**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA de decisión PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con mi acostumbrado respeto me aparto parcialmente de la decisión mayoritaria, toda vez que en mi personal criterio en este asunto, dada la conducta punible por la cual fue encontrado penalmente responsable el señor **VAOH**, la cual se encuentra excluida de beneficios y subrogados penales, se hacía obligatorio y necesario, una vez emitida la sentencia de **segunda instancia**, proceder a su captura, para que la sanción penal se cumpla de manera intramural.

Es cierto, que de tiempo atrás esta Corporación, de conformidad con la sentencia C-342/17, ha diferido la expedición de la orden de captura hasta la ejecutoria del fallo, cuando en asuntos como en el presente se evidencia que a la persona investigada no se le impuso medida de aseguramiento alguna, además de que asistió a cada una de las audiencias para las cuales fue convocado por el despacho de primer nivel, pero tal postura, tal y como se propuso en el proyecto inicial, debió ser recogida, dados los nuevos lineamientos jurisprudenciales, cuando se trata, como en el presente asunto, de un delito que no amerita la concesión de subrogado o sustituto alguno por expresa prohibición legal, acorde con lo reglado en el canon 68A C.P., y de ahí la necesidad de que la orden restrictiva de la libertad deba emitirse de manera inmediata, postura, que la Sala Mayoritaria no acogió.

Y como se había indicado y así se sostuvo a los demás integrantes de esta Corporación, frente a ese particular, la Sala de Casación Penal en relación con la aplicación favorable del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, a actuaciones rituadas por la Ley 906 de 2004, dijo:

“En ese orden es indispensable respetar la especificidad de cada sistema penal, o en otros términos, la aplicación favorable de una ley para hacer efectiva la garantía solo es posible si no se desconoce la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, desde luego con la aclaración de que el proceso penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de derechos fundamentales. Por eso la exigencia de respetar el sistema se debe entender en el sentido de que la aplicación de la ley “favorable” no debe llevar a soluciones asistemáticas que colapsen mediante soluciones francamente inadmisibles la estructura conceptual del proceso y de sus instituciones esenciales.

Esta condición no se cumple en este caso.

**5.** En la Ley 906 de 2004, al anunciar el sentido del fallo, el juez puede ordenar la detención de la persona que ha sido juzgada en libertad, siempre y cuando esa medida sea necesaria y no proceda la suspensión condicional de la pena. En este caso el Tribunal estimó que por la fecha de comisión de la conducta (12 de septiembre de 2011), el delito de prevaricato por acción por el cual el juez E.R.G.P**.** fue condenado, no admite, en términos del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, modificado, entre otras leyes, por el artículo 28 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, beneficios o subrogados penales.

Por su parte, el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, señala que si al procesado no le fue impuesta medida de aseguramiento, su aprehensión no puede ordenarse sino hasta cuando haya quedado en firme la sentencia. Así definido el problema, existe una contradicción aparente en los términos, y formalmente el régimen del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 es más favorable. Sin embargo, reconocer su aplicación implicaría desconocer la estructura conceptual del proceso y la sentencia por las siguientes razones:

**(a).** La Corte ha señalado que el anuncio del sentido del fallo y la sentencia conforman una unidad jurídica: “el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita.”

La Corte Constitucional, en la Sentencia C 342 de 2017, avaló esta lectura, recalcando la siguiente reflexión de la Sala de Casación Penal:

“La jurisprudencia de la Sala, tiene dicho que el anuncio del sentido del fallo por parte del juez de conocimiento, una vez finalizado el debate público oral, constituye un acto procesal que forma parte de la estructura del debido proceso y vincula al juzgador con la decisión adoptada en la sentencia, conformando con esta una unidad temática inescindible. (Se subraya)

**(b).** Se debe distinguir entre medidas de aseguramiento durante el curso del proceso y la orden de “detención” al anunciar el sentido del fallo.

En tal sentido, la expresión del inciso segundo del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que le impone al juez el deber de evaluar “si la detención es necesaria”, según lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia 345 de 2017, se “refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal”, y no a los requisitos que se exigen para imponer medida de aseguramiento. Eso explica que sean distintas las medidas de aseguramiento proferidas durante el curso del juicio de las órdenes expedidas para cumplir el fallo condenatorio.

**(c).** Por tratarse de una medida restrictiva de la libertad para cumplir el fallo, la cual se ordena al anunciar su sentido, la impugnación debe manifestarse a través del recurso de apelación.

En este sentido, teniendo en cuenta que si la sentencia del proceso acusatorio es un acto complejo que se integra por el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, de admitir la posibilidad de controvertir la ejecución de la pena anticipadamente, se desconocería la estructura conceptual del proceso y de la sentencia, al permitir que la captura proferida para cumplir la pena impuesta se trate como un acto cautelar, autónomo e independiente, permitiendo la revisión fraccionada de la sentencia y desintegrándola a través de medios distintos al recurso de apelación, que es el medio idóneo para controvertir las supuestas ilegalidades de la sentencia.

De manera que la aplicación del principio de favorabilidad solicitada por el defensor del doctor E.R.G.P. desconoce la noción de debido proceso, y es por lo tanto asistemática, **inadmisible e improcedente**”. (negrillas nuestras).

Tal postura de la Sala de Casación Penal ha sido pacífica y reiterada en otras ocasiones, donde además se indicó:

“En ese orden, **de acuerdo con el criterio decantado por la Corte, bajo el modelo de enjuiciamiento de la Ley 906 de 2004, la expedición de orden de captura para el cumplimiento de la sentencia no se vincula con la previa existencia de medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del procesado**, sino que está sustentada en que “(i) se haya emitido sentido de fallo condenatorio o dictado sentencia de primera instancia condenatoria, (ii) la condena implique sanción privativa de la libertad, y (iii) no proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni penas sustitutivas (Cfr. CSJ AP, 30 en. 2008, rad. 28918).”

Así mismo, en otra determinación, donde la Corte también reiteró tal postura jurisprudencial, se dijo que “[…] una vez emitido el sentido del fallo condenatorio, o **proferida la decisión de condena, si de conformidad con las normas del código procedimental resulta necesaria la detención, la misma deberá ordenarse de manera inmediata**, independientemente de los recursos que contra esta se interponga”.

En similar sentido, en un caso donde la defensa pretendió que una orden de captura dictada en **segunda instancia** por un Tribunal Superior, fuera suspendida en atención al principio de favorabilidad, en esa determinación además de reiterarse lo dispuesto en CSJ AP, 02 dic. 2020, rad 56180, se plasmó:

“Bajo tal intelección, es evidente que la solicitud de la defensa destinada a que se suspenda la orden de captura dispuesta en la sentencia de condena emitida por primera vez por la Corte, en aplicación del principio de favorabilidad, deviene en improcedente, por cuanto implicaría desconocer la sistematicidad, integralidad e indivisibilidad de la estructura procesal que gobierna la actuación adelantada bajo el imperio de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, en atención a que, bajo su egida, la Sala en segunda instancia emitió sentencia condenatoria en contra de **BAG,** como autora del delito de concusión, **conducta que, de acuerdo con lo normado en el artículo 68 A del Código Penal, no admite la concesión de beneficios o subrogados penales y para su efectiva ejecución, se impone la emisión de la respectiva orden de captura, acatando lo dispuesto en el artículo 450 de la referida ley procesal.**

Por consiguiente, **resulta, para el caso, asistemático la aplicación del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, ya que la captura que se ordena por mandato del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, es para el cumplimiento del fallo de condena, en tanto se consideró que la detención se ofrece necesaria al analizar los criterios y reglas que operan para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad** y, por ende, al ser una determinación que integra la sentencia en cuanto hace parte de sus fundamentos, la misma debe ser cuestionada por vía del recurso de apelación, en este evento, a través de la impugnación especial, dado que no se puede tratar como un aspecto aislado, pues ello representaría desintegrar la decisión y permitir su cuestionamiento fraccionado”. (negrillas nuestras)

Es cierto y no puede desconocerse que la Corte Constitucional, ha propugnado porque la libertad sea la regla general y su privación la excepción, en aras de garantizar los derechos fundamentales y en especial el principio pro libertate, pero como viene de verse, la Sala de Casación Penal, como órgano de cierre de la jurisdicción penal y por ende superior funcional de esta Corporación, ha sido enfática en sostener que cuando se trata de conductas como la que en este asunto le fue endilgada al señor **VAOH**, que ostentan prohibición legal para la concesión de sustitutos y beneficios liberatorios, se hacía necesaria la expedición de la orden de captura en su contra.

En ese orden de ideas, y con fundamento en lo anterior, considero que en este caso, contrario a lo sostenido por la Sala Mayoritaria, con total respeto por lo allí contemplado, al haberse revocado el fallo absolutorio que en primera instancia se emitió en favor del señor **VAOH**, al encontrarlo penalmente responsable del delito de **violencia intrafamiliar agravada**, se debió ordenar de manera **inmediata** la expedición de orden de captura en su contra, pues se hacía **necesaria** la detención para el cumplimiento de la pena impuesta, sin que pueda alegarse válidamente que el fallo (primera condena) debe estar ejecutoriado o en firme, menos aún cuando no se advierte ningún motivo **excepcional** para que la Sala Mayoritaria se hubiese abstenido de ordenar la misma.

De esa manera dejó sentada mi inconformidad parcial con lo decidido al respecto en la presente determinación.

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

Pereira, 7 de junio de 2023

Según palabras de la Corte: “[…] la interpretación de acuerdo con la cual, la norma demandada contiene un mandato que impone la privación de la libertad, cuando se anuncia la condena de un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta contraria a la Constitución y las garantías del debido proceso, en tanto que invierte la comprensión constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, al establecer como regla general el encarcelamiento y como excepción la libertad personal” […] “el juez de conocimiento al momento de dictar el sentido de fallo y tomar decisiones alrededor de la libertad del acusado, está en la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta del mismo, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio *pro libertate*. Adicionalmente debe considerar, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por implicar una afectación más profunda de los derechos fundamentales […]”

Sentencia T 402 de 2008

AP del 18 de marzo de 2009, radicado 27339

SP del 17 de septiembre de 2007, radicado 27336.

*SP del 23 de septiembre 23 de 2015, radicado 40694.*

CSJ AP, 02 dic. 2020, rad. 56180, reiterado entre muchas otras en CSJ AP, 17 NOV. 2021, rad. 59740.

CSJ AP, 16 jun. 2021, rad. 56139.

CSJ AHP, 24 ago. 2021, rad. 60078.

Según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia 342 de 2017, cuando el artículo 450 del C.P.P. le impone al juez el deber de evaluar si la detención es necesaria se “refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal”

CSJ AP, 17 nov. 2021, rad. 59740