

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

AEP 00060-2021

Radicación N° 00403

Aprobado mediante Acta No. 31

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021).

1. ASUNTO

Resuelve la Sala la solicitud elevada por los defensores (principal y suplente), del gobernador de Antioquia ANÍBAL GAVIRIA CORREA, de revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva, ejecutada domiciliariamente, que le fue impuesta en la resolución de acusación proferida por la Fiscalía General de la Nación, por la presunta comisión del concurso delictual de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (homogéneo) y peculado por apropiación a favor de terceros (heterogéneo).

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Según la resolución de acusación se investigó la posible incursión en actos de corrupción relacionados con el contrato de infraestructura 2005-CO-20-3351, cuyo objeto fue el “Mejoramiento y pavimentación de la Troncal de La Paz tramo La Cruzada-Caucasia, Sector Nuevo Oriente-Escarralao”, celebrado el 22 de diciembre de 2005 por la Gobernación de Antioquia, con el Consorcio Troncal de La Paz.

En concreto, como gobernador de ese departamento para el período constitucional 2004 a 2007, ANÍBAL GAVIRIA CORREA era el ordenador del gasto y delegó en la Secretaría de Infraestructura Física para la Integración y Desarrollo de Antioquia la celebración del aludido contrato, el cual fue pactado inicialmente en \$41.663.432.778, con dos adiciones de \$3.995.000.000 y \$16.334.778.700, más la ampliación del plazo en veintidós meses.

Se indica que la Gobernación pagó al contratista tres anticipos así:

i) El 22 de diciembre de 2005, \$10.375.000.000, equivalente al 29% del valor inicialmente contratado.

ii) El 21 de diciembre de 2006, \$2.100.000.000, por el incremento del anticipo del contrato principal en el 5,95%.

iii) El 28 de diciembre de 2007 en cuantía de \$6.980.000.000, equivalente al 50% del valor adicionado en el otrosí 2.

La Fiscalía lo llamó a responder en juicio como probable coautor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, ante la celebración del referido contrato, así como por el trámite y celebración del contrato adicional número 1 y del otrosí número 2, concurriendo la conducta punible de peculado por apropiación a favor de terceros por el manejo del anticipo dado al contratista.

Reprochó el ente acusador la falta de vigilancia por parte del aforado al proceso contractual, pues de acuerdo con lo consignado en el pliego de condiciones, para el momento en que se efectuó el pago del primer anticipo, la gobernación no estaba habilitada para hacerlo, ya que la cuenta bancaria destinada a su depósito carecía de la inscripción de la firma de la interventoría.

También puso de presente la precaria y tardía labor de la interventoría, pasando por alto distintas irregularidades que no se compadecían con la debida destinación de los recursos del anticipo.

Advirtió que precisamente el dinero entregado como anticipo sigue teniendo la connotación de público, por eso su destinación debe atender unos gastos e inversiones propios del objeto contractual, estando vedado que se emplee en asuntos distintos o en adquisición de bienes cuya propiedad quede en manos de terceros, incluso del mismo contratista y aquí, en marzo de 2006, cuando la amortización de dicho anticipo se encontraba aún en cero, el Consorcio Troncal de la Paz lo

invirtió en la adquisición de maquinaria cuya titularidad quedó a nombre de integrantes de dicha sociedad, así como para el pago de obligaciones previamente contraídas por la compra de las pólizas de cumplimiento y el pago de impuestos, que en total ascendieron a \$5.220.291,193, gastos que debía asumir el contratista con antelación y con recursos propios.

También reprochó la Fiscalía que para la selección del contratista se demandara la acreditación de capacidad logística y financiera, suficiente para iniciar las obras y asumir estos gastos sin comprometer los recursos públicos, lo que se ve seriamente cuestionado a partir de la inversión antes referida.

De otro lado, reparó en que antes de la celebración del contrato y una vez seleccionado al contratista, sin mediar justificación alguna se cambió el porcentaje del anticipo del 25% al 29%, circunstancia que en parecer del instructor incidió en que algunos de los posibles oferentes optaran por declinar en su presentación.

Y que el 8 de noviembre de 2007 se celebró el contrato adicional N° 1, incrementando el monto inicialmente pactado en \$3.995.000.000, y el otrosí N° 2 de 27 de diciembre del mismo año, por \$16.334.000.000, sin la debida planeación y justificación, tratándose de obras nuevas que no se relacionaban con la original y requerían un proceso independiente, obviando la selección que ello demandaba.

Cuestionó el hecho que ANÍBAL GAVIRIA CORREA hubiere delegado la celebración, vigilancia y control de esta contratación en funcionarios de la administración sin apersonarse de la misma, cuando mantenía el deber de custodiar celosamente el manejo apropiado de los recursos del departamento, pues *“nada hizo por evitar que a través de la secretaría de infraestructura y/o la interventoría, se autorizara el giro de tales recursos para los fines antes señalados, esto es, para la satisfacción de intereses ciertamente privados que no se corresponden con los que deben incumbir al recurso público, como lo previeron los pliegos de condiciones”*.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la compulsación de copias ordenada por la Contraloría Departamental de Antioquia, la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, tras surtir la indagación preliminar, el 5 de noviembre de 2019, abrió investigación penal en contra del gobernador de Antioquia ANÍBAL GAVIRIA CORREA.

Una vez lo vinculó mediante indagatoria, por proveído de 5 de junio de 2020, lo afectó con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como presunto *“determinador de los delitos de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, y heterogéneo con Peculado por apropiación en favor de terceros”*, medida que sustituyó por la detención en el lugar de residencia del sindicado. Esta determinación adquirió firmeza al no ser objeto de impugnación.

El defensor solicitó el control de la medida de aseguramiento al estimar, por una parte, que no era aplicable la Ley 600 de 2000, sino la Ley 906 de 2004 y, por otra, que no se reunían los presupuestos para proferirla, no obstante, esta Sala Especial de Primera Instancia mediante decisión de 15 de julio de 2020 declaró impróspero tal control.

El mismo sujeto procesal acudió entonces a la acción de *habeas corpus* que en principio, el 9 de octubre de 2020, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Para Adolescentes de Medellín negó, pero un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín revocó tal determinación el 16 del mismo mes y año, concediéndole la libertad al procesado por vencimiento de términos en la fase sumarial.

Clausurada la instrucción el 3 de marzo de 2021, la Fiscalía emitió resolución de acusación en disfavor de GAVIRIA CORREA como coautor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, concurriendo el ilícito de peculado por apropiación en favor de terceros. En el mismo proveído le revocó la libertad provisional y ordenó nuevamente la detención preventiva, sustituida por detención domiciliaria.

En firme la calificación sumarial el 25 de marzo de 2021, cuando la Fiscalía Primera Delegada ante esta Corporación declaró desierto el recurso de reposición elevado por la defensa, la fase del juicio correspondió a esta Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

4. SOLICITUD DE REVOCATORIA

La defensa técnica de ANÍBAL GAVIRIA CORREA, solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento reparando en los siguientes tópicos:

4.1. Se consideró procedente y necesaria la detención preventiva, pero la Fiscalía, al tiempo que descartó la posibilidad de evasión al proceso por parte de GAVIRIA CORREA, sostuvo que existía un peligro para la sociedad o la víctima a partir del quantum punitivo de las conductas atribuidas.

4.2. Por el cargo que ocupó y actualmente ocupa el aforado, se argumentó su supuesto desprecio por los principios de la administración y la posibilidad de reiteración en la actividad delictiva ya que sigue delegando los asuntos de contratación, pero no se tuvo en cuenta que precisamente el haber sido y ser actual gobernador, así como haberse desempeñado como alcalde de Medellín, contrario a fundar un pronóstico de reiteración o de riesgo procesal, consolida su compromiso con la población, con la región y con la administración de justicia.

4.3. La detención preventiva se fundó en que la delegación en la contratación por parte del aforado es una estrategia de evasión diseñada para direccionar los procesos contractuales, sin considerar que tal mecanismo de racionalización administrativo es empleado legalmente en distintos niveles estatales, el cual operó en más de ocho mil

contratos suscritos en la gobernación de ANÍBAL GAVIRIA CORREA durante los años 2004 a 2007.

Por demás, no sopesó la Fiscalía el complejo sistema escalonado de control en la contratación existente en la Gobernación ante el elevado número de contratos que le impediría materialmente al acusado estar al tanto de cada incidencia, pues en la acusación solo se planteó en forma genérica la obligación de ejercer la vigilancia en el proceso contractual que es materia de acusación, desconociendo que atribuirle tal carga en un contrato, implicaría hacerlo en todos.

4.4. La Fiscalía sostuvo haber recaudado casi en su totalidad la prueba, pese a lo cual estimó la existencia de un riesgo de obstrucción a la justicia como consecuencia de la ascendencia del procesado en el territorio antioqueño, lo que propiciaría presión en los testigos de este caso, incluyendo indebidamente otros procesos que se sigan contra servidores no aforados.

4.5. No se tuvo en cuenta la ausencia de detrimento patrimonial y el correlativo beneficio comunitario por las obras originadas en este contrato.

4.6. No se valoró prueba favorable a los intereses de GAVIRIA CORREA, y no pudo someterse la decisión del Fiscal a un efectivo control por la inexistencia de un superior funcional jerárquico.

En el contexto de instrumentos internacionales, la privación de la libertad de un ciudadano sometido a un proceso penal debe estar en manos de una autoridad judicial independiente, objetiva e imparcial, condiciones que no son propias de la Fiscalía en nuestro país.

Y si bien en el mismo contexto, los únicos fundamentos atendibles para afectar la garantía de locomoción son el riesgo cierto y objetivo de continuidad en la actuación delictiva, de destrucción de material probatorio o el incumplimiento de las decisiones judiciales, aquí la Fiscalía se basó en sospechas o juicios subjetivos de valor.

4.7. El comportamiento de GAVIRIA CORREA ha sido irreprochable, y los cargos endilgados no ostentan la gravedad que se aduce en la acusación, pues no existió un acto de corrupción, ni se presentaron sobrecostos en la obra. Lo que se discute es el procedimiento de desembolso del anticipo o el mecanismo de contratación de las obras complementarias que, en su totalidad, hoy en día prestan un invaluable beneficio a las poblaciones destinatarias.

4.8. El juicio de peligrosidad fue planteado en forma etérea, sin concretar los presupuestos subjetivos por los que habría lugar a la afectación de la libertad.

4.9. No se comprobó una actitud orientada a encauzar contratos en favor de ningún proponente, ni de asumir actividades concatenadas para lograr el presunto fin ilícito, sino que se limitó a endilgar responsabilidad penal por la

ampliación del objeto de un contrato de pavimentación y mejora de una vía para la construcción de un puente, situación que es insular.

4.10. No existió un estudio sensato por parte de la Fiscalía sobre las medidas no privativas de la libertad.

4.11. Bajo la Ley 906 de 2004 no resulta aplicable la afectación de la garantía de la libertad por más de una vez dentro del proceso, situación que dista de la regulación de la Ley 600 de 2000, en la que se acudió al inciso 2° del numeral 4° del artículo 365 para revocar la libertad provisional concedida, cuando se debió aplicar por favorabilidad la nueva normatividad en la cual es válida la imposición de medida de aseguramiento en una sola oportunidad, de ahí que el procesado debería permanecer en libertad mientras afronta el juicio.

4.12. Ninguna de las conductas achacadas al procesado comporta la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad, pues frente al peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía, cuyo ámbito punitivo va de 6 a 22 años y 6 meses de prisión, ante la concurrencia de la reconocida circunstancia de atenuación punitiva contenida en el artículo 401 del Código Penal, la pena se reduce a la mitad, quedando así entre 3 años, y 11 años y 3 meses de prisión, razón por la cual no se superaría el quantum punitivo que da lugar a la imposición de detención preventiva.

Y respecto del contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con pena de 4 a 12 años de prisión debe estudiarse la posibilidad de imponer medida no privativa de la libertad a la luz del artículo 315 de la Ley 906 de 2004, que en la redacción original (vigente para la fecha de los hechos), preveía dicha consecuencia para los delitos con tal sanción.

Aspecto que fue ya aplicado por esta misma Sala¹, cuando a una conducta delictiva de idéntica naturaleza estimó que no había necesidad de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad.

En consecuencia, solicitó revocar la detención preventiva ya que hay evidencia recolectada con posterioridad a la resolución de la situación jurídica, prueba ajena a la valoración con la que primigeniamente se afectó en la garantía de locomoción a su asistido, lo que da por cumplida la exigencia de evidencia novedosa para lograr la revocatoria reclamada.

Subsidiariamente, solicitó se sustituya le medida por una no privativa de la libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 906 de 2004.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Previo a estudiar la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, la Sala destaca que si bien el

¹ AEP070 de 2020

memorial fue suscrito por los defensores - principal y suplente -, en virtud de lo normado en el artículo 134 de la Ley 600 de 2000 ambos profesionales no pueden actuar de manera simultánea dentro del proceso, por lo cual se asume que la actuación es del defensor principal, dado su carácter prevalente.

5.2. El artículo 363 de la Ley 600 de 2000, estatuto procesal penal que rige en el presente asunto, regula la figura de la revocatoria de la medida de aseguramiento siempre que sobrevengan pruebas que la desvirtúen, la cual puede darse de oficio o a petición de parte, no solo durante la instrucción, como lo reza el precepto, sino también en el juicio, según criterios hermenéuticos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“...la revocatoria de la medida de aseguramiento será viable no sólo en la instrucción cuando sobreviene prueba que enerve sus fundamentos probatorios, sino también en cualquier instante de la actuación en que el funcionario tenga la seguridad que el procesado acudirá al trámite y a la ejecución de la pena, que no cometerá más delitos, y que no atentará contra la inmutabilidad de la prueba, es decir, una vez se hayan superado sus objetivos constituciones y fines rectores”.²

Dicho artículo fue objeto de examen por la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-774 de 2001 declaró su exequibilidad condicionada bajo los siguientes términos:

² CSJ AP, 23 nov. 2016, rad 35691; CSJ AP 22 oct 2003, rad. 21348.

“la detención preventiva puede ser revocada cuando surjan nuevos elementos de juicio que permitan establecer la ausencia o carencia de eficacia para lograr sus objetivos, ya sea porque existe certeza sobre la comparecencia del sindicado al proceso, por la imposibilidad de afectación a la comunidad o al material probatorio, etc. Por lo tanto, la norma es constitucional, pero siempre que la revocatoria de la detención preventiva proceda no sólo cuando exista prueba que desvirtúe los requisitos legales para su operancia, sino igualmente cuando se superen sus objetivos constitucionales y sus fines rectores.

Por lo tanto, se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 363 de la Ley 600 de 2000, en el sentido de que en la apreciación de las causales de revocatoria de la detención preventiva debe tenerse en cuenta también la consideración sobre la subsistencia de su necesidad en atención a los fines que llevaron a decretarla”³.

5.3. Para el análisis que ha de emprender la Sala a fin de determinar si resulta viable o no revocar la detención preventiva, sustituida por domiciliaria, que afecta al gobernador ANÍBAL GAVIRIA CORREA, se rememora que al momento de resolver su situación jurídica la Fiscalía consideró necesaria la imposición de la medida de aseguramiento para evitar la obstrucción de la justicia y proteger a la comunidad, mismos fines que consideró cuando la mantuvo como consecuencia de proferir resolución de acusación al revocar la libertad provisional que le fuera otorgada mediante decisión de 16 de octubre de 2020, cuando un Magistrado del Tribunal Superior del Distrito

³ Precedente desarrollado en CSJ AP 17 ene. 2002, rad.18.911, CSJ AP 16 feb. 2010, rad. 32.792, CSJ AP 23 nov. 2016, rad. 35691, entre otras.

Judicial de Medellín concedió, en segunda instancia, la acción constitucional de *habeas corpus* como consecuencia del vencimiento de términos de que trata el artículo 365 de la Ley 600 de 2000.

En ese sentido, para la Fiscalía, al momento de calificar la instrucción, los fines que motivaron la detención preventiva del procesado, y dado que la libertad provisional obedeció al vencimiento de términos, seguían vigentes y no habían sido desvirtuados ni probatoria ni argumentativamente por la defensa en los alegatos precalificatorios.

El ente investigador también analizó la propuesta de la defensa de no aplicar el inciso 2° del numeral 4° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000 para revocar la libertad concedida, pues debía considerarse por favorabilidad que la Ley 906 de 2004 no recoge tal supuesto, pero se apartó de tal interpretación advirtiendo que en este caso el escenario no era susceptible del estudio de favorabilidad.

Resaltó que, los estatutos procesales de 2000 y de 2004 obedecen a esquemas de enjuiciamiento criminal diferentes pero es viable en ocasiones reconocer la favorabilidad cuando la naturaleza de los institutos procesales involucrados así lo permita, no obstante, aquí no era posible acudir a un estatuto sobre el otro, porque la Ley 906 de 2004 no consagra la figura de la revocatoria de la libertad provisional que sí regula la Ley 600 de 2000. Así mismo, señaló que, de adoptarse la tesis de la defensa, la Ley 600 de 2000 se vería

reemplazada por el nuevo estatuto penal, al menos en todo lo concerniente al régimen de privación de la libertad, lo cual, en su entender no podría ser así, dadas las particularidades de dicha normativa.

Por eso se sostuvo en aplicar el inciso 2, numeral 4° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000 y revocó la medida de libertad provisional, ratificando que además de los requisitos formales y materiales se imponía de cara a los fines constitucionales, la necesidad de la detención preventiva.

En esta oportunidad, con la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento el defensor insiste en su postura al afirmar que como la Ley 906 de 2004 no contempla la posibilidad de imponer nuevamente una medida de aseguramiento, tras haber obtenido el procesado la libertad por vencimiento de términos, debe ser tenida en cuenta esa normativa en este caso en virtud del principio de favorabilidad, y en consecuencia, no aplicar el inciso 2°, numeral 4° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000.

Pues bien, en concordancia con lo expuesto por la Fiscalía, no es este un asunto que pueda solucionarse en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad, pues para ello deben concurrir los siguientes presupuestos: *i)* que se trate de una norma procesal de la cual se deriven efectos sustanciales; *ii)* que la disposición invocada ofrezca ventajas al procesado; *iii)* que no se afecte la estructura del Sistema Penal Acusatorio; *iv)* que los preceptos jurídicos, que se

sucedan en el tiempo o coexisten, regulen la misma materia y prevean el mismo supuesto de hecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que en este caso no existen dos preceptos jurídicos que regulen una misma materia y es ello lo que impide la aplicación del referido principio.

Precisamente la Sala de Casación Penal de la Corporación dilucidó esta temática al resaltar que el instituto de la libertad provisional al estar regulado en uno y otro ordenamiento no permite traslapar la regulación de la Ley 906 sobre la de la Ley 600 de 2000:

Así las cosas, a pesar de que la Sala al estudiar el principio de favorabilidad, ha considerado pacíficamente que la Ley 906 de 2004 puede ser aplicada con efectos retroactivos a situaciones anteriores a su vigencia cobijadas por una legislación que coexiste con ella, esto es, la Ley 600 de 2000, también ha señalado que ello es posible siempre y cuando se trate de preceptos de naturaleza sustancial, en ambas normativas se encuentre regulado igual supuesto de hecho y reporte un beneficio al procesado⁴.

En esa medida, la situación que se ventila en el presente asunto no permite la aplicación por favorabilidad de las normas que en la Ley 906 de 2004 regulan el régimen de libertad —artículo 317— frente a actuaciones adelantadas con fundamento en la Ley 600 de 2000, pues no obstante tratarse del mismo instituto jurídico (libertad), en la primera normativa no se contempla un supuesto de hecho como el que se consagra en el inciso 2º del numeral 4º del

⁴ Nota integrada CSJ, AP 4 de mayo de 2005, rad.23567.

artículo 365 de la Ley 600, valga decir, que “proferida la resolución de acusación, se revocará la libertad provisional, salvo que proceda causal diferente”

Advierte la Sala frente a la situación objeto de análisis, que no hay entonces una norma que en la Ley 906 de 2004 regule un supuesto de hecho como el que se viene de señalar, conforme incluso lo reconoce el impugnante, al manifestar que frente a ello se guarda silencio en dicha ley.

Y ello tiene su explicación porque en la Ley 906 de 2004 la privación de la libertad solo puede decretarla el juez de control de garantías, autoridad distinta a aquella ante quien se presenta la acusación (juez de conocimiento). Lo anterior, por ende, obliga a que si la Fiscalía lo considera necesario, acuda nuevamente ante el juez de garantías a impetrar la privación de la libertad que, por tanto, no puede operar automática en cabeza de un juez que no tiene competencia para esto.

Cosa distinta sucede en el ámbito en el Ley 600 de 2000, cuyo trámite autoriza al Fiscal para proferir la detención preventiva y la acusación, el cual, a su vez, está habilitado para revocar la libertad provisional otorgada por el vencimiento del término para calificar el mérito del sumario, revocatoria que debe ordenarse en tal decisión, salvo que proceda causal liberatoria diferente, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del numeral 4º del artículo 365 de la normativa en cita.

Bajo esa perspectiva no es posible, como lo sugiere el recurrente, tomar de la regulación contenida en la Ley 906 de 2004 el silencio del legislador y a partir de su particular interpretación, asumir que el mismo se debe trasladar a los casos gobernados por

la Ley 600 de 2000, en donde expresamente se encuentra prevista una norma (art. 365-4) que impone que proferida la resolución de acusación se revocará la libertad provisional pues ello constituye crear una lex tertia.

De tal forma, no es factible acudir al principio de favorabilidad a partir de la ausencia de regulación para enfrentar ese vacío con el texto expreso de la ley, puesto que dicho postulado parte del supuesto de la existencia de dos normas que consagran la misma hipótesis siendo una más favorable que la otra.

De allí que se equivoca el recurrente al sostener que la Ley 906 de 2004 consagra en el artículo 317-4, una respuesta jurídica más benigna o favorable frente al supuesto de hecho anteriormente reseñado, toda vez que no prevé que presentado el escrito de acusación, automáticamente se genere la revocatoria de la libertad provisional concedida al procesado por vencimiento de los términos, pues esa es precisamente la nota que los diferencia y por tanto impide su aplicación al presente asunto, por cuanto regulan de modo distinto el instituto jurídico de la libertad provisional⁵.

5.4. En relación con los argumentos expuestos ahora por el defensor en su anhelo de que sea revocada la medida de aseguramiento se debe destacar, en primer lugar, que no corresponde a la verdad la afirmación relacionada con que hay prueba nueva que desvirtúa la imposición de la detención preventiva, porque si bien fue recaudada con posterioridad al momento en que se resolvió la situación jurídica, deviene claro que la misma fue integrada cuando en

⁵ CSJ AP 16 dic 2015 rad. 46822.

sede de calificación sumarial la Fiscalía valoró la necesidad de afectar la libertad de GAVIRIA CORREA.

Se debe recordar que la razón de ser de la revocatoria de la medida de aseguramiento no es hacer un reexamen de lo que obraba al momento de su imposición, como si se tratara de una impugnación, sino que debe exhibirse algún medio demostrativo nuevo e idóneo con suficiencia para derruir los criterios que soportaron la necesidad de la medida, o denotar la ausencia de finalidad constitucional que llevó a imponerla.

El defensor no enarbola alguna prueba sobreviniente que desvirtúe la inferencia razonable propuesta por la Fiscalía al momento de imponer la medida de aseguramiento, ni ofrece nuevos elementos de juicio que excluyan la necesidad de la detención para lograr sus objetivos.

5.5. Tampoco se ajusta a la realidad jurídica la presentación que hace el defensor de que la reducción del quantum punitivo del delito de peculado por apropiación tenga incidencia y elimine los requisitos para proferir detención preventiva.

En efecto, el defensor contabiliza que los rangos punitivos de 6 a 15 años de prisión del citado ilícito ante la circunstancia de agravación punitiva por razón de la cuantía se ubican entre 6 años a 22 años y 6 meses de prisión, y por la circunstancia de atenuación punitiva contenida en el

artículo 401 del Código Penal, la pena se reduce a la mitad, quedando así en 3 años, a 11 años y 3 meses de prisión.

Si bien la Fiscalía en la resolución de acusación señaló que el monto total de los anticipos fue amortizado a lo largo de la ejecución del contrato (antes de que se iniciara la investigación), en caso de reconocerse tal reintegro, la eventual reducción punitiva sólo se reflejaría en caso de llegar a una sentencia de condena, luego de individualizar la sanción a que haya lugar.

Lo anterior, porque se trata de una circunstancia postdelictual que en manera alguna incide en los límites punitivos de cara a los requisitos de imponer medida de aseguramiento.

En efecto, los beneficios previstos en el artículo 401 del Código Penal⁶ según el momento procesal que se da y si el reintegro de lo apropiado es total o parcial tiene aplicación en el proceso de dosificación punitiva consagrado en el artículo 60 del mismo estatuto, que por ser fenómeno postdelictual, al igual que la indemnización en los delitos contra el patrimonio económico o la rebaja por allanamiento, sólo se reporta cuando se define en concreto la sanción a imponer.

⁶ ARTÍCULO 401. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN PUNITIVA. Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena en una cuarta parte.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto de esta especie de delito cuando media reintegro que:

“...si bien es cierto en este proceso se encuentran dos consignaciones por razón del reintegro de lo supuestamente apropiado y por lo que habría de aplicarse una disminución punitiva al momento de concretarse e individualizarse la pena en caso de que hipotéticamente se llegue a ello, por ese sólo hecho no puede entenderse que los extremos punitivos de la infracción por la cual se profirió resolución de acusación se hayan modificado como para concluir en la posibilidad de revocar la detención domiciliaria sustitutiva de la preventiva, única medida de aseguramiento contemplada en la Ley 600 de 2000, que la impone cuando ‘... el delito tenga prevista pena cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años’..

Lo expuesto lleva, entonces, a concluir que la pena mínima para este caso sigue siendo de 6 años, razón por la cual no procede atender la solicitud de la defensa.”⁷

En la misma línea hermenéutica la Corporación señaló:

“Evidentes resultan los yerros del Tribunal al analizar el tema, pues pasó por alto que las reducciones de pena por reintegro en los delitos contra la administración pública no generan la modificación de los extremos legislativos de la pena, sino que por tratarse de una conducta postdelictual se aplican únicamente en la fase de la determinación judicial de la pena, esto es, que verificado el procedimiento de tasación de la sanción, de ella se deduce, en la proporción que corresponda al monto del reintegro y

⁷ CSJ, AP 26 ago. 2009, rad. 25739

al estadio procesal en que se haya realizado, la cantidad que corresponda".⁸

En estas condiciones ese argumento esgrimido por la defensa no resulta apropiado para derruir la medida de aseguramiento impuesta, toda vez que no es correcta la afirmación que el mínimo punitivo del delito de peculado por apropiación resulta aquí inferior a cuatro años de prisión, pues como se ha visto su pena mínima de 6 años hace objetivamente procedente la detención preventiva.

5.6. Por lo anterior, como el ilícito de peculado mantiene la imposición de la medida de aseguramiento, pierde sustento el argumento del defensor que para la aplicación de medidas no privativas de la libertad se basa en el otro delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales para el cual pide la aplicación del original artículo 315 de la Ley 906 de 2004, sin la modificación hecha con la Ley 1142 de 2007 que las preveía para los delitos cuya pena mínima no excediera de 4 años de prisión.

5.7. Y en cuanto al reparo que funda el defensor en que los juicios que dieron lugar a imponer la medida de aseguramiento carecían de prueba o indicios con una base objetiva, devienen impertinentes dado que sería un reexamen a las consideraciones de la Fiscalía.

⁸ CSJ SP, 13 oct. 2004, rad. 22778.

En este ámbito corresponde: *i)* realizar una valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas de manera objetiva; *ii)* analizar si los argumentos que se plantean se fundan en prueba sobreviniente o nuevos elementos de juicio que entren en pugna o cambien el análisis respecto de aquellas que sirvieron de base para imponer la medida; *iii)* establecer si existe evidencia nueva que tenga la capacidad de hacer desaparecer del escenario jurídico los fundamentos que dieron origen a la imposición de la medida de aseguramiento, es decir, que las causas de la restricción de la libertad ya no estén presentes; y *iv)* determinar que la prueba sobreviniente tenga la capacidad de invalidar las razones jurídicas y fácticas que le dieron origen a la afectación a la libertad.

El defensor para la revocatoria de la medida de aseguramiento acude a los mismos argumentos expuestos ante la primigenia privación de la libertad de su prohijado, los cuales han sido ya analizados y resueltos tanto por la Fiscalía, como por esta Sala de Primera Instancia cuando resolvió negativamente el control de legalidad de la medida de aseguramiento.

Al respecto, vale la pena destacar el criterio hermenéutico fijado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,⁹ en relación con el principio de preclusividad en el sentido que la determinación legal de los actos que conforman el debido proceso tiene carácter vinculante no sólo para los funcionarios judiciales, sino para

⁹ Cfr. CSJ SP, 21 feb. 2018, rad 50472; CSJ SP 30 may. 2012, Rad. 38243; CSJ SP 5 ago. 2014, Rad. 42495, entre otras.

los sujetos procesales, lo cual responde al carácter teleológico que lo informa de cara a un desarrollo ordenado y armónico en cada una de sus fases.

“...el proceso ha sido concebido como una estructura guiada por el principio antecedente-consecuente, el cual implica que existe una sucesión escalonada y consecutiva de actos, con carácter preclusivo, que han de ser respetados y que no pueden revivirse por el capricho de la parte que lo invoca”¹⁰.

En este sentido, no le es dable a la judicatura volver, una vez más, sobre los reproches por los cuales considera la defensa que no hay lugar a la imposición de la medida de aseguramiento, sin que se presente prueba o elementos sobrevinientes que permitan arribar a tal conclusión.

Recuérdese que en el control de legalidad a la medida de aseguramiento, la defensa de ANÍBAL GAVIRIA CORREA propuso la inexistencia de los fines que dan lugar a la afectación en la libertad, lo que aquí también hizo, acudiendo una vez más al argumento de la legitimidad en el ejercicio de los sistemas de delegación en materia contractual, la inexistencia de evidencia sobre la potencialidad en afectar el curso procesal, el decidido interés del procesado a comparecer al diligenciamiento y el examen sobre la viabilidad de imponer medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, tópicos ya analizados y dilucidados.

¹⁰ SPI CSJ, AEP 00060-2018. Reiterado en muchos otros, entre ellos, en el AP2575-2020.

En torno a la no aplicación de la Ley 906 de 2004 como estatuto procesal a regir en la presente causa o en lo que tiene que ver con aquellos argumentos que se plantean para afirmar la improcedencia de la detención preventiva por no cumplir con los fines constitucionales que le son propios, la Sala reitera que tales cuestiones fueron abordadas en el control de legalidad de la medida de aseguramiento, sin que pueda constituirse esta etapa en una sede más para revivir iguales discusiones o subsanar aquellos argumentos que, referidos al mismo tema, no fueron planteados o estructurados tal y como se presentan hoy en la solicitud de revocatoria de la detención preventiva.

En ese mismo ámbito de preclusividad en las etapas procesales y de evolución en la exigencia probatoria, destinada a obtener mayor calidad y claridad en los presupuestos para avanzar en el proceso, entre la resolución de situación jurídica y la calificación del mérito sumarial, surgió evidencia que fue estudiada para acusar a ANÍBAL GAVIRIA CORREA, misma que también soportó la revocatoria de la libertad provisional a él concedida, y que no puede ser calificada como prueba nueva, como lo hace la defensa en su petición.

Es cierto, y ello ya ha sido decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación de esta Corporación, que es posible aplicar, en virtud del principio de favorabilidad, figuras reguladas en la Ley 906 de 2004, que resultan más favorables al procesado, y que no se

encuentran consagradas en la Ley 600 de 2000, como es el caso de las medidas no privativas de la libertad.

Ahora bien, la razón para acudir en concreto a este tipo de medidas en procesos regidos bajo la ritualidad del estatuto procesal penal del 2000 está íntimamente ligada al juicio de proporcionalidad y de gradualidad que debe llevarse a cabo al momento de valorar si se cumplen todos los presupuestos para imponer una medida de aseguramiento que limita derechos fundamentales, como la libertad.

La Ley 600 de 2000 no consagra dentro de las medidas cautelares unas no limitativas de la libertad. No obstante, ello no es óbice para que, en caso de llegar a la conclusión de que la detención preventiva no resulta proporcional o no supere el juicio de necesidad para cumplir con los fines constitucionales que les son propios, se valoren aquellas menos lesivas y restrictivas de la libertad, suficientes para cumplir con su propósito. De ser este el caso, es la Ley 906 de 2004 el referente a tener en cuenta.

A este respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar que ante la inexistencia de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad en la Ley 600 de 2000, en aplicación al principio de favorabilidad, resulta bienvenida la regulación de la Ley 906 de 2004¹¹.

¹¹ Rad. 27539. 4 de marzo de 2009; Rad 29726. 10 de octubre de 2012, entre otras.

*“Es criterio consolidado de la Sala que, como concreción del principio de favorabilidad, es dable aplicar retroactivamente normas procesales de efectos sustanciales contenidas en la Ley 906 de 2004 a procesos adelantados por la Ley 600 de 2000¹². Ello, condicionado a que, además de la sucesión de leyes en el tiempo y el tránsito o coexistencia de las mismas, se cumplan los siguientes criterios: i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones; ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales y iii) que con la aplicación beneficiosa de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable”.*¹³

Pero aquí no puede perderse de vista que el ejercicio de valoración sobre la detención preventiva y su necesidad para el cumplimiento de los fines constitucionales ya fue realizado con suficiencia por la Fiscalía, que incluso la sustituyó por una menos gravosa, cual es la detención domiciliaria.

Además, esta Sala, al asumir el conocimiento sobre la solicitud del control de legalidad de la medida de aseguramiento impuesta el 5 de junio de 2020, también abordó el reproche formulado por la defensa según el cual el ente acusador no valoró la posibilidad de aplicar una medida no privativa de la libertad, conforme lo prevé el artículo 307.B de la Ley 906 de 2004 y, tras hacer el análisis correspondiente, llegó a la siguiente conclusión:

Es preciso reiterar, por último, que en criterio de esta Corporación la medida de aseguramiento de detención preventiva

¹² CSJ AP 4 may. 2005, rad. 23.567.

¹³ CSJ AP 24 jul. 2017, rad 49734

impuesta por la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte, en contra del Gobernador de Antioquia ANÍBAL GAVIRIA CORREA reúne los requisitos de proporcionalidad, pues se ofrece idónea para lograr la finalidad protectora de la actividad probatoria y evitar la realización de nuevos comportamientos delictivos por parte del procesado; es absolutamente necesaria, ante la ausencia de otras medidas menos restrictivas de derechos fundamentales, que permitan alcanzar los fines constitucional y legalmente establecidos y; es proporcional en sentido estricto, pues ante el hecho de ostentar en la actualidad el mismo cargo en cuyo desempeño, al parecer, sirvió de excusa para llevar a cabo las conductas por cuya realización es investigado, se ofrece urgente la necesidad de salvaguardar los intereses constitucionales mencionados.

En definitiva, tanto allá como ahora la Sala considera que la medida de aseguramiento impuesta a ANÍBAL GAVIRIA CORREA no solo cumple con los fines constitucionales que le son propios, sino también que reúne los requisitos de proporcionalidad, lo cual no se ha logrado desvirtuar a través de los argumentos propuestos por la defensa, como los ya señalados, o aquellos, por ejemplo, que tienen que ver con reproches sobre su fundamentación.

En particular, se pone de relieve la discusión propuesta en torno al riesgo procesal de obstrucción a la justicia afincado no solo respecto del proceso en el que efectivamente procede la privación de la libertad, sino en posibles actuaciones en contra de terceros; tópico respecto del cual, se reconoce que le asiste razón al defensor, pero también se advierte que dicho argumento no es el único en el que se fundó la restricción de la libertad, pues recuérdese que

también se propuso la posibilidad del riesgo para la comunidad y para las víctimas.

5.8. No resulta viable la revocatoria de la medida de aseguramiento que pesa en contra de ANÍBAL GAVIRIA CORREA que pide el defensor con base en una decisión adoptada por esta Sala en el radicado 48901, relacionado con el gobernador de otro departamento, pues las premisas fácticas, jurídicas, probatorias y la valoración que de ellas se deriva es independiente, y no se pueden igualar las consecuencias procesales en la naturaleza de los cargos atribuidos.

Y es que, es cierto que esta Sala accedió a la petición de revocatoria de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad dentro del proceso No 48901 con fundamento en que, para la época en que se desarrollaron los hechos, se encontraba vigente la Ley 600 de 2000, la cual solo contemplaba como medida de aseguramiento la detención preventiva (art. 356) mas no medidas no privativas de la libertad. Así pues, siguiendo la regla establecida por la Sala de Casación Penal (CSJ AP-2005, 20 oct. 2005, rad. 24.152, reiterada en providencia CSJ AP3016-2018, 18 jul. 2018, rad. 52795), se concluyó que, por favorabilidad, no se debió haber impuesto las medidas consagradas en el posterior ordenamiento procesal (Ley 906 de 2004) y, en consecuencia, se revocó la medida de aseguramiento no privativa de la libertad que cobijaba al procesado.

Sin embargo, resulta claro que el supuesto antes descrito no es análogo al que aquí se analiza, debido a que sobre el señor GAVIRIA CORREA pesa una medida privativa de la libertad consistente en detención domiciliaria, tras haber aplicado la fiscalía lo dispuesto en el artículo 365.4, inciso 2, de la Ley 600 de 2000. Además, por cuanto lo que pretende el aforado es que no se le aplique un estatuto procesal que, a diferencia del supuesto anterior, sí se encontraba vigente para la fecha de los hechos objeto de juzgamiento.

Así las cosas, en tanto la defensa no ha presentado elementos fácticos o jurídicos sobrevinientes que invaliden la inferencia razonable sobre la imposición de la medida de aseguramiento, sino más bien reiteración de argumentos ya expuestos o simples razonamientos nuevos, no es dable reabrir dicho estadio bajo consideraciones similares.

Conforme a las anteriores consideraciones, esta Sala no encuentra procedente la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento solicitada, al no existir prueba sobreviniente que permita inferir, de manera razonable, que han desaparecido los presupuestos fácticos o jurídicos tomados en consideración para imponer la detención preventiva, ejecutada domiciliarmente al procesado ANÍBAL GAVIRIA CORREA.

Tampoco se accede a la petición elevada de manera subsidiaria de sustituir la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero.- Negar la revocatoria de la medida de aseguramiento que actualmente pesa en contra del procesado ANÍBAL GAVIRIA CORREA.

Segundo.- Negar la sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad.

Tercero.- Precisar que, contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación.

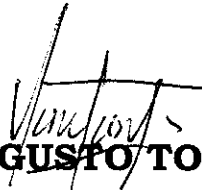
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



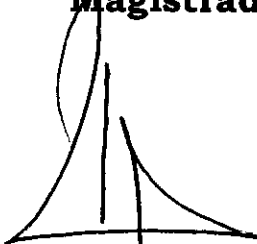
BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado



RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario