad)*³

Sobre eso mismo, la Corte Suprema indicó:

Tiene dicho de tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte que el

¹ Corte Suprema de Justicia, 2 de diciembre de 2020, AP3329-2020, Rad 56180, M.P Luis Hernández Barbosa.

² Luzón Peña, Diego. Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3era edición, Tiran lo blanch, 2016.

³ Ibid.

principio de favorabilidad encuentra su razón de ser cuando se presenta la sucesión de leyes en el tiempo o se produce un tránsito legislativo, de suerte que existen dos o más normas que aparentemente serían aplicables a un caso concreto. Así, la favorabilidad será retroactiva cuando un precepto posterior a la comisión de la conducta es más permisivo o benéfico para el procesado o condenado, en comparación con el que regía al tiempo de la ocurrencia del hecho. En contraste, la favorabilidad ultraactiva permite que una norma más favorable al procesado o condenado que ha dejado de regir pueda ser aplicada al caso, a condición de que haya tenido vigencia cuando el hecho punible fue cometido o con posterioridad⁴.

En estos términos, no resulta desacertado manifestar que cuando la situación jurídica se refiere a hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la ley, y esta novedosa resulta ser benéfica, se deberá aplicar esta última.

Es más, y solo para que no haya lugar a dubitación alguna, el Tribunal podrá acceder a la decisión fechada 1 de febrero de 2017 de la Corte Suprema de Justicia⁵, en la que por hechos ocurridos en el año 2011 aplicaron la ley 1709 de 2014. Esto resultó ser exactamente lo mismo que ocurrió aquí, en el que el Tribunal manifestó NO PODER resolver con la ley 1709 de 2014 eventos acaecidos en el año 2013, por cuanto para ese tiempo no estaba vigente la ley reclamada como favorable. Sin embargo, se verá con la decisión que se cita, que SÍ ES POSIBLE.

Lo que surge de esto es, frente a la aplicación de la ley 1709 de 2014 de cara a las conductas cometidas en vigencia de esta ley, la demanda es echar mano del principio de LEGALIDAD, empero, frente a las conductas del año 2013 y que con posterioridad transitaron por la vigencia de la ley de 2014, lo que se trataría es de la aplicación del principio de FAVORABILIDAD por haberse cometido los delitos ANTERIORES a su entrada en vigencia, y siendo investigados y posteriormente condenados en su vigor.

II. EL TRIBUNAL DESCONOCE QUE ES POSIBLE APLICAR LA LEY FAVORABLE AÚN CUANDO ESTÉ DEROGADA.

La segunda conclusión a la que llega el Tribunal viene a ser contraria a la realidad jurídico procesal, para ello, bastará ver lo siguiente, el asunto que se debate podría ser resuelto a partir de la ley 1709 de 2014, en tanto, al

⁴ Corte Suprema de Justicia, 13 de septiembre de 2017, SP14581-2017, Rad 48327, José Luis Barceló Camacho.

⁵ Corte Suprema de Justicia, 1 de febrero de 2017, SP1207, Rad 45900, M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

haberse proferido sentencia en vigencia de tal norma, deberá aplicarse en todos los eventos los efectos de esa ley, al tenerse que resultará ser más benéfica y porque sirvió de fundamento para la condena.

Para eso, el argumento de no hallarse vigente en la actualidad la ley que se reclama favorable (L 1709 de 2014), debe ser reevaluado por parte del Tribunal, y para ello, acompañamos nuestra postura de lo manifestado por el profesor Luis Felipe Ruíz Antón, quien enseña:

Y una precisión conviene hacer en este momento. La prohibición de retroactividad significa que la imposibilidad de aplicar la ley desfavorable alcanza no solamente a los hechos que han tenido lugar con anterioridad a su entrada en vigor, sino también a las consecuencias o situaciones que tienen lugar bajo su vigencia, pero han sido creadas o generadas previamente por la ley anterior más benigna. También aquí debe aplicarse la ley más favorable —como una consecuencia directa de la prohibición de retroactividad de la ley perjudicial— si los hechos se cometieron bajo su imperio, aunque ciertas consecuencias ocurran ya bajo la vigencia de la más severa.

*Por ello mismo el principio de irretroactividad supone admitir el pleno efecto de la ley más benigna, **INCLUSO AUNQUE ESTÉ DEROGADA, TANTO SI LOS HECHOS SE COMETIERON ESTANDO EN VIGOR, COMO SI LAS CONSECUENCIAS QUE GENERÓ O PUDO GENERAR SU APLICACIÓN SON MÁS BENEFICIOSAS FRENTE A LA LEY POSTERIOR MÁS SEVERA.** De otro modo resulta inevitable pensar el espectro de un legislador que modifica expresamente y con carácter agravatorio la ley sin respetar los dogmas de seguridad y generalidad⁶. (Subrayado nuestro)*

No tendría ningún sentido que, aunque en el tránsito de ley entre el acaecimiento del hecho y su juzgamiento, surgiera una nueva normatividad con efectos en el tiempo que concretara una situación jurídica en particular, y generara una expectativa de recibir los beneficios de ese mandato, pero que por virtud de haber sido derogada después a que se dicte sentencia, entonces no podrán accederse a sus benéficas consecuencias.

Ello no halla razón de ser, incluso, es la misma doctrina la que enseña, que aun cuando esta ley hubiere sido derogada, pero que se cumpliera al menos con el criterio de haber estado vigente no únicamente al momento

⁶ Ruíz Antón, Luis, El Principio De Irretroactividad De La Ley Penal En La Doctrina Y La Jurisprudencia. Ponencia 10 de marzo 1989, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, P.154, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=819650>

de comisión del hecho, sino con posterioridad, NO EXISTE DUDA QUE SU EFECTO DEBE SER RECIBIDO, aun cuando después se le derogue.

III. DEL DESCONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y APLICACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL.

Resulta ser que, con la decisión del Tribunal, en lo que respecta a la segunda conclusión a la que llega, vulnera al menos una disposición INTERNACIONAL, tal es el artículo 24.2 del Estatuto de Roma, que reza:

Artículo 24 Irretroactividad ratione personae

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena

Aquí nos pretendemos detener, pues claramente indica el Estatuto, contrario a lo dicho por el Tribunal *a quo*, que en el evento en que en una causa se dicte sentencia definitiva, SE APLICARÁN LAS DISPOSICIONES MÁS FAVORABLES a pesar de que se hubiere modificado el derecho. En este evento, lo que se pretende es recoger los efectos de la ley 1709 de 2014 aun cuando hubiere sido modificada con posterioridad DEBÍA SER APLICABLE a todos los asuntos por los que se condenó a JUAN CARLOS CORREA OLAYA por estar vigente con posterioridad a la comisión de algunos delitos y en vigor durante la comisión de otros.

Tan claro fue, que al momento de dictarse sentencia de primera instancia - 4 de diciembre de 2019- el fundamento para la negativa de algún beneficio penal estuvo determinado, entre otras disposiciones por el contenido del artículo 38B, cuya creación es de exclusiva fundamentación de la ley 1709 de 2014, es decir, es el mismo Tribunal el que establece cuál ERA LA LEY APLICABLE AL CASO.

Es menester traer a colación que desde la sentencia C 225 de 1995, que crea el concepto de bloque de constitucionalidad, todos los tratados y convenios internacionales que versen sobre derechos humanos hacen parte de la legislación interna. Eso fue desarrollado por la sentencia C 401 de 2005, en la que se informa sobre la existencia de un bloque de constitucionalidad en sentido *lato* y otro en sentido *stricto*, siendo que este último recoge

aquellos instrumentos internacionales que versen sobre derechos humanos y que reclaman aplicación, incluso en los Estados de Excepción.

En concordancia, además, con la necesaria aplicación de interpretaciones *pro homine*, que para el caso en particular implicaría que, si alguna disposición alberga mayores garantías para quien es parte débil de la relación jurídico procesal, se deberá preferir la más benigna por encima de cualquier otra.

Es precisamente esa la razón por la que la interpretación del Tribunal resulta ser desacertada, en primer lugar, porque desconoce la doctrina penal y desde una óptica aún más consolidada porque desecha el artículo 93 de la constitución por dar espaldas al Estatuto de Roma, cuya aplicación prevalece en el orden interno al tratarse de tratado internacional ratificado por el Congreso, que reconoce los derechos humanos y que prohíbe su limitación en los estados de excepción.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ricardo Canese vs Paraguay, precisaron:

179. En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido.

180. De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.
(Subrayamos)

Todo para decir que, cuando se tenga una gama de interpretaciones posibles o incluso instrumentos jurídicos a aplicar, de conformidad al artículo 29 convencional (que hace parte del bloque de constitucionalidad) deberá aplicarse el más benévolo o favorable. Es del caso que se apliquen los dos instrumentos internacionales citados, si es que se considerare que la legislación interna no es lo suficientemente explicativa, que creemos que no

es así y que además alberga una garantía razonable frente al principio de favorabilidad. De cualquier manera, existe una necesidad de interpretar convencionalmente la legislación nacional.

Es aquí donde deberá extraerse una conclusión parcial de cara a la segunda argumentación del Tribunal aquí confutada y es que, NO es cierto que deba estar vigente la ley al momento del reclamo de aplicación favorable, pues bastará que haya estado vigor en algún lapso procesal y sea aplicable a todos los delitos cometidos, por ser imposible escindir las conductas y aplicar beneficios parciales.

Es decir, el hecho de haber estado vigente la ley 1709 de 2014 al momento de la investigación y juzgamiento y por ser posterior al 4 de junio y 9 de diciembre de 2013 y estando en plena vigencia de las demás conductas por las que se emitió sentencia condenatoria de primera instancia, entonces sus efectos SÍ PUEDEN SER RECOGIDOS por ser favorables para el doctor CORREA OLAYA frente a los comportamientos anteriores a la entrada en vigor y de cara a ser coetáneo vigencia- comisión del delito, reclama la aplicación de la legalidad.

IV. DE LA EXISTENCIA DE UNA LEY FAVORABLE INTERMEDIA, DEJADA DE APLICAR POR EL TRIBUNAL.

Pero incluso, si esa tesis anteriormente planteada no fuera aceptada, deberá valorarse la existencia del denominado principio de favorabilidad por la existencia de una ley intermedia, y que en palabras de la Corte Suprema de Justicia, se presenta cuando:

*No comparte la Sala el planteamiento del Delegado de la Procuraduría en el sentido de que no sería viable la aplicación de la nueva disposición por contener un mayor rigor punitivo dada la reforma introducida por la Ley 733 de 2002, por cuanto como se dijo, **SE PRESENTA EL FENÓMENO DENOMINADO LEY INTERMEDIA ENTENDIDA COMO AQUELLA QUE ENTRA EN VIGENCIA LUEGO DE LA COMISIÓN DEL COMPORTAMIENTO Y SUFRE ALGUNA MODIFICACIÓN POR OTRA LEY EXPEDIDA ANTES DE LA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA**.*

En esto, solo para que se tenga claridad de la Honorable Sala surge que inicialmente, y al momento de comisión de la conducta punible el régimen de otorgamientos de prisión domiciliaria estaba regido por el artículo 38 de la ley 599 de 2000, por lo que si se quería solicitar tal sustituto, debía acudir a los parámetros ahí impuestos, ello ocurrió al momento en que se

⁷ Corte Suprema de Justicia, 12 de octubre de 2006, Rad 25443, M.P Julio Socha Salamanca.

cometieron los prevaricatos de fechas 4 de junio y 9 de diciembre de 2013, por lo que *prima facie* cualquier pretensión debía ocurrir con vocación a dicho escenario procesal.

Con posterioridad, en fecha 20 de enero de 2014, el legislador promulgó la ley 1709 de 2014, en donde, entre otras normas, en el artículo 28 se adicionó al Código Penal el artículo 38G, cuyo tener literal es:

ARTÍCULO 28. *Adiciónase un artículo 38G a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:*

Artículo 38G. *La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código.*

Tal artículo, surgió como un punto intermedio entre el original de la ley 599 de 2000 y algunas adiciones y modificaciones que dimanaron y la expedición de la ley 2014 de 2019, que, si bien no fundamentó en nada la decisión del 4 de diciembre de 2019, por una imposibilidad jurídica de hacerlo, en tanto para la fecha en que se expidió la sentencia NO ESTABA VIGENTE LA CITADA LEY, es hoy la que el Tribunal ha aplicado al caso particular.

Para respaldar nuestra postura, traeremos a colación al profesor Santiago Mir Puig, quien enseña sobre la ley intermedia:

*¿Alcanza la retroactividad a la **ley intermedia más favorable**? Concorre una ley intermedia más favorable cuando, además de la ley que regía en el momento del hecho y la que está en vigor al tiempo de su*

enjuiciamiento, existe otra ley —u otras leyes— que rigió entre ambas y que es más favorable que las otras dos. La opinión dominante admite la retroactividad de esta clase de leyes. **ÉSTAS CREAN DURANTE SU VIGENCIA UNAS EXPECTATIVAS DE IMPUNIDAD O TRATO MÁS FAVORABLE CUYA FRUSTRACIÓN MEDIANTE LA APLICACIÓN DE UNA LEY POSTERIOR (STS 2030/2001 DE 31 OCT.) MÁS DESFAVORABLE AFECTARÍA A LA SEGURIDAD JURÍDICA.**

ASÍ, POR EJEMPLO, EL QUE YA NO PODÍA SER PERSEGUIDO POR UN HECHO QUE DEJÓ DE SER DELITO, SE VERÍA SORPRENDIDO EN SUS EXPECTATIVAS SI SE LE VOLVIESE A PERSEGUIR EN BASE A UNA LEY POSTERIOR. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, si el sujeto hubiera sido juzgado durante la vigencia de la ley intermedia, habría sido objeto del trato más favorable de ésta y ya no podría empeorar su situación por una ley posterior. ¿Por qué el sujeto que es juzgado después —tal vez no por su culpa— ha de ser de peor condición que el que fue enjuiciado antes bajo la ley más favorable?

Al respecto de la ley intermedia favorable, Luzón Peña⁸precisa:

Por el contrario, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia argumentan con razón, en primer lugar, que dicho precepto habla del efecto retroactivo de cualquier ley penal favorable, sin distinguir si se trata de una ley si se trata de una ley vigente o intermedia; pero sobre todo, que encajando perfectamente esa posibilidad en el tenor literal del precepto, es la más acorde con su posición ampliamente favorable para el reo, y además la única que puede evitar la injusticia comparativa de la desigualdad de trato que se produciría en caso de lentitud del proceso frente a los supuestos de mayor celeridad que permitieran una sentencia estando aún vigente la ley anterior intermedia.

Y continúa con un ejemplo gráfico, conveniente citar

En efecto, sería inadmisibles que, habiendo cometido dos sujetos una conducta idéntica en el mismo periodo de tiempo, p.ej. en el mismo mes, bajo la vigencia de la ley 1 y habiendo entrado después en vigencia una 2 ley más favorable, uno de ellos, cuyo juicio no se prolonga, fuera sentenciado estando todavía vigente esta segunda ley y en cuanto más favorable se le aplicara retroactivamente, mientras que el otro sujeto, por dilaciones del proceso no imputables al mismo, no se le sentenciara hasta después de haber entrado en vigor una 3 ley menos favorable a la intermedia -pudiendo ser a su vez más o menos favorable que

⁸ Luzón Peña, Diego. Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3era edición, Tiran lo Blanch, 2016.

la 1- y que por esta razón ya no se le pudiera aplicar la intermedia y sufriera una condena más dura conforme a la ley⁹ (...)

Con claridad, no existiría razón de ser para la comparación odiosa entre un procesado y otro, sino que a ambos se le debería aplicar la misma ley, en virtud del principio de igualdad. Aquí, es el mismo Luzón Peña¹⁰ el que responde el argumento contrariando al Tribunal, cuando estos manifiestan que por no hallarse vigente la ley 1709 de 2014 al momento de resolver la solicitud de prisión domiciliaria por el cumplimiento de la mitad de la pena, entonces no podría ser aplicable, sino la ley vigente, al respecto el autor en cita aclara:

y frente al argumento de que la ley intermedia de estar en vigor y ha cambiado en sentido de mayor dureza la valoración jurídica, hay que responder que el hecho es anterior a la ley intermedia y que ésta dada la regla general del artículo 2.2 CP se dictó con voluntad de eficacia retroactiva a los hechos anteriores por ser más favorable. Por ello la aplicación del artículo 2.2. CP incluso cuando después la ley pasa a ser intermedia es la única manera de respetar el sentido retroactivo de esa ley respecto de los hechos inmediatamente anteriores; la nueva valoración jurídica que expresa la tercera ley tiene un sentido de endurecimiento respecto de la segunda -incluso aunque fuera menos dura que la primera- y por eso debe empezar a regir para hechos posteriores.

Así las cosas, la aplicación de la “ ley intermedia” que no estaba vigente al momento de los hechos y se encuentra derogada al tiempo de adoptar la decisión judicial, (que es lo que ocurrió con la ley 1709 de 2014 en el caso particular), es totalmente factible por principio de favorabilidad en el asunto, pues la ley 1709 se aplica retroactivamente frente al momento consumativo de las conductas punibles y ultractivamente de cara al instante en que se debe decidir la figura de la prisión domiciliaria por cumplimiento de la mitad de la condena.

V. EL TRIBUNAL VIOLÓ EL PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN AL ESCINDIR LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES, VULNERANDO EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CONDUCTA.

Al revisar la decisión del Tribunal se puede advertir que de forma extraña se escindieron los hechos jurídicamente relevantes, como si se tratara del juzgamiento individual de cada uno. Adviértase con ello que, al analizar la posibilidad de aplicación de favorabilidad se dijo por parte de la

⁹ Ibid.

¹⁰ Luzón Peña, Diego. Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3era edición, Tiran lo Blanch, 2016.

Corporación que no podrían extender los efectos de la ley posterior, porque no estaba vigente al momento de la comisión de todos los hechos.

Para ello, contrariando el criterio de aplicación retroactiva de la ley favorable, manifestaron que acogerían dos frentes, uno por parte de los acontecimientos del año 2013, tiempo en que no estaba vigente la ley 1709 de 2014, y otros los sucesos del 2014, siendo que estos solo podían ser beneficiarios de la ley procesal que se reclamaba como benevolente.

La afirmación del Tribunal es equivocada desde la óptica del principio de no contradicción, cuando se afirma en la sentencia condenatoria del año 2019 que el radio de acción sería tomar como consideración la ley 1709 de 2014 para todos los hechos, pero al momento de resolver sobre el otorgamiento del beneficio reclamado hicieron otra cosa.

Solo para graficar lo que ha realizado el Tribunal se podría pensar que, de forma inconsciente vulneraron la congruencia, pues son los HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES sobre los que se deben pronunciar y respetar al interior de todo el proceso. Siendo fijados directamente y únicamente por la FISCALÍA. Quien estableció el marco temporal de los mismos, Es así como, una vez determinados, le queda prohibido al fallador fraccionarlos o separarlos, al tenerse que estos como uno solo.

Solo para advertir, en el caso en particular la acusación se presentó respecto a CUATRO (4) PREVARICATOS POR ACCIÓN, y fueron estos consumados en diferentes momentos, pero lo cierto es que, el radio competencial se fijó sobre la base de que se llevaría en un ÚNICA UNIDAD PROCESAL, pues de haberse pretendido el juzgamiento separado de los hechos, así lo hubiera realizado la FISCALÍA.

Es decir, en este asunto, el TRIBUNAL no ha emitido sentencias condenatorias separadas, sino que, dentro del mismo texto, en fecha 4 de diciembre de 2019 se resolvió condenar al doctor JUAN CARLOS CORREA OLAYA como cómplice de varios punibles. Ello, acatando por demás el criterio de UNIDAD DE CONDUCTA, y que en voces de la Corte Suprema de Justicia se da cuando:

Sin embargo, en la decisión CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 39464, se dijo que en los delitos de ejecución instantánea se puede acudir al concepto de unidad de conducta, cuando los mismos se realizan «mediante actos diversos prolongados en el tiempo», a efectos de determinar «cuándo opera su consumación y de ahí el momento a partir del cual empieza a correr el término de prescripción de la acción penal (...), pues es claro

*que, frente a tal supuesto, tendría la connotación de un verdadero delito continuado*¹¹

Esa tesis ha sido aceptada por la Corporación de Casación al tratarse de delitos contra la administración pública, erga, prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, al respecto, la misma sentencia citada estableció:

En esa oportunidad se advirtió que, pese a que en cada proceso laboral el funcionario emitió varios autos ilegales infringiendo diversas disposiciones del procedimiento laboral, no hay lugar para deducir un delito de prevaricato por cada norma trasgredida, (por cuanto se advierte que hacen parte de un contexto de acción más amplio, encaminado a crear ilícitamente un título ejecutivo a cargo de un ente oficial». Por tanto, se concluyó que cada irregularidad, cada ilicitud recorrida en la dinámica establecida con el propósito de elaborar un proceso que le diera sustento formal a la determinación perseguida, está integrada en una sola acción prevaricadora¹².

Ello le impedía al Tribunal fraccionar las conductas, pues el marco referencial conforme el escrito de acusación presentado por la FISCALÍA debía partir del **ÚLTIMO DE LOS HECHOS QUE SE INVESTIGA**, es decir, aquel que se materializó en el año 2014 y no individualmente vistos. Claramente, significaría la imposibilidad de la Corporación de seccionar, como lo hizo, los acontecimientos fácticos.

Además, se insiste, todo el asunto se llevó bajo la misma cuerda procesal, en utilización del concepto de UNIDAD PROCESAL y que a voces del artículo 50 del C.P.P, implica:

ARTÍCULO 50. UNIDAD PROCESAL. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

Eso fue lo que ocurrió aquí, pues se investigó y condenó en la misma cuerda, aplicando a todos LA MISMA LEY, lo que sería indicativo que debían adoptar en el tránsito de ley, y aquella que resultara más favorables para el procesado darle su uso. Clarificando que la norma a enaltecer en este caso es la ley 1709 de 2014 en lo que respecta a la concesión de prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, 19 de febrero de 2020, SP467-2020, Rad 55368, M.P Francisco Acuña Viscaya

¹² Ibidem.

Siendo ello así, no es acorde con la realidad procesal la afirmación del Tribunal consistente en que la ley 1709 de 2014 no estaba vigente al momento de los “ hechos” puesto para la fecha de su vigencia si se realizaron algunas de las conductas delimitadas temporalmente en los hechos jurídicamente relevantes, y por tanto como no es posible escindir los supuestos factuales ni fragmentar la aplicación de la ley, se debió aplicar la norma posterior más benigna bajo cuya égida también acaecieron punibles y no la más restrictiva o desfavorable(ley 2014 de 2019), esa sí no vigente al momento de los punibles, lo que no fue obstáculo para su errada aplicación retroactiva.

En el últimas debe recordarse que al final se trata de UNA SOLA IMPUESTA a todos los delitos cometidos, sobre la cual se debe calcular el cumplimiento del 50% de la misma, sin que puedan ser escindidas las conductas que generaron con su sumatoria al *quantum* definitivo de la sanción.

VI. DEL DESCONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGITIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA.

Sobre eso, la doctrina en cita da cuenta de que con la aplicación de la ley intermedia favorable se enarbolan al menos dos principios, la confianza legítima y seguridad jurídica. En el primero queremos detenernos, y consiste, de conformidad con la sentencia C 131 de 2004, en:

El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

En este caso, el Tribunal de manera súbita cambió las reglas de juego, pues cuando se le condenó al doctor CORREA OLAYA, se lo hizo bajo la égida de la ley 1709 de 2014, al tiempo cuando decidió firmar el preacuerdo que generó la condena que nos ocupa, lo hizo bajo la convicción cierta y previsible que era la ley 1709 de 2014 era la que aplicaba a su caso, que en ese momento NO RECIBIRÍA ningún beneficio Penal, pero que, con el cumplimiento de la mitad de la sanción podría ser merecedor de la prisión domiciliaria, pues esa era la regla procesal de su juicio.

El procesado que además optó por un mecanismo de terminación anticipada del proceso penal colaborando con la administración de justicia evitando su desgaste innecesario, se ve hoy sorprendido en sus expectativas legítimas de ser acreedor a la Prisión Domiciliaria en virtud del artículo 38G, pues en efecto como abogado, sabía que la ley al momento de la celebración y aprobación del preacuerdo e incluso en el tiempo que se dictó sentencia condenatoria le permitía, cuando cumpliera la mitad de la condena ese mecanismo sustitutivo, así que el Estado no lo puede sorprender con la aplicación retroactiva desfavorable de la ley 2014 de 2019 que no estaba vigente ni al momento de los hechos ni del proferimiento de la sentencia.

VII. DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE UNA LEY NO VIGENTE AL MOMENTO DE COMISIÓN DEL DELITO, NI AL TIEMPO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA.

No se podía aplicar una ley no vigente al momento de los hechos mucho más restrictiva, sin embargo, con la interpretación del Tribunal, contraria a todos los presupuestos que se citan, se vulneró la garantía de la ley previa aplicable a su caso. Pues, con una regla posterior y restrictiva, cerraron la puerta al beneficio solicitado, sin comprender cuál era los términos de vigencia de la nueva ley.

Pero para analizar ese punto, deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 2014 de 2019, en la que se lee:

ARTÍCULO 10. Vigencia. *La presente ley rige hacia futuro a partir de su promulgación, respetando el principio de irretroactividad de la ley penal y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

Sin duda, en la decisión atacada se terminó aplicando RETROACTIVAMENTE la ley, pues para el momento de la expedición de la decisión que se recurre **YA SE HABÍA CONSOLIDADO UNA SITUACIÓN JURÍDICA EN PARTICULAR**, esto es, el doctor CORREA OLAYA había sido condenado conforme los ritos de la ley 1709 de 2014 y **ello debe perdurar en el tiempo**, pues la Corte Suprema de Justicia, cuando resuelva la segunda instancia, no tendrá competencia para modificar las leyes aplicables a un caso en particular, en tanto, cuando se generó la expedición de la condena de cuya pena impuesta se reclama el cumplimiento de la mitad de sanción estaba vigente una ley más benéfica que la actual.

En esto, ¿cómo podría generarse seguridad jurídica y confianza si de un momento a otro cambian las reglas de juego? La respuesta es sencilla, el fallo del Tribunal va en contravía de los postulados del principio de

favorabilidad y modifica la estructura del sistema procesal por no dar cuenta de la garantía de irretroactividad de la ley

Para avanzar en eso, la Corte Suprema en decisión del 30 de abril de 2019, manifestó:

De dichos postulados, como lo ha precisado la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP5266-2018, rad. 52.535), se extracta que la aplicación de la ley favorable no depende, simplemente, del cotejo de dos normas que, regulando la misma materia, le dan un tratamiento disímil con consecuencias jurídicas distintas. Para que opere la máxima de favorabilidad, en la sucesión de leyes, las normas sustanciales en cuestión, además, deben haber regido entre el momento de la ocurrencia del hecho y durante el trámite del proceso, hasta que se le pone fin con una decisión definitiva. Y en ese escenario, una de ellas se ofrece más o menos restrictiva que la otra¹³.

Se tiene con claridad que en el asunto solo concurrió la ley 1709 de 2014 para poner fin al tema, pues fue la ley que se utilizó para la condena impuesta en fecha 4 de diciembre de 2020, tiempo en que no se encontraba vigente la ley 2014 de 2019. Resulta ser contrario a la ley sustancial (artículo 6 C.P) haber adoptado una decisión en materia penal con una ley con efectos sustanciales NO VIGENTE al momento de los hechos, en el interregno procesal y mucho menos al momento de dictar sentencia, lo que lesiona la garantía al debido proceso del doctor CORREA OLAYA.

En suma, la Sala Penal del Tribunal deberá adentrarse a estudiar la petición de prisión domiciliaria, valorando que a la fecha HA TRANSCURRIDO MÁS DE LA MITAD DE LA PENA, conteo que se adopta al establecerse el tiempo físico de privación de la libertad más redenciones, sin que sea posible alegar la imposibilidad de aplicar favorablemente la ley 1709 de 2014, tal como se ha indicado con anterioridad. Del resto, me mantengo en mi solicitud inicial

SOLITUD:

1. Repóngase el auto calendado 27 de mayo de 2021, notificado por intermedio de la SECRETARÍA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA en fecha 31 de mayo a las 17:23 P.M, mediante el cual se negó el otorgamiento de los beneficios de prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 G y del permiso de 72 horas de que trata la ley 65 de 1993.
2. Consecuencia de lo anterior, ordene la reclusión en el lugar de residencia del procesado JUAN CARLOS CORREA OLAYA por haberse cumplido la mitad de la pena impuesta.

¹³ Corte Suprema de Justicia, 30 abril de 2019, Rad 49801, M.P Patricia Salazar Cuellar.

3. En el evento en que no se reponga el auto recurrido, CONCEDASE el recurso de apelación ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, para que esta REVOQUE el auto y consecuencia de ello, ordene la privación de la libertad del doctor JUAN CARLOS CORREA OLAYA en su domicilio por haber cumplido la mitad de la pena, conforme establece el artículo 38G, adicionado por la ley 1709 de 2014.

Cordialmente,



ERICK CALDERÓN JARABA
C.C. 1.140.851.758
T.P. 281.142 del C.S.J