

UNIVERSIDAD MILITAR

NUEVA GRANADA



LA LIBERTAD PROVISIONAL FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y FAVORABILIDAD

RICARDO BOLAÑOS PEÑALOZA

Artículo de reflexión para optar al título de Magister en Derecho

Procesal Penal

Dr. CARLOS KENNEDY VELOZA LANCHEROS

Director de Postgrados Facultad de Derecho

Dr. CARLOS ANDRES BERNAL CASTRO

Director Temático

Dr. RICARDO ARTURO ARIZA LOPEZ

Director Metodológico

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS EN DERECHO

BOGOTA, D. C. - COLOMBIA

2012

LA LIBERTAD PROVISIONAL FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y FAVORABILIDAD*

Ricardo Bolaños Peñaloza**

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2012

Fecha de aceptación: 6 de septiembre de 2012

Artículo de Reflexión

Resumen

Este trabajo analizará, si la interpretación exegética del numeral 5 del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal en su tránsito normativo afecta los principios de legalidad y favorabilidad.

Palabras claves

Favorabilidad, legalidad, tránsito normativo, auto unipersonal, jurisprudencia colegiada.

* Proyecto de investigaciones que nace a raíz del cambio dramático en la posición de los jueces de control de garantías y de aquellos jueces que por razón de su competencia tienen que decidir sobre la libertad provisional cuando hay vencimiento de términos; posición que fundamentan en el habeas corpus 37.877 de 18 de noviembre de 2011.

**Abogado litigante, con posgrado en ciencias penales y criminológicas por la Universidad Externado de Colombia. Candidato a magister en derecho procesal penal de la Universidad Militar Nueva Granada., e.mail: harmmanconsultores@yahoo.com.

THE PROVISIONAL FREEDOM TO FROM PRINCIPLE OF LEGALITY AND FAVORABILITY.

Abstract

This study will analyze if the exegetical interpretation of paragraph 5 of article 317 of the criminal procedure code in its traffic policy affects the principle of legality and favorability.

Key words

Favorability, legality, traffic regulatory, self-proprietorship, collegial jurisprudence.

ANALISIS Y DELIMITACION DEL PROBLEMA A TRATAR

Los puntos que se tocarán en este trabajo están dirigidos a determinar cuál es la fuerza vinculante, entre los criterios adoptados por la Sala de Casación Penal de la Suprema Corte de Justicia, los autos unipersonales de la misma Sala, y su contraste frente a la Constitución Colombiana y el llamado Bloque de constitucionalidad desarrollado a través de los tratados internacionales integrados a nuestra legislación. El presente trabajo fijó su análisis en el último precedente aplicado por los jueces de control de garantías en sus decisiones, cuando se les plantea una libertad provisional por vencimiento de términos, consagrada en el numeral 5 del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, que ha sufrido en los último cinco años dos cambios con relación a la norma original de la Ley 906 de 2004; siendo este concepto, el cambio legislativo y su aplicación frente a principios rectores del ordenamiento procesal penal, como lo son la legalidad y la

favorabilidad, el que ha generado mayor controversia al momento de su solución por el operador judicial.

El precedente se finca en la decisión de Habeas Corpus con radicación 37.977 desarrollado por el Magistrado Sustanciador Sigifredo Espinosa Pérez, decisión de un integrante de la Honorable sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia, siendo este el órgano de cierre frente a estos asuntos.

El análisis comenzará, esbozando las disposiciones legales que han sido objeto de modificación a través de la ley que contienen el numeral 5 del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, señalando los apartes que comportan dificultad en su interpretación; ya que su acepción última parece contradecir los postulados de decisiones colegiadas del alto tribunal.

La norma original consagraba la siguiente redacción:

*“5. Cuando transcurridos **sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de acusación**, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral”¹ (Negrillas fuera del texto)*

De esta redacción ubicamos los elementos objeto de discusión en lo sucesivo, así; la determinación de cantidad en días, a su vez, si estos son calendario o ininterrumpidos y desde que **momento procesal**; y debo resaltar esta última parte para efecto didácticos, que desarrollaré con posterioridad.

Ahora, en una primera modificación, efectuada por la Ley 1142 de 28 de junio de 2007 en su artículo 30, quedando el texto normativo, así:

*“5. Cuando trascurridos **noventa (90) días contados a partir de la fecha de la presentación del escrito de acusación**, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral” (Negrillas fuera del texto)*

¹ Ley 906 de 31 de agosto de 2004, Código de Procedimiento Penal. Publicado por primera vez en el Diario Oficial No. 45657, corregida con posterioridad por errores tipográficos, nuevamente el Diario Oficial No. 45658 de 1° de septiembre de 2004.

De la misma forma, en la más reciente modificación con la entrada en vigencia de la Ley 1453 de 24 junio de 2011 en su artículo 61, se pretende ajustar la fórmula, aclarando que para la contabilidad de los tiempos se hará de forma ininterrumpida, así:

*“5. Cuando transcurridos **ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de acusación**, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento”.* (Negrillas fuera del texto)

Observemos como hasta aquí la fórmula jurídica ha ido aumentando el tiempo en días entre dos posiciones de un mismo acto, que es conocido jurisprudencialmente como “acto complejo”, es decir, entre la presentación del escrito de acusación y la formulación del escrito de acusación, existiendo una muy pronunciada diferencia, y esto se puede establecer analizando los artículos 336 y 338 de la Ley 906 de 2004; el primero se muestra como un acto físico del fiscal al presentar el escrito de acusación ante el juez competente, en otras palabras someterlo a reparto; a su vez, el desarrollo del segundo acto comporta que dicho escrito sea presentado en forma oral ante el juez competente con intervención de fiscal, la defensa y el ministerio público, si lo hay. Así mismo, podemos interpretar que existe un lapso mínimo entre un acto y otro que es de tres (3) días.

Aquí ya podemos recoger el concepto del momento procesal relevante, que resalte con anterioridad, pues obsérvese que en las normas en estudio, se pasa de una a otra generando un hito del cual se debe partir, para el establecimiento de un beneficio como lo es la libertad.

De la misma forma, observamos que en la norma original y en su primera modificación se omitió pronunciarse sobre cómo debían entenderse los días, si bien como calendario o hábiles; entonces el habeas corpus² en comento estableció lo siguiente, cuando se refería a la Ley 906 de 2004:

² HABEAS CORPUS. Radicado 37.977 de 18 de noviembre de 2011. M. S. Sigifredo Espinosa Pérez.

*“En ese orden de ideas, **atendiendo a la voluntad del legislador**, el término se contabiliza desde la realización de la audiencia de formulación de acusación y no a partir de la presentación del pliego acusatorio por parte del instructor. Y, (ii) Que dicho término se contabilizaba con días hábiles con fundamento en el inciso 3º del artículo 157 de la misma normatividad, el cual dispone que “Las actuaciones que se desarrollen ante el juez de conocimiento se adelantarán en días y horas hábiles, de acuerdo con el horario judicial establecido oficialmente”. (resaltado fuera del texto)*

Criterio que mantuvo el Honorable Magistrado al estudiar los días hábiles en la Ley 1142 de 2007; situación que contrasta con los siguientes criterios, obsérvese que la norma en comento es una norma que se desarrolla ante un Juez de Control de Garantías y no ante un Juez de Conocimiento, a pesar que la norma diga que nos encontramos en etapa de Juez de Conocimiento, pues, la radicación del pliego acusatorio o su exposición oral se hace ante tal juez. Entonces si esa era la regla de aplicación el artículo 157 de la Ley 906 de 2004, el inciso aplicable es el segundo, que dice:

*“Las actuaciones que se desarrollen ante los jueces que cumplan la función de control de garantías serán concentradas. **Todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de esta función.**” (Negrilla fuera del texto).*

Aspecto, que ya había sido objeto de decisión colegiada³ cuando se refirió a las normas que gobiernan término como el artículo 157 y 175 de la Ley 906 de 2004, así:

“...Para optar por una u otra alternativa, se dispuso en la ley un criterio no derivado de la fase en la cual se encuentra el trámite, ya en el ciclo preprocesal o en el juicio, sino de la autoridad judicial ante quien debe surtirse la actuación, distinguiendo entonces, entre las correspondientes a

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2009.

los jueces de control de garantías y aquellas que atañen a los jueces de conocimiento.

Si se trata de las primeras, actuaciones antes jueces de control de garantías, “Todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de esta función”. Respecto de las segundas, actuaciones ante jueces de conocimiento, “se adelantarán en días y horas hábiles”.

Siendo ello así, se reitera, no es la fase en la cual se encuentre el trámite la determinante de la regla de contabilización de término, sino la autoridad judicial ante quien debe surtirse la actuación la que establece cómo se contarán los lapsos para adelantarla.”

En este orden de ideas, valorando otro criterio, veamos si estamos ante el querer del legislador en el sentido de no mencionar si se trataban de días hábiles o ininterrumpidos, para ello revisemos la discusión de motivos estableciendo si existe un querer diferenciador con la expedición de Ley 1142 de 2007, así:

“El artículo 27 del pliego de modificaciones mediante el cual se regulan las causales de libertad del imputado o acusado se mejoró en su redacción a través de la Proposición número 47 presentada por el Representante Nicolás Uribe y la Fiscalía General de la Nación.

Básicamente se preciso que los términos para tener derecho a la libertad se contabilizan de forma ininterrumpida, y además, que los mismos correrán a partir de la falta de presentación del escrito de acusación o de preclusión y desde la presentación del escrito de acusación para las hipótesis consagradas en los numerales 4 y 5.”⁴

Es claro que el interés de legislador, era dejar establecida la fórmula consagrando el término ininterrumpidos en la redacción a la modificación de los artículos en

⁴ En la Gaceta del Congreso 124/2007 correspondiente al informe de ponencia para primer debate del proyecto de Ley 081 de 2006 Senado, 023 de 2006 Cámara, que culminó con la expedición de la Ley 1142 de 2007.

comento, y no como se pretendió en el habeas corpus, que por cierto abandono el querer legislativo, y omitió examinar su espíritu.

Llevando esta misma línea de interpretación, el habeas corpus⁵ postula otras segregaciones o diferencias para establecer su posición frente a qué norma aplicar en un tránsito legislativo con dichas diferencias.

1.1. Establecimiento del criterio en el habeas corpus para definir la norma aplicable en tránsito normativo

Una vez fincadas las diferencias, se salta a determinar que el artículo 61 de la Ley 1453 de 24 de junio 2011, se trata de una **norma procesal de efectos inmediatos**, y que su fundamento es el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que a su tenor dice:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre la anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieran empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

Puntualizando su interpretación en el habeas corpus, así:

*“Como de ello no existe el menor asomo de duda, repasando el decurso procesal se tiene que **si la ley en comento comenzó su vigencia el 24 de junio de 2011 y la audiencia de formulación de acusación se verifico el 7 de julio siguiente**, el proceso, necesaria y legalmente, debe rituarse bajo sus lineamientos.”* (Negrilla fuera del texto)

1.2. Posición frente a la aplicación del principio de favorabilidad.

Para apoyar la posición de la decisión se acoge un pronunciamiento colegiado⁶ que entre otras precisiones también fue erradamente referenciado al confundir el

⁵ HABEAS CORPUS. Radicado 37.977 de 18 de noviembre de 2011. M. S. Sigifredo Espinosa Pérez.

año de su producción; empezando por este yerro se continúa en profundidad del mismo al darle una interpretación en el siguiente sentido⁷:

“...se afirmó que respecto de la aplicación de lo consignado en la Ley 1453 de 2011, es menester acudir al principio de favorabilidad respecto de hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la normatividad en cuestión, puntualmente, en lo atinente al término de 90 días (o 60, como originalmente consagraba la norma, previo el incremento dispuesto por la Ley 1142 de 2007, aunque contados a partir de la formulación de acusación)...” (Negrilla fuera de texto)

Cuestionando dicha posición colegiada en el sentido de interpretar que las normas contentivas en la Ley 1453 de 2011 poseen dos clases de normas, al respecto se dijo:

“Las unas de clara estirpe procedimental, sin ningún efecto sustancial; y las otras, también reguladoras del trámite, pero contentivas de efectos claramente favorables al procesado.”

En tal sentido reconoce que la norma que modificó el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, es decir por la Ley 1142 de 2004 y la 1453 de 2011 son de aquellas normas procesales con efectos favorables al procesado; pero que al estudiar el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, donde se contempla también un incremento en los tiempos entre audiencias, es decir que entre la audiencia de formulación de acusación y la preparatoria debía hacerse en 45 días (entiéndase hábiles); así mismo, entre la audiencia preparatoria y el inicio de la audiencia de juicio oral debía transcurrir otros 45 días; entendiéndose que esta norma es puramente procesal sin ningún efecto favorable al procesado.

⁶ CORTE SUPERMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 36926 de 22 de julio 2011. M. P. Alfredo Gómez Quintero.

⁷ HABEAS CORPUS. Radicado 37.977 de 18 de noviembre de 2011. M. S. Sigifredo Espinosa Pérez.

Ahora, que dadas las cosas de esa manera entonces la aplicación del artículo 49 del Ley 1453 de 2011 es de aplicación inmediata “ipso facto” desde el 24 de junio de 2011, ajustado a lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887; manifestando que de dicha interpretación se puede concluir lo siguiente:

“...la aplicación de la favorabilidad establecida por la Sala en la decisión antes reseñada, sólo opera cuando esos términos de la fase del juicio se contabilizan conforme las normas eminentemente procedimentales reguladas por la Ley 906 de 2004 (artículo 175) previo a la modificación realizada por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011.”

Entendiendo que una interpretación diferente genera una paradoja en el operador judicial, en el que tiene que dar cumplimiento inmediato a una norma procesal como lo es el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011 (artículo 175 de la Ley 906 de 2004) y a su vez, verificar que conforme la favorabilidad debe aplicarse el contenido del artículo 317 numeral 5 de la Ley 906 de 2004, dos veces reformado; esto entonces generaría una incongruencia, así; aplicando inmediatamente el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011 se tendría que entre la audiencia de formulación de acusación y el inicio de la audiencia de juicio oral se cuentan 45 días (hábiles) en cada fase, es decir 90 días, y que aplicando la favorabilidad sobre hechos ocurridos en vigencia de la Ley 1142 de 2007 también se cuentan 90 días para recobrar la libertad, siendo irracional que la coincidencia de términos, pueda generar un castigo al Estado por su negligencia.

2. ANALISIS CRÍTICO DEL PROBLEMA Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

Los problemas antes planteados, tienen su origen al hacer una aplicación en exceso exegética y con distancia de los postulados colegiados de la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema Corte, así mismo, que los operadores

judiciales consideran éste pronunciamiento unipersonal como un cambio en la postura del alto tribunal y por tanto de estricta aplicación, aspectos que rayan con los postulados del nuevo constitucionalismo penal y del orden democrático, para explicar esta posición empezaré por identificar qué clase de pronunciamiento tiene mayor poder vinculante.

2.1. Jerarquización de los pronunciamientos en sede de las altas Cortes

Para ello, se tendrá en cuenta el Preámbulo de la Constitución Política de Colombia donde claramente se dice que para “...asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, **la justicia**, la igualdad, el conocimiento, **la libertad** y la paz, **dentro de un marco jurídico, democrático y participativo** que garantice un orden político, económico y social justo...”; entonces obsérvese que la justicia y la libertad están enmarcadas por la participación democrática del pueblo en entidades que ejerzan el poder, v. g. la Corte Suprema de Justicia; y este es un soporte puntual de la norma de normas.

De la misma forma, al precisar las características el Estado Colombiano en el artículo primero de la carta, establece la autonomía de las entidades, siendo éstas, democráticas, participativas y pluralistas, generando el contexto que toda entidad busca, la participación de diferentes concepciones con igualdades que permitan el disenso; y que con dicha formulación ante los retos jurídicos se establezcan entidades colegiadas que desarrollen dichos postulados.

Descendiendo al problema planteado observamos que la Corte Suprema de Justicia, está conformada por salas de casación, que su fin último es la unificación de los criterios a nivel judicial, para generar seguridad jurídica y así un orden social; de esa forma ya dentro de cada sala se establece un número impar de Magistrados con el poder de disentir, representando y participando en las discusiones para generar decisiones aprobadas por las mayorías de la misma sala y que obliga a los opositores, todo en una marco establecido por la democracia.

Vista de esta manera la conformación del Estado, es claro que las decisiones de este ente colegiado como lo es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, están sometidas a la fuerza de las mayorías en un acto democrático, así mismo, tienen un poder vinculante por encima de cualquier pronunciamiento unilateral de sus miembros; y esto porque en forma contraria, sería desconocer la democracia y las fuerzas participativas en una decisión colegiada; ahondar más en el tema sería rayar con la lógica y la sana crítica, cuando es de conocimiento público que dos es más que uno y esa fórmula coloquial dice mucho de nuestro Estado, fundado en los principios antes revelados.

2.2. Frente a la posición del establecimiento de los días en el tránsito legislativo

Como se menciona en líneas anteriores, efectivamente cuando se refiere al término en aplicación del artículo 317 numeral 5 de la norma original y sus dos modificaciones, en las dos primeras formulaciones, se omitió establecer expresamente si se trataban de hábiles o ininterrumpidos y observamos como en la interpretación del auto unipersonal se estableció que tanto en la Ley 906 de 2004 como en la Ley 1142 de 2007 debían entenderse hábiles en aplicación del inciso 3º del artículo 157 de la Ley 906 de 2004, por la razón que los actos procesales (presentación o formulación de acusación) hacían entender que el trámite se surtía ante juez de conocimiento.

Al respecto el ente colegiado, dijo⁸:

“...Para optar por una u otra alternativa, se dispuso en la ley un criterio no derivado de la fase en la cual se encuentra el trámite, ya en el ciclo preprocesal o en el juicio, sino de la autoridad judicial ante quien debe surtirse la actuación, distinguiendo entonces, entre las correspondientes a

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 36926 de 22 de julio de 2011. M. P. Alfredo Gómez Quintero.

los jueces de control de garantías y aquellas que atañen a los jueces de conocimiento.

Si se trata de las primeras, actuaciones antes jueces de control de garantías, “Todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de esta función”. Respecto de las segundas, actuaciones ante jueces de conocimiento, “se adelantarán en días y horas hábiles”.

Siendo ello así, se reitera, no es la fase en la cual se encuentre el trámite la determinante de la regla de contabilización de término, sino la autoridad judicial ante quien debe surtirse la actuación la que establece cómo se contarán los lapsos para adelantarla.”

Esta posición colegiada, definió sin lugar a dudas que si el asunto se sometía a juez de control de garantías los términos se cuentan todos los días y horas en virtud del inciso 2 del artículo 157 y en caso contrario si se somete al juez de conocimiento lo son hábiles, el yerro consiste en considerar que al decir, los términos se cuenta desde la presentación o formulación acusación y hasta el inicio del juicio oral, esto refleja la actuación del juez de conocimiento, cuando en la práctica la solicitud de libertad provisional del numeral 5 del artículo 317 en cualquier legislación aplicable, es tramitada como audiencia preliminar ante juez de control de garantías a pesar que ya se haya presentado el escrito de acusación, y como lo anticipamos dicha posición tiene respaldo jurisprudencial.

Ahora, para tomar el último precedente jurisprudencial⁹ debemos decir que se hicieron dos precisiones de enorme importancia para la interpretación de la norma, en cuanto a término y a la definición del acto complejo, así:

“Nótese cómo la norma original de la Ley 906/04 consagraba la excarcelación cuando habiendo transcurrido 60 días (ininterrumpidos) desde la formulación de acusación no se había dado inicio al juicio oral.

⁹ *Ibíd.*

Precisándose por la jurisprudencia que esa “formulación de acusación” debía entenderse satisfecha con o a partir de la presentación del escrito de acusación.

Ese plazo -bajo el mismo condicionamiento- fue ampliado a 90 días (igualmente ininterrumpidos) por el art. 30 de la Ley 1142/07, y a su turno a 120 días (conforme al calendario) por el art. 61 de la Ley 1453/11.”

Entonces obsérvese que la jurisprudencia ya había definido que en la norma original y en su primera modificación los términos se entendían ininterrumpidos; aspecto recogido por el legislador al formular la segunda modificación con la estipulación en el inciso segundo del párrafo primero de artículo 61 de la Ley 1453 que modificó el artículo 317 de la Ley de la 1142 de 2007, así:

“Los términos previsto en los numerales 4 y 5 se contabilizan en forma ininterrumpida”

De la misma forma preciso que al referirse al acto complejo conformado por la presentación y la formulación de la acusación en las tres normatividades, es decir para la Ley 906/04 se decía con la “formulación de acusación”, para la Ley 1142/07 con “la presentación del escrito de acusación”; y en la Ley 1453/11 se regresa a la “formulación de acusación”; su entendimiento para el futuro y teniendo en cuenta que dicha providencia es posterior a la vigencia de la Ley 1453/11, y es que la formulación de acusación se entiende satisfecha con la presentación del escrito de acusación; veamos que este acto formal de someterlo a reparto, como ya se dijo, habilita el conteo del término y esto por una explicación, también de estirpe jurisprudencia¹⁰

“El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-284 de 2006. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.”

En el sentido que toda norma debe mirarse a favor del hombre, para este caso, someter al procesado en la norma que establece desde la “formulación del escrito de acusación” desconocería la realidad, donde en la práctica a pesar que la norma diga que se cuenta con tres (3) días entre un acto y otro, ese mínimo está pasado en el mejor de los ejemplos a 30 días y esto debido a la congestión judicial, aspecto que no se le debe trasladar al procesado.

3. POSICIÓN FRENTE A LA DEFINICIÓN DE LA NORMA APLICABLE EN TRÁNSITO LEGISLATIVO

En la solución de este problema la decisión unipersonal, realiza el más elemental análisis exegético, obsérvese como se acoge una norma de interpretación Ley 153 de 1887 en su artículo 40, para generar unas conclusiones que se apartan de los criterios colegiados de las altas cortes; los cuales se pueden identificar, así:

3.1. Aplicación sesgada del artículo 40 de la Ley 153 de 1887

De forma tajante se concluye en la providencia en cuestión que dada la entrada en vigencia del artículo 61 de la Ley 1453 el 24 de junio de 2011, sumado a que la audiencia de formulación de acusación se presenta después de esa fecha, el proceso necesaria y legalmente debe rituarse bajos esos lineamientos; deduciendo dicha posición bajo el argumento que se trata de una norma procesal de efectos inmediatos, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual reza:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre la anteriores desde el momento en que deben

empezar a regir. Pero los términos que hubieran empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. (Negrilla fuera del texto)

Afirmación hecha en aplicación de la primera parte de dicho artículo, cuando considera que en tratándose de una norma procesal su aplicación es inmediata; olvidándose por completo que dicha norma contiene elementos de un derecho fundamental como lo es la libertad, que está desarrollado en el artículo 28 de la carta y fue objeto de estudio colegiado¹¹

*“Así, entonces, de cara a algunos contenidos de las nuevas normas y en particular de la Ley 1453/11, puede precisarse que la favorabilidad resulta de obligatoria aplicación –entre otros- en casos como la regulación de las causales de libertad, y más concretamente la 5 de artículo 317 de la Ley 906/04, modificado por el art 30 de la Ley 1142/7 y éste a su vez por el art 61 de la Ley 1453/11, bajo análisis, si en cuanta se tiene que esta legislación introdujo ingredientes que aunque cronológicos (por los cual comportan naturaleza procesal) **no hay duda que proyectan efectos sustanciales, en la medida en que reclaman estrecha relación con las garantías fundamentales de la libertad.**”*(Negrilla fuera del texto)

Valoración que no dejaría duda que tratándose de numeral 5 de artículo 317 de la Ley 906/04 con sus dos modificaciones, es una norma procesal con efectos sustanciales y no una simple norma procesal que busca darle impulso al proceso.

De la misma forma, y en gracia de discusión pedagógica, si la norma para definir la Ley aplicable a un caso concreto en cambio de legislación es el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, esta debía contemplarse en forma completa, veamos que el artículo en cometo trae un segundo inciso en el que menciona un condicionante a su aplicación, veámoslo:

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Penal. Radicado 36926 de 22 de julio de 2011. M. P. Alfredo Gómez Quintero.

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre la anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. **Pero los términos que hubieran empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.**”* (Negrilla fuera del texto)

Entendiendo que en un asunto judicial, donde ya se hizo una formulación de imputación, podemos analizar como el artículo dice “**pero**” las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la normas vigente; es decir, por las normas al momento de la imputación.

Al respeto indaguemos sobre la imputación, el artículo 286 de la Ley 906 de 2004 dice que es un **acto** en el cual el fiscal comunica a una persona su calidad de imputado, es decir, que lo hace ante un juez de control de garantías con intervención de su defensor y ministerio público, concluyendo que se inicia la actividad procesal, al respecto la jurisprudencia, también ya lo puntualizo¹²

“Finalmente, debe señalarse que la norma parcialmente acusada refiere es **al inicio de la actuación procesal penal** como es la formulación oral de la imputación por parte del fiscal, a fin de comunicar a una persona su calidad de imputado...”

De contera, podemos extraer que el inicio de la etapa procesal se hace con la formulación de imputación, afirmación respaldada por un ente colegiado. Para sumarle a este planteamiento, entonces diríamos que la norma aplicable a una actuación procesal en tránsito legislativo, aplicando la norma de la Ley 153 de 1887 es la que está vigente al momento de la formulación de imputación.

Y si quisiéramos descender aun más, también podríamos decir que aquellas personas que en virtud del artículo 267 de la Ley 906 de 2004 denominados como indiciados conocidos, es decir, cuando adviertan que son investigados, podrán en

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1260 de 5 de diciembre de 2005.

un eventual momento que pidan una audiencia preliminar para garantizar sus derechos fundamentales, mediante la solicitud de petición de pruebas anticipadas v. g. (testimonio de enfermo terminal); entonces podría de esa manera, se aplique la Ley que esté vigente al momento de ese acto procesal, si ello le comporta beneficio; pero este es tema de otro estudio.

Entonces podríamos afirmar que hubo desacierto en la selección de la clase de norma (procesal o procesal con efectos sustanciales) que se escogió y que además al no realizar una interpretación sistemática del todo el contenido de la norma, también se fracasó en el atino de aplicar la legislación en tránsito.

3.2. Interpretación de la Corte Suprema de Justicia sobre las normas procesales con contenido sustancial

Para encausar esta posición, debemos decir que la Corte Suprema de Justicia, por ser la entidad de cierre en cuanto a los procesos ordinarios penales, que derivan su actuar de la ley sustantiva (Ley 599 de 2000) y procedimental (Ley 906 de 2004); en ese orden de ideas, están obligados a dirigir su actuaciones a los marcos establecidos en dichas normas; razones por las que en sus pronunciamientos se refieren a ley procesal con efectos sustanciales y simples leyes procesales, proyectando diferencias radicales, mientras las leyes procesales buscan dirigir el proceso en orden sistemático y cronológico; las sustanciales contienen aspectos que tocan derechos fundamentales; hecha esta claridad, veamos el precepto que enmarca esta distinción.

El artículo 6º de la Ley 906 de 2004, dice:

“Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

(...)” (Negrilla fuera del texto)

Entonces aquí encontramos la fuente de la distinción que la Corte Suprema de Justicia –sala de Casación Penal- hace en sus pronunciamientos; y que generó al estudiar el habeas corpus punto de distancia y confusión en la aplicación de los criterios.

Pues acordemos que aunque el habeas corpus reconozca que el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011, que reformo por segunda vez el artículo 317 numeral 5 de la Ley 906 de 2004, es una norma que contiene efectos sustanciales, lo condiciona en su aplicación a que también y en conjunto se aplique el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011 que modifico el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 sobre la duración de los procedimientos, ya que no comprende cómo se aplica un castigo al Estado, sin la utilización de estos dos artículo en conjunto; y esto tiene dos explicaciones, una de carácter cronológico y otro de carácter jurisprudencial.

El de carácter cronológico tiene que ver con la aplicación del artículo 175 inciso 2 de la Ley 906 de 2004, que en su texto ordenaba se diera la audiencia preparatoria a los 30 días de formulada la acusación; y la audiencia de juicio oral a los 30 días de la audiencia preparatoria. Norma que fue modificada en la Ley 1453 de 2007 aumentando el tiempo en 45 días; generando el dilema expuesto en el habeas corpus:

“De la forma descrita, si es claro que los tiempos de realización de las audiencias han de operar de inmediato, sin importar cuándo ocurrieron los hechos, al punto de facultar plenamente apegado a la ley que entre la audiencia de formulación de acusación y el comienzo del juicio oral discurren 90 días, de ninguna manera es posible concluir que si el

funcionario judicial, atendida su perentoriedad, dio aplicación inmediata a la nueva ley, esto es, ha dirigido la fase del juicio conforme la posibilidad de establecer entre audiencias que la conforman un lapso de 90 días, a la vez haya de dar libertad a la persona porque se cumplió ese lapso”

Veamos lo contradictorio en la posición, si bien es cierto que la norma que habla sobre la duración de los procedimientos es de inmediata aplicación, este razonamiento desdibuja los criterios de especialidad antes señalados cuando nos referimos con apoyo jurisprudencial, que el funcionario ante quien se realice la actuación es la que determina como se entienden los días (hábiles o ininterrumpidos); entonces como ya es sabido, la petición de libertad provisional consagrada en el artículo 317 numeral 5 de la Ley 906 de 2004, dos veces reformado, se hace ante el juez de control de garantías y no ante el de conocimiento, aunque ya se haya presentado el escrito de acusación.

Entonces podemos precisar lo siguiente, los días (90 ó 120 según la norma) para libertad provisional son ininterrumpidos y se tramita ante juez de control de garantías a diferencia de los tiempos en la duración de los procedimientos que se habla de días y estos son hábiles porque se refiere a las actuaciones a partir de la presentación del escrito de acusación, es decir, ante el juez de conocimiento; razones más que suficiente para evidenciar que los 90 días a que hace referencia en el habeas corpus no son los mismo en cantidad de días calendario y por tanto es errada la concepción que mientras se surten los procedimientos al mismo tiempo hay que otorgar la libertad.

El de carácter jurisprudencial, se refiere a que a pesar que la Corte Suprema de Justicia por seguir su fuente normativa insista en la diferenciación de normas procesales con efectos sustanciales y meras normas procesales; lo cierto es que también ha generado en sus jurisprudencias un criterio para manejar el fenómeno, apoyándose en el test de ponderación, donde por obvias razones la normas

procesales de contenido sustancial tendrán mayor preponderancia que las simples procesales, al respecto¹³

*“como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal y constitucional, la sucesión de leyes en el tiempo...la preceptiva del art. 40 de la ley 153 de 1887, las leyes de carácter procesal tiene vigencia inmediata y rigen hacia el futuro; no obstante cuando de ella se derivan “efectos sustanciales” para el inculcado, opera también el principio de favorabilidad como clara y expresamente lo establece el inciso 2º del art. 6 de los Estatutos Procesales Penales vigentes, **todo lo cual obliga al funcionario judicial a efectuar la correspondiente ponderación de los preceptos sucesivos o coexistentes**, con el propósito de seleccionar el más favorable al inculcado” (Negrilla fuera del texto)*

Entonces es claro, que la selección de la norma procesal con efectos sustanciales es de mayor entidad que una simple norma procesal, sumado a que resulta un despropósito jurídico condicionar la aplicación de la norma sustancial, tratándose de la libertad, que es un principio fundamental en el artículo 28 superior; a la aplicación simultánea de una norma simplemente procesal afectando los derechos y los tratados internacionales que refieren este aspecto.

3.3. Interpretación de la Corte Constitucional sobre las normas procesales con contenido sustancial

Para buscar el origen de la discusión, revisemos el contenido del artículo 29 superior, inciso 3:

*“En materia penal, **la ley permisiva o favorable**, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (Negrilla fuera del texto)*

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23660 de 1 de junio de 2005. M. P. Jorge Luis Quintero Milanes.

De contera se puede establecer que la fórmula empleada en la constitución de 1991, hace referencia a “la ley” y no a distinciones de la norma entre sustanciales y procesales; su contenido es más amplio, se refiere a cualquier norma aplicable en concreto que sea favorable, más benigna, con ello proscribire cualquier discriminación y esta a tono con los derechos pro homine, antes referidos.

“Así mismo que en esta materia no cabe hacer distinciones entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita trato diferente para las normas procesales”¹⁴

Visualicemos como la Corte Constitucional en los análisis que hacen al tema, verifican que el contenido de la norma superior no hace preferencias entre normas, ya que su contenido puntualiza sobre leyes favorables, sin interesar si sus efectos son sustanciales o procesales, diferenciación que en sede de la providencia estudiada causa un problema en saber cómo armonizar el contenido de una norma puramente procesal y otra procesal con efectos sustanciales; y de esa manera tener que acudir a un precepto legal de interpretación de normas que tiene más de un siglo, que se pensaría esta en diferencia con la nueva constitución, pero que si revisado el contenido del artículo 44 de la Ley 153 de 1887, éste se armonizó con el artículo 6º común de la legislación penal y procedimental vigente; razón de más para no entender la aplicación sesgada del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Al respecto quiero hacer alusión a una sentencia que en congruencia con otras han tratado el tema sobre la aplicación de la norma de interpretación centenaria y el ajuste con la nueva constitución, así¹⁵

¹⁴ Entre otras sentencias C-252 de 2001 M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-200 de 2002 M. P. Álvaro Tafur Galvis, C.922 de 2001 y T-272 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 9 de junio de 2005. Exp. D-5412. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

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

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, enuncia este principio así:

“Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficia con ello.” (Subrayado fuera del texto)

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

“Artículo 9º Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

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

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

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

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

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

Entonces podemos concretar a este punto que las altas cortes de nuestro país en coherencia con los compromisos internacionales, son coincidentes en establecer que la regla general es aplicar la ley vigente al momento de los hechos, y que esta fórmula no encuentra distinción entre normas procesales y sustanciales, así como se edificó en el habeas corpus censurado con este trabajo; precisando de igual

manera que en presencia del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 Superior debe prevalecer aún incluso en aplicación del artículo 40 de la ley 153 de 1887 sobre la regla general de aplicación inmediata de la ley procesal; y esto también por mandato superior en el artículo 4 “*PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otras normas jurídicas, se aplicará las disposiciones constitucionales...*”; resultando de contera la decisión de habeas corpus en análisis abiertamente contraria a los postulados colegiados de su propio órgano, de los tratados internacionales y por ende de la Carta Superior.

4. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

En este punto de la discusión dialéctica, ya se ha podido verificar que el Principio de Favorabilidad en estricta coherencia con el de legalidad es aplicable en tránsito legislativo, veamos cómo esta posición se aleja en el habeas corpus objeto de análisis, se dice en esta providencia lo siguiente:

“...la aplicación de la favorabilidad establecida por la Sala en la decisión antes reseñada, sólo opera cuando esos términos de la fase del juicio se contabilizan conforme las normas eminentemente procedimentales reguladas por la Ley 906 de 2004 (artículo 175) previo a la modificación realizada por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011.

De forma contraria, si esos términos de la etapa de enjuiciatoria han sido contabilizados atendida la modificación en cita, la posibilidad de obtener la libertad por el vencimiento de los mismos sólo opera cuando han discurrido 120 días desde la formulación de acusación, acorde con lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley 1453 tanta veces citada, que modifica el artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

Así, se evita la paradoja que resulta de cumplir el funcionario los términos, conforme normas procedimentales de aplicación inmediata, pero a la vez estimar vencidos los mismos para así facultar una libertad que, por lo demás, carece de soporte material si se entiende que la excarcelación basada en esa causal opera precisamente como castigo al Estado por su negligencia.

Debe tomarse en consideración, además, que esos 45 días establecidos por la norma reformada para realizar las audiencias preparatoria y de juicio oral, a diferencia de los 120 que se contemplan para habilitar la libertad por vencimiento de términos, se contabilizan hábiles, acorde con lo establecido en el inciso tercero del artículo 157 de la Ley 906 de 2004.

Entonces, es posible que cumpliendo cabalmente con lo que la ley procedimental exige, discurren más de 90 días entre la realización de audiencia de formulación de acusación y la celebración del juicio oral, lo que torna aún más absurdo acudir al principio de favorabilidad para otorgar la libertad porque se han cubierto corridos entre una y otra diligencia.”

En estas líneas, quedo concretada la posición del magistrado sustanciador frente a la favorabilidad, con fallas conceptuales que empiezan por la asimilación equivocada de una providencia colegiada¹⁶; y que trataremos de mostrar, así:

Lo primero que quiero resaltar de la providencia colegiada es la posición de la Corte Suprema de Justicia –Sala Penal- desde la providencia del 16 de febrero de 2005 en el radicado 23006 frente a la tesis que debe aplicarse a la solución del problema en tránsito legislativo.

Acordémonos que desde el inicio de este artículo he venido comentando sobre el **acto procesal relevante** que era el punto o hito desde donde se parte para aplicar la normatividad en un caso particular; y resumimos que esta tesis fue la empleada

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado No. 36926 de 22 de julio de 2011. M. P. Alfredo Gómez Quintero.

en el habeas corpus de análisis, donde se toma la audiencia de acusación y la contabilidad de unos términos (120 días ininterrumpidos) para fincar la posibilidad de otorgar la libertad provisional.

Pero, con el derrotero del 16 de febrero de 2005, se adopto la aplicación plena de **la ley preexistente al delito** y que dicha ley acompaña ad infinitum a la actuación procesal, salvo que llegue una nueva ley que por ser más favorable pueda reemplazarla, siendo de obligatorio cumplimiento en preservación al debido proceso como muestra de la favorabilidad.

“(...) el marco de aplicación de la ley ha girado alrededor de los que la Sala ha denominado hecho jurídico o procesalmente relevante, consideración y actuación que comportan desdeñar la valoración y aplicación de la ley vigente al momento del hecho de la comisión del delito, para acoger –en cambio- la que en su oportunidad gobierna el mencionado hecho o momento procesal, también bajo el entendido que el artículo 6º de la ley 600/00 señala que “Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal...”

Un nuevo análisis del fundamento tenido hasta ahora en cuenta, sobre todo orientado hacia y por la norma base –que no es otra que la constitucional- reclama un replanteamiento del tema y un redireccionamiento que bien puede entenderse como una precisión sobre los alcances reales de la mencionada teoría.

(...)

Así, refulge que cometido un delito, toda la normatividad que lo regula en su descripción típica, en su sanción y en las normas procesales de efectos sustanciales, acompañan ad infinitum a ese comportamiento y a su autor, salvo que con posterioridad surja norma nueva que favorablemente modifique que tales atributos para que ésta sea aplicada retroactivamente,

tal como lo autoriza la norma superior, lo precisa la Ley 600/00 y lo reitera para el futuro el nuevo código de procedimiento (ley 906/04)...”

En igual sentido el fallo de 6 de septiembre de 2007, radicado 25099.

“Asimismo, no hay duda que tratamiento igual han de recibir las causales de libertad, bien porque estando consagradas el día de la comisión del hecho se hayan eliminado por una ley posterior en el momento en que se solicitan, o bien porque no estando establecidas normativamente el día del hecho una ley posterior les dé cabida en el ordenamiento legal, pues en el primer evento habrá de concederse por aplicación ultractiva de la ley y en el segundo por la retroactividad por favorabilidad, desde luego que –en cada caso- cuando se satisfagan las exigencias que impongan el legislador para la causal.

(...)

Así las cosas, concluye la Sala que en relación con las normas sustanciales o con las procesales de estos mismos efectos, la mencionada garantía constitucional debe aplicarse aún oficiosamente, so pena de que la omisión en torno a esta carga genere desconociendo del debido proceso y por esa vía se incurra en causal de nulidad...”

Todo este pensamiento se presenta pacífico y reiterado, algunos ejemplos las *“...sentencias 06/07/2005 (23.545), 06/09/2007 (25.099) y autos 13/05/2009 (31.124) y 10/02/2010 (32.108).”*

Entonces es concluyente que la interpretación dada en el habeas corpus es lejana de las mayorías de la entidad de la que también hace parte el magistrado sustanciador; ahora, considerando la siguiente precisión establecida en la

providencia colegiada¹⁷ quedaría sin fundamento la posición de dicho auto unipersonal.

“Así, entonces, de cara a algunos contenidos de la nuevas normas y en particular de la Ley 1453/11, puede precisarse que la favorabilidad resulta de obligatoria aplicación –entre otros- en casos como la regulación de las causales de libertad, y más concretamente la 5 del art 317 de la Ley 906/04, modificado por el art 30 de la Ley 1142/07 y éste a su vez por el art 61 de la Ley 1453/11, bajo análisis, si en cuenta se tiene que esta última legislación introdujo ingredientes que aunque cronológicos (por lo cual comportan naturaleza procesal) no hay duda proyectan efectos sustanciales, en la medida en que reclaman estrecha relación con la garantía fundamental de la libertad.

(...)

Obsérvese que las aludidas modificaciones normativas no se refieren a la simple ampliación de un término o plazo para llevar a cabo una actuación. No. porque si bien es cierto que es clara la prolongación cronológica, no lo es menos que ella fue concebida para efectos de libertad, esto es, para proteger o afectar – como se quiera- aquella garantía fundamental. En ello radica la diferencia – por ejemplo- con la simple aplicación del término de investigación que regula el art 49 de la Ley 1453, respecto del cual ninguna favorabilidad – per se-, es aplicable...”

Por lo tanto, es realmente sorprendente que una providencia colegiada didáctica y clara en el concepto de la favorabilidad en aplicación de la causal de libertad provisional, pueda tener un cambio que algunos consideran como –la nueva postura de la Corte- siendo este un concepto totalmente equivocado; pues como lo hemos venidos presentando todo el debate tiene origen de estirpe constitucional (art 29), y en estricta sujeción a la tesis de la Corte sobre la aplicación plena de la

¹⁷ Ibídem.

ley existente al momento de los hechos y no la aplicada en el habeas objeto de estudio.

4.1. La Corte Constitucional frente a la favorabilidad

En este punto la Corte hace una alusión a la política expresada por la Corte Suprema de Justicia frente a la postura de la aplicación de principio de favorabilidad en tránsito legislativo, al respecto dijo:

“...dado que no hay duda sobre la aplicación del principio de favorabilidad penal, la Corte –además de acoger, por ser claramente respetuosa de las garantías constitucionales, la interpretación adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de la Jurisdicción ordinaria en este tema-, declara la exequibilidad del tercer inciso del artículo 6 de la Ley 906 de 2004 por el cargo formulado...”

Como podemos extractar la coherencia entre la constitución y el precepto legal hacen que la interpretación hecha a el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 quede relegada cuando se trate de favorabilidad entendiendo que no existe diferencia entre las normas procesales y las procesales con efectos sustanciales por utilizar la clasificación de dicha norma y que por ende la interpretación en el habeas corpus desconoce la posiciones de las dos altas Cortes en nuestro país.

5. CONCLUSIONES

Este trabajo desprendió como conclusiones las siguientes posiciones dialécticas:

Las decisiones que se produzcan por los jueces de control de garantías, que no son otra cosa, que el enervamiento de los derechos fundamentales de todo un sistema de prevalencia constitucional; deben ser resueltas con agudeza e independencia, acogiendo las decisiones colegiadas del ente de cierre en la materia, por ser éstas la mayor expresión de la pluralidad y democracia.

Las decisiones que emanen de los entes colegiados que correspondan a la pluralidad de sus miembros en un ejercicio democrático, ante la realidad de las diferencias conceptuales, prevalecen en jerarquía frente a los autos unipersonales de sus miembros; así mismo, si las decisiones colegiadas se reiteran en el tiempo de manera pacífica se convierten en precedente judicial; razón que desecha la concepción que un auto unipersonal pueda cambiar la línea del ente colegiado.

La interpretación diferenciadora del habeas corpus sobre la aplicación de días calendario o hábiles en solicitud del numeral 5 de la artículo 317, en tratándose de la Ley 906 de 2004 y su primera modificación; se distancia de los precedentes colegiados que entienden su aplicación en días calendario por tratarse de norma que implica un derecho fundamental “La Libertad”.

Que la solicitud de aplicación del numeral 5 del artículo 317 del Estatuto procesal, es una diligencia que se instruye ante el juez de control de garantías a pesar de haberse iniciado la etapa de juzgamiento con la presentación del escrito de acusación; razón que implica estar a tono con la concepción “Pro Homine”.

Que en concepción del constitucionalismo penal moderno, a pesar de existir la distinción entre normas procesales y normas procesales con efectos sustanciales en los estatutos penal y procedimental (art. 6) común; la norma superior (art. 29) no establece dicha distinción.

De la misma forma, con la posición colegiada del alto tribunal en lo penal desde el año 2005; posición reafirmada en múltiples sentencias hasta llegar al último precedente de junio de 2011, mostrándose como pacífica, concertada, pluralista y democrática; se puede afirmar de manera contundente que la tesis aplicable en consonancia con los Estatutos penal y procedimental (art. 6) común es la Ley Preexistente al hecho que acompaña ad infinitum al procesado, desechando la teoría del hecho relevante aplicada en el habeas corpus en estudio.

Concluyendo que el habeas corpus vulneró los principios de legalidad y favorabilidad al concebir la aplicación simultánea del artículo 49 con el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011.

6. BIBLIOGRAFIA

Ley 906 de 31 de agosto de 2004, Código de Procedimiento Penal. Publicado por primera vez en el Diario Oficial No. 45657, corregida con posterioridad por errores tipográficos, nuevamente el Diario Oficial No. 45658 de 1º de septiembre de 2004.

HABEAS CORPUS. Radicado 37.977 de 18 de noviembre de 2011. M. S. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2009.

En la Gaceta del Congreso 124/2007 correspondiente al informe de ponencia para primer debate del proyecto de Ley 081 de 2006 Senado, 023 de 2006 Cámara, que culminó con la expedición de la Ley 1142 de 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 36926 de 22 de julio 2011. M. P. Alfredo Gómez Quintero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-284 de 2006. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1260 de 5 de diciembre de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23660 de 1 de junio de 2005. M. P. Jorge Luis Quintero Milanes.

CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-252 de 2001 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-200 de 2002 M. P. Álvaro Tafur Gálvis,

CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C.922 de 2001 y T-272 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 9 de junio de 2005. Exp. D-5412. M. P. Álvaro Tafur Gálvis.