

Proceso No 28426

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

Aprobado Acta No. 195

Bogotá D. C., once (11) de octubre de dos mil siete (2007)

V I S T O S

Se pronuncia la Corte sobre el control de legalidad de la medida de aseguramiento que mantiene privado de la libertad a EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, por el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo, consagrado en el artículo 397 de la ley 599 de 2000, en virtud de solicitud de su defensor.

H E C H O S

El acontecer fáctico fue resumido por la fiscalía de la siguiente manera:

“La presente investigación contra MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR (ex gobernador titular) y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, ex gobernador de Boyacá (encargado), por las conductas ilícitas de peculado por apropiación a favor de terceros y celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales, tuvo su origen en la compulsación de copias ordenada por la Fiscalía Quinta de la Unidad Especial de delitos contra la Administración Pública de Tunja, despacho que al resolver el recurso de reposición

interpuesto contra la resolución de acusación del 23 de diciembre de 2005, proferida por su homóloga once, dentro del proceso 50564, decretó nulidad de lo actuado respecto de EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, por cuanto para la época de los hechos éste funcionario fungió como Gobernador encargado del departamento de Boyacá, contra quien ordenó compulsar las copias pertinentes para que se le investigara por la conducta en que pudo incurrir por las irregularidades encontradas en los contratos 0175 y 0176 del 2002, firmados por él en tal calidad.

En efecto, se tiene que el prenombrado Gobernador (e), firmó los dos contratos citados, ambos con fecha del 23 de diciembre de 2002, por sumas de \$175.712.000 y \$ 179.333.000, respectivamente, cuyo objeto para los dos casos fue la compra de enciclopedias, libros y manuales con destino a las bibliotecas de los establecimientos educativos de varios municipios de Boyacá, donde según los informes obrantes en el plenario, de una parte, hubo posibles sobrecostos respecto a los precios comerciales de la época; de otra, irregularidades en el proceso precontractual y contractual al evidenciarse que la constancia de planeación fue expedida con posterioridad a la publicación, no se hallaron términos de referencia, no hubo actuación de la interventora, en cada contrato hubo un sobrecosto que excedió los \$100.000.000 y no obstante tener los dos contratos el mismo objeto, la misma imputación presupuestal, igual fecha de edición, e igual destino (población estudiantil urbana y rural), se fraccionó la cuantía del contrato, desconociendo con ello el principio de transparencia, toda vez que el valor de ambos contratos superaba el límite de la menor cuantía, el cual correspondía en ese momento a \$247.200.000, por lo que necesariamente se debía realizar proceso de licitación pública.”

ACTUACIÓN PROCESAL

EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR fue vinculado al proceso mediante indagatoria y resuelta su situación jurídica el día 8 de agosto de 2007, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, pues se le atribuye la comisión de un concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación.

La defensa solicitó a la Fiscalía la revocatoria de la medida de aseguramiento, petición que el 14 de agosto subsiguiente fue resuelta en forma desfavorable.

El defensor de EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR, solicitó el control de legalidad de la medida de aseguramiento impuesta en contra de su representado, petición que ha de resolverse previas las siguientes consideraciones.

LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

La Fiscalía General de la Nación el día 8 de agosto de 2007, impuso a EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR y otro, medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, con los siguientes fundamentos:

1. Al inicio aclaró que únicamente se resolvía la situación jurídica por el delito de peculado, pese a que los indagados fueron confrontados, además, por el cargo de celebración indebida de contratos, pues, solo la pena de aquel ilícito supera los cuatro años de prisión.
2. Se consideró que los indagados MIGUEL ANGEL BERMUDEZ Y EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR vulneraron doblemente el tipo penal previsto en el artículo 397 del Código Penal (peculado por apropiación), norma que consagra en su primer inciso, una pena de seis (6) a quince (15) años de prisión, multa del equivalente al valor de lo apropiado e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y, en el segundo, aumenta la sanción hasta en la mitad si el valor de lo apropiado supera los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, hipótesis que

consideró aplicable a la conducta investigada.

Estimó satisfechas las exigencias legales de los artículos 355, 356 y 357 del código de procedimiento penal, para proferir la medida de aseguramiento de detención preventiva contra los sindicados SAINIA ESCOBAR y BERMUDEZ ESCOBAR, por la violación al artículo 397 del código penal, porque "...se tiene probado que frente a dos sindicados que ostentaron la calidad de servidores del Estado, actuaron como tales en las fases pre y contractuales de manera alternada, y permitieron la apropiación exorbitante de las cuantías precitadas del erario público a favor de terceros, cuya custodia y administración les era inherente por el cargo público que ejercieron".

Estimó satisfecho el requisito sustancial de los dos indicios graves que consagra el artículo 356 del código de procedimiento penal, señalando que estos se infieren de las pruebas resumidas y valoradas en el cuerpo de la providencia.

En lo tocante a la necesidad de imponer la detención preventiva, sostiene que no existe obstáculo por cumplirse el requisito del quantum de la pena previsto para el delito, toda vez que el mínimo supera los cuatro (4) años de prisión como quiera que se parte de seis (6) años; lo mismo que el segundo aspecto referido a los fines constitucionales y legales de la medida, porque el delito que se imputa a los ex-gobernadores, constituye conducta manifiestamente reprochable y altamente sensible para la comunidad, que demanda sanciones ejemplares en los casos de corrupción administrativa, además de reparación integral al Estado.

Juzga que representar al departamento de Boyacá exige una vida pública digna, honesta e incorruptible.

Admite como probable que los sindicados no puedan volver a delinquir en calidad de servidores públicos, porque EDGAR IGNACIO SAINIA ESCOBAR ejerce su profesión de

abogado de modo particular y, MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR trabaja de forma independiente; a pesar de ello, tiene en cuenta la gravedad de los hechos, su naturaleza, grado de participación en el delito, la elevada cuantía de lo apropiado y el consecuente detrimento para el erario público, para concluir que no garantizan la comparecencia al proceso o a la eventual ejecución de la pena privativa de la libertad y, además, sostiene que por las mismas razones nada impediría sus labores de entorpecimiento de la actividad probatoria.

3. El 14 de agosto de 2007 la Fiscalía General de la Nación resolvió adversamente, la solicitud del defensor de EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, en el sentido de no revocar la medida de aseguramiento, con base en los siguientes razonamientos:

“Para el caso concreto que ocupa la atención del despacho, en tratándose de la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación porque, en criterio del defensor, no se satisfacen los fines de que habla el artículo 3ª inciso segundo de la ley 600 de 2000, acorde con lo dispuesto en el artículo 355 ídem, habrá de contestársele que no se accederá a su petición, porque si bien podría ser de recibo la censura del defensor, que el doctor SAINEA ESCOBAR al dejar el cargo público que ostentaba (Secretario General de la Gobernación del departamento de Boyacá), y en consecuencia, no podría volver a atentar contra el bien jurídico de la administración pública, presuntamente infringido y de esa forma atentar contra los intereses de la comunidad, no es menos cierto que la necesidad de la detención preventiva prevé solamente esa posibilidad, sino otras dos que no concitan la misma conclusión”.

“Cuando la Constitución Política le concede facultades a la Fiscalía General de la Nación, para que garantice la comparecencia del sindicado al proceso, y lo hace de manera perentoria imponiendo tal obligación al Fiscal General y a sus delegados, no a otra cosa se refiere, sino a que provea medidas asegurativas tendientes a que no sea burlada la administración de justicia por quien tiene la posibilidad de alejarse en

cualquier momento del trámite procesal, dejando al albur la ejecución de la sentencia, la aplicación de la pena, la indemnización de la víctima y la falta de reparación, si a ello hubiere lugar”.

“El doctor EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, ha tenido una actitud precedente de hacerse al proceso, de atender las citaciones judiciales por quien adelanta el expediente en su contra, pero esto no es suficiente para presagiar que ahora que tiene una medida de aseguramiento, diferente a meras convocatorias para diligencias, observe el mismo comportamiento. El hecho de tener un arraigo en la ciudad y un reconocimiento en la región donde vive, no implica per se un comportamiento incambiable, cuando no tenía una detención preventiva que le prevé una condición de limitación a su locomoción, pues no preveía una decisión de privación de su libertad, por los hechos jurídicamente relevantes y graves que intencionalmente realizó”.

Luego añade:

“No existe otro mecanismo real y material que garantice su comparecencia siempre al proceso, ni a la posible etapa de cumplimiento de una pena privativa de la libertad y pecuniaria, sino a través del mecanismo de la detención jurídica, sobre la base que para ella se ha prevalido el despacho de la prueba hasta ahora practicada y aducida a la investigación.”

“Por lo que, en criterio del Despacho, si se satisface este requisito legal y de interpretación constitucional, para mantener vigente la detención preventiva”.

Sobre otro de los fines de la medida afirmó:

“Aún así, en el caso que esta exigencia no surgiera a la vida jurídica del proceso en cuestión, es latente el requisito atinente a labores que pueda emprender SAINEA ESCOBAR, para ocultar, destruir o deformar elementos materiales probatorios

importantes para la instrucción o entorpecer la actividad probatoria, en cuanto al delito por el que se le está profiriendo esta medida de aseguramiento, que es por el de peculado por apropiación a favor de terceros.”

“Se hace esta precisión, porque el abogado defensor, ha hecho alusión a que SAINEA ESCOBAR, al dejar de pertenecer a la administración gubernamental, perdió el contacto con las oficinas y los documentos que eventualmente tendrían vocación demostrativa. Esto es parcialmente cierto, porque esa prueba se referiría a la acreditación del delito de celebración indebida de contratos por falta de requisitos legales, pues la investigación de esa conducta punible, estaría realmente comprobada. Mas no así, se puede predicar, ni ser de recibo, idéntica argumentación por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, en donde si bien tenemos un caudal probatorio suficiente para tomar la medida precautelativa, y para continuar adelante con el proceso, ello no escapa a ver interrumpida la actividad probatoria tendiente a obtener una abundancia de medios de conocimiento sobre los hechos objeto de la instrucción, para llevar no solamente la prueba necesaria que se requiere para una eventual acusación ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, sino una calidad y cantidad de prueba que hagan no solamente sostenible la acusación sino que yerga la suficiente prueba para defender la acusación y obtener la sentencia condenatoria a lugar, sin que exista la más mínima duda de la existencia del hecho, de la responsabilidad penal y de la autoría o participación en la misma del procesado.”

“Esa prueba de la destinación real del dinero pagado por esa contratación, a todas luces sobrefacturada, aceptada incluso por los propios contratistas, como se dejó claro en la providencia que resolvió su situación jurídica, en una cantidad cercana o superior a doscientos cincuenta millones de pesos, si puede ser objeto de manipulación tendiente a ocultarla, destruirla o deformarla y que resulta muy importante para la investigación en contra de los procesados SAINEA ESCOBAR y BERMUDEZ ESCOBAR”.

Concluye afirmando que se satisfacen las exigencias para proferir la medida de aseguramiento de detención preventiva contra EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, por lo que no hay lugar a acceder a la pretensión del abogado defensor.

SÍNTESIS DEL PLANTEAMIENTO DE LA DEFENSA

El defensor de EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR al proponer el control material de la medida de aseguramiento, fundamentó su pretensión de la siguiente manera:

Argumenta que quien vaya a adoptar una medida de aseguramiento, por disposición legal, está obligado a considerar si se satisfacen los fines constitucionales y legales de la misma, independientemente de la gravedad de la conducta punible porque la que se procede.

Afirma que la Corte ha descartado la consideración de argumentos morales, o la naturaleza de la conducta, para concluir que están satisfechos los fines constitucionales de la detención, porque obrar de tal manera constituye un capricho judicial.

1. Considera lógico concluir que estando en libertad EDGAR SAINEA ESCOBAR, no cometerá conductas punibles porque es una persona sin antecedentes criminales, con arraigo familiar, profesional y social en la ciudad de Tunja donde, además, es reconocido como persona útil a la comunidad y a su familia. Lugar donde se ha dedicado al ejercicio ético de la profesión de abogado y a la docencia.

Señala que en el expediente abunda prueba sobre las condiciones morales, sociales y personales del procesado de las cuales puede deducirse que no continuará delinquir; agrega que ello es tan evidente como que la misma Fiscalía reconoce que no puede delinquir como funcionario público porque ya no tiene esa calidad, y menos como actor

particular, porque mientras estuvo en libertad no colocó en riesgo a la comunidad.

Cita los artículos 308 y 310 de la ley 906 de 2004 indicando que allí aparecen desarrollados los requisitos constitucionales para hacer efectiva la medida de privación de la libertad, ratificando la jurisprudencia contenida en la sentencia C-774 de 2001; sostiene que de la simple lectura del artículo 310 en cita se concluye que estando en libertad EDGAR SAINA ESCOBAR no cometerá conductas punibles.

Agrega, que si la Fiscalía considera obligatorio privar de la libertad siempre que se proceda por un delito grave, los fines constitucionales consagrados en el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal sobrarían, ya que se darían por establecidos.

2. Sobre la comparecencia de SAINA ESCOBAR al proceso o a la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, alega que la fiscalía no expuso los motivos o razones para justificar la necesidad de la detención, considera que el “argumento no se está fundando concretamente en el proceso, en razones atendibles para él o en pruebas, sino en meras suposiciones por la gravedad del delito”.

Alude a la providencia donde no se revocó la medida de aseguramiento, para aseverar que allí la Fiscalía trató de dar algunas razones por las que consideraba que no había garantía de comparecencia, pero todas ellas desprovistas de prueba, cuando, contrariamente, el comportamiento procesal de EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR, desde el inicio de la actuación, ha sido acudir a todas las citaciones que le hizo la Fiscalía Seccional del Tunja, o la Delegada ante el Tribunal y la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia; estima que estos hechos hacen presagiar conforme a la lógica razonable, que el procesado comparecerá al proceso; a modo de ejemplo alude a la ocasión en que la Fiscalía libró orden de captura contra su representado, destacando que éste fue ubicado en su residencia presto a cumplir cualquier requerimiento.

Hace referencia a que su representado desde el año 2003 ejerce la profesión de abogado

en el área penal, es defensor público y catedrático en el área penal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, por lo que conoce suficientemente las consecuencias de encarar un proceso penal por peculado por apropiación y celebración de contrato sin requisitos legales; era consciente de la posibilidad de una medida de aseguramiento, y lo es en cuanto a una eventual condena, por ello, sostiene, durante cinco años ha comparecido a todos requerimientos de la Fiscalía y seguirá haciéndolo a pesar de todo, pues, por su formación cree en la justicia Colombiana.

Cita un aparte de la resolución de la fiscalía de Tunja donde se abstuvo de definirle la situación jurídica al concluirse que no se daban los fines del artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, para solicitar se tenga en cuenta esa decisión.

Insiste en que analizados los antecedentes y condición personal del sindicado SAINIA ESCOBAR, en particular su arraigo social, su vinculación profesional a la ciudad de Tunja, y el hecho de tratarse de un ex-servidor de varias entidades públicas, permite concluir que afrontará personalmente las incidencias del proceso sin eludir la acción de la justicia, además, que ya no podría entorpecer la prueba porque no es servidor público.

3. Otra de las razones que alega el señor defensor consiste en que EDGAR IGNACIO SAINIA ESCOBAR no está en posición de entorpecer la actividad probatoria, porque su desvinculación como funcionario público de la Gobernación de Boyacá lo aleja de los documentos que reposan en aquellas oficinas; y, además, esos documentos ya fueron incorporados al expediente.

Considera que el tema de la intangibilidad de la prueba no puede limitarse a una simple aseveración sin fundamento diferente al criterio subjetivo de la Fiscalía General de la Nación, sino, como lo indicó el legislador de 2004, un juicio precedido de la existencia de motivos graves y fundados que permitan concluir que el imputado podrá atentar contra

los elementos de prueba.

Considera entonces que la manipulación de la prueba relativa a la destinación real del dinero pagado por la contratación, ya no puede llevarse a cabo, sencillamente porque los destinatarios de los dineros producto de los contratos cuestionados, esto es, FREDDY TYRONE HERNANDEZ MONCADA y JULIA DEL CARMEN RUBIANO DIAZ, de una parte dijeron no haber tenido trato con EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR para efectos contractuales; y de otra, ya se acopiaron las pruebas pertinentes, incluido el testimonio de DIANA HERNANDEZ, de modo que es poco lo que hacia el futuro se podría allegar en materia probatoria sobre el punto.

Añade a manera de argumento adicional, que los dineros fueron recibidos por los contratistas en el año 2002 y, como se trata de un bien fungible, fueron utilizados por estos en la forma y manera en que lo indicaron a la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Concluye echando de menos los motivos graves y fundados que permiten a la fiscalía inferir que su representado torpedearía la prueba sobre este aspecto, lo que torna la medida restrictiva de la libertad en arbitraria.

Por estas razones, solicita se revoque la medida de aseguramiento de detención preventiva y se ordene la libertad de EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, imponiéndole las obligaciones que se consideren pertinentes para ello.

A modo de alternativa plantea que a su representado le sería aplicable, una cualquiera de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad establecidas en los numerales 1 a 5, 8 y 9 del artículo 307 de la ley 906 de 2004.

ALEGACION DE LA PROCURADURIA COMO SUJETO PROCESAL

Para el señor Procurador Delegado es claro que la pretensión de la defensa de EDGAR SAINIA ESCOBAR, obedece a una disparidad de criterios relativo a los fundamentos en que sustentó la Fiscalía General de la Nación la medida de aseguramiento.

Considera que la solicitud de control no procede porque el Fiscal General de la Nación, al resolver la situación jurídica de SAINIA ESCOBAR Y BERMUDEZ ESCOBAR, lo hizo en forma adecuada y razonada de cara a la realidad procesal, fundamentado en la naturaleza del comportamiento investigado, lo mismo que en la falta de garantías de comparecencia de los procesados al trámite y a la eventual ejecución de la pena privativa de la libertad; así como el entorpecimiento de la actividad probatoria, razones que hacían inexcusable y conveniente la adopción de la medida restrictiva de la libertad.

Destaca que pese a parecer favorable a los intereses del procesado el diagnóstico en torno al tema de la continuación de la actividad delictiva, no sucede lo mismo en cuanto a los otros fines previstos en la norma invocada, y recuerda que el pronóstico debe hacerse frente a todos los fines previstos en la ley.

Concluye que la argumentación de la Fiscalía es armoniosa con la realidad procesal y conserva plena vigencia y validez; por lo que termina solicitando se declare improcedente la postulación del defensor técnico de SAINIA ESCOBAR.

ALEGACION DE LA FISCALIA COMO SUJETO PROCESAL

La Fiscalía General de la Nación afirma que si bien es posible controlar la legalidad de la medida de aseguramiento, por la vía de los fines constitucionales y legales indicados en el artículo 355 de la ley 600 de 2000, lo que el defensor pretende es construir una segunda instancia frente a lo resuelto en la decisión atacada, porque ahora utiliza los mismos argumentos sobre los que la fiscalía ya se pronunció oportuna y motivadamente.

Reitera que frente SAINIA ESCOBAR Y BERMUDEZ ESCOBAR no solo existe prueba legal,

regular y oportunamente allegada que demuestra, tanto la existencia del hecho imputado como su probable responsabilidad, sino que se cumplen los fines previstos en la norma aludida.

Recuerda que constitucionalmente y legalmente no obliga la concurrencia de los tres fines que estructuran la necesidad de la medida de aseguramiento, basta que se imponga proteger uno de ellos para que esté legitimada la pertinencia, legalidad y validez de la medida precautelar.

Admite un pronóstico de comparecencia al proceso y a la ejecución de la pena que eventualmente pudiera imponerse, si se tiene en cuenta el arraigo y la actitud procesal del sindicado. Y, por la naturaleza del delito, estima que no pondría en peligro a la comunidad, pues no hay evidencia que SAINEA integre organización criminal alguna, tampoco tiene medida de aseguramiento distinta de ésta, ni condena por delito doloso o preterintencional.

No obstante, a su juicio, la finalidad referida a la preservación de la prueba que instituye el inciso segundo del artículo 3º del Código de Procedimiento Penal, se cumple en este caso, porque:

“...la investigación adelantada contra los procesados, permite diagnosticar judicialmente que si existen motivos graves y fundados para inferir que el detenido SAINEA ESCOBAR, como el otro procesado, podrían impedir a los investigadores realizar sus pesquisas, o contribuir con los contratistas Freddy Tyrone Hernández Moncada y del Carmen Pubiano Díaz, para evitar que se pueda demostrar fehacientemente el destino real del dinero indebidamente apropiado.

Lo que el petente ha dicho es que tanto el contratista Hernández Moncada como Rubiano Díaz fueron los destinatarios finales de los beneficios que les dejaron los contratos 0175 y 0176 de diciembre 23 de 2002, y que han justificado, cada uno

de ellos, en qué invirtieron sus ganancias.

La Fiscalía considera que esa circunstancia puede arrojar resultados diferentes con una actividad probatoria inmediata en ese sentido, pues justamente, sobre estos aspectos es que la fiscalía pretende, en lo posible, y antes de concluir la fase de investigación, allegar al proceso la verdad de lo ocurrido con esas ilegítimas e ilegales ganancias producto del sobrecosto de los contratos aludidos. Para ello, se intentará con toda intensidad investigativa aducir la prueba necesaria sobre este aspecto con el propósito de aportar nuevos elementos de responsabilidad sobre la apropiación, no precisamente de los terceros, sino regresando al patrimonio de los representantes de la Gobernación, esto es de SAINA ESCOBAR y BERMUDEZ ESCOBAR.

Se infiere lo anterior de las respuestas que han ofrecido en sus testimonios últimamente recibidos, a los contratistas-testigos sobre la inversión que hicieron con esa jugosas ganancias, y que se han mostrado hasta hostiles con los investigadores y fiscales que han tratado de comprobar las supuestas inversiones de esas ilegales utilidades producto de los contratos 0175 y 0176, a quienes les prometieron allegar documentación sobre la inversión realizada, o han manifestado que olvidaron hechos que podrían acreditar sus dichos, pero ni allegaron esos documentos ni aportaron a los investigadores elementos de juicio para corroborar sus afirmaciones. Por eso se ha reparado sobre la verdad de sus declaraciones, pues la ambigüedad hace presagiar una realidad distinta sobre ese específico asunto, que no es lo que dice el defensor de SAINA ESCOBAR, sino una bien diferente, que amerita recabar y demostrar en lo posible, estos hechos.

El interés que les asistiría a los procesados para destruir documentos que pueda acceder la fiscalía, impedir a los investigadores que obtengan la evidencia o, interferir ante los contratistas para evitar que surja la verdad de lo ocurrido es bastante probable, por lo que surge la necesidad de que la medida de aseguramiento de

detención, hoy domiciliaria, se mantenga.”

Finalizando destaca que la defensa planteó la posibilidad de que se supliera la detención preventiva impuesta, por cualquiera de las medidas no privativas de la libertad que trae el 307 de la ley 906 de 2004; frente a esta solicitud considera que si no se reúnen los fines constitucionales para imponer la detención preventiva, simplemente no se puede imponer ninguna medida de aseguramiento; estima además que en virtud del principio de legalidad no procede invocar ninguna medida no privativa de la libertad, si estas no tenían vigencia al momento de ocurrir los hechos.

Termina solicitando a la Sala que no se revoque la detención preventiva que pesa contra EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR y tampoco se conceda su libertad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es competente la Corte para decidir la pretensión de la defensa, pues se trata de una investigación que adelanta la Fiscalía General de la Nación contra dos exgobernadores, por actos relacionados con el ejercicio de sus funciones, con lo cual se cumple la hipótesis prevista en el segundo inciso del numeral 7 del artículo 75 de la ley 600 de 2000 en concordancia con el numeral 10 de la misma norma.

Sea lo primero recordar que la libertad personal considerado como principio fundamental en un Estado Social de derecho, no es un derecho absoluto; el mismo constituyente estableció en el artículo 28 de la Carta los requisitos que permiten su restricción, a saber: a) El mandamiento escrito de autoridad judicial competente, b) Mandamiento expedido con las formalidades legales y 3) Que existan motivos previamente definidos en la ley.

La Corte Constitucional al revisar la exequibilidad de las normas relativas a la privación de la libertad en la sentencia C-774 de 2001, invocó una cita suya del fallo C-397 de 1.997, donde había señalado que así como el derecho a la libertad personal no era absoluto, tampoco podría serlo su limitación, por lo que el legislador al reglamentarla estaba sujeto a “criterios de razonabilidad y proporcionalidad”, porque solo de esa manera se armonizaba el derecho y su restricción.

La trascendencia de este principio fundante fue reconocida en el artículo 3º del código de procedimiento penal (ley 600 de 2000), al traducir a norma rectora el derecho a la libertad personal; y en el inciso segundo de dicha disposición se plasmaron las exigencias para que opere la privación de la libertad, aludiendo a la necesidad de proteger unos fines de orden Constitucional; esos mismos propósitos aparecen plasmados también en el artículo 355 del mismo ordenamiento.

En consideración a las razones que se proponen para demandar la revocatoria de la medida de aseguramiento a través del mecanismo externo de control de legalidad, se ocupará la Sala del estudio del presente asunto, anticipando que ha de declararse la legalidad de la medida de aseguramiento, pues de la revisión de los fines considerados para limitar la libertad en este caso, puede concluirse que uno de esos propósitos se cumple con relación a EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR.

Como es sabido y lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, la procedencia de la detención no se sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que establecen los artículos 356 y 357 del Código de Procedimiento Penal, para decretarla o mantenerla vigente es necesario consultar las funciones, fines u objetivos que la Carta y la ley estipulan para ella.

Como se ha dicho, los fines que persigue la imposición de la medida de aseguramiento están consagrados en los artículos 3º y 355 del Código de Procedimiento Penal y

tienen por objeto preciso una triple alternativa, o bien, para asegurar la comparecencia del sindicado al curso del proceso o a la ejecución de la pena, impidiendo su fuga, ya para proteger la prueba, evitando que el sindicado realice actos dirigidos a ocultar, destruir o deformar medios de convicción o, en fin, para que no vaya a entorpecer la actividad probatoria y, finalmente, para proteger a la comunidad de nuevos delitos, es decir, impidiendo la continuidad de su actividad delictual.¹

Es suficiente que exista la necesidad de hacer efectivo uno de estos fines, para que proceda la imposición de la medida restrictiva de la libertad o para que la ya existente mantenga su vigor, tal como lo señalara la Corte en pretérita oportunidad. ²

En ese orden de ideas, la Corte encuentra que la documentación allegada al proceso, en especial la certificaciones laborales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja y de la Defensoría del Pueblo, Regional Boyacá; los registros civiles de nacimiento de Daniela María y Juliana Andrea Sainea García, Luz Helena Sainea Orjuela y Mariana Sainea Gutiérrez, hijas de Edgar Ignacio, así como, la certificación de la Directora del Gimnasio Moderno donde cursa estudios la niña Mariana Sainea Gutiérrez; su presencia en la actuación, lo mismo que el hecho de hallarse SAINEA ESCOBAR en su residencia de la ciudad de Tunja cuando se hizo efectiva su captura, permiten presagiar que probablemente comparecerá al trámite del proceso y a la ejecución de la condena que hipotéticamente pudiera imponerse.

Tampoco se ve la necesidad de proteger a la comunidad, pues no hay noticia en el expediente en el sentido que SAINEA ESCOBAR haya continuado su actividad delictiva, o haga parte de alguna organización criminal, o tenga condena por delito doloso, o vigente medida de aseguramiento diferente a la que se revisa.

Pero no ocurre lo mismo en relación con el fin de la intangibilidad de la prueba. Veamos porqué:

Por mandato Constitucional contenido en el artículo 250 “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”

La investigación como acto del poder coercitivo del Estado en cabeza de la Fiscalía, apareja la responsabilidad de perseguir la criminalidad, y, para cumplir el deber de investigar los delitos dispone de amplias facultades, por ello puede escudriñar las distintas hipótesis que se muestren razonablemente orientadas a la reconstrucción de la verdad histórica.

La defensa desde su orilla también está facultada para construir su estrategia, pero no puede ser de recibo que pretenda limitar el campo de investigación de la Fiscalía, confinándola exclusivamente a la tesis que considere más adecuada a sus intereses.

Al sostener la defensa que la prueba sobre el tema de la destinación de los recursos recibidos por concepto de los contratos 0175 y 0176 de 2002, ya se practicó en lo posible e incorporó al proceso, o que el producto de los contratos cuestionados es fungible y no se puede rastrear, está limitando en provecho de los intereses que defiende la facultad investigativa de la fiscalía que, se insiste, es amplia y puede abarcar más de una hipótesis.

En el presente asunto la Fiscalía considera que la investigación no se ha agotado en la tesis

según la cual, los dineros obtenidos con los contratos cuestionados, solo aprovecharon a los contratistas Freddy Tyrone Hernández y Julia del Carmen Rubiano Díaz, vislumbra como posible desde el punto de vista de lo razonable, que parte de esos dineros hayan revertido a poder de los procesados, esto lo deduce del comportamiento de los contratistas-testigos frente a la investigación, cuando advierte que probablemente no han dicho la verdad sobre el destino final de aquellas importantes sumas de dinero; o cuando percibe su hostilidad frente a investigadores y fiscales.

De la revisión del expediente la Sala encuentra que aún existen varios interrogantes sin solución, así por ejemplo: ¿Finalmente quienes fueron los intermediarios que suministraron los libros a los contratistas?, ¿Qué actividad cumplieron en la contratación?, ¿qué sumas de dinero recibieron?, ¿de quienes? y ¿de qué manera se las cancelaron?, se desconoce su versión sobre los hechos; como la Fiscalía lo puntualiza, ¿dónde se encuentran los libros de contabilidad, balances, recibos y constancias que respaldan la inversión de las jugosas ganancias percibidas por Freddy Tyrone Hernández y Julia del Carmen Rubiano? y la confrontación de las afirmaciones de los contratistas contenidas en sus testimonios, lo mismo que en relación a la testigo Diana Alejandra Hernández.

La actitud imprecisa que se percibe en los contratistas frente al tema del destino de las sumas de dinero obtenidas, así como las particularidades en las explicaciones de Diana Alejandra Hernández sobre su conducta con relación al cobro de los cheques y supuesta entrega del dinero a Freddy Tyrone, constituyen motivos graves y fundados que permiten pronosticar interés de los procesados, para tratar de impedir que se recaude la evidencia que demostraría la verdad sobre lo ocurrido con esos dineros.

De modo que la necesidad de privar de la libertad a los procesados en este caso, no surge como una determinación inconstitucional y arbitraria, producto de deducciones huérfanas de prueba, según criterio de la defensa, sino como un imperativo frente a la

necesidad de proteger de la manipulación medios de prueba que podrían dar respaldo a una nueva y razonable vertiente de la teoría hasta ahora elaborada.

Corolario de lo anterior, la Fiscalía cuando dictó la medida de aseguramiento contra EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR, contaba con suficientes elementos de convicción como para colegir que se contaba no solo con las exigencias sustanciales de la medida de aseguramiento (artículos 356 y 357 del Código de Procedimiento Penal), sino que tenía motivos graves y fundados para proteger al menos uno de los fines consagrados en el inciso segundo del artículo 3º de la ley 600 de 2000, por lo que se hacía necesario decretar la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad.

En cuanto a la sugerencia del defensor direccionada a que se de aplicación a una de las medidas consagradas en los numerales 1 a 5, 8 y 9 del artículo 307 de la ley 906 de 2004, para garantizar la comparecencia de su representado, basta recordar que esas son medidas de aseguramiento no privativas de la libertad que hacen parte del sistema penal acusatorio, las cuales no tienen aplicación a los casos regulados por la ley 600 de 2000, donde el legislador previó como única medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva, según reza el artículo 356 de el citado ordenamiento.

Con lo expuesto anteriormente, se consideran desvirtuadas las razones en que se fundamentó el control de legalidad y, por consiguiente, se impone avalar la legalidad de la medida de detención preventiva proferida por la Fiscalía General de la Nación en contra de EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

DECLARAR la legalidad de la medida de aseguramiento que, en la forma de detención

preventiva, sin excarcelación, impuso la Fiscalía General de la Nación el 8 de agosto de 2007 contra de EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, por el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo. En consecuencia, no se accede a decretar su libertad como fue solicitado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase a la Fiscalía General de la Nación.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Cita medica

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS
QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1 Auto de segunda instancia 08/09/2004. Radicado 22680

2 Auto única instancia 03/09/2003. Radicado 17089