

ÚNICA INSTANCIA 52.196

Musa Besaile Fayad

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2001-2018

Radicación n.º 52196

Acta 157

(Fecha de aprobación: 17 de mayo de 2018)

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se declara abierta la audiencia preparatoria y allegadas oportunamente las pretensiones de la defensa relacionadas con nulidad y pruebas por practicar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 401 de la Ley 600 de 2000 que rige esta actuación, en virtud del silencio de los demás sujetos procesales, resuelve la Sala en el siguiente orden: 1) la nulidad por la que aboga la defensa del acusado Musa Besaile Fayad; 2) las pruebas pretendidas por el mismo sujeto procesal, y 3) los medios de convicción a decretar de oficio.

1) SOLICITUD DE NULIDAD:

La defensa solicitó que se declare: (i) la nulidad de todo lo actuado –falta de competencia-; subsidiariamente, (ii) nulidad desde que se profirió el auto mediante el cual se declaró el

cierre de la investigación -violación al debido proceso y derecho de defensa-; y se decreten y practiquen las pruebas que solicita.

(i) Sobre el primer motivo, adujo que existe falta de competencia del funcionario judicial, consagrada en el artículo 306, numeral 1, de la Ley 600 de 2000 por lo que la nulidad debe abarcar desde el inicio de la investigación previa por incompetencia sobreviniente de la Sala en razón a la promulgación del Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018, mediante el cual se modificaron los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política de 1991 y se implementó el derecho a la segunda instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria.

El artículo primero del referido prescribe que corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala de Primera instancia de la misma a los miembros del Congreso por los delitos cometidos.

Para la defensa, las antiguas Salas de Instrucción han dejado de ser competentes para investigar y acusar a los miembros del Congreso, puesto que ahora corresponde hacerlo a la Sala Especial de Instrucción ya mencionada. En esa medida, desde enero de 2018 sobrevino una incompetencia sobre la Sala de Instrucción No. 2, la cual se debe predicar de todas las actuaciones de esta Sala, pues el principio de favorabilidad así lo indica.

De cara a los principios que rigen las nulidades considera que:

(a) La finalidad de las reglas de competencia es proteger la garantía del juez natural -y de la doble instancia-. En este caso no se está frente a un acto procesal específico, sino ante el ejercicio de competencias que no son propias, lo que por sí solo descarta la instrumentalidad, pues las reglas de competencia son taxativas y no pueden ser aplicadas de forma distinta a lo contemplado en la Ley. (b) Se trata de procurar la garantía de un mejor trato a los sujetos pasivos de la acción penal y evitar distinciones que puedan afectar el derecho a la igualdad. El cambio de competencia al interior de la Corte Suprema de

Justicia no obedece a una mera reingeniería procesal, sino que es la materialización de dos principios fundamentales del proceso penal: la diferenciación entre quien acusa y juzga, y, el derecho a la doble instancia; los cuales hacen parte del núcleo fundamental del debido proceso. La trascendencia de la irregularidad se deriva del hecho que se está ante una nueva forma procesal con claros efectos sustanciales a la cual es aplicable el principio de favorabilidad. Por ello, se debe iniciar un nuevo proceso donde asuman competencia los cuerpos judiciales creados por el acto legislativo, respetando las reglas de la jurisdicción y competencia. (c) Las normas relativas a estas últimas son de orden público, por lo cual el único remedio es decretar la nulidad de lo actuado y remitir las actuaciones al juez competente. (d) Se ha dado un hecho sobreviniente que le «quitó» la competencia al actual funcionario, de acuerdo con la norma procesal mencionada.

(ii) En relación con la nulidad subsidiaria, conforme al artículo 306 de la Ley 600 de 2000 - violación del debido proceso- considera que se debe decretar la nulidad a partir del auto del 13 de diciembre de 2017, que decretó el cierre de la investigación y ordenó la calificación del expediente, por vulneración al derecho de defensa, al no permitirse, previo al cierre, la práctica de dos pruebas ordenadas que pudieron haber determinado un posible allanamiento de parte del acusado, de conformidad al desenlace de dichos medios probatorios.

Advierte que omitir injustificadamente las declaraciones de los señores Leonardo Luis Pinilla Gómez y José Miguel Ramírez Gómez, vulnera el debido proceso del Senador Besaile Fayad, en su dimensión del derecho de defensa, pues ambas pruebas darían cuenta de la configuración del peculado, lo que determinaría, en cabeza del acusado la decisión de allanarse o no a los cargos.

Frente al primer testimonio aduce que a pesar de haber sido suspendido, a petición del mismo Pinilla Gómez por cuanto se encontraba pendiente un acuerdo con la Fiscalía General de la Nación, en el expediente nunca se fijó nueva fecha. Respecto de la declaración de Ramírez Gómez, no obstante ser decretada no fue practicada, existiendo los

datos de su ubicación suministrados por Policía Judicial.

Argumenta que vulnera el debido proceso puesto que con ello se privó al procesado de la posibilidad de allanarse a cargos antes del cierre con conocimiento pleno de las pruebas al no perfeccionarse todas ellas. Ello por cuanto implica una diferencia sustancial en la reducción de pena al que se haría acreedor Musa Besaile Fayad, determinante para el debido ejercicio de su defensa técnica.

En cuanto a los principios que rigen las nulidades considera que:

(a) La finalidad del auto del cierre de investigación es que el despacho proceda a calificar el expediente cuando se haya recaudado la prueba necesaria o se haya vencido el término de instrucción. En el caso en concreto ninguna de las situaciones se había dado «resultando por fuera dos pruebas» relacionadas directamente con hechos trascendentes para la respectiva calificación; y al haberse dado apertura la investigación el 25 de septiembre de 2017, es claro que el término contemplado en el artículo 329 de la Ley 600 de 2000 no se había cumplido.

Sostiene la defensa que la rebaja de pena prevista en el artículo 40 de la Ley procesal procede cuando el procesado se someta a sentencia anticipada antes de la ejecutoria del cierre de investigación. Con base en ello, argumenta que el mismo debe conocer toda la prueba para tomar la decisión de allanarse.

(b) Al acusado no solo se le cercenó el derecho a presentar pruebas de descargo, sino que se le privó de tomar una decisión informada de cara a un posible sometimiento a sentencia anticipada.

(c) Las pruebas solicitadas y decretadas son relevantes para la defensa y su teoría del caso, dado que la declaración de Pinilla Gómez tiene que ver con un episodio fundamental a la hora de descubrir uno de los hechos denominados como «el Cartel de la Toga»:

conversación grabada con Alejandro Lyons Muskus; por su parte, el testimonio de José Miguel Ramírez Gómez revelaría información que desacreditaría por completo la versión de Lyons Muskus, en tanto reconoce haberle prestado al acusado la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000,00) «para un tema personal», lo que descarta que el origen del dinero entregado a Luis Gustavo Moreno Rivera proviniera de la corrupción en el departamento de Córdoba.

Por ello, asegura, se cercenó el derecho de contradicción del procesado y se privó de la oportunidad de conocer los alcances de estas declaraciones, respecto de las cuales pudo haber tomado decisiones trascendentales de cara a la continuidad del proceso.

(d) La defensa no propició el cierre de investigación; mucho menos cuando faltaba la práctica de dos pruebas fundamentales para el esclarecimiento de los hechos y la corroboración de los dichos de los implicados.

(e) La defensa no ha convalidado la nulidad pues interpuso, en su momento, recurso de reposición en contra del cierre de investigación. Y el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 es la oportunidad apropiada para solicitar la nulidad que se pretende.

1.1.) LA SALA RESPONDE:

En relación con las nulidades como remedio extremo para corregir los vicios de estructura o de garantía en los cuales se incurra durante el desarrollo del proceso, tiene sentado la jurisprudencia que:

[...] Sólo son alegables las expresamente previstas en la ley (principio de taxatividad); no puede invocarlas el sujeto que con su conducta procesal haya dado lugar a la configuración del motivo enervante, excepto el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aún cuando se presente el vicio, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, a condición de que sus garantías fundamentales estén a

salvo (principio de convalidación); quien invoque la nulidad está obligado a acreditar que con la irregularidad se afectan garantías constitucionales de los sujetos procesales o se desconocen las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (principio de trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el error que se advierte (principio de residualidad).

[...] también se ha sostenido por la Sala que la afectación al debido proceso conlleva la invalidación de la actuación, siempre y cuando emerja la demostración irrefutable de que la irregularidad sustancial menoscaba la estructura formal y conceptual del esquema procesal en una cualquiera de sus fases, motivo por el cual quien la alegue debe identificar el acto irregular; determinar cómo afecta la integridad de la actuación o conculca las garantías procesales; por qué el daño es irreparable y, finalmente, indicar el momento a partir del cual se debe reponer la actuación.

Lo anterior en virtud del principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, según la cual no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que se hace indispensable demostrar como inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales, esto es, que el actor evidencie un perjuicio con el error in procedendo denunciado, pues de lo contrario la Corte, por razón del principio de limitación, no puede entrar a complementar al censor. (CSJ AP378, 13 feb. 2018, rad. 27919).

La Sala no accederá a las nulidades planteadas por lo siguiente:

Es cierto, que conforme lo afirma la defensa, el Acto Legislativo No. 01 del 18 de enero de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Carta Política y estableció, en el interior de la Corte Suprema de Justicia y con funciones limitadas, Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, encargándole a la Sala de Casación Penal la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones de la Sala Especial de

Juzgamiento de primera instancia.

No obstante la promulgación del Acto Legislativo, también es cierto que no por ello se puede advertir que las actuales Salas de Instrucción y la competencia de la Sala de Casación Penal haya decaído. Así se ha señalado en diversos pronunciamientos:

El Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Nacional y creó, al interior de la Corte Suprema de Justicia y con funciones limitadas, Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, encargándole a la Sala de Casación Penal la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones de la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia.

Aunque se trata de un acto legislativo expedido por el Congreso de la República y promulgado en debida forma, de lo que se deduce su validez, ante la ausencia de una regla de transición en esa reforma Constitucional, no es posible aseverar que por su sola entrada en vigencia se haya presentado el decaimiento automático de las competencias que ha venido ejerciendo la Sala de Casación Penal y de las cuales la sustrae el Acto Legislativo, dígase investigar, acusar y juzgar en única instancia a los funcionarios a los que la [Constitución Política](#) otorgó ese privilegio.

Ello por cuanto los órganos a los cuales se traslada la competencia para instruir y juzgar en primera instancia a los aforados constitucionales no son preexistentes al mencionado Acto Legislativo (en cuyo caso, a falta de norma de transición, las Salas Especiales habrían absorbido de inmediato esas funciones desde su promulgación), sino que éste los crea y por ende, no resulta viable pretender en esos casos la parálisis de la función de administrar justicia, mientras los respectivos poderes públicos implementan esos nuevos organismos, con los trámites constitucionales y legales que ello conlleva.

En este orden de ideas, es indudable que la Sala de Casación Penal conserva las competencias que ha venido cumpliendo, hasta tanto entren en funcionamiento las Salas

Especiales, momento en el cual pasarán a los nuevos dignatarios, una vez se posesionen de sus cargos ante el Presidente de la República. (CSJ SP 364-2018, 21 feb. 2018; CSJ SP436-2018, 28 feb. 2018).

El acto Legislativo No. 1 de 2018 que reformó la Constitución Política no previó disposiciones transitorias relacionadas con su implementación en virtud de la cual se establezca la logística para poner en marcha la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia. No obstante, a pesar de que tal funcionamiento operativo es imprescindible para garantizar la plena eficacia de la administración de justicia como fin y deber del Estado y que la persona contra quien se procede penalmente tiene derecho a que la actuación se adelante en forma pronta y oportuna. Por ello, la Sala Penal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede continuar adelantando las actuaciones que estén en curso, tal como aconteció dentro de las diligencias «CSJ AP 378-2018, 13 feb. 2018, rad. 27919», actuación en similares circunstancias a esta.

Lo anterior por cuanto los procesos que adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en única instancia y que se encuentran en etapa preliminar, instructiva y de juzgamiento-en los que no ha finalizado la audiencia pública-, pueden proseguirse con la actuación que corresponda a fin de respetar el debido proceso como derecho fundamental, en tanto, no hacerlo, implicaría paralizar la justicia, máxime cuando, según lo prevé el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 «[l]os jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia».

De ahí que la competencia a la que alude la defensa (i) es propia de las Salas de Instrucción y Juzgamiento que operan en la actualidad, en cabeza de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; (ii) no se afecta la igualdad ante la ley, dado que se mantiene el esquema de competencia en esta Corporación; (iii) con la acusación realizada por la Sala de Instrucción No. 2 y el juzgamiento que compete a esta Sala se garantiza la diferencia entre

quien acusa y juzga; (iv) el Acto Legislativo no ha desplazado la competencia a las Salas actuales de Instrucción y Juzgamiento, las que pueden seguir conociendo de los casos respectivos.

De aceptar la tesis de la defensa, habría parálisis de la función de administrar justicia al no estar integradas las nuevas Salas Especiales creadas mediante el Acto Legislativo mencionado, lo cual no puede ser óbice para denegar justicia, según el artículo 48 de la Ley 153 ya citada; máxime cuando en la actualidad el Reglamento de la Corporación garantiza la separación las funciones de instrucción y juzgamiento penal. De otro lado, sería ilógico declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto que abrió investigación previa, el cual se profirió antes de la entrada en vigencia de aquél.

En cuanto a la solicitud de nulidad subsidiaria, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si la Sala de Instrucción vulneró los principios al debido proceso, derecho a la defensa e investigación integral, cuando cerró la investigación antes de vencer el término señalado en la ley y dejó de practicar en la etapa de instrucción algunas de las pruebas decretadas, que en criterio de la defensa, podrían ser favorables al procesado, al punto que habrían generado la posibilidad de considerar la aceptación de cargos.

Para la Sala, la nulidad planteada por la defensa no constituye irregularidad alguna que afecte garantías fundamentales pues conforme el artículo 393 de la Ley 600 de 2000 aplicable al caso, el cierre de la instrucción procede cuando haya transcurrido el término máximo establecido en la ley para dicha etapa del proceso o se cuente con la “prueba necesaria” para calificar -como admite el defensor- valoración asignada por la ley de forma exclusiva y excluyente al instructor.

No hay anomalía en la actuación de la Sala de Instrucción que afecte garantías fundamentales al cerrar la investigación y dejó sin practicar algunas pruebas de las mencionadas por la defensa previamente ordenadas.

La norma no exige más condicionamiento que la libre convicción razonable del instructor, sustentada en la evaluación del material probatorio existente, la cual no está supeditada al recaudo de todas las pruebas requeridas. Este criterio se encuentra decantado por la Sala de Casación Penal contenido en CSJ SP, 6 m3.6ar. 2008, rad. 23754, citada en CSJ AP 160-2014, 22 ene. 2014, rad. 40014:

El acto de calificación competía adoptarlo al Fiscal, de tal manera que a éste, y sólo a él, la ley asignó la función de sopesar en qué momento de la instrucción existe 'la prueba necesaria para calificar', esto es, para acusar o precluir [...]

De tal manera que si la potestad de valorar en qué momento obra la prueba suficiente para calificar la ley la delegó en el Fiscal, surge obvio que el acto de clausura, adoptado como consecuencia de esa razón, no puede ser tachado de ilegal, de lesivo al derecho de defensa o las formas propias de un proceso como es debido, en la hipótesis de la supuesta ausencia de una prueba, pues la apreciación sobre la existencia de suficientes elementos para calificar es tarea exclusiva y excluyente del Fiscal.

Resáltese que el legislador confirió al Fiscal esa facultad para que determinara la prueba apenas 'necesaria'. No la totalidad, no la plena, sino la precisa, la esencial, la útil, la estrictamente indispensable con el fin de cumplir las exigencias del acto calificadorio.

La disposición legal tiene sentido, en la medida que la práctica de pruebas debe darse en su escenario natural, el juicio, delante de un juez imparcial" (negrilla fuera de texto).

Lo anterior implica que el cierre puede ser decretado, incluso, sin existir un pronunciamiento relativo a todas las pruebas solicitadas por la defensa (y ni siquiera de todos los elementos de convicción decretados), tan solo con las consideradas por el fiscal como indispensables para los fines de la etapa procesal, siempre que en el juicio se atiendan los intereses probatorios que los sujetos procesales reclaman expresamente como necesarios y útiles para la justicia material con su incorporación.

En consecuencia, si bien es cierto no es lo mismo practicar pruebas en el juicio, previo a decidir, que en la etapa de investigación, antes de calificar, a fin de evitar la acusación como lo mencionara la defensa, en modo alguno ello indica que el Fiscal esté compelido a practicar todas las pruebas que dentro de esta etapa surjan, según lo señaló la CSJ AC, de 22 de abril de 2003, Rad. 18029:

Conforme lo reconoce el impugnante, el cierre de la instrucción procede cuando se cuente con la prueba necesaria para calificar el mérito probatorio del sumario, o cuando haya transcurrido el término máximo establecido en la ley para dicha etapa del proceso.

Esto significa que no se trata de una decisión condicionada a haberse practicado por el funcionario de instrucción todas las pruebas ordenadas o que hubieren surgido de ellas; mucho menos todas aquellas cuyo recaudo fuere posible; tan sólo a que se hubiere recaudado la prueba suficiente para impartir la calificación del mérito sumarial¹.

Es tal la preeminencia del funcionario instructor para valorar en qué momento obra prueba suficiente para ordenar el cierre, que dicha providencia es de sustanciación y solo permite el recurso de reposición², el cual, como es sabido, se surte ante él mismo.

Por lo tanto, la Sala de Instrucción con el plexo probatorio recaudado, en su momento, consideró razonable, lógico y conveniente el cierre de la investigación al encontrar la prueba necesaria para calificar el sumario.

En relación con el reclamo de la defensa por no haberse practicado pruebas que podrían beneficiar al procesado respecto del cargo de peculado, que a la postre le generó la medida de aseguramiento de detención preventiva, se tiene que el mismo es un argumento hipotético sustentado en una afirmación condicional en el sentido de advertir que de haberse practicado los testimonios de Leonardo Luis Pinilla Gómez y José Miguel Ramírez Gómez tal vez el acusado se habría acogido a sentencia anticipada, lo cual significa que, de acuerdo con esas pruebas, también ha podido ocurrir que no se allanara a los cargos. De

aceptar ese argumento, la actuación y el debido proceso se supeditarían al capricho de los sujetos procesales, quienes pueden evaluar la alternativa mencionada en la etapa procesal que corresponda de acuerdo al interés particular del caso.

En suma, por los anteriores aspectos no se avista irregularidad que merezca la nulidad de la actuación en los términos planteados.

2) PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEFENSA:

Al considerar que se cumplen con los requisitos establecidos en la legislación procesal y en la jurisprudencia solicita se decreten las siguientes pruebas:

2.1.- El abogado del procesado, solicitó los testimonios que a continuación se enuncian:

(i) «Interrogatorio del Senador Musa Abraham Besaile Fayad», que si bien opera por mandato legal conforme el artículo 403 de la Ley 600 de 2000, solicita se permita a la defensa interrogar al citado en la oportunidad señalada y, una vez termine la práctica probatoria respecto de cualquier hecho sobreviniente que llegara a surgir en el desarrollo del juicio, a efectos de que él dé a conocer su versión respecto de todos los elementos de prueba que obren en el proceso. Si el interrogatorio se limita solo al inicio de juicio se dejaría al Senador Besaile Fayad sin la posibilidad de dar su versión sobre hechos que puedan llegar al proceso en el curso de la práctica probatoria del juicio. Por ello, no debe confundirse el interrogatorio con la posibilidad que tiene el Senador Musa Besaile Fayad de realizar directamente, a través de un vocero, alegatos de conclusión pues estos son un ejercicio argumentativo donde la defensa tiene la posibilidad de analizar y valorar las pruebas a efectos de sustentar la petición al Juez, mientras el interrogatorio «es una prueba como tal» pues es un «testimonio del acusado».

(ii) Ampliación de declaración de Alejandro José Lyons Muskus, dado que es el principal testigo, conforme a la acusación, en contra del procesado en relación con el cargo de

peculado, para que la Sala tenga la oportunidad de escuchar con plena inmediatez su declaración, dado que existen aspectos sobre los cuales debe interrogarse para probar su teoría del caso, en especial, con eventos de la corrupción en Córdoba y sobre las manifestaciones que hizo en enero de 2018 ante la Contraloría General de la República, difundidas por los medios de comunicación.

(iii) Declaración de José Miguel Ramírez Gómez, por cuanto es el principal testigo de descargo de cara al delito de peculado en atención a que el origen del dinero entregado a Luis Gustavo Moreno proviene de un préstamo que hizo en su momento Ramírez Gómez al acusado, sin que aquél supiera el destino del mismo.

(iv) Se traslade la declaración rendida por Guillermo José Pérez Ardila dentro del radicado 1100160001022017414, persona señalada como el cerebro detrás del denominado «cartel de la hemofilia», la cual fue descubierta por la Fiscalía en audiencia de solicitud de medida de aseguramiento en el radicado 111600010221000275 y en la que «destapó» la «forma en que funcionaba la corrupción en Córdoba» en el sector de la salud, sin mencionar a Besaile Fayad no obstante que en la acusación se tiene que fue la declaración de Lyons Muskus el fundamento para el cargo de peculado dado que este manifestó que el dinero entregado por el Senador provenía de sus acuerdos para el desfalco del departamento.

(v) Testimonio de Guillermo José Pérez Ardila, dado que en la calidad anterior, «según lo que han filtrado los medios de comunicación», el referido ha destapado de forma clara el funcionamiento de la corrupción en el departamento de Córdoba en el sector de la salud, razón por la cual aclarará los hechos objeto de juzgamiento. La declaración trasladada puede resultar insuficiente para efectos del proceso en la medida en que el objeto de aquella no fue la responsabilidad del senador por lo cual es necesario llevar a cabo una declaración complementaria ante la Corte.

(vi) Declaraciones de Daniel Enrique Montero Montes, Carlos Enrique Ángulo Salom,

Reomedre Raúl Carrascal Romero, Plinio Humberto D'paola Cuello, Rudi Naim Ortíz Carrascal, Sergio Manuel Gloria Jalal, Reinaldo Martínez Torres, Yeermenson Velásquez Díaz, Dimas David Safar Baquero, Albeiro Javier Díaz Ariz, León Alfonso Mendoza Banda y Neil Elías Badel Hoyos. Para la defensa, el testimonio de estas personas resulta de relevancia en la teoría del caso en cuanto son líderes regionales que conocen a la perfección el contexto político del departamento de Córdoba y pueden dar cuenta de las relaciones entre Alejandro Lyons Muskus y Musa Abraham Besaile Fayad a lo largo de la gobernación del primero. Los referidos manifestarán que aun cuando el Senador fue pieza fundamental en la elección de Lyons Muskus en la gobernación de Córdoba para el período 2012-2015, a solo meses de haberse posesionado, las relaciones empezaron a resquebrajarse, pues a los dos años de gobierno eran prácticamente inexistentes. Además, para 2015, momento en que se entregó el dinero de parte de Lyons Muskus, no solo no existían relaciones sino que había animadversión entre los dos dirigentes, al punto que apoyaron candidatos diferentes a la gobernación de Córdoba para el periodo 2016-2019.

2.2.- Además, solicitó la defensa tener como pruebas documentales las siguientes:

2.2.1. Informe «en elaboración» suscrito por los investigadores de la defensa Carlos Fernando Salazar, Jackeline Hernández García y Carlos Rojas Alfaro en el cual se hace un estudio patrimonial del acusado.

2.2.2. Declaración de renta con anexos del señor José Miguel Ramírez Gómez donde se plasma la existencia de un préstamo por \$2.000 millones de pesos.

2.2.3. Pagarés suscritos por el señor Musa Abraham Besaile Fayad a favor de aquél que plasman la constitución de una garantía por el valor señalado.

2.2.4. Informe -«en elaboración»- suscrito por los investigadores de la defensa mencionados en el cual se hace la recolección de entrevistas videos de mítines políticos que versan sobre las relaciones entre Alejandro José Lyons Muskus y Musa Besaile Fayad.

2.2.5. Nota de prensa relacionada con la declaración de Alejandro Lyons Muskus ante la Contraloría en el proceso fiscal que se lleva en su contra con título «Documento probaría que Alejandro Lyons si supo del cartel de la hemofilia en su gobernación», publicada en Caracol el 30/01/18».

2.2.6. Nota de prensa relacionada con las declaraciones de Guillermo José Pérez Ardila ante la Fiscalía en su proceso de colaboración con la justicia, denominada:

* «Un 30% era para el gobernador: testigo cuenta cómo se repartían dineros del cartel de la hemofilia», publicada en noticias Caracol el 24/01/ 2018.

2.2.7. Noticias periodísticas relacionadas con el ambiente electoral en el departamento de Córdoba en vísperas de las elecciones a gobernador:

* «Se dan las primeras coaliciones». El Meridiano: 7/05/2015.

* «Conservadores lo respaldan». El Meridiano: 8/05/2015.

* «Se ratifica coalición. El Meridiano»: 19/05/2015.

* «Con el aval para la gobernación de Córdoba terminó pugna interna de la U». El Universal: 14/06/2015.

* «Germán Vargas Lleras en medio de disputa política en Córdoba». El Universal: 23/06/2015.

* «Resucitó candidatura a gobernación de Córdoba». El Universal: 24/07/2015.

2.4.) LA SALA DECIDE:

Como de lo que se trata es de evaluar la pertinencia, procedencia y utilidad de las pruebas pedidas por la defensa en la etapa del juicio, debe recordarse que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, al haberse delimitado el marco fáctico jurídico de la imputación en la resolución de acusación, sobre el mismo debe orientarse el debate probatorio en la audiencia pública, pues ello es lo que constituye el objeto sobre el cual debe enderezarse la defensa. (CSJ AP378-2018, 13 feb. 2018, rad. 27919).

Bajo tal perspectiva, inobjetable resulta atender lo establecido por el artículo 235 de la Ley 600 de 2000 que rige la actuación, según el cual «se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas de forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas»; por cuanto, de un lado, es deber del funcionario evitar que se distraiga el objeto de debate en asuntos que no guardan relación con los temas sobre los cuales debe adoptarse la decisión de fondo y, de otro, porque la finalidad de la investigación es determinar la existencia de la conducta punible, las circunstancias en que se cometió y la responsabilidad del procesado. (CSJ AP378-2018, 13 feb. 2018, rad. 27919).

Por lo anterior se ha manifestado que: «En esa medida, las pruebas pedidas en la etapa del juicio, tal como lo señala el artículo 400 del ordenamiento procesal, tienen que ser procedentes, es decir deben tener viabilidad en su práctica, y no solo eso, también contribuir al esclarecimiento de los hechos, cumplir un propósito claro en relación con los aspectos relevantes bien sea de la imputación, la responsabilidad del procesado, su imputabilidad o inimputabilidad, etc., según, como se dijo, se hayan concretado en la acusación»³. (CSJ AP378-2018, 13 feb. 2018, rad. 27919).

2.4.1. Pues bien, la petición elevada a efectos de recibir los testimonios de José Miguel Ramírez Gómez -prueba decretada en la instrucción, no practicada- y Guillermo José Pérez Ardila, es procedente, dada su pertinencia y conducencia a efectos del esclarecimiento del objeto de investigación, además que ninguno de ellos ha sido interrogado sobre los temas propuestos; por tanto, se ordenará escucharlos en la audiencia pública.

2.4.2. Del mismo modo, es pertinente la ampliación del testimonio de Alejandro José Lyons Muskus a quien se indagará sobre los ítems propuestos por la defensa.

2.4.3. De los doce testigos relacionados con los líderes regionales que pueden dar cuenta de las relaciones políticas entre el acusado y el testigo de cargo Alejandro José Lyons Muskus para la Sala de Juzgamiento son suficientes las declaraciones de los ciudadanos Daniel Enrique Montero, Rudi Naim Ortíz Carrascal y Neil Elías Badel Hoyos dado que se tornaría repititiva en el evento en que todos los señalados por la defensa comparecieran a la audiencia pública.

2.4.4. Se trasladará del radicado 1100160001022011700414 la declaración rendida por Guillermo José Pérez Ardila por ser pertinente.

2.4.5. Sobre el «testimonio» del procesado, a través de su interrogatorio, como bien lo asevera la defensa, la audiencia de juzgamiento se inicia con el interrogatorio del referido, el cual se realiza sin la fórmula del juramento, salvo que realice imputaciones en contra de terceros, según artículo 403 de la Ley 600 de 2000. En tal oportunidad procesal, directamente hará manifestación de su renuncia o no a su derecho constitucional de guardar silencio. Debe advertirse que no puede tal sujeto procesal confundir este interrogatorio previsto en el artículo mencionado con un testimonio bajo juramento en atención a que el primero es sin esta fórmula, de acuerdo al régimen procesal bajo el cual se rige esta actuación, esto es, la Ley 600 de 2000.

De otra parte, la finalidad de ese interrogatorio, según tal sistema procesal, es indagar

personalmente al acusado acerca de los hechos y sobre todo aquello que conduzca a revelar su personalidad. Los sujetos procesales podrán interrogar al procesado e inmediatamente se inicia la práctica de las pruebas, culminada la cual el acusado tendrá oportunidad de pronunciarse en su intervención procesal -alegato- sobre todos los aspectos que considere pertinentes frente a las pruebas practicadas en la instrucción y juicio. Esta fórmula no desconoce el debido proceso y el derecho de defensa dado que deviene como una garantía procesal esa intervención del acusado en tal momento por cuanto no está condicionado al interrogatorio de la Sala de Juzgamiento como de ninguno de los sujetos procesales.

2.4.6. En cuanto a la prueba documental solicitada en el punto 2.2., se tiene que la misma se quedó en su mera manifestación pues no se aportó folio alguno como anexo. Por sustracción de materia no hay lugar a pronunciamiento por falta de objeto. De igual modo, así estuvieran en físico se observa que el sujeto procesal incumplió la carga de alegar pertinencia y conducencia pues, simplemente, elaboró un listado en el que dejó constancia que dos informes estaban «en elaboración», razón por la cual se denegará tener como prueba lo solicitado.

Frente a la prueba testimonial ordenada en este auto, la defensa deberá aportar los datos necesarios para lograr la ubicación de los testigos por ella solicitados y, en caso de no contar con esa información, deberá comunicarlo para realizar las diligencias tendientes con este fin con ayuda del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación -C.T.I.-.

3) DE OFICIO SE DECRETA:

3.1. Como uno de los propósitos de la investigación penal es establecer si con la conducta punible se causaron perjuicios materiales y morales, se procederá a designar un perito en contaduría pública adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.- de la Fiscalía General de la Nación que apoya la presente comisión, para que establezca la concurrencia de los primeros, con base en la prueba acopiada al trámite, en cuyo caso, procederá a tasarlos de

acuerdo con los parámetros legales establecidos para ello, labor que desarrollará en el término de QUINCE (15) días.

3.2. Solicitar ante las autoridades correspondientes los antecedentes penales, fiscales y disciplinarios del acusado.

3.3. Realizar Inspección a: (i) la Contraloría General de la República -Unidad de Investigaciones Especiales- con la finalidad de allegar dentro de los procesos de responsabilidad fiscal en contra de Alejandro Lyons Muskus, Guillermo José Pérez Ardila, Jesús Eugenio Henao, Eder Pérez y Rubén Guerra: auto que decretó medidas cautelares; versiones libres que hayan rendido las personas mencionadas, vinculadas a las investigaciones fiscales en relación a los temas denominados «cartel de la hemofilia» e irregularidades con motivo de los «recursos de regalías» -proyectos de ciencia y Tecnología aprobados por Colciencias-;(ii) la Procuraduría General de la Nación, en relación con los procesos disciplinarios abiertos por los mismos temas. Se aportaran las fotocopias de la actuación pertinente y las decisiones de fondo adoptadas. Se comisiona por diez (10) días hábiles al Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.-

3.4. Se traslade a esta actuación los siguientes documentos: (i) la decisión del 21 de marzo de 2018 adoptada por esta Sala dentro del radicado 51341 seguida en contra de Alejandro José Lyons Muskus en la que se le condenó como autor del delito de concierto para delinquir agravado; (ii) Las acusaciones proferidas en contra de los doctores Gustavo Enrique Malo Fernández y Francisco Ricaurte Gómez -cd de la audiencia respectiva como fotocopia del escrito de acusación- por parte de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y Fiscalía General de la Nación, respectivamente. (iii) las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías -Tribunal Superior de Bogotá- y de esta Sala Penal frente al principio de oportunidad otorgado a Alejandro José Lyons Muskus dentro del radicado 2014-00234 frente a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los cuales fueron imputados al citado el 3 de

octubre de 2017. (iv) Trasladar declaración de 18 diciembre de 2017 de Leonardo Luis Pinilla Gómez dentro del radicado 51406 de esta Sala Penal.

3.5. Recibir los testimonios de Jesús Eugenio Henao Sarmiento, Eder Pérez y Rubén Guerra, personas señaladas por Alejandro José Lyons Muskus como contratistas conocedores de la corrupción administrativa en el departamento de Córdoba entre los años 2013 a 2015. Se comisiona por cinco (5) días hábiles al Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.- para la localización de estas personas.

3.6. Practicar las declaraciones de Leonardo Luis Pinilla Gómez, José Francisco Ricaurte Gómez, Sammi Spath y Gustavo Enrique Malo Fernández, las cuales habían sido ordenadas en autos del 29 de agosto de 2017 y 2 de octubre de 2017, respectivamente; la primera fue suspendida a petición del testigo, persona que entabló la conversación grabada por agentes de la DEA que dio origen a esta investigación; el segundo y tercero se acogieron al derecho de guardar silencio, dado que se les sigue proceso en contra con motivo de los hechos investigados. Así mismo, la declaración por certificación jurada del Magistrado Gustavo Malo Fernández, decretada en auto de 2 de octubre de 2017, la cual no se ha realizado -art. 271 de la Ley 600 de 2000-. Para el efecto, se concederá dos (2) días hábiles a los sujetos procesales para que aporten el cuestionario respectivo.

3.7. Requerir al Director del Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.- el allegamiento de los resultados de las labores de Policía Judicial solicitados a través de los autos del 1º y 5 de septiembre de 2017 en los que se comisionó a la Fiscalía General de la Nación el estudio técnico de 4 celulares, dos tarjetas micro SD y una sim card hallados en el sitio de reclusión de los testigos Luis Gustavo Moreno Rivera y Leonardo Luis Pinilla Gómez. Así mismo, solicitar el allegamiento de otros estudios técnicos realizados a los teléfonos pertenecientes a los referidos que les hayan sido incautados en el momento de su captura.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR la declaratoria de la nulidad planteada por la defensa del acusado, conforme con las razones expuestas en la motivación de esta decisión -acápite 1.1.-.

SEGUNDO: DENEGAR el testimonio del procesado en los términos aclarados en el presente proveído, de acuerdo al acápite 2.4.5.

TERCERO: DENEGAR la prueba documental solicitada por la defensa del punto 2.2., de acuerdo a las consideraciones contenidas en el punto 2.4.6.

CUARTO: ORDENAR la práctica de los testimonios de José Miguel Ramírez Gómez, Guillermo José Pérez Ardila, Daniel Enrique Montero, Rudi Naim Ortiz Carrascal y Neil Elías Badel Hoyos en los términos indicados en los puntos 2.4.1. y 2.4.3.

QUINTO: PRACTICAR la ampliación del testimonio de Alejandro José Lyons Muskus, conforme a lo indicado en el punto 2.4.2.

SEXO: ORDENAR que, por Secretaría, se traslade la declaración de Guillermo José Pérez Ardila del radicado 1100160001022011700414 seguido en la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo al ítem 2.4.4.

SEPTIMO: ORDENAR, de oficio, que se recauden y practiquen las pruebas señaladas en el acápite 3 de este auto.

OCTAVO: Contra la presente providencia, procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

José Francisco Acuña Vizcaya

Eugenio Fernández Carlier

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1

Se cita: «En el mismo sentido, sentencias de 29 de agosto de 2002, radicación 10863, y 29 de junio de 2005, radicación 17478. Así mismo, autos de 19 de enero de 2006, radicación 11773, 19 de agosto de 2009, radicación 27313, 28 de octubre de 2009, radicación 30097, y 15 de marzo de 2011, radicación 28436, entre otros».

2 Se cita: «Art. 393 Ley 600 de 2000. “Cierre de la investigación. Cuando se haya recaudado la prueba necesaria para calificar o vencido el término de instrucción, mediante providencia de sustanciación que se notificará personalmente, la cual sólo admite el recurso de reposición, se declarará cerrada la investigación y se ordenará que el expediente pare al despacho para su calificación. Ejecutoriada la providencia...».

3 En la decisión de cita: «CSJ. AP. 23 feb. 2005 Rad. 22862».

29