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 – 15 de septiembre de 2017

Proceso: Penal – Revoca libertad provisional y ordena la recaptura

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2014 00890 02

Acusado: JOHAN MANUEL HERNÁNDEZ CRISTANCHO

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema:**  **IMPROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL CUANDO SE CUMPLE UNA PENA.** [L]os procesados Hernández y Arcila no estaban bajo el régimen de “detención preventiva” como lo entendió el *A quo,* sino cumpliendo una pena impuesta por ese mismo despacho, por lo cual su situación no podía equipararse a un evento de concesión de libertad provisional o de sustitución de una medida de aseguramiento. Por lo tanto, la Sala estima que en el caso en estudio no resultaba procedente la concesión de “libertad provisional” a los sentenciados Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Eider Arcila Castaño, que en sentido estricto estaban descontando una pena y no bajo el régimen de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, por lo cual se revocará la decisión de primera instancia, acogiendo la solicitud de la delegada del Ministerio Público. En consecuencia se ordenara la recaptura de los señores Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño, en virtud de lo dispuesto en la sentencia del 25 de mayo de 2015, del juzgado 1º penal del circuito de Pereira, en la cual se les impuso una pena de 360 meses de prisión, (…).

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Pereira, quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nro. 949

Hora: 1:10 p.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR.**

Se entra a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto la Procuradora 52 Judicial Penal, contra la decisión del 21 de junio de 2017 del juez 1º penal del circuito de esta ciudad, quien concedió “libertad provisional” a los ciudadanos Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño, quienes se encontraban privados de su libertad como consecuencia de la sentencia dictada el 25 de mayo de 2015 por ese mismo despacho, al ser considerados responsables de los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa y uso de menores de edad en la comisión de delitos.

**2. ANTECEDENTES**

El apoderado judicial de los señores Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño elevó una solicitud de libertad a favor de sus representados, con base en lo dispuesto en la ley 1786 de 2016, los artículos 307 y 317 del CPP, y lo establecido en la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017, de la Corte Constitucional, para lo cual adujo que estos se encontraban detenidos desde el 22 de febrero de 2014, y que habían transcurrido más de dos (2) años, sin que se hubiera proferido la decisión de segunda instancia.

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

La decisión del juez de primer grado se sintetiza así:

3.1 Los señores Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño fueron condenados dentro del proceso de la referencia por ese despacho el 25 de mayo de 2015, por las conductas delictivas de homicidio en grado de tentativa y uso de menores de edad en la comisión de delitos. El proceso se encuentra pendiente de que se desate el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

3.2 Es competente para decidir esa petición, con base en lo decidido en varias oportunidades por la SP del TS de Pereira, entre otras, en auto del 7 de junio de 2017.

3.3 Las normas invocadas por el peticionario (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 dijo que: 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).

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(...)*.”

3.8 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 providencia 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. (...)’’.*

3.9 En consecuencia el juez 1º penal del circuito de esta ciudad consideró: i) que los delitos por los que fueron sentenciados los señores Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño 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 julio de 2015; y iii) que los incriminados se encontraban afectados con medida de aseguramiento vigente.

En tal virtud concluyó que según los términos 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 de los señores Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño y por ende procedía la concesión de libertad provisional de los incriminados.

3.10 La representante del Ministerio Público interpuso el recurso de apelación contra esa decisión.

**4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

La delegada del Ministerio Público impugnó la decisión de primer nivel con base en lo siguiente:

* En la sentencia C- 221 de 2017 de la Corte Constitucional se incurrió en una confusión relevante sobre los fines de las medidas de aseguramiento y los fines de la pena.
* Los acusados ya se encuentran sentenciados. Por lo tanto su situación no corresponde a las normas que regulan la medida de aseguramiento de detención preventiva en el transcurso del proceso penal.
* En el presente caso los acusados se encuentra privados de la libertad y condenados mediante sentencia de primera instancia la cual no se encuentra en firme, ya se está a la espera de la decisión de segundo grado.
* 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 consecuencia de la 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, cuando éste no se encuentra privado de la libertad y se le ha denegado el subrogado penal.
* En consecuencia solicitó que se denegara la decisión de primera instancia y que en consecuencia se revocara la libertad provisional otorgada a los acusados.

**5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**5.1 Competencia**

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

**5.2 Problema jurídico a resolver**

5.2.1 En el recurso interpuesto por la delegada del Ministerio Público se controvierten los argumentos jurídicos de la decisión de primer grado, en especial el criterio del señor juez 1º penal del circuito de esta ciudad sobre los efectos 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.

5.2.2 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.

5.2.3 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...”*

5.2.4 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).

5.2.5 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 los ciudadanos Yohan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño se encontraban descontando la pena de 360 meses de prisión que les impuso ese despacho, como responsables de los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa y uso de menores en la comisión de delitos.

5.2.6 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,* 5.2.4 de esta decisión.

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

5.2.8 Por lo tanto, la Sala estima que en el caso en estudio no resultaba procedente la concesión de “libertad provisional” a los sentenciados Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Eider Arcila Castaño, que en sentido estricto estaban descontando una pena y no bajo el régimen de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, por lo cual se revocará la decisión de primera instancia, acogiendo la solicitud de la delegada del Ministerio Público.

En consecuencia se ordenara la recaptura de los señores Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño, en virtud de lo dispuesto en la sentencia del 25 de mayo de 2015, del juzgado 1º penal del circuito de Pereira, en la cual se les impuso una pena de 360 meses de prisión, como responsables de los delitos de homicidio en grado de tentativa y uso de menores de edad para la comisión de delitos.

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

**RESUELVE**

PRIMERO: REVOCAR la decisión del 21 de junio de 2017 del juez 1º penal del circuito de esta ciudad, que concedió “libertad provisional” a los señores Johan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño.

SEGUNDO: ORDENAR la recaptura de los personas antes mencionadas a efectos de que se cumpla lo dispuesto en la sentencia del 25 de mayo de 2015, donde se les impuso una pena de 360 meses de prisión, como responsables de los delitos de homicidio en grado de tentativa y uso de menores de edad para la comisión de delitos. Por lo tanto se expedirá 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**

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