

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

AP2905-2023

Radicado # 64495

Acta 176

Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia contra el auto CSJ AEP083-2023, proferido el pasado 23 de junio por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia dentro de la actuación seguida contra ÓSCAR BARRETO QUIROGA como autor de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado por la cuantía, mediante el cual dispuso continuar la audiencia de juicio oral bajo el régimen procesal previsto en la Ley 906 de 2004.

ANTECEDENTES:

1. En este asunto se juzga al ex gobernador del departamento del Tolima ÓSCAR BARRETO QUIROGA por los delitos interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado por la cuantía.

El aporte departamental se fijó en \$5.351'390.486 y el de la entidad cooperante en \$50'975.000. Asimismo, se estableció un reconocimiento del 3,5% a favor de la empresa por concepto de la gerencia de los proyectos y los costos técnicos de seguimiento.

Lo anterior, conllevó que se entregara a EGETSA S.A. E.S.P. la administración de recursos públicos sin que mediaran estudios previos, proceso de licitación o justificación para acudir a la modalidad de subcontratación en la ejecución de obras civiles. Tampoco se realizó una adecuada planeación que permitiera verificar la ejecución de esos recursos ni se verificó el aporte de la empresa, entre otras irregularidades.

2. El 21 de septiembre de 2017, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá con Función de Control de Garantías, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación contra ÓSCAR BARRETO QUIROGA como autor de los delitos de «interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado por la cuantía».

3. El 27 de octubre de 2017 la Fiscalía Delegada radicó escrito de acusación por las mencionadas conductas ante la Sala de Casación Penal. Sin embargo, el 23 de julio siguiente la actuación fue remitida a la Sala Especial de Primera Instancia por virtud del Acto Legislativo 01 de 2008. Avocado su conocimiento, el 21 de octubre de 2021 se agotó el acto verbal de acusación.

4. La audiencia preparatoria del juicio oral se instaló el 16 de junio de 2022 y, entre esa fecha y el 11 de julio de 2022, las partes elevaron las respectivas solicitudes probatorias.

5. No obstante, antes de que se emitiera la correspondiente providencia, la defensa requirió la adecuación del trámite a la Ley 600 de 2000. Al efecto, informó que BARRETO QUIROGA se posesionó como Senador de la República el 20 de julio de 2022.

6. Con auto CSJ AEP083-2023 del pasado 23 de junio, la Sala Especial de Primera

Instancia dispuso continuar el presente proceso bajo las previsiones de la Ley 906 de 2004 «en lo que resta de la audiencia preparatoria y en el desarrollo del juicio oral hasta el momento de la culminación de la práctica probatoria», luego de lo cual se ajustará a las ritualidades de la Ley 600 de 2000.

7. En desacuerdo, la Fiscalía Segunda Delegada impugnó tal determinación a través de los recursos de reposición y apelación. Con auto CSJ AP100-2023 del 1º de agosto de 2023 la Sala Especial de Primera Instancia no repuso su decisión y concedió el recurso de apelación.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Por decisión mayoritaria, la Sala Especial de Primera Instancia declaró su competencia para seguir conociendo del presente asunto por disposición del numeral 4º del artículo 235 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018.

En sustento, reseñó los lineamientos fijados por la Sala en auto CSJ AP, 24 may. 2023, rad. 63476 y aclaró, que si bien en este específico caso no se enfrenta un tránsito legislativo, ninguna norma prohíbe que la adecuación del procedimiento se defina según dispone el artículo 624 del Código General del Proceso, modificatorio del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Expuso, por ende, que corresponde culminar la fase de juicio ya iniciada acorde con las ritualidades propias de la Ley 906 de 2004 y, cumplido lo anterior, encausar el trámite a la Ley 600 de 2000.

Para finalizar, precisó que la Fiscalía General de la Nación debe actuar hasta culminar la práctica de las pruebas que se decreten en favor de las partes como prevé el sistema penal acusatorio.

El Magistrado Jorge Emilio Caldas presentó salvamento de voto. Argumentó que «teniendo en cuenta el estado del proceso (pendiente de resolver las solicitudes probatorias), la

conversión de Ley 906 a Ley 600 podía ser inmediata y resolver solicitudes probatorias incluso las de oficio que se consideren, con el fin de optimizar la garantía constitucional del aforado congresual de excluir el rol acusatorio que ejerce la fiscalía».

EL RECURSO INTERPUESTO:

La Delegada de la Fiscalía General de la Nación cuestionó la aplicación del precedente contenido en el auto CSJ AP, 24 may. 2023, rad. 63476 porque, en su criterio, la cuestión allí discutida no guarda correspondencia con la que ahora se ventila. Manifestó, en armonía con las razones expuestas por el Magistrado disidente, que cada asunto requiere un análisis particular, siendo que, para el presente, continuar el trámite conforme la Ley 906 de 2004 constituye una vulneración del debido proceso.

Destacó que está pendiente el decreto probatorio y, por tanto, que es oportuno adecuar de manera inmediata el procedimiento al régimen de la Ley 600 de 2000. Sostuvo que una decisión en tal sentido acata las disposiciones del artículo 624 del Código General del Proceso y de la providencia en mención, que propenden por el mantenimiento del régimen procesal cuando ya se decretaron las pruebas, pues, en todo caso, esto impone que su práctica deba realizarse bajo las mismas previsiones normativas.

Así las cosas, sostuvo que como en este específico asunto las pruebas no han sido decretadas, lo procedente es adecuar el trámite inmediatamente al sistema procesal previsto para los aforados constitucionales, esto es, la Ley 600 de 2000, y excluir la participación de la Fiscalía.

Por los motivos expuestos, la Fiscalía demandó la revocatoria de la providencia impugnada para, en su lugar, ajustar el procedimiento a las ritualidades de la Ley 600 de 2000.

CONSIDERACIONES:

1. Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolver el recurso de apelación interpuesto de conformidad con los lineamientos contenidos en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el numeral 6º del artículo 235 de la Constitución Política.
2. Por disposición del numeral 4º de la norma constitucional en mención, la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso de la República constituye una de las atribuciones reservadas a la Corte Suprema de Justicia.
3. En el presente asunto, la competencia de la Sala Especial de Primera Instancia no es materia de discusión. El procesado ÓSCAR BARRETO QUIROGA venía siendo juzgado por esta Corte debido al fuero constitucional derivado de su condición de ex Gobernador del Tolima y la relación de los delitos atribuidos con el ejercicio del cargo (art. 235-5 de la [Constitución Política](#)). Por tanto, como indicó la primera instancia, la competencia funcional se mantiene.
4. Entonces, el problema jurídico estriba en torno al cambio de procesamiento penal que suscita el advenimiento del fuero especial que le confiere la condición de Congresista adquirida por el acusado el 20 de julio de 2022.
5. La Sala ha sostenido, como bien invocó la recurrente, que la adecuación de un sistema a otro no opera de manera irreflexiva con la sola adquisición o pérdida, por parte del sujeto pasivo de la acción penal, de la condición de miembro del Congreso en cualquiera de sus Cámaras.

Es así, que en los eventos de sucesión de procedimiento —bien sea de Ley 906 a Ley 600 o viceversa—, corresponde establecer el momento a partir del cual se ajustará la actuación.

Esta decisión debe garantizar tanto el debido proceso de las partes e intervinientes como el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. En todo caso, deberá preferirse aquella opción que propicie en mayor medida y con menos traumatismos i) la

conjunción de ambos regímenes y ii) la culminación de las etapas procesales ya iniciadas bajo el esquema procesal que las viene regentando.

6. En decisiones recientes —CSJ AP1460-2023 y CSJ AP2371-2023— la Sala expuso la viabilidad de acudir por integración normativa al artículo 624 del Código General del Proceso, modificadorio del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para zanjar las discusiones relativas a la adecuación del procedimiento que se originen en la adquisición o extinción del fuero constitucional derivado del inicio o cese de las funciones propias del cargo de Congresista. Y es que, aunque en estricto sentido no se trata de un tránsito de legislación, ningún imperativo legal impide aplicar las reglas allí dispuestas ante el vacío normativo sobre la materia. Dicha norma dispone:

Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones (...).

7. En el específico asunto que se examina, el 16 de junio de 2022 la Sala Especial de Primera Instancia declaró abierta la audiencia preparatoria conforme las ritualidades del artículo 355 de la Ley 906 de 2004. El desarrollo de la diligencia continuó el 11 de julio de 2022. En esta, las partes elevaron las correspondientes solicitudes probatorias e informaron que no acordaron ninguna estipulación. Fue así que quedó pendiente, únicamente, el pronunciamiento de fondo sobre aquellas que se decretarían y las que no.

8. Entonces, en aplicación de la norma transcrita, y dado que la audiencia preparatoria permanece inacabada, la Sala concluye que al tratarse de una audiencia ya iniciada su culminación deberá regirse de acuerdo a las previsiones de la Ley 906 de 2004, procedimiento bajo el cual se instaló y desarrolló esta fase procesal.

En otras palabras, dado que ÓSCAR BARRETO QUIROGA adquirió la investidura de Congresista con posterioridad a la instalación y desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio oral, resulta procedente disponer su culminación conforme a las previsiones de la Ley 906 de 2004.

Esto, contrario a lo indicado por la recurrente, acata de manera armónica los recientes pronunciamientos de la Sala, particularmente en lo tocante al sentido que debe imprimírsele al artículo 624 del Código General del Proceso para facilitar la adecuación de los trámites en curso cuando el acusado adquiriera el fuero como miembro del Congreso de la República.

9. Del mismo modo, decretadas las pruebas bajo esta cuerda procesal, se impone que su práctica también responda a lo allí reglado. De otra manera podrían desconocerse las particularidades que en una y otra sistemática gobiernan esta etapa procesal:

2.9.7 Ahora bien, las audiencias de juzgamiento y de juicio oral previstas en dichas leyes contemplan un período probatorio, donde se aducen y practican las pruebas ordenadas por el juez en la audiencia preparatoria, una vez acreditada su pertinencia por quienes las solicitan.

Sin embargo, es pertinente advertir que mientras en la Ley 906 de 2004 la prueba necesariamente debe ser producida e incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento; en la Ley 600 de 2000 es prueba tanto la practicada desde la indagación previa, siempre que su incorporación a la actuación haya sido legal, regular y oportuna, como la aducida en la citada audiencia de juzgamiento, en virtud del principio de permanencia del medio probatorio (CSJ)

AP1460-2023).

10. Como tal determinación implica que la fiscalía deberá actuar en lo que resta de la audiencia preparatoria y en el juicio oral hasta el momento en que finalice la practica probatoria, la Sala Especial de Primera Instancia deberá dejar nuevamente a disposición de la Delegada los elementos materiales probatorios, la evidencia e información recaudada que fue remitida por ésta bajo la convicción de haber perdido competencia dentro de esta actuación.

11. Ante las específicas circunstancias referidas se confirmará el auto objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

2. Contra esta decisión no proceden recursos.

Comuníquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DIAZ SOTO

Aclaración de voto

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria