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 – 11 de julio de 2017

Proceso: Penal - Declara nulidad de la libertad provisional

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2013 02272 01

Acusado: MARLON EDUT RIVERA CASTELLANOS

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema:**  **LIBERTAD PROVISIONAL / NULIDAD.** [E]n 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.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Pereira, once (11) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nro. 662

Hora: 3:30 p.m. g

1. ASUNTO A DECIDIR.

Se entra a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN y el representante del Ministerio Público, contra la decisión del 21 de junio de 2017 que adoptó el juez 1º penal del circuito de esta ciudad en el sentido de conceder libertad provisional al ciudadano Marlon Edut Rivera Castellanos, quien se encontraba privado de su libertad como consecuencia de la sentencia dictada el 2 de febrero de 2016 por ese mismo despacho, que lo condenó a la pena principal de 240 meses de prisión como responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

2. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL RECURSO INTERPUESTO.

En la audiencia que se celebró el 16 de junio de 2017 en el juzgado 1º penal del circuito de esta ciudad, se presentaron las siguientes actuaciones relevantes:

2.1 La defensora del procesado Marlon Edut Rivera Castellanos sustentó su petición en los siguientes hechos:

* Su representado se encuentra privado de la libertad desde el mes de octubre de 2014.
* En el mes de febrero de 2016 se dio lectura a la la sentencia condenatoria que se dictó en su contra por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal, la cual fue apelada por la defensa.
* El expediente fue remitido a la SP del TS de Pereira. Fue asignado al despacho del MG. Jairo Ernesto Escobar Sanz el 4 de marzo de 2016. A la fecha no se ha proferido la decisión de segunda instancia.
* Como en este caso ya hubo anuncio del sentido del fallo, el juez de conocimiento es quien debe pronunciarse sobre la presente solicitud de libertad provisional.
* Su petición se sustenta en el numeral 6º del artículo 2º de la ley 1786 de 2016 que establece que procede la libertad provisional cuando han transcurrido 150 dias desde la audiencia de juzgamiento, sin que se haya dictado sentencia ejecutoriada.
* En la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017 la Corte Constitucional manifestó que las personas sentenciadas que estaban a la espera de la decisión de segunda instancia, se hallaban amparadas por la norma que establece el término antes mencionado, por lo cual el señor Rivera Castellanos tiene derecho a ser excarcelado ya en su caso han pasado más de 150 días, sin que el *Ad quem* se hubiera pronunciado sobre el recurso propuesto.
* En consecuencia se debe aplicar el numeral 6º del artículo 317 del CPP modificado por la ley 1786 de 2016, que establece la causal de libertad provisional antes mencionada, norma que se encuentra vigente desde el 1 de julio del presente año.
* En el caso de su mandante no operan las excepciones contempladas en el parágrafo del artículo 1º de la ley 1786 de 2016.
* En este caso debe operar el derecho al plazo razonable conforme al artículo 7.5 de la CADH; el artículo 4º de la ley 270 de 1996 y la jurisprudencia pertinente sobre la materia, que indica que la superación de los términos de privación de la libertad sin haberse adoptado una decisión definitiva (150 días), vulnera el derecho al debido proceso y en este caso esa situación no se puede atribuir al procesado ni a su defensora, por lo cual procede la excarcelación del señor Rivera.
* Anexó declaraciones extraproceso que indican que el señor Rivera Castellanos, tiene arraigo familiar y debe velar por la manutención de su grupo familiar. Además el señor Jaime Muriel Mesa padre adoptivo del procesado manifestó que el señor Rivera permanecerá en su casa de concederse el beneficio solicitado y se hará cargo de él.
* Pese a que la sentencia C-227 de 2017 de las Corte Constitucional es posterior al fallo dictado contra su representado se debe aplicar esta decisión por favorabilidad, Ya que no se ha decidido su situación en segunda instancia, por lo cual se encuentra incólume el principio de presunción de inocencia que lo ampara.

2.2 La delegada del Ministerio Público se opuso a esa solicitud manifestando lo siguiente:

* En la sentencia C- 221 de 2017 de la Corte Constitucional se incurre en una confusión relevante sobre los fines de las medidas de aseguramiento y los fines de la pena.
* El señor Rivera ya se encuentra sentenciado, por lo cual su situación no corresponde a las normas que regulan la medida de aseguramiento de detención preventiva en el transcurso del proceso penal.
* En la sentencia CSJ SP del 6 de julio de 2016 radicado 48310 se dijo que una vez sea anunciado el sentido del fallo, la competencia para conceder subrogados penales o mecanismos de sustitución de la pena era del juez de conocimiento, sin contemplar lo relativo al otorgamiento de libertad provisional.
* La invocación de las causales de libertad provisional con base en el numeral 6º del artículo 317 del CPP, no resulta procedente luego de que se ha dictado la sentencia de primera instancia ya que en ese momento la persona no se encuentra en detención preventiva sino descontando la pena que se le impuso y por ello el juez de conocimiento no tiene competencia para pronunciarse sobre solicitudes de libertad temporal, como la formulada en el presente caso, que se encuentra sustentada en las disposiciones del artículo 317 del CPP, para lo cual se debe tener en cuenta el equívoco en que incurrió la Corte Constitucional al confundir los fines de la detención preventiva con los asignados a la pena, fuera de la afectación de los derechos de las víctimas que se presenta como consecuencia de la decisión.

3. SOBRE LA DECISIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO.

La decisión del juez de primer grado se sintetiza así:

3.1 El señor Rivera Castellanos fue condenado dentro del proceso de la referencia por ese despacho el 2 de febrero de 2016 por las conductas delictivas de homicidio en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, decisión que fue apelada por su defensora. El proceso fue repartido a la segunda instancia el 14 de marzo de 2016. A la fecha no se proferido la decisión sobre el recurso interpuesto. Además es competente para adoptar la determinación correspondiente, como lo expuso la SP del TS de Pereira, entre otras oportunidades, en auto del día 7 de los corrientes.

3.2 Las normas invocadas por la peticionaria (ley 1760 de 2015 y ley 1786 de 2016) adicionaron el artículo 307 del CPP en dos parágrafos y modificaron el artículo 317 *ibídem,* sobre las causales de libertad provisional. Esas disposiciones se refieren a las medidas de aseguramiento e indican claramente que tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 307 del C.P. Penal.

3.4 La libertad del imputado o acusado procede, entre otros, en los siguientes eventos: *(...) 4. Cuando transcurridos 60 días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión conforme a lo dispuesto en el artículo 294. 5. Cuando transcurridos 120 días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio. 6. Cuando transcurridos 150 días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente. (...)”.* Lo anterior significa que la actuación relacionada con la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad dentro del juicio, opera desde que es ordenada por el juez con función de control de garantías, hasta que se realice la audiencia de lectura de fallo o su equivalente como lo indica la norma.

3.5 Con respecto a la declaratoria del “sentido del fallo” y su trascendencia en la legitimación de la restricción de la libertad: i) el artículo 40 del CPP dispone que anunciado el “sentido del fallo” le compete al juez de conocimiento imponer las sanciones respectivas; ii) el artículo 102 faculta a la víctima, a la FGN y al Ministerio Público para solicitar la iniciación del incidente de reparación integral, a partir del momento en que el Juez emita el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado; iii) el artículo 106 establece que el derecho de la víctima a solicitar la indemnización de los perjuicios caduca 30 días después de haberse “anunciado el fallo de responsabilidad penal”; iv) el artículo 146 numeral 4º dispone que “una vez anunciado el sentido del fallo" el secretario elaborará un acta del juicio; v) el artículo 445 *ibídem* señala que al finalizar el debate oral y de ser necesario, el juez decretará un receso hasta por dos horas “para anunciar el sentido del fallo”; vi) el artículo 450 dispone que si al ser anunciado el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez puede disponer que continúe en libertad hasta el “momento de dictar sentencia”; y vii) el artículo 452 señala que en caso de reconocerse una situación de inimputabilidad, al anunciarse la decisión, el juez debe adoptar una medida de seguridad provisional apropiada hasta tanto profiera el fallo respectivo.

3.6 El *A quo* citó CSJ SP del 17 de diciembre de 2007 radicado 27336, donde se dijo que la regla según la cual, el juez debe anunciar el “sentido del fallo” una vez finalice el debate público oral, forma parte de la estructura del debido proceso y obliga al funcionario a adoptar una sentencia congruente con esa decisión.

3.7 Hizo referencia a CSJ SP del 22 de agosto de 2016 AP5408-2016 donde se examinó el tema de la aplicación de la causal de libertad consagrada en el numeral 6º del artículo 317 del CPP respecto a procesos iniciados antes del 1º de julio de 2016, cuando entró en vigencia la ley 1786 de 2016 y se concluyó que el citado artículo 317 constituía un caso específico del: “*derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad”, constituye un límite temporal y una consecuencias del injustificado complimie*nto *como por ejemplo la libertad del procesado” (sic)*, lo que estaba relacionado con el ejercicio del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, según *sentencias T-450 de 1993, T-368 de 1995 y T-518 de 2014. Habeas corpus* 48682 (sic)

3.8 Igualmente citó el apartado de esa misma decisión donde se manifestó:

*“(...) Lo anterior significa que la causal de libertad por vencimiento de términos, contenida en el numeral 6o del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, (sic) respecto de todos los procesos penales, incluidos los iniciados con anterioridad al 1o de julio de 2016, salvo cuando se trate de los delitos sobre los cuales operó la prórroga señalada en la Ley 1786 de 2016. (...)*.

3.9 La sentencia C- 221 de 2017 analizó lo relativo a una situación de omisión legislativa frente a los derechos a la igualdad, la libertad y el derecho debido proceso, al no amparar con la misma prerrogativa a quienes se encuentran a la espera de que se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

En la citada sentencia se examinaron los efectos de la detención preventiva y el concepto de plazo razonable, frente a la afectación del derecho a la libertad personal y se consideró que en el caso de las personas que se encontraban en esa situación, no se configuraba la omisión legislativa alegada por los actores, ya que no se encontraban sometidos a una “detención indefinida” , en la medida en que la razonabilidad del término de su internación “...*está garantizada en el artículo 1o de la misma Ley 1786 de 2016, según el cual, el tiempo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder un (1) año,* lo que de acuerdo a los términos de la misma sentencia operaba como una “*cláusula general de libertad”,* según la cual: *(...) “...el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no puede exceder de un (1) año. Esta regla parte de la base de que este tiempo de detención sin haberse emitido la decisión de segunda instancia es un plazo razonable para que el acusado sea puesto en libertad. (...)’’.*

3.10 En consecuencia el juez 1º penal del circuito de esta ciudad consideró: i) que los delitos por los que fue sentenciado el señor Rivera Castellanos no estaban contemplados dentro de las excepciones temporales estipuladas por el artículo 1º de la ley 1786 de 2016; ii) que el proceso estaba a la espera de la decisión de segunda instancia desde el 14 de marzo de 2016; y iii) que el incriminado se encontraba afectado con medida de aseguramiento vigente.

En tal virtud concluyó que en razón de la jurisprudencia citada (sentencia C-221 del 19 de abril de 2017), se había superado el término legal de privación de la libertad en el caso del señor Rivera Castellanos y por ende procedía la concesión de libertad provisional del incriminado.

3.11 El delegado de la FGN interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra esa decisión. Por su parte el representante del Ministerio Público sólo interpuso el recurso vertical.

4. SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS.

4.1 DELEGADO DE LA FGN (recurrente)

* Interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, con base en la misma argumentación.
* Se debe revocar la determinación del *A quo,* ya que hizo una interpretación errada de la sentencia C-221 de 2017 en la cual se fundamenta ese proveído.
* El aparte de la sentencia citado por el juez no tiene rango de *ratio decidendi,* ya que no fue plasmado en la parte resolutiva de la sentencia C- 221 de 2017. Por lo tanto no tiene fuerza vinculante.
* La sentencia aludida fue proferida con vulneración al debido proceso ya que cada etapa procesal se encuentra regulada. La Corte Constitucional no realizó un análisis profundo frente a las leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016, cuyas disposiciones se ocupan del tema de las medidas de aseguramiento.
* El legislador ha sido claro en establecer que en las etapas de investigación y de juzgamiento las medidas de aseguramiento permanecen vigentes hasta la anunciación del sentido del fallo, e incluso hasta la expedición de la sentencia, momento en el cual la persona empieza a descontar su condena, aunque la sentencia no haya cobrado ejecutoria como ocurre en el presente caso.
* Se le debe dar su justo valor al pronunciamiento del máximo Tribunal Constitucional, ya que esa decisión entró a regular una materia totalmente distinta de lo que tratan las leyes antes referidas.
* No se debió aplicar esa determinación de la Corte Constitucional, porque la misma no es vinculante en razón a la forma en la que fue expresado un concepto por parte de esa Corporación frente a un tema que tiene su regulación clara, expresa e inequívoca y más garantista en la ley 906 de 2004, según las leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016.
* El *A quo* debió apartarse de esa decisión puesto que se deben distinguir entre los fines asignados a la medida de aseguramiento, que en este caso se encuentra superada procesalmente al perder vigencia como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, que implica una sanción diversa en una etapa procesal diferente que tiene su propia regulación.
* Solicitó que se revocara la decisión proferida y en consecuencia se negara la solicitud de la defensa.

4.2 DELEGADA DEL MINISTERIO PÚBLICO (no recurrente)

* Explicó que su argumentación debería ser tenida en cuenta frente al recurso de reposición propuesto por el delegado de la FGN y también como sustentación de su impugnación.
* En el presente caso el acusado se encuentra privado de la libertad y condenado mediante sentencia de primera instancia la cual no se encuentra en firme, porque se está a la espera de la decisión de segundo nivel.
* La sentencia C-221 de 2017 no resulta aplicable al caso en estudio, ya que se están confundiendo los fines de la medida de aseguramiento con los de la pena y el efecto de la sentencia condenatoria no ejecutoriada respecto al ámbito de la libertad del procesado, es diferente frente a quien no ha sido condenado.
* La misma sentencia C-221 de 2017 establece los casos en los que se debe conceder libertad por vencimiento de términos al procesado que se encuentra en detención preventiva, tal y como lo señala el artículo 317 del CPP numerales 4º ,5º y 6º que son aplicables a las persona que están detenidas de manera temporal porque aún no han sido vencidas en juicio, y en cuyo caso se están cumpliendo los fines de la medida de aseguramiento previstos en el artículo 308 *Ibídem.*
* En el caso de las personas que se encuentran privadas de la libertad a la espera de una decisión de segunda instancia, la restricción a la libertad opera como aplicación de una sanción por la violación de una norma penal.
* Lo que se pretende es imponer un término a la detención preventiva aplicable a la etapa de investigación e juzgamiento, situación que fue igualmente regulada en las sentencias C-300 de 1994 y C-390 de 2014.
* Cuando se profiere el sentido del fallo de carácter condenatorio, se habilita al juez de conocimiento para emitir la respectiva orden de captura en contra del procesado.
* En este caso no se puede invocar el numeral 6º del artículo 317 del CPP para solicitar la libertad del procesado con base en lo referido por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 2017, ya que en esa providencia se confunden los fines de la medida de aseguramiento, con los fines de la pena.
* La misma sentencia C-221 de 2017 hace referencia a los casos en los que es procedente la concesión de libertad por vencimiento de términos, señalando que la excarcelación opera frente a los numerales 4º , 5º y 6º del art. 317 del CPP, cuando la persona privada de la libertad no ha sido condenada. Esa misma sentencia dice que cuando las persona ya fue sentenciada opera la cláusula general de garantía del artículo 1º de la ley 1786 de 2016 referente al término del término de duración de la medida de aseguramiento por un lapso de un año. Lo anterior quiere decir que en ese fallo lo que se dijo es que cuando una persona no ha sido condenada le es aplicable lo previsto en las causales aludidas del art. 317 del CPP, mientras que si ya fue vencido en juicio, su situación se regula por la citada cláusula general.
* Los términos que han corrido desde la audiencia de formulación de imputación hasta la decisión sobre la impugnación de sentencia de primera instancia, tampoco pueden ser aplicados al asunto objeto de estudio ya que en el caso del señor Rivera el proceso finalizó antes de la entrada en vigencia de la ley 1786 de 2016 tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la decisión 48682 MP Francisco Acuña Vizcaya, donde se dijo que para efectos de la causal de libertad prevista en el numeral 6º del artículo 317 del CPP se debía contar el término a partir del 1 de julio de 2016 y no desde la fecha de privación de la libertad del procesado. Por lo tanto, en el caso *sub examen,* el término de un año de aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva mencionado en la norma antes citada y en la sentencia C-221 de 2017, no se encuentra vencido ya que se debe contabilizar a partir del 1º de julio de 2017.

4.3 DEFENSORA (no recurrente)

* Solicitó que se confirme la decisión de primera instancia.
* La Corte Constitucional es la entidad competente para dirimir conflictos sobre la interpretación de una norma.
* En este caso se está hablando de la *ratio decidendi* de una sentencia de constitucionalidad, que no consagra la exequbilidad de la ley 1786 de 2016 respecto de las causales de libertad por vencimiento de términos.
* Los numerales 1º y 6º del artículo 317 del CPP, son claros y por ello la Corte Constitucional no los declaró inexequibles. En consecuencia, esos términos se aplican en los casos en que existe medida de aseguramiento y cuando la sentencia de primera instancia no se encuentra en firme.
* Los delegados del Ministerio Público y la FGN de manera errónea confunden los fines de la medida de aseguramiento con los de la pena. La pena se empieza a cumplir desde el momento en que la persona es capturada, pues el tiempo de detención se abona al procesado cuando se profiere el fallo y éste queda ejecutoriado.
* Como en este caso se encuentra en trámite el recurso de apelación que fue interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, no se puede hablar de que el procesado este cumpliendo su pena, ya que esa situación sólo se presenta cuando alcanza firmeza el fallo de primer grado, que es el momento en que se empiezan a cumplir los fines de la pena.
* Las normas penales y constitucionales permiten la ultractividad y la retroactividad de la ley, y al respecto se ha pronunciado la SP de la CSJ en el auto 5408 (no indicó la fecha de esa decisión).

* Por lo tanto, con base en el principio de favorabilidad y la protección de los derechos y de garantías del acusado se tienen que aplicar de manera retroactiva las disposiciones de la ley 1786 de 2016.
* La sentencia C-221 de 2017 fue clara cuando hizo referencia al concepto de plazo razonable, para no vulnerar los derechos del acusado y en el asunto de la referencia se encuentran superados con creces los términos dispuestos en el artículo 317 numerales 1° y 2° del CPP.
* La Corte Constitucional fue precisa al señalar que cuando la persona no ha sido condenada no se puede hablar de una pena, por lo tanto se extiende la vigencia de la medida de aseguramiento y por lo tanto proceden las causales de libertad.
* Las medidas de aseguramiento no pueden ser perpetuas, situación que fue regulada con la expedición de la ley 1786 de 2016.
* La carga laboral de las Salas Penales de los Tribunales Superiores no puede ser excusa para menoscabar la administración de justicia, ni los derechos de su representado que se encuentra amparado por la garantía de presunción de inocencia y debe ser tratado como tal hasta que cobre ejecutoria el fallo dictado en su contra.
* La sentencia C-221 de 2017 debe ser aplicada con efectos *erga omnes* ya que se trata de un fallo de constitucionalidad.
* En el caso en estudio está en juego la libertad de una persona además de las garantías del debido proceso y la presunción de inocencia, que se afecta al si se impone una sanción mediante una determinación que no se encuentra en firme.
* Consideró que la decisión de primera instancia fue acorde con las normas legales y los principios constitucionales. Por lo tanto solicitó que no se accediera a las solicitudes por los delegados del Ministerio Público y de la FGN y que se confirmara la decisión de primer nivel.

5. DECISIÓN SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN.

El juez 1º penal del circuito de Pereira hizo referencia a la sentencia C-221 de 2017 y al auto CSJ SP 5408 del 22 de agosto de 2016 y consideró que en virtud del tránsito legislativo referido se debían aplicar los principios *pro homine* y de igualdad en favor los procesados.

En el precedente de la Corte Constitucional se consideró que los derechos de las personas condenadas que estaban a la espera del fallo de segunda instancia, se encontraban protegidos por el artículo 1º de la ley 1786 de 2016 como se dijo en la sentencia C-221 de 2017 y en aplicación de los principios antes citados, estimó que no debía reponer su decisión.

Por lo tanto concedió el recurso de apelación que interpusieron el delegado de la FGN y la representante del Ministerio Público.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

6.1 Problemas jurídicos a resolver: En atención a la argumentación de los recurrentes la Sala se debe pronunciar sobre tres temas puntuales así: i) si el apartado de la sentencia C-221 de 2017, con base en el cual el juez de conocimiento ordenó la libertad provisional del señor Marlon Edut Rivera tiene o no rango vinculante, es decir si constituye *ratio decidendi* o sea fundamento del *decisum* de la citada providencia, o si por el contrario es un simple *obiter dicta*; ii) los efectos en el tiempo del precedente antes mencionado; y iii) una tercera situación derivada del caso *sub examen* que tiene que ver con la competencia del juez de primer grado para adoptar la decisión recurrida.

6.2 SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PROPUESTO: Los efectos del apartado de la sentencia C- 221 de 2017 frente a las personas condenas privadas de la libertad, en cuyo caso ha transcurrido más de un año sin que se haya resuelto su situación en segunda instancia.

6.2.1 Sobre el tema en estudio hay que manifestar inicialmente que con base en la acción pública establecida en el artículo 241 numeral 4º de la C.P., los actores en sede de constitucionalidad solicitaron que se declarara inexequible el artículo 2º (parcial) de la Ley 1786 de 2016, “por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015”, lo cual dio origen al pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017. En ese sentido se debe tener en cuenta que un apartado de esa providencia fue el que sirvió de fundamento a la decisión del juez de primer grado de conceder libertad provisional al señor Marlon Edut Rivera Castellanos, la cual fue apelada por el delegado de la FGN y la representante del Ministerio Público.

6.2.2 La parte puntual de la norma sometida al juicio de control abstracto por la Corte Constitucional dispone lo siguiente:

*“LEY 1786 DE 2016 (julio 1°)*

*Diario Oficial No. 49.921 de 1 de julio de 2016*

*Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015.*

*Artículo 2°. Modifícase el artículo 4° de la Ley 1760 de 2015, el cual quedará*

*así:*

*Artículo 4°. Modificase el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:*

*Artículo 317. Causales de libertad. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1o del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:*

*(…)*

*6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.*

*(…)”*

6.2.3 En la solicitud de control constitucional los actores consideraban que el legislador había incurrido en una omisión legislativa relativa que iba en contravía de lo dispuesto en los artículos 13, 29 y 228 de la Constitución Política ya que no se había regulado lo relativo a la situación de las personas ya sentenciadas y estaban pendientes de que se adoptara la decisión de segunda instancia en su caso, lo que indicaba que la sentencia dictada en su contra no había cobrado ejecutoria, por lo cual se hallaban en una situación de desigualdad frente a aquellos que se encontraban privados de la libertad sin haber recibido sentencia, en cuyo caso la ley contemplaba términos específicos para que procediera su excarcelación, omisión que estaba relacionada intrínsecamente con el derecho al plazo razonable en materia de decisiones judiciales.

6.2.4 En la parte puntual de la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017 que interesa a este decisión, la Corte Constitucional consideró que no se presentaba el supuesto de omisión legislativa alegado, frente a las personas que estaban a la espera de la decisión de segunda instancia, ya que su situación estaba regulada por una norma expresa como el artículo 1º de la ley 1786 de 2016 según el cual el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un año.

En tal virtud se expuso lo siguiente en la sentencia citada:

*(...)*

*“... la Sala encuentra que la carencia de regulación a la cual se refieren los demandantes, en realidad, no tiene sustento. Los acusados que esperan la decisión de segunda instancia no se encuentran desprotegidos, ni se les viola el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, pues tampoco están sometidos, como los suponen los actores, a estar indefinidamente privados de la libertad. Pese a que la disposición impugnada no haga referencia a ellos, precisamente, la razonabilidad del término de su detención preventiva está garantizada en el artículo 1 de la misma Ley 1786 de 2016, según el cual, el tiempo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año.*

*Como se indicó, el citado plazo ha sido legislativamente estimado como razonable, desde la audiencia de formulación de la imputación, hasta la decisión de la impugnación en segunda instancia. Este término, se dijo, funciona como una cláusula general de libertad a favor del acusado, fundada en un cálculo del tiempo prudencial que toma el trámite del proceso, precisamente, hasta la adopción del fallo que resuelve la apelación contra la sentencia. Por lo tanto, si bien constituye una causal general de libertad, en el momento procesal al que se refieren los actores el derecho a un debido proceso sin dilaciones y la libertad personal del acusado se encuentran resguardados por el contenido de esa previsión legal.*

*22. Los demandantes hacen una lectura de la regulación sobre la materia a partir de la sola disposición que acusan, pero dejan de lado que tal regulación se halla en el conjunto de la ley atacada. Como se explicó atrás, la Ley 1786 de 2016 diseñó un modelo para la garantía del derecho a plazos razonables de detención preventiva y a un debido proceso sin dilaciones. Este modelo está compuesto, de un lado, por las reglas relacionadas con etapas específicas de la actuación, a las cuales se vinculan términos cuyo desconocimiento da lugar a la libertad del acusado, y de otro lado, por la regla del plazo general para el desarrollo del proceso hasta la decisión de segunda instancia, cuyo incumplimiento trae la misma consecuencia anterior.*

*El texto impugnado constituye una de las reglas vinculadas con una etapa específica del proceso, que va del inicio del juicio oral a la audiencia de lectura de la sentencia de primera instancia. Pero el derecho a un debido proceso sin dilaciones del acusado que aguarda la decisión de segunda instancia no se garantiza con esa regla, sino con aquella, también contenida en la Ley (artículo 1), conforme con la cual, el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no puede exceder de un (1) año. Esta regla parte de la base de que este tiempo de detención sin haberse emitido la decisión de segunda instancia es un plazo razonable para que el acusado sea puesto en libertad.*

*23. Es además evidente, conforme a lo anterior, que las situaciones en las cuales se encuentran, por una parte, el acusado privado de la libertad que, en desarrollo del juicio oral, espera la sentencia de primera instancia y, por la otra, el detenido que, en segunda instancia, aguarda la decisión de la revisión de la sentencia, son sustancialmente distintas.*

*El legislador previó para cada una de las fases principales del proceso penal y, en particular, para el desarrollo del juicio oral, un límite temporal de la detención del acusado, de conformidad con sus fines y la complejidad del trámite en particular. Por el contrario, el acusado en segunda instancia ya no se encuentra sometido a los procedimientos propios de la audiencia de juicio oral y público, ni a debate probatorio alguno, pues ya ha sido dictada la correspondiente sentencia, condenatoria o absolutoria, y solo resta su revisión por el juez de apelación. De ahí que su situación no sea equiparable con la del acusado que espera el fallo de primera instancia.*

*No obstante lo anterior, como se ha subrayado, quien aguarda la decisión de segunda instancia no queda desprovisto del derecho a tiempos razonables de detención, pues de conformidad con el artículo 1 de la Ley 1786 de 2016, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no pueden exceder de un (1) año, regla fundada en que este término de detención sin que haya sido resuelta la apelación de la decisión de primera instancia resulta razonable para que el acusado sea dejado en libertad.*

*24. De esta manera, la Sala concluye que los derechos a la libertad, a la igualdad y a un debido proceso sin dilaciones del procesado en segunda instancia, contrario a lo que consideran los demandantes, se encuentran debidamente protegidos por el artículo 1 de la Ley 1768 de 2016. Este artículo contiene la regulación que los actores echan de menos, en la medida en que el plazo máximo de un (1) año de detención cautelar ha sido estimado, precisamente, tomando como referente el término máximo para la emisión del fallo de segundo grado. En otros términos, la hipótesis que los actores estiman excluida de la disposición objetada, está comprendida y protegida en el supuesto de hecho del citado artículo 1 de la Ley 1768 de 2016, por todo lo cual, el legislador no incurrió en omisión alguna…”.*(Subrayas fuera del texto original).

6.2.5 En el caso en estudio los recurrentes aducen que no resultaba procedente la concesión de libertad para el señor Rivera Castellanos, ya que el acápite de la decisión de la Corte Constitucional que se citó anteriormente no resultaba vinculante.

En consecuencia resulta necesario hacer referencia a ese tema para precisar: i) el concepto de obligatoriedad de los precedentes de la Corte Constitucional; y ii) que se entiende por *decisum, ratio decidendi y obiter dicta*, dentro de una decisión de control abstracto, con el fin de precisar los efectos de lo decidido en el citado acápite de la sentencia C-221 de 2017.

6.2.6 Sobre el tema se cita in extenso la sentencia T-292 de 2006, donde esa Corporación examinó el tema en mención e hizo referencia a cada uno de esos conceptos jurídicos, manifestando lo siguiente:

*“(…) La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria.(…). Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La ratio iuris se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional...”.* (Las subrayas fuera del original).

*(…)*

*En el mismo sentido la sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) comentada, ratificó la fuerza vinculante de aquellos apartes específicos y concretos de las sentencias de constitucionalidad, que tienen relación “estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva”, declarando explícitamente que éstos son obligatorios y vinculantes para todos. Al respecto la providencia que se cita dijo que:*

*“(…) Sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella.”* (Las subrayas están fuera del original).

*Al ser la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996-,*

*la norma que regula la actividad de la rama judicial, es natural que estas precisiones sean fundamentales para los jueces y las autoridades, en la medida en que concretan las atribuciones jurídicas de la Corte Constitucional, ya asignadas por la Carta, y ratifican la fuerza vinculante de ciertos elementos de la parte motiva de sus sentencias de constitucionalidad.*

*16. Puede concluirse entonces, que la respuesta a la pregunta inicial respecto a si la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza vinculante, es afirmativa conforme a los enunciado por esta Corporación y el legislador estatutario. Por consiguiente las autoridades y los particulares están obligados a acatar los postulados vinculantes de la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad, en aquellos aspectos determinantes de la decisión que sustenten la parte resolutiva de tales providencias, así como frente a los fundamentos “que la misma Corte indique” .Es decir, en palabras de la C-037 de 1996, tienen “fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella.”*

*(...)*

*c) Elementos específicos de la parte motiva de las sentencias de control abstracto de la Corte Constitucional que son jurídicamente vinculantes para los operadores jurídicos.*

*(...)*

*18. En sentencias posteriores a la SU-047 de 1999, esta Corporación ha insistido reiteradamente en la utilización del concepto de ratio decidendi .Por consiguiente, dada su importancia, debe reiterar que conforme a fallos más recientes de esta Corporación, las categorías que se acaban de enunciar como parte de las sentencias de constitucionalidad, pueden ser definidas así:*

*iii) El decisum o parte resolutiva, debe ser entendido entonces como la solución concreta a un caso de estudio, es decir, la determinación de si la norma es o no compatible con la Constitución. Esta parte de la decisión tiene efectos erga omnes en las sentencias de constitucionalidad (artículos 243 de la Constitución y 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia –Ley 270 de 1996) y “fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos” , precisamente porque por disposición expresa del artículo 243 de la Carta genera cosa juzgada formal al juzgar una disposición del ordenamiento, y cosa juzgada material frente al contenido normativo de dicha disposición. En este último caso ello puede impedir que esa norma pueda ser reintroducida de nuevo o bajo otra apariencia al sistema jurídico, en atención a los límites fijados por la Constitución . Además, la parte resolutiva es definitiva e inmutable (artículos 243 inciso 2 de la Constitución y artículo 23 del Decreto 2067 de 1991) . En los demás procesos, por ejemplo en tutela, el decisum tiene los efectos que se determine en la parte resolutiva de la sentencias, como se verá en el punto e) de este capítulo.*

*ii) La ratio decidendi, por el contrario, corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la “formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial”. Si bien doctrinalmente hay debates sobre los alcances conceptuales de cada una de estas expresiones (principio o regla), y la terminología que se usa para definirla no siempre es idéntica , lo cierto es que la descripción anterior recoge la idea básica y general sobre esta figura. La ratio decidendi está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por “los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva” , sin los cuales “la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento”. La ratio decidendi además, define “la correcta interpretación y adecuada aplicación de una norma” en el contexto constitucional. De tal forma que la ratio decidendi corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuáles sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutiva.* (Subrayas fuera del texto original)

*iv) Finalmente, el tercer aspecto importante de la parte motiva de un fallo es el obiter dicta, “o lo que se dice de paso” en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las “consideraciones generales”, las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver. El obiter dicta, no tiene fuerza vinculante y como se expresó, constituye criterio auxiliar de interpretación.*

*A continuación se presentarán algunos criterios jurisprudenciales que permiten facilitar la identificación efectiva de la ratio decidendi, en circunstancias concretas.*

*d) Criterios para la identificación de la ratio decidendi.*

*19. Realizada la descripción general de los elementos constitutivos de una sentencia y aclaradas sus características generales, surge la inquietud de cómo determinar tales elementos, y en especial la ratio decidendi, de forma inequívoca en una sentencia concreta.*

*Como es lógico, identificar el decisum generalmente no ofrece mayor dificultad. Este aparece de manera explícita identificado luego de la expresión “Resuelve” en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional. Sin embargo, ¿cómo se determina en concreto la ratio decidendi en una decisión específica?*

*Al respecto, esta Corporación ha señalado que es necesario tener en cuenta tres elementos principales cuando se trata de una sentencia de control abstracto:“(i) la norma objeto de decisión de la Corte, ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y iii) el criterio determinante de la decisión”. Todo ello, porque como se dijo, la ratio decidendi corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuáles sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutiva.*

*Bajo estos supuestos, puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la ratio de una sentencia de constitucionalidad, cuando: i) La sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. ..”*

*(...)*

*f) El significado del carácter vinculante del precedente, y la obligación de los jueces frente a él.*

*(...)*

*Compartiendo las anteriores consideraciones, la sentencia SU-1219 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), fue más específica al afirmar que la “ratio decidendi de las sentencias, es la parte de ellas que tiene la capacidad de proyectarse más allá del caso concreto”, y que “integra la norma constitucional y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho”, en virtud de los principios de igualdad, de seguridad jurídica, de confianza legítima, y de la supremacía de la Constitución. Por lo que puede ser considerada una fuente formal de derecho. En el mismo sentido se pronunció la sentencia SU-1300 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), que también concluyó que los precedentes constitucionales, tienen un carácter vinculante, que los hace fuente formales, bajo tales consideraciones jurídicas.*

*(...)*

*29. En materia constitucional, la aplicación de los precedentes por parte de los jueces de instancia, desde una perspectiva vertical, puede tener las siguientes características:*

*(...)*

*ii) Si la sentencia es de exequibilidad, la ratio decidendi vinculante implicará que el juez no pueda apartarse de la interpretación fijada por la Corte Constitucional para su decisión. Para el caso de las sentencias condicionadas, la ratio decidendi establecerá la interpretación conforme de tales normas, es decir el sentido que las disposiciones estudiadas deben tener para ajustarse a la Carta, sentido que será en los precisos términos descritos por la Corte, que por demás es obligatorio para los operadores jurídicos. (Subrayas fuera del texto original)*

6.2.7 En atención a lo manifestado anteriormente se puede concluir que el apartado de la sentencia C-221 de 2017, donde se indica que la situación de las personas que se encuentran privadas de su libertad a la espera de la decisión de segunda instancia se encuentra regulado por el término máximo de un año previsto en el artículo 1º de la ley 1786 de 2016, constituye fundamento del *decisum* de la sentencia antes aludida donde se consideró que no se presentaba el supuesto de omisión legislativa alegado por los actores, frente el caso específico de ese grupo de personas y por ello siguiendo lo manifestado en la sentencia SU – 447 de 2009, se entiende que edifica: “*la formulación del principio, regla o razón general (de la sentencia) que constituye la base de la decisión judicial”,* es decir que tiene el carácter de ratio decidendi de la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017, que de acuerdo al precedente citado: *“corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencias que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente , en la parte resolutiva”.* Por lo tanto, no se trata de un simple *obiter dicta,* y en consecuencia, resulta claro que ese apartado de la sentencia referida resulta vinculante para los funcionarios judiciales.

7. SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PROPUESTO: El ámbito de aplicación temporal de la sentencia C- 221 del 19 de abril de 2017:

7.1 Una vez esclarecido el carácter de *ratio decidendi* del apartado de la sentencia en comento en el caso de las personas que han sido sentenciadas, interpusieron el recurso de apelación y llevan más de un año a la espera de la decisión de segunda instancia, se debe analizar seguidamente lo concerniente a la aplicación del citado acápite de la sentencia C-221 de 2017 donde se mencionó que el término máximo de detención para las personas sentenciadas que estaban en esa condición, era el fijado en el artículo 1º de la ley 1786 de 2016.

7.2 Sobre el tema hay que manifestar inicialmente que en la sentencia C-221 de 2007 se hizo control abstracto del numeral 2º de la ley 1786 de 2016, es decir que no queda duda alguna de que se trata de una sentencia de exequibilidad.

7.3 El primer inciso del artículo 45 de la ley 270 de 1996 dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario conforme a lo previsto en este artículo.*

*Excepcionalmente la Corte podrá disponer que las Sentencias tengan efecto retroactivo en los siguientes casos:*

*1. Cuando de la aplicación general de la norma se pueda llegar a irrogar un daño irreparable de cualquier naturaleza que no guarde proporción con las cargas públicas que los asociados ordinariamente deben soportar y que entrañe manifiesta inequidad;*

*2. Cuando se deba preservar el principio constitucional de favorabilidad o garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; y,*

*3. Cuando se esté en presencia de los actos a que se refiere el artículo 149 de la Constitución Política.*

*En el evento en que el fallo deba tener efecto retroactivo, la Corte fijará con precisión el alcance del mismo en la parte resolutiva de la sentencia. Conforme a la apreciación de los elementos de juicio disponibles, la concesión de efectos retroactivos no se debe traducir en la afectación negativa de situaciones jurídicas consolidadas en cabeza de personas que han obrado de buena fe.*

*En todo caso, frente a la vulneración de un derecho particular y concreto, el restablecimiento del derecho o la reparación directa solo podrán ordenarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previo el ejercicio de las acciones pertinentes contra los actos administrativos expedidos con fundamento en la norma que haya sido declarada inexequible o con motivo de las actuaciones cumplidas por la administración en vigencia de ésta, respectivamente.”*

7.4 En la sentencia C-037 de 1996 que revisó la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) se manifestó lo siguiente:

*“(...)*

*“e). LOS EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE EN ASUNTOS DE CONSTITUCIONALIDAD.*

*(...)*

*“En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.*

*(...)*

*Como puede apreciarse, los argumentos transcritos resultan concluyentes. A partir de ellos, se torna forzoso concluir -y reiterar- que sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias. La prevalencia del principio de separación funcional de las ramas del poder público (Art. 113 y s.s.), el silencio que guardó la Carta Política para señalar los alcances de las providencias dictadas por los altos tribunales del Estado, la labor trascendental que cumple esta Corporación en el sentido de guardar la supremacía y la integridad de la Carta, y los efectos de “cosa juzgada constitucional” y erga-omnes que tienen sus pronunciamientos (Arts. 243 C.P. y 21 del Decreto 2067 de 1991), son suficientes para inferir que el legislador estatutario no podía delimitar ni establecer reglas en torno a las sentencias que en desarrollo de su labor suprema de control de constitucionalidad ejerce esta Corte.*

*De conformidad con lo expuesto, entonces, habrá de declararse únicamente la exequibilidad de la expresión “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”, contenida en el artículo que se examina. El resto de la norma será declarada inexequible.*

7.5 Por su parte en la sentencia C-444/11 se dijo lo siguiente:

*“(...)*

*24. “... Finalmente, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las sentencias de esta Corporación sobre actos sujetos a su control tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte Constitucional resuelva lo contrario.*

*La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución", porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. No hay que olvidar que, según el artículo 5 de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para la Corte Constitucional, como para todas las autoridades pero con mayor fuerza.*

*Pero de otro lado, los efectos retroactivos de la sentencia de inexequibilidad encuentran un sólido respaldo en el principio de supremacía constitucional y la realización de otros valores o principios contenidos en ella no menos importantes. Bajo esta óptica se afirma que cuando se trate de un vicio que afecte la validez de la norma, sus efectos deben ser ex tunc –desde siempre- cual si se tratara de una nulidad, para deshacer las consecuencias nocivas derivadas de la aplicación de normas espurias siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan.*

*En el escenario descrito, la Corte Constitucional tiene no sólo la potestad sino el deber de modular los efectos temporales de sus providencias, pues a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política. Sobre el particular, como ha sido explicado en otras oportunidades, “el juez constitucional cuenta con varias alternativas al momento de adoptar una determinación, ya que su deber es pronunciarse de la forma que mejor permita asegurar la integridad del texto constitucional, para lo cual puede modular los efectos de sus sentencias ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales”.*

*Ahora bien, además de la misión encomendada por el artículo 241 Superior, el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala que las sentencias que profiera la Corte sobre los actos sujetos a su control “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Conforme a la disposición citada, declarada exequible mediante sentencia C-037/96, si bien es cierto que por regla general las decisiones de esta Corte tienen efectos hacia el futuro, también lo es que esos efectos pueden ser definidos en otro sentido por la propia Corporación.”*

7.6 En el caso sub examen, hay que aclarar que el decisum de la sentencia C-221 de 2017 versó sobre la exequibilidad del artículo 2º de la ley 1786 de 2016, es decir sobre una norma positiva que regula situaciones diversas a la ratio decidendi de ese pronunciamiento que está relacionado con la situación de las personas sentenciadas que han impugnado el fallo de primer grado y llevan más de un año esperando la decisión del Ad quem.

A su vez, como la Corte Constitucional no señaló los efectos de ese fallo se entiende que el mismo opera *ext nunc* (hacia el futuro), siguiendo la regla general prevista en el artículo 45 de la ley 270 de 1996.

7.6 Por lo tanto hay que preguntarse sobre los efectos en el tiempo de la parte motiva de la sentencia C- 221 de 2017 que reguló lo relativo al tiempo máximo de privación de la libertad de las persona que se encuentran detenidas, apelaron la sentencia de primer grado y ha transcurrido un año sin haberse decidido en segunda instancia, conforme a la ratio decidendi contenida en ese fallo, que como se expuso tiene carácter vinculante frente a la parte resolutiva de la citada sentencia, donde se estableció lo que la Corte Constitucional definió como “una causal general de libertad”, derivada del artículo 1º de la ley 1786 de 2016.

7.7 Para abordar el tema en estudio hay que distinguir dos aspectos específicos:

i) la situación de las personas que se encuentran afectadas por una medida de aseguramiento privativa de su libertad y que aún no han sido sentenciadas, suya condición se regula con base en las causales previstas en el artículo 317 del CPP, modificado por el artículo 2º de la ley 1786 de 2016 y

ii) el caso de las personas que han sido sentenciadas en primera instancia y que llevan más de un año privadas de su libertad luego de que se hubiera dictado la sentencia de primer grado, sin que se haya proferido el fallo de segunda instancia

7.8 Según la *ratio decidendi* contenida en la sentencia C-221 de 2017 sobre el segundo caso referido, se desprende que la Corte Constitucional considera que todas las personas que se encuentran en esa situación no están descontando la pena impuesta en primera instancia, sino que permanecen bajo el régimen de detención preventiva mientras no se haya proferido la decisión de segunda instancia.

En ese sentido se dijo en la parte motiva de esa decisión (que tiene carácter de *ratio decidendi* de esa sentencia de control abstracto), que esas personas no podían estar sometidas a una detención indefinida ya que el artículo 1º de la ley 1876 de 2016 establecía que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podían exceder de un año, con la salvedad enunciada en el parágrafo 1º del artículo 307 del CPP., en cuyo caso el artículo 1º de la citada ley 1786 de 2016 entraba a regir en un año contado a partir de la fecha de su promulgación, por lo cual en esos eventos a la FGN le quedaba la posibilidad de solicitar la prórroga de las medidas de aseguramiento por un año más a partir del 1 de julio de 2017, según el artículo 5ª de la misma ley.

7.9 En principio se advierte que de manera extraña en la sentencia C-221de 2017 no se hizo ninguna referencia al caso de las personas que han sido sentenciadas en primera y segunda instancia; se encuentran a la espera de que en su caso se resuelva el recurso de casación y llevan más de un año de detención, pese a que se encuentran bajo el mismo supuesto fáctico, es decir que se encuentran en detención preventiva y no descontando pena, siguiendo el razonamiento de la sentencia referida.

7.10 La Sala considera que la Corte Constitucional por vía de interpretación constitucional creó una nueva causal, que no es de libertad provisional, sino de sustitución de las medidas de aseguramiento que comportan la detención del procesado, al manifestar que la situación de los sentenciados pendientes de la decisión de segunda instancia si había sido regulada por el legislador en el artículo 1º de la ley 1786 de 2016, dentro del cual se incluyó con rango de *ratio decidendi* de la sentencia C- 221 de 2017, el supuesto fáctico antes enunciado.

7.11 En ese sentido hay que manifestar que una primera reflexión sobre el tema llevaría a concluir que en virtud del efecto *ex nunc* de la sentencia de constitucionalidad C-227 del 19 de abril de 2017, esa causal de libertad solamente se aplicaría a partir del 1 de julio de 2017, tanto en lo relativo a la norma que dispone que dispone que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año, como en los eventos previstos en el parágrafo 1º del artículo 1º de la ley 1786 de 2016 que modificó el artículo 1º de la ley 1760 de 2015, según el artículo 5º de la citada ley 1786 de 2016 que dispone lo siguiente:

*“ Los términos a los que hacen referencia el artículo 1º y el numeral 6º del artículo 2º de la presente ley, respecto de los procesos ante justicia penal especializada, en los que sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o cuando se trate de la investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el título IV del Libro Segundo de la ley 599 de 2000 ( Código Penal ), entrarán a regir en un (1) años contado a partir de la fecha de su promulgación”.*

7.12 Sin embargo, hay que manifestar que las normas antes citadas que son de orden procesal, tienen efectos sustanciales por lo cual se pueden aplicar retroactivamente en virtud del principio de favorabilidad, como se dijo en sentencia CSJ SP del AP 5408 del 22 de agosto de 2016, radicado 48682 así:

*“(...)*

*En lo que concierne el rasgo diferenciador de las normas procesales con efectos sustanciales respecto de las netamente instrumentales, la Sala ha dicho lo siguiente:*

*“En la medida en que por razón de su limitación, ampliación, consagración, eliminación, etc. pueden verse afectadas -positiva o negativamente- garantías fundamentales, característica ésta que es -en el fondo- lo que permite calificar que una norma instrumental alcance esa condición”.*

*Adicionalmente, ha señalado el carácter sustancial de las disposiciones procesales que afectan la esfera de la libertad del individuo:*

*“[E]l baremo o medida de valoración para la determinación de la aplicación retroactiva de la ley penal favorable no está en que el precepto invocado forme parte del derecho penal material, sino en que el mismo afecte esferas de libertad del individuo, por lo que es frecuente encontrar en los códigos de procedimiento penal normas de indiscutible naturaleza sustantiva”.*

*Pese a la claridad de esos enunciados, la inclusión de las causales de libertad por vencimiento de términos en la categoría de normas procesales con efectos sustantivos no ha sido pacífica.*

*Bajo la vigencia de la Ley 1453 de 2011, la cual introdujo algunos cambios significativos en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, se suscitaron algunos problemas relacionados con la procedencia de las figuras de la ultraactividad y retroactividad de las causales de libertad, en virtud del principio de favorabilidad.*

*[…]*

*De la revisión de la jurisprudencia de la Sala Penal de esta Corporación se observan dos tendencias:*

*La primera, ajustada a la línea jurisprudencial donde se ubican las causales de libertad por vencimiento de términos en la categoría de normas procesales con efectos sustanciales, respecto de las cuales no existe restricción frente a las figuras de la ultraactividad y retroactividad;*

*La segunda, apegada al carácter de orden público de las normas procedimentales y, por tanto, a la regulación contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, hoy modificada por el artículo 624 del Código General del Proceso, sin efectuar distinción alguna entre disposiciones instrumentales y aquellas que, además, producen efectos sustanciales o en la que se niegan las consecuencias normativas de esa diferenciación.*

*[…]*

*El principio de favorabilidad, en tanto es un componente básico del derecho fundamental al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, es una regla interpretativa que permite al juzgador determinar, en los casos de sucesión de leyes o coexistencia de normas, si una disposición sustantiva, o procesal que produce efectos sustanciales, beneficiosa para el procesado o condenado, debe ser aplicada de forma ultraactiva o retroactiva. Sin embargo, ese no es el único parámetro disponible.*

*Los principios pro homine y de igualdad de trato cumplen una función muy similar.*

*Como se dijo anteriormente [Cfr. Acápite 3.1.3], las causales de libertad por vencimiento de términos son una especificación del derecho al plazo razonable. Al ser esa una garantía fundamental, internacionalmente protegida, adquiere relevancia el principio pro homine. El cual es entendido como:*

*[U]n criterio de interpretación del derecho de los derechos humanos, según el cual se debe dar a las norma la exégesis más amplia posible, es decir, se debe preferir su interpretación extensiva, cuando ellas reconocen derechos internacionalmente protegidos. A contrario sensu, debe optarse por la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones o suspensiones al ejercicio de tales los derechos.*

*Adicionalmente, el principio de igualdad puede ser empleado para resolver aspectos relacionados con la determinación de la norma aplicable.*

*[…]*

*Frente al trato desigual hacia algunos procesados, en el marco de los juicios penales, que resultaría de la aplicación irreflexiva del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012 y la imposibilidad jurídica de habilitar la retroactividad del numeral 6º del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, por favorabilidad, esto es, proceder como si esa disposición hubiese estado vigente con anterioridad al 1º de julio de 2016, la solución coherente con el orden constitucional y consecuente con la eficacia de las garantías fundamentales, es el empleo de la interpretación favorable más amplia posible que permita asegurar la primacía del principio a la igualdad y de los derechos humanos involucrados.*

*Lo anterior significa que la causal de libertad por vencimiento de términos, contenida en el numeral 6º del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, procede respecto de todos los procesos penales, incluidos los iniciados con anterioridad al 1º de julio de 2016, salvo cuando se trate de los delitos sobre los cuales operó la prórroga señalada en la Ley 1786 de 2016” (*Subrayas fuera del texto original*)*

7.13 De conformidad con la decisión antes citada se puede concluir que en virtud de los principios pro homine y de favorabilidad, el artículo 1º de la ley 1786 de 2016, que a juicio de la Corte Constitucional incluye a los sentenciados privados de su libertad en los caso en que ha transcurrido un año sin que se produzca la decisión de segunda instancia, se aplica a los procesos iniciados con antelación al 1 de julio de 2016, en virtud de la prórroga ordenada por el artículo 5º de la ley 1786 de 2016.

8. SOBRE EL TERCER PROBLEMA JURÍDICO DEDUCIDO DE LOS DOS ANTERIORES: Lo relativo a la competencia para aplicar la causal de sustitución de la medida de aseguramiento deducida de la ratio decidendi sentencia C-221 de 2017.

8.1 En el caso en estudio no queda duda de que la situación del señor Rivera Castellanos se adecua al contexto fáctico de la nueva causal de modificación de las medidas cautelares que afectan la libertad personal, que fue creada por vía de interpretación constitucional, ya que el expediente respectivo fue repartido al despacho de quien funge como ponente el 14 de marzo de 2016 y a la fecha no se ha proferido decisión de segunda instancia.

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.”*

Esta norma tiene su desarrollo legislativo en los artículos 306 y ss del CPP:

8.2.3 Frente al caso que nos ocupa, se debe tener en cuenta que el artículo 318 del CPP establece lo siguiente: *“Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento y ante el juez de control de garantías que corresponda, presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308.”*

8.2.4 La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de esa norma en la sentencia C- 456 del 7 de junio de 2006, en la cual se dijo lo siguiente:

*“4. Las medidas de aseguramiento en la Constitución Política, en la ley 906 de 2004 y en la jurisprudencia constitucional.*

*El Acto Legislativo 03 de 2002 reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, elevó a rango constitucional la estructura básica del sistema penal colombiano e introdujo importantes reformas al sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal. Para los efectos del presente asunto, merece especial mención la función que cumple el Juez de control de garantías en materia de reserva judicial de la libertad, así como el establecimiento expreso de límites constitucionales a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad.*

*(...)*

*En el nuevo sistema, las medidas de aseguramiento que inciden en los derechos de las personas han de ser ordenadas por el juez de control de garantías, no por el fiscal. Los fines o requisitos que justifican tales medidas, son precisados en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, así:*

*“Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

*1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*

*2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*

*3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”*

*(...)*

*Como ya se indicó, el juez de control de garantías es el competente para pronunciarse sobre la solicitud de la medida de aseguramiento como lo establece el artículo 250 de la Constitución. Sobre el particular la sentencia C-591 de 2005 señaló que una de las funciones del juez de control de garantías es decidir sobre la solicitud de aplicación de la medida de aseguramiento:*

*“[U]na de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental ( i ) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; ( ii ) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y ( iii ) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.”*

*(...)*

*5. La revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento. Inconstitucionalidad de las expresiones contenidas en la norma demandada, por restringir de manera irrazonada y desproporcionada el derecho a la libertad individual.*

*5.1. El artículo 318 de la Ley 906 de 2004, estipula que cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, sea esta privativa o no de la libertad, presentando los elementos fácticos, de los cuales se permita inferir de manera razonada que han desaparecido los requisitos para decretarla establecidos en el artículo 308 de la misma ley. La norma determina que dicha prerrogativa – la de solicitar la revocatoria o la sustitución -, podrá ser utilizada por las partes por una sola vez, siendo éste condicionamiento uno de los motivos de la inconformidad de la parte demandante en este asunto.*

*(...)*

*5.4. Tanto la revocatoria, entendida como el acto jurídico que deja sin efecto otro acto por decisión judicial, como la sustitución o cambio de la medida de aseguramiento por otra, constituyen instrumentos jurídico procesales destinados a preservar y garantizar el derecho a la libertad individual consagrada expresamente en el artículo 28 Superior, toda vez que llevan implícita la posibilidad de restablecer o recobrar la libertad que ha sido restringida legítimamente dentro del curso del proceso penal, una vez sea aportado ante el juez de garantías el soporte fáctico que desvirtúe los requisitos legales que dieron lugar a la imposición de la medida de aseguramiento.*

*(...)*

*Para la Corte, el juez de control de garantías está en la obligación constitucional de hacer en cualquier momento un análisis racional, ponderado y adecuado frente a la medida de aseguramiento y en especial frente a las circunstancias fácticas que se le presenten de las cuales surja la imposición de la medida o su revocatoria o sustitución, toda vez que debe sopesar de una manera dinámica la necesidad de la medida frente a la afectación grave del derecho fundamental de la libertad del imputado.*

*(...)*

*5.5. Ha de observarse por la Corte que por expresa exigencia del artículo 318 de la Ley 906 de 2004 la solicitud de revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento que se formule ante el juez de control de garantías deberá hacerse “presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308”. Ello significa, como de ese texto se desprende que el solicitante tiene una carga procesal en cuanto ha de aportar elementos probatorios nuevos o información obtenida legalmente que no hubieren sido tenidos en cuenta con anterioridad cuando se decretó la medida de aseguramiento o la sustitución de la misma, pues sólo en esa hipótesis será posible al juzgador realizar una inferencia razonable para decidir si desaparecieron o no los elementos que estructuraron los requisitos que para el decreto de la medida de aseguramiento fueron tenidos en cuenta cuando ella se decretó y decidir, en consecuencia, lo que fuere pertinente...” ( subrayas fuera del texto original )*

8.2.5 Se hace referencia expresa a ese precedente de la Corte Constitucional porque en el artículo 307 del CPP que fue modificado inicialmente por el artículo 1º de la ley 1760 de 2015 y después por el artículo 1º de la ley 1786 de 2016, se hace una referencia inicial a los eventos de aplicación inmediata de la norma que fija el término máximo para la vigencia de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, y las situaciones relativas a su prórroga y seguidamente se dispone siguiente:

*(...) “Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo. En los casos susceptibles de prórroga, los jueces de control de garantías, para resolver sobre la solicitud de levantamiento o prórroga de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, deberán considerar, además de los requisitos contemplados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo que haya transcurrido por causa de maniobras dilatorias atribuibles a la actividad procesal del interesado o su defensor, caso en el cual dicho tiempo no se contabilizará dentro del término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad contemplado en este artículo.*

*Parágrafo 2°. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.”*

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.

8.2.8 Ahora bien en casos como el presente resulta aplicable lo decidido en CSJ SP del 14 de abril de 2010, radicado 30690, donde se manifestó lo siguiente:

*“(...)*

*“... A nivel teórico, es pertinente decir que cuando se declara una nulidad en el curso del proceso penal, quien hace tal declaración asume el rol de juez constitucional (léase de garantías), por el simple hecho de que el referente fundamental para adelantar el proceso penal es la observancia plena de las formalidades procesales y el respeto de las garantías debidas a los sujetos intervinientes, es decir, el cumplimiento de la Constitución y de la Ley.*

*La declaratoria de nulidad es sin lugar a dudas una medida de excepcional carácter, de mayúscula trascendencia en el proceso judicial, teniendo en cuenta que la anulación es el mayor castigo a la actuación, tanto que obliga a rehacerla; luego, una determinación de dicha magnitud sólo procede cuando la irregularidad que se detecta afecta realmente garantías de los sujetos procesales, ora porque se desconocen las bases fundamentales del debido proceso (instrucción – juzgamiento) ya porque se desconocen garantías defensivas”* . (Subrayas fuera del texto original)

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.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de la actuación cumplida a partir del 16 de junio de 2017 dentro del proceso tramitado contra el señor Marlon Edut Rivera Castellanos, dentro de la cual se le concedió “libertad provisional” al citado ciudadano con base en la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017 de la Corte Constitucional.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se ordena la recaptura del señor Rivera Castellanos, en virtud de lo dispuesto en la sentencia del 2 de febrero de 2016, donde se le impuso una pena de 240 meses de prisión, como responsable de la violación de los artículos 103 y 365 del C.P. En consecuencia se ordena expedir el correspondiente mandato de detención para hacer efectiva esa decisión.

TERCERO: 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**