El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª instancia – 23 de noviembre de 2017

Proceso: Penal – Confirma negativa de libertad provisional

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2013 02272 03

Procesado: MARLON EDUT RIVERA CASTELLANOS

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema:**  **NIEGA SOLICITUD DE LIBERTAD PROVISIONAL.** [E]l juez de conocimiento es quien tiene competencia para resolver las solicitudes de libertad que se presenten luego del anuncio del sentido del fallo, o después de que sea proferida la sentencia de primera instancia. En consecuencia no hay lugar a cuestionar la validez de la actuación adelantada por el juez 1º penal del circuito de esta ciudad, quien era el funcionario competente para adoptar la decisión recurrida, ya que el ciudadano Marlon Edut Rivera Castellanos se encuentra descontando la pena de 240 meses de prisión que le impuso ese despacho, como responsable del delito de homicidio en concurso con porte de armas de fuego de defensa personal. Sin embargo, debe manifestarse que para la fecha del presente pronunciamiento se tiene conocimiento de la decisión CSJ SP del 9 de agosto de 2017, radicado 50581, cuyos apartes se citaron en el *ítem,* 6.2.4 de esta decisión. Siguiendo los términos de ese precedente del órgano de cierre de la jurisdicción penal, resulta meridianamente claro que el procesado no estaba bajo el régimen de “detención preventiva”*,* sino cumpliendo una pena impuesta por ese mismo despacho como lo entendió el *a quo*, por lo cual su situación no podía equipararse a un evento de concesión de libertad provisional o de sustitución de una medida de aseguramiento.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nro. 1286

Hora: 10:10 a.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR.**

Se entra a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la defensa, contra la decisión del 9 de octubre de 2017 del juez 1º penal del circuito de esta ciudad, donde se negó la sustitución de medida de aseguramiento al ciudadano Marlon Edut Rivera Castellanos, quien se encuentra privado de su libertad como consecuencia de la sentencia dictada el 2 de febrero de 2016 por ese mismo despacho, al ser declarado responsable del delito de homicidio en concurso con porte de armas de fuego de defensa personal.

**2. ANTECEDENTES**

**2.1** La apoderada judicial del señor Marlon Edut Rivera Castellanos elevó una solicitud de libertad a favor de su representado para lo cual invocó lo dispuesto en la sentencia C-221 de 2017 de la Corte Constitucional, petición que correspondió por reparto al juez 2° penal municipal con función de control de garantías de la ciudad. En audiencia pública el juez negó las pretensiones y la defensa interpuso recurso de apelación. (Fl. 1).

**2.2** El Juzgado Segundo Penal del Circuito, mediante auto del 8 de septiembre de 2017, declaró la nulidad de lo actuado por considerar que la competencia para conocer de la petición corresponde al juez de conocimiento, motivo por el cual remitió las diligencias al Juzgado Primero homónimo, en tanto fue el que impartió sentencia condenatoria. (Fl. 5).

**2.3** Por auto del 9 de octubre del 2017 el juez avocó el conocimiento de la solicitud y notificó a la solicitante para que sustentara su pretensión. (Fl. 7).

**3. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL RECURSO**

**3.1** Se puede observar en memorial del 25 de septiembre de 2017 que la solicitante fundó su pretensión en los siguientes argumentos: (Fls. 8 a 10).

Pidió la sustitución de la medida de aseguramiento impuesta a Marlon Edut Rivera Castellanos quien se encuentra detenido desde el 1 de octubre de 2014, en cumplimiento de orden judicial y, mediante sentencia del 2 de febrero de 2016 fue condenado, providencia contra la cual se interpuso recurso de apelación sin que se haya desatado el mismo.

Refiere que con base en lo dispuesto en la Ley 1786 de 2016 y lo establecido en la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017 de la Corte Constitucional, se encuentran fenecidos los términos consagrados en el artículo 1° de la ley en cita, toda vez que las medidas de aseguramiento no pueden tener una vigencia superior a un (1) año.

Argumenta que la sentencia de constitucionalidad estudió la demanda ciudadana contra la ley 1786 por presuntamente desconocer los derechos de las personas privadas de la libertad que estaban pendientes de que se resolviera el recurso de apelación de la sentencia condenatoria. Pero, la Corte Constitucional definió que no hay tal desprotección debido a que el término de duración de las medidas de aseguramiento se extiende a las personas condenadas en primera instancia cuya sentencia no se encuentra ejecutoriada.

Agrega que si bien la sentencia C-221 de 2017 ha sido cuestionada en estrados judiciales, por tratarse de un precedente de constitucionalidad, debe ser aplicada por parte del operador jurídico, además, por ser de un fallo con efectos erga omnes y que solo puede ser controvertida por providencia del mismo rango.

Indica que no existieron maniobras dilatorias de la defensa que causaram la mora judicial así como tampoco pueden imponerse las vicisitudes laborales al interior de la rama judicial al representado, porque ello vulnera el principio del plazo razonable.

Hace mención a la providencia del 11 de julio de 2017 de esta Corporación que reconoció que se debía aplicar lo consagrado en la ley 1786 y la sentencia C-221 de 2017, por principio de favorabilidad y retroactividad de la ley, que los términos de la medida de aseguramiento se encuentran vencidos y lo procedente no es la libertad por vencimiento de términos sino la sustitución de medida de aseguramiento.

Refiere que el auto AP4711-2011 del 24 de julio de 2017 de la Corte Suprema de Justicia estableció que la interpretación subjetiva, aplicando el método histórico, confirma que el cómputo del término se inicia desde la fecha de detención y no desde la entrada en vigencia de la norma. Además, en la misma decisión señala que cuando hay sentencia de primera instancia la privación de la libertad tiene por finalidad el cumplimiento de la pena, lo cual resulta contrario a la sentencia C-221 de 2017, por lo cual reclama que la sentencia de constitucionalidad debe primar sobre el auto citado de la Corte Suprema de Justicia, en tanto la primera estudia la exequibilidad de la norma y ordena al operador el sentido jurídico de la misma.

Expone que en el caso bajo estudio no opera la prohibición del parágrafo del artículo 1° de la ley 1786, tampoco del artículo 314 de la ley 906 y con la prisión domiciliaria no se evade la acción judicial sino que su defendido sigue privado de la libertad en lugar diferente al centro de reclusión.

Agrega que el argumento jurídico se encuentra consagrado en el numeral 1º del artículo 314 de la ley 906 e indica que el señor Marlon Edut no registra antecedentes penales, cuenta con arraigo en la comunidad, su grupo familiar se conforma por dos hijas menores de edad, la mamá y una hermana en estado de incapacidad. Además, que se someterá a controles y vigilancia por parte del Estado a través del INPEC, suscribirá acta compromisoria, permitirá el ingreso de agentes del INPEC a su residencia y, de esa manera, estará junto a su familia.

Por último, refiere que en aplicación del bloque de constitucionalidad deben tenerse en consideración el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ambos ratificados por Colombia por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, los cuales establecen que la prisión preventiva de personas sometidas a juzgamiento no debe ser la regla general y que las personas deben ser juzgadas en un plazo razonable o ser puestas en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso.

**3.2** Pese a que no se dio traslado de la solicitud se entiende que se trata de una actuación posterior al fallo de primer grado. Sin embargo, la decisión fue notificada a todas las partes, entre las cuales se incluyó al fiscal 38 seccional, a la delegada del Ministerio Público y al apoderado de víctimas, los cuales no hicieron pronunciamiento alguno, en consecuencia, se entiende convalidada la actuación (folio 15).

**4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO**

La decisión del juez de primer grado se sintetiza así: (Fls. 12 a 14).

4.1 El ciudadano Marlon Edut Rivera Castellanos fue condenado dentro del proceso de la referencia por ese despacho el 2 de febrero de 2016 por la conducta delictiva de homicidio en concurso con porte de armas de fuego de defensa personal. El proceso se encuentra pendiente de que se desate el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la decisión de primera instancia.

4.2 Es competente para decidir esa petición en acatamiento de providencia del 18 de septiembre pasado de esta Sala de Decisión, por haberse emitido la sentencia condenatoria en primera instancia sin que se haya resuelto la apelación que se interpuso contra la misma.

4.3 La solicitante fundamentó su petición con base en lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 1786 de 2016, que modificó el mismo artículo de la ley 1760 de 2015, además de lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-221 de 2017 de la cual cita las consideraciones 20 y 21.

4.4 Interpreta que el derecho a la libertad personal es un principio fundante del Estado social de Derecho, sin embargo, no es un derecho absoluto en el entendido que es susceptible de restricción por razones estrictamente necesarias para la salvaguarda de bienes de la sociedad. De esa forma, la propia Constitución Política ha encomendado a la Fiscalía General de la Nación la función de solicitar ante los jueces que cumplen función de control de garantías la imposición de medidas de aseguramiento que se traducen en limitaciones a la libertad caracterizadas por tener un carácter preventivo y no sancionatorio, lo cual implica que son temporales, es decir, que tienen plazos determinados por el legislador regulados en la ley 1786 de 2016.

4.5 Refiere que esa normatividad establece plazos máximos de duración de la detención preventiva en las diferentes etapas de la estructura del proceso penal, de modo que el procesado privado de la libertad puede encontrarse en alguna de las situaciones allí reguladas, como sería el caso en el que no se ha culminado la audiencia de juicio y dictado sentido del fallo o, culminado el juicio con sentencia condenatoria, esta no ha quedado ejecutoriada porque no se ha desatado el recurso de apelación interpuesto contra la de primer grado.

4.6 Deduce que la situación es diferente porque no es lo mismo cuando una persona está privada de la libertad de manera preventiva con ocasión de una medida de aseguramiento y para el cumplimiento de fines constitucionales, que cuando esa misma persona ya ha sido condenada aunque se desconozca la sentencia de segunda instancia, porque en este evento ya se ha agotado toda la actuación y la privación de la libertad es para el cumplimiento de una sanción a título de pena que ha sido definida.

Soporta lo anterior en la consideración 3.1.3.2 del auto AP4711-2017 de la SP CSJ y la providencia del 28 de agosto de 2017 de esta Corporación, con ponencia del Dr. Manuel Yarzagaray Bandera.

4.7 Concluye que la medida de aseguramiento cumple una finalidad constitucional de carácter preventivo y provisional, lo cual implica que pierde su efecto cuando el juez de primera instancia emite sentencia condenatoria, caso en el cual el condenado pasa a quedar privado de la libertad por efectos de la sanción penal o quedar en libertad en razón de los subrogados, e incluso, en caso de estar en libertad se debe ordenar su encarcelamiento como lo dispone el artículo 450 CPP.

4.8 En consecuencia, el juez 1º penal del circuito de esta ciudad consideró que Marlon Edut Rivera Castellanos se encuentra privado de la libertad en cumplimiento de pena impuesta en sentencia condenatoria proferida en su contra desde el 2 de febrero de 2016, fecha a partir de la cual desapareció la razón de ser de la medida de aseguramiento y, continuó bajo los efectos de la pena. Por lo anterior negó la petición de libertad o sustitución de pena presentada por la defensa.

4.9 La apoderada defensora solicitante interpuso el recurso de apelación contra esa decisión.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

**5.1 Defensora (recurrente)**

La defensora impugnó la decisión en los siguientes términos: (Fls. 17 a 19).

* Indicó que el juez de conocimiento desconoció no solo el contenido de la sentencia C-221 de 2017 que da alcance constitucional al concepto según el cual cuando la sentencia no se encuentra ejecutoriada no hay una pena en firme. Además, desconoció el auto de esta sala, en el mismo proceso, que decretó nulidad e instó a la peticionaria a solicitar la sustitución de medida de aseguramiento considerando que los términos habían fenecido.
* Agregó que en la sentencia C-047 de 2016 la Corte Constitucional expuso: *“es claro que, cuando en el proceso penal se ha configurado un sistema de recursos, de tal manera que lo decidido en primera instancia sea susceptible de control por una instancia superior, no cabe señalar que producida la sentencia de primera instancia, el juicio ha concluido…”*. En consecuencia, infiere que la sentencia no está debidamente ejecutoriada y, por lo tanto, no se puede decir que el juicio concluyó.
* Consideró que los términos están fenecidos para que se decida la situación de su prohijado, debido a que en la sentencia C-221 de 2017 se determinó que las personas a quienes no se les ha definido la situación jurídica no están desprotegidas porque debe entenderse que también están cobijadas por el término de 1 año que debe durar la medida de aseguramiento. Aunado a ello, expuso que aunque la sentencia ha sido cuestionada en estrados judiciales debe ser aplicada por el operador jurídico sin darle otra interpretación.
* Discurrió que el *a quo* hizo referencia al auto AP4711-2017 radicado 49734 CSJ SP, el cual no cuenta con más peso jurídico que una sentencia de constitucionalidad porque no alcanza el rango de jurisprudencia. Asimismo, que en Colombia solo estamos sometidos al imperio de la ley y, en este caso, la ley 1786 es clara en establecer el plazo razonable y el término de vigencia las medidas de aseguramiento. También, que debe aplicarse la norma más favorable a los intereses de los procesados en atención al principio constitucional y, por último, que la sentencia 8468-2018 radicado 49467 SP CSJ, estableció que el principio de favorabilidad no tiene en cuenta los cambios de jurisprudencia, por lo que debe aplicarse el precedente vigente al momento de la solicitud que es del mes de julio.
* Insistió en que se cumplen todos los requisitos para solicitar la sustitución de medida de aseguramiento por tratarse de un solo acusado, no es delito de la jurisdicción especializada ni de la ley 1447 de 2011 o conductas previstas en el título IV del libro segundo de la ley 599 de 2000, para que se prohíba la detención en residencia. Por el contrario, la mora se ha ocasionado por causas ajenas a la defensa y el poderdante.
* Reiteró que la conducta del procesado tampoco está consagrada en las prohibiciones del parágrafo del artículo 314 de la ley 906, por lo que se puede acceder a su petición sin riesgo de obstrucción a la justicia ni evasión de la acción judicial.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**6.1 Competencia**

Esta Colegiatura es competente para decidir el recurso propuesto, con base en lo dispuesto en los artículos 20 y 34 -1 del CPP.-

**6.2 Problema jurídico a resolver**

6.2.1 En el recurso interpuesto por la defensa se controvierten los argumentos jurídicos de la decisión de primer grado, en especial la omisión en la aplicación del precedente constitucional, concretamente el contenido de la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017, frente a las personas que han sido sentenciadas en primera instancia y ha transcurrido un año sin que se haya resuelto su situación en segunda instancia. Lo anterior por haberse optado por el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que se considera no alcanza rango de jurisprudencia.

6.2.2 En atención al problema jurídico propuesto, hay que manifestar que en decisión del 11 de julio de 2017 (acta 662) dentro del proceso adelantado contra el señor Marlon Edut Rivera Castellanos, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, esta Sala decretó la nulidad de la actuación que se cumplió el 16 de junio de 2017 en la cual el juez 1º penal del circuito de esta ciudad, mediante la cual concedió “libertad provisional” al citado ciudadano, con base en su particular entendimiento de los efectos de la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017 de la Corte Constitucional.

6.2.3 En la providencia del 11 de julio de 2017, esta Colegiatura: i) se pronunció sobre los efectos de la sentencia C- 221 de 2017; y ii) se decretó la nulidad de la actuación adelantada por el juez de primera instancia por considerarse que no era competente para tramitar esa solicitud y por haber dado un trámite diverso al pedimento de la defensa del señor Rivera Castellanos, que en sentido estricto se debió tener como una petición de sustitución de medida de aseguramiento y no de libertad provisional. Sobre esos temas se dijo lo siguiente en sus apartes más relevantes:

“(...)

*8.2 Sin embargo la aplicación del precedente contenido en la sentencia C-221 de 2017 tiene efectos necesarios en lo relativo a la competencia para decidir las solicitudes de sustitución de la medida de aseguramiento en esos casos específicos, por las siguientes razones:*

*8.2.1 El numeral 8 del artículo 154 del CPP establece que se deben tramitar en audiencia preliminar: “Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo.”.*

*8.2.2 Por su parte el artículo 190 del CPP dispone que:* *“Durante el trámite del recurso de casación lo referente a la libertad y demás asuntos que no estén vinculados con la impugnación, serán de exclusiva competencia del juez de primera instancia”.*

*8.3.3 Sin embargo en virtud de la ratio decidendi de la sentencia C-221 de 2017, esta Colegiatura considera que debe modificar su criterio inicial sobre la autoridad competente para resolver ese tipo de peticiones, ya que se entiende que la nueva causal de modificación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, deducida del artículo 1º de la ley 1786 de 2016, se aplica frente a personas que están bajo ese régimen y no descontando la pena impuesta, por lo cual ese tipo de decisiones no pueden ser adoptadas por el juez de conocimiento o de primera instancia, sino por un juez con función de control de garantías, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 250 de la Constitución de 1991, que dispone lo siguiente:*

*“(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza la función de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad.”*

(...)

*8.2.6 En tal virtud se concluye, modificando la posición anterior de esta Sala, que el juez 1º penal del circuito de esta ciudad no era competente para pronunciarse sobre la solicitud de la defensora del procesado, que además no se podía formular como una petición de “libertad por vencimiento de términos”, como lo entendieron equivocadamente la representante del acusado y el juez de conocimiento, ya que en sentido estricto y siguiendo lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 1786 de 2006, lo que se tenía que decidir en ese acto era una sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al señor Rivera Castellanos (que se extiende luego de la sentencia de primera instancia según el entendido de la sentencia C- 221 de 2017 de la Corte Constitucional), lo que obligaba a adecuar la decisión del A quo a lo dispuesto en el artículo 307 del CPP y no al artículo 317 ibídem, como* *ocurrió en el presente caso.*

*8.2.7 Por lo tanto, en razón de la falta de competencia del juez de conocimiento para decidir la mencionada solicitud y por la vulneración del debido proceso deducida del trámite equivocado que se le dió a la actuación que originó a la decisión recurrida, que no implicaba ninguna decisión sobre concesión de “libertad provisional” al sentenciado, la Sala declarará la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia del 1 de julio de 2017, ya que la solicitud de la defensora del señor Rivera Castellanos deberá ser tramitada como una audiencia de sustitución de medida de aseguramiento, ante un juez con función de control de garantías, a quien le corresponde verificar: i) que el vencimiento de términos no sea atribuible al procesado o su defensor; ii) de considerar procedente la aplicación de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad en cada caso específico deberá tener en cuenta igualmente lo dispuesto en el literal B del artículo 307 del CPP, para efectos de fijar la medida sustitutiva que corresponda, teniendo en cuenta circunstancias tales como la garantía de la futura comparecencia del procesado en el momento* *en que se produzca la decisión de segunda instancia, la cual podría resultar más viable a través de la imposición de un mecanismo de vigilancia electrónica; su presentación periódica, la prohibición de salir del país, o la constitución de una caución, entre otros eventos, que se pueden imponer de manera conjunta o indistinta, como lo prevé el inciso final del artículo 307 del CPP...”*

*(...)*

*8.2.9 En consecuencia, al quedar sin efectos la actuación que dio origen a la decisión del 21 de junio de 2017 del juez 1º penal del circuito de esta ciudad que le concedió “libertad provisional” (sic) al señor Marlon Edut Rivera Castellanos, se entiende que se debe retrotraer la actuación al estadio procesal vigente para el 1 de julio de 2016, cuando el procesado se encontraba privado de su libertad, descontando la pena de 240 meses de prisión, que le fue impuesta por el juzgado de conocimiento, por violación de los artículos 103 y 165 del CP, por lo cual se ordenará su recaptura...”*

6.2.4 Sin embargo al momento de tomar esta decisión la Sala tiene conocimiento de lo dispuesto en CSJ SP del 9 de agosto de 2017, AP5052-2017, radicado 50861, donde se hicieron las siguientes consideraciones:

“(...)

*"... Sin embargo, el problema jurídico que debe resolver la Corte precisa definir a qué funcionario le compete pronunciarse sobre dicha solicitud cuando ya se ha anunciado el sentido del fallo o dado lectura a la sentencia que resuelve sobre la responsabilidad del procesado.*

*(...)*

*“Ahora bien, esta Corporación en la decisión CSJ AP4711-2017, rad. 49734, del 24 de julio de 2017, luego de estudiar y analizar la providencia emitida por la Corte Constitucional, concluyó, en lo que ahora es motivo de interés, que la medida cautelar personal tiene vigencia hasta el anuncio del sentido del fallo condenatorio o hasta la lectura de la sentencia, por lo que, de negarse cualquier beneficio liberatorio en la sentencia de condena, la restricción de la libertad del procesado ya no será en virtud de la medida de aseguramiento, sino fundada en el fallo que declara su responsabilidad penal, razón por la cual el plazo máximo de vigencia de la medida de aseguramiento previsto en el inciso 1º de la Ley 1786 de 2016, se deberá contabilizar desde el momento en que se impone la medida cautelar personal sin que se haya realizado la audiencia de lectura de fallo de primera instancia. Estos fueron los argumentos de la Sala:*

*«En efecto, de manera pacífica y reiterada, la Sala tiene dicho que, en consideración a la naturaleza cautelar de la detención preventiva, así como en vista de las finalidades a las que sirve en el proceso, tal medida de aseguramiento tiene vigencia hasta que se profiere la sentencia de primera instancia, si el proceso es tramitado por la Ley 600 de 2000, o hasta la lectura del fallo de primera instancia, si se aplica la Ley 906 de 2004.*

*En vigencia de la Ley 600 de 2000, la Sala clarificó que con la emisión de una sentencia condenatoria cesan los efectos jurídicos de la medida de aseguramiento, por lo que la subsistencia de la privación de la libertad del sentenciado encuentra un sustento material diverso. En tanto mecanismo cautelar, la detención sigue sirviendo al proceso, pero ya no en aspectos probatorios ni de comparecencia stricto sensu, sino al eventual cumplimiento de la pena privativa de la libertad (art. 355 de Ley 600 de 2000). Esto, en la medida en que si bien la presunción de inocencia sigue rigiendo hasta que cobre ejecutoria la declaración de responsabilidad penal (art. 248 de la Constitución), no es menos cierto que, al dictarse una condena en primera instancia, ya existe una decisión judicial sobre la responsabilidad penal de quien es sentenciado, por lo que las determinaciones de condena son de cumplimiento inmediato (art. 188 inc. 1º ídem).*

*Sobre el particular, en el CSJ AP 6 abr. 2006, rad. 24.110 textualmente expuso la Corte:*

*(…)*

*De ello se infiere que la medida de aseguramiento únicamente surte efectos jurídicos hasta el momento en que se profiera la sentencia, con independencia de su ejecutoria, pues la limitante prevista en el citado inciso que impide hacer efectiva la sanción hasta cuando no se produzca aquélla está vinculada estrechamente con la libertad y no con la medida precautelar carente de eficacia, pues de lo contrario no se hallaría en esa situación.*

*A ese respecto, se lee en la referida decisión:*

*(…)*

*De igual manera si en el fallo se dispuso la ejecución de la pena de prisión porque el procesado que se encuentra privado de su libertad no tiene derecho al mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional y la misma se sustituye por la prisión domiciliaria al reunir los requisitos previstos para ella, tal decisión no impone la modificación de la medida de aseguramiento cuyos efectos según lo dicho, cesan con el proferimiento de aquél.*

*Lo mismo es predicable cuando en la sentencia al mismo tiempo se niegan la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión y el sustituto de la prisión domiciliaria, ya que la afectación de la libertad de la persona que legalmente viene detenida o de la aprehendida en virtud de orden de captura impartida durante la instrucción al haberse decretado su detención preventiva, tiene sustento jurídico en esas determinaciones y no en la medida de aseguramiento.*

*Las situaciones anteriores ejemplificadas por la Sala respecto de las distintas hipótesis que pueden darse en relación con las decisiones que pueden afectar la libertad personal del procesado que ha permanecido detenido durante el trámite de la actuación, sirven para concluir que la misma se rige por lo decidido en la sentencia cuando ella se ha proferido y no por la existencia de la medida de aseguramiento.*

*Tales razones, en esencia, son igualmente aplicables a la comprensión del asunto en los casos a los cuales se aplica la Ley 906 de 2004. Si se emite sentido de fallo condenatorio (arts. 446 y 447 ídem), la detención sigue teniendo una naturaleza cautelar, no para el proceso sino para el cumplimiento de la pena (art. 296 ídem). Tal conclusión se ve sistemáticamente ratificada con lo dispuesto en el art. 450 ídem, norma que autoriza al juez de conocimiento, al momento de anunciar el sentido de fallo condenatorio, a disponer que el acusado continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia o, si la detención es necesaria, ordenarla y librar inmediatamente la orden de encarcelamiento. Dicho aserto también se desprende de los arts. 449 y 451 de la Ley 906 de 2004, pues, por una parte, si el acusado está privado de la libertad, el juez podrá ordenar su excarcelación siempre y cuando los cargos por los cuales fue encontrado culpable fueren susceptibles, al momento de dictar sentencia, del otorgamiento de un subrogado penal; por otra, de ser absuelto de la totalidad de los cargos consignados en la acusación, el juez dispondrá la libertad inmediata del procesado, y si estuviere privado de ella, levantará todas las medidas cautelares impuestas, al tiempo que librará sin dilación las órdenes correspondientes.*

*(…)*

*Cabe precisar, por otra parte, que si al anunciarse el sentido del fallo de carácter condenatorio se omite hacer un pronunciamiento en los términos del art. 450 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el art. 449 ídem, los efectos de la medida de aseguramiento sólo se extienden hasta el proferimiento de la sentencia, pues por mandato del art. 162-5 ídem, así como de los arts. 34 y ss. del C.P., el juzgador deberá imponer las penas principales, sustitutivas y accesorias. Además, según se desprende de lo estipulado en los arts. 63 y 68 A del C.P., también se debe pronunciar acerca de libertad del implicado, en referencia a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la prisión domiciliaria.*

*En esa dirección, si se llegare a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesan en ese instante los efectos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pero si por el contrario se negare, la privación de la libertad, en adelante, se fundamentará en la denegación del beneficio, decretada en la sentencia condenatoria.*

*De igual manera, al aplicar el art. 68 A del C.P., si hay lugar a la negativa de subrogados penales, ello se materializa en el fallo condenatorio. Es en ese instante cuando cesan los efectos jurídicos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, de manera que la privación de la libertad del procesado, en lo sucesivo, también estará sujeta a lo señalado en el fallo que declara la responsabilidad penal.*

*Por consiguiente, en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido de fallo condenatorio, allí el juez puede hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, pero si omite hacer una manifestación al respecto en esa oportunidad, la vigencia de la medida se extenderá hasta la lectura de la sentencia, momento en el que, por mandato legal, no sólo debe imponer la pena de prisión, sino que ha de resolver sobre la libertad; en particular, sobre la concesión o negativa de los sustitutos y subrogados penales.*

*(…)*

*A tono con las razones hasta aquí expuestas existe claridad en torno a que la medida de aseguramiento, si no se supera el plazo máximo legal de vigencia, rige hasta la sentencia de primera instancia, bien porque se conceda la libertad o porque se ordene la privación de ésta, en virtud del fallo. De ahí que, desde la génesis misma de la causal de libertad -específica- por vencimiento de términos del actual art. 317-6 de la Ley 906 de 2004 se haya considerado, sin más, que “ante la inexistencia de regulación específica en torno al tiempo que ha de transcurrir entre la audiencia de juicio y la audiencia de lectura del fallo, lo cual también afecta el derecho a la libertad del acusado, se propone el término de 150 días para tal efecto”. Si la intención del legislador hubiera sido la de extender el plazo hasta la lectura de fallo de segunda instancia, así lo habría precisado expresamente*

*(…)*

*Con estas apreciaciones, la Corte Suprema de ninguna manera cuestiona la razón que fundamenta la decisión adoptada en la sentencia C-221 de 2017, sino que, de cara a la aplicación judicial de la figura bajo estudio ha de efectuar las precisiones conceptuales pertinentes, en relación con los distintos fundamentos, de orden procesal, que justifican la restricción preventiva de la libertad personal en el proceso penal.*

*La Corte Constitucional juzgó la exequibilidad de la norma (art. 307 de la Ley 906 de 2004, modificado por el art. 1º de la Ley 1786 de 2016) afirmando, en esencia, que el legislador estableció un parámetro límite para contabilizar el término de duración de la detención preventiva (de uno o dos años). La Sala, armonizando la vigencia de la jurisprudencia penal especializada con la norma en mención, pone de presente que la referida medida de aseguramiento sólo opera hasta la sentencia de primera instancia o la lectura de ésta si la decisión es condenatoria, sin que la tangencial conceptualización realizada por la jurisprudencia constitucional modifique tal entendimiento ni, mucho menos, permita afirmar que, si se supera el plazo máximo de vigencia temporal de la detención preventiva sin que se haya dictado -o leído- sentencia de segunda instancia, hay lugar a la libertad del detenido».*

*El anterior análisis normativo y jurisprudencial permite concluir lo siguiente:*

1. *El Juez con Funciones de Control de Garantías es competente, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 154 y 317 de la Ley 906 de 2004 para resolver la solicitud de prórroga de la medida de aseguramiento.*
2. *La medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido del fallo condenatorio o hasta la lectura de la sentencia, lo que dependerá de si el juez de conocimiento luego de anunciar el sentido del fallo realizó o no manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, tal y como lo disponen los artículos 449, 450 y 451 de la Ley 906 de 2004.*
3. *Si el acusado se encuentra restringido en su libertad en virtud de una medida de aseguramiento y en su contra se anuncia sentido del fallo condenatorio, de negársele cualquier beneficio liberatorio la privación de la libertad estará sujeta a lo señalado en el fallo que declara su responsabilidad penal y no en virtud de la medida cautelar personal, por cuanto sus efectos han cesado desde el anuncio del sentido del fallo o a partir de la lectura de la sentencia de condena.*
4. *Como con el anuncio del sentido del fallo deja de surtir efectos jurídicos la medida de aseguramiento, es al Juez con Funciones de Conocimiento a quien le compete pronunciarse sobre la libertad del procesado, bien concediéndola ora restringiéndola, tal y como lo establecen los artículos 449, 450 y 451 de la Ley 906 de 2004.*
5. *En consecuencia, una vez pierde eficacia la medida de aseguramiento, el Juez con Funciones de Control de Garantías pierde competencia para pronunciarse acerca del derecho fundamental a la libertad y su restricción.*

*(...)*

*El 12 de julio de 2017 la Juez de Conocimiento dio lectura a la sentencia condenatoria en contra de los procesados, la cual «no ha cobrado ejecutoria por cuanto fue impugnada y debidamente sustentada por la Defensa, debiéndose remitir el expediente al Tribunal Superior de Antioquia, una vez finalice el término de traslado de la apelación para los sujetos procesales no recurrentes, para que se emita decisión de segunda instancia[[1]](#footnote-1)».*

*En consecuencia, a partir de esa fecha la medida de aseguramiento impuesta a los procesados Luis Fernando Mena* *Moreno, Brayan Esteban Ortíz Quintero, Juan Fernando Cuadros Galeano y Andrés Felipe Freydell Salazar dejó de surtir efectos jurídicos, por lo que el Juez con Funciones de Control de Garantías perdió competencia para resolver sobre el derecho fundamental a la libertad y su restricción.*

*(...)*

*Por lo anterior, como los procesados se encuentran restringidos en su libertad por virtud de la sentencia condenatoria proferida por la Juez Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara –Antioquia-, con Funciones de Conocimiento, es a esta funcionaria a quien le compete resolver sobre la libertad o la restricción de este derecho...”* (Subrayas fuera del texto original).

6.2.5 Del precedente antes mencionado se desprende que el juez de conocimiento es quien tiene competencia para resolver las solicitudes de libertad que se presenten luego del anuncio del sentido del fallo, o después de que sea proferida la sentencia de primera instancia. En consecuencia no hay lugar a cuestionar la validez de la actuación adelantada por el juez 1º penal del circuito de esta ciudad, quien era el funcionario competente para adoptar la decisión recurrida, ya que el ciudadano Marlon Edut Rivera Castellanos se encuentra descontando la pena de 240 meses de prisión que le impuso ese despacho, como responsable del delito de homicidio en concurso con porte de armas de fuego de defensa personal.

6.2.6 Sin embargo, debe manifestarse que para la fecha del presente pronunciamiento se tiene conocimiento de la decisión CSJ SP del 9 de agosto de 2017, radicado 50581, cuyos apartes se citaron en el *ítem,* 6.2.4 de esta decisión.

6.2.7 Siguiendo los términos de ese precedente del órgano de cierre de la jurisdicción penal, resulta meridianamente claro que el procesado no estaba bajo el régimen de “detención preventiva”*,* sino cumpliendo una pena impuesta por ese mismo despacho como lo entendió el *a quo*, por lo cual su situación no podía equipararse a un evento de concesión de libertad provisional o de sustitución de una medida de aseguramiento.

6.2.8 Como quiera que el motivo de inconformidad del recurrente se soporta en la prevalencia del precedente constitucional que considera de carácter obligatorio para los operadores judiciales, además, que el pronunciamiento en auto AP4711-2017 de la SP CSJ no alcanza el rango de jurisprudencia, esta Corporación en análisis normativo y jurisprudencial, concluye que no le asiste razón en su pretensión si se tiene en cuenta que los pronunciamientos de las altas cortes, como órganos de cierre de cada jurisdicción, también constituyen precedente judicial, es decir, el precedente no es exclusivamente el constitucional.

Lo anterior de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-621 de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

*“(…)*

*Pero el precedente judicial no está limitado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que se extiende a las Altas Cortes. Al respecto en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose en general a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, reitera el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre y, al respecto, afirma:*

*Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.*

***3.7.9.****Luego en  la Sentencia C-816 de 2011,  la Corporación sostuvo:*

*La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como****órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones****. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.*

***3.7.10.****En una reciente decisión la Corte, en Sentencia de Unificación, se refirió con toda claridad a la importancia del precedente de las Altas Cortes, al pronunciarse sobre la causal de nulidad de sentencias vía acción de tutela por desconocimiento del precedente. Al respecto la Corte reiteró:*

*Ahora bien, como se explicó líneas atrás, cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento.*

*En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.*

***3.7.11.****Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.* (Subrayas fuera del texto original).

6.2.9 Entonces, ante dos pronunciamientos jurisprudenciales con criterios distintos sobre el alcance de una norma, basados en las consideraciones de la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017 y los precedentes de la SP de la CSJ antes referidos, la Sala toma como punto de partida lo decidido por la SP de la CSJ en decisión del 23 de octubre de 2014, radicado 39538 M.P. Eugenio Fernández Carlier, donde se manifestó lo siguiente:

*“(…)*

 *“...para proteger la dignidad y la majestad de la justicia, para aislarla de toda clase de presiones indebidas se ha reconocido autonomía e independencia en el «ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia» (artículos 5 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 228 de la Constitución Política.).*

(...)

*La autonomía y la independencia desde una perspectiva funcional tiene como fin en las decisiones de las corporaciones judiciales como órganos de cierre la libertad para definir la jurisprudencia que como precedente jurisdiccional debe orientar la administración de justicia en Colombia, en ese campo la Corte Constitucional reconoce en la sentencia C.037 de 1996 que:*

*«…al juez, por mandato de la Carta Política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y, asimismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art. 228 C.P.).*

(...)

*Que las decisiones de los órganos de cierre en la administración de justicia en el ámbito de sus competencias funcionales son intangibles,* es asunto que ya ha definido la Corte Constitucional en la sentencia C.037 de 1996 al señalar:

*«Sentadas las precedentes consideraciones, conviene preguntarse: ¿Respecto de las providencias proferidas por las altas corporaciones que hacen parte de la rama judicial, cuál es la autoridad llamada a definir los casos en que existe un error jurisdiccional? Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción; así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema de Justicia (art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (Art. 237 C.P.) y para la jurisdiccional disciplinaria a la correspondiente sala del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la Carta le confiere a cada una de esas corporaciones, quizás la característica más importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares. En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público…».* (Subrayado fuera del texto original).

6.2.10 De esa manera se concluye que: i) según la sentencia C-037 de 1996 donde se hizo control abstracto de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, los órganos de cierre de cada jurisdicción tienen la potestad de definir la jurisprudencia que debe orientar la administración de justicia en cada especialidad, en el ámbito de sus competencias; y ii) las decisiones de los órganos de cierre sobre esas materias son intangibles y constituyen el último pronunciamiento de la respectiva jurisdicción, unifican la jurisprudencia y definen criterios jurídicos aplicables a casos similares a efectos de garantizar la seguridad jurídica de los asociados.

6.2.11 En el mismo sentido, concluye la Sala que sí es viable para el operador judicial apartarse del precedente judicial, que comprende aquel emanado de las altas cortes como ya se indicó, sin embargo, en el caso concreto más que un distanciamiento, lo que sucedió fue que se acató el precedente contenido en la jurisprudencia especializada de la SP de la CSJ, por tratarse de un análisis que se consideró acertado al procedimiento penal, a diferencia de la sentencia de constitucionalidad en la cual se fundamenta la pretensión y, para llegar a esa conclusión el *a quo,* apoyado en los referidos autos de la SP CSJ, justificó que era está la postura que debía asumir.

6.2.12 En ese orden de ideas debe entenderse que las decisiones CSJ SP del 24 de julio de 2017, radicado 49734 y CSJ SP del 9 de agosto de 2017, radicado 50861, donde se precisó que en los casos regidos por la ley 906 de 2004 las medidas de aseguramiento dejaban de tener efectos con el anuncio del sentido del fallo, y que de ahí en adelante la persona vinculada al proceso quedaba privada de su libertad para el cumplimiento de la pena, constituyen precedentes del órgano de cierre de la jurisdicción penal, proferidos en ejercicio de la labor de definición y unificación de la jurisprudencia que deben ser acatados, por los jueces, como se expuso en la misma sentencia C-037 de 1996 del 5 de febrero de 1996 de la Corte Constitucional.

6.3 Finalmente se debe establecer que los precedentes de las Altas Cortes son complementarios, y por ello lo enunciado por la SP de la CSJ debe ser entendido como una fijación de los criterios de aplicación de lo decidido por la Corte Constitucional.

Por lo tanto, la Sala estima que en el caso en estudio resulta acertado lo decidido por el *a quo* puesto que no resulta procedente la concesión de “libertad por vencimiento de términos” ni la sustitución de medida de aseguramiento al sentenciado Marlon Edut Rivera Castellanos, toda vez que en sentido estricto está descontando una pena y no bajo el régimen de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, por lo cual se confirmará la decisión de primera instancia.

Con base en lo expuesto en precedencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del 9 de octubre de 2017 del juez 1º penal del circuito de esta ciudad, que negó la “libertad o sustitución de la pena” al señor Marlon Edut Rivera Castellanos.

SEGUNDO: Contra esta determinación no procede ningún recurso.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. A folio 33, reverso. [↑](#footnote-ref-1)