



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

AP789-2024

Radicación 64483

Acta 025

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

VISTOS:

Resuelve la Corte la apelación del defensor de EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD contra la decisión del 23 de mayo de 2023 de la Sala Especial de Primera Instancia que resolvió las solicitudes probatorias de las partes.

HECHOS:

La primera instancia fijó los hechos del proceso de la siguiente manera:

De acuerdo con lo señalado por la Fiscalía en el escrito de acusación y su respectiva aclaración y adición, entre

Alejandro Lyons Muskus – gobernador del departamento de Córdoba (período constitucional 2012-2015)- y Musa Besaile Fayad – senador de la República – se gestó una “alianza criminal”, que en asocio o convenio con personas ligadas a la política, algunos vinculados a la administración departamental y particulares, pusieron en marcha diversas estrategias para desviar recursos públicos a cargo del ente territorial, entre otros, por concepto de regalías y salud, estos últimos procedentes del sistema general de participaciones especialmente por recobros de presuntos servicios NO POS a pacientes pobres no afiliados, supuestamente afectados por la enfermedad o trastorno de hemofilia.

Con el fin de continuar dicha actividad, hacia el segundo semestre de 2015, pactaron apoyar económicamente la campaña de EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD a la gobernación de Córdoba para el período 2016-2019, para lo cual, Lyons Muskus le entregó la suma de \$2.100.000.000 millones de pesos en efectivo, dinero que hacía parte del “ahorro o fondo común” que habían constituido con recursos indebidamente apropiados. A cambio el candidato BESAILE FAYAD, adquirió compromisos consistentes en garantizar cuotas burocráticas y la continuidad en la obtención de comisiones ilegales especialmente por los referidos conceptos de regalías y hemofilia, en cuya garantía firmó dos letras de cambio en blanco, una por valor equivalente a \$2.100.000.000 millones de pesos y otra por 1.900.000.000 millones de pesos; sumas con las que Alejandro Lyons Muskus pretendía asegurar a futuro sus “dividendos” de los desvíos de recursos públicos del departamento.

En esa medida, resultaba indispensable asegurar el reemplazo de Lyons Muskus a través de la alianza con el nuevo gobernador, si lo pretendido era continuar con la defraudación de los recursos del ente territorial “porque el control del gasto, de la inversión y la contratación, le compete constitucional y legalmente al mandatario departamental, al margen de la delegación y/o desconcentración que se realice para el efecto”.

Una vez elegido y en el ejercicio de sus funciones gubernamentales, EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD, como representante legal, ordenador del gasto y “garante de la inversión de los recursos públicos”, fue informado en enero de 2016, por parte de la Contraloría General de la República - gerencia departamental- sobre la realización de una auditoría “a los recursos SGP sectores salud pública y atención a la población pobre no cubierta con subsidio a la demanda, educación y agua potable, vigencia 2015”.

En febrero de 2016, el órgano de control fiscal insistió en el requerimiento de la auditoría, oportunidad en la que le hizo saber que uno de los objetivos específicos era verificar la ejecución de los recursos reservados al pago de medicamentos NO POS destinados a la población pobre no cubierta con subsidio a la demanda, solicitando los soportes de la ejecución de dichas partidas, pedimento que el gobernador BESAILE FAYAD no entregó de forma completa, lo que derivó en nuevas peticiones en los posteriores meses de marzo y abril de ese año. Adicionalmente le solicitó el

expediente de las cuentas pagadas, entre otros, a la IPS Unidos por su Bienestar.

Fue así como en el desarrollo del mencionado escrutinio específicamente el 19 de abril siguiente, la Contraloría General de la Nación recibió una denuncia anónima a través de su página web –radicado 2016-97734-80234-D-, en la que se daban a conocer graves irregularidades en el pago de cuentas de servicios y suministros a falsos pacientes hemofílicos. Dicha comunicación fue remitida al gobernador BESAILE FAYAD, mediante oficio 2016EE0049187 del 20 de idéntico mes y año.

Nuevamente, el 4 de mayo de esa anualidad, el ente de control fiscal radicó el documento 2016EE0056203 denominado “Comunicación de Observaciones – Auditoria de Recursos SGP-2015 gobernación de Córdoba” dirigido al gobernador EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD, a través de la cual le advirtió de las irregularidades detectadas en desarrollo de pagos efectuados en el sistema general de participación, en particular, a la cuenta girada por valor de \$3.156.930.350 a la IPS Unidos por su Bienestar, cuyo representante legal era Guillermo Pérez Ardila, respecto del servicio y suministro de medicamentos a 28 pacientes con enfermedad de hemofilia, entre las que se destacaba, por ejemplo, exámenes clínicos no realizados. Lo anterior, sin que la Secretaría de Salud Departamental implementara los controles para la adecuada inversión de los recursos públicos.

En respuesta a tales acontecimientos, el gobernador EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD con oficio 00578 del 17 de mayo siguiente, respaldó lo referente a los pagos efectuados a la IPS Unidos por su Bienestar, en vez de acatar con debida prudencia las alertas del órgano de control fiscal y direccionar con mayor rigor los controles requeridos a los subsiguientes pagos.

A pesar de las mencionadas advertencias, exactamente el 11 de mayo de 2016 por expresa solicitud del gobernador BESAILE FAYAD a través de la doctora María Eugenia Ferreira Char, directora financiera de presupuesto, se expidió certificado de disponibilidad presupuestal número 564, con el cual, el doctor José Jaime Pareja Alemán, Secretario de Salud del departamento, en virtud de delegación, expidió la Resolución n.º 000008 del 16 de mayo de 2016, reconociendo el pago a la IPS San José de la Sabana S.A.S. por valor de \$1.525.045.600 por el suministro de 1.729.500 unidades internacionales de 19935850-01-B02BD06 FACTOR VIII 500 UI CON VON WILLEBRAND, para atender por “urgencia vital” a 14 pacientes diagnosticados con enfermedad hematológica de factor VIII de coagulación y de factor von willebrand, según resultado del laboratorio clínico y patología, Bernardo Espinosa.

Es de anotar, que la razón social del Laboratorio Clínico Bernardo Espinosa había sido utilizada indebidamente para soportar los cobros de la IPS Unidos por su Bienestar, tal y como se consignara en las observaciones presentadas por el

órgano de control fiscal en el documento del 4 de mayo de 2016.

Ese pago realizado a la IPS San José de la Sabana S.A.S. se hizo con recursos de la vigencia 2016, esto es, en un período siguiente a la causación de esta; además se ejecutó sin soporte alguno, en la medida que los diagnósticos de los 14 pacientes no fueron suscritos por el personal médico que figura en su historia clínica, y el número de lote referenciado en la cuenta de cobro no corresponde a este medicamento.

Además, la IPS San José de la Sabana S.A.S. fue creada con la intervención del representante legal de la IPS Unidos por su Bienestar, Guillermo Pérez Ardila, concertado con Lyons Muskus; entidad que sirvió para desviar los recursos públicos de la vigencia 2016 hacia varias personas, entre ellas, el entonces gobernador EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD, quien recibió un porcentaje del 10% del valor girado por concepto de esa cuenta de cobro.

Bajo ese derrotero, la Fiscalía acusó al exgobernador de Córdoba EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD, en calidad de coautor del delito de peculado por apropiación en provecho propio y de terceros, agravado por la cuantía, en concurso heterogéneo con el de concierto para delinquir, en calidad de autor, con la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, descritos en los artículos 397, 340, 29 y 31 ídem.

ANTECEDENTES RELEVANTES:

1. El 6 de junio de 2018 la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia radicó escrito de acusación contra EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD, ex gobernador del departamento de Córdoba en el periodo 2016-2019, a quien atribuyó la comisión, en calidad de coautor, de los delitos de concierto para delinquir y peculado por apropiación en provecho propio y de terceros, agravado por la cuantía, con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 9° del artículo 58 del Código Penal, referida a su posición distinguida.

2. La actuación correspondió inicialmente a la Sala de Casación Penal, que, por la entrada en funcionamiento el 18 de julio de 2018 de la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia, la envió a esa dependencia, donde se asignó al despacho del doctor ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS.

3. La audiencia de acusación se concretó el 14 de septiembre de 2021 por los mismo hechos y cargos reseñados en la formulación de imputación.

4. La vista preparatoria inició el 7 de julio de 2022 y se realizó en varias sesiones. El 23 de mayo de 2023 la Sala Especial de Primera Instancia resolvió las solicitudes de las partes decretando algunas pruebas y denegando otras.

5. Contra esa determinación, el defensor interpone el recurso de apelación que la Sala procede a resolver.

LA IMPUGNACIÓN:

La defensa censura tres determinaciones de la Sala Especial de Primera Instancia:

En primer lugar, el decreto como prueba documental de la Fiscalía de dos letras de cambio anexas al oficio del 7 de noviembre de 2017 y el informe base opinión a ellas realizado, porque, a su criterio, no le fueron descubiertos los originales sino copias de los mismos, en transgresión del artículo 346 de la Ley 906 de 2004.

En su opinión, la decisión es contradictoria puesto que indica que la fiscalía entregó copias de los documentos y luego señala que de la enunciación y descubrimiento se avizora que su intención era incorporar los originales. Sin embargo, la defensa sólo cuenta con las copias y, por ello, ha sido privada de realizar la controversia probatoria de los originales en la oportunidad pertinente, pues existe diferencia entre los documentos descubiertos –copias- y los solicitados y decretados –originales-. Ello, a su parecer, no es un yerro insustancial porque afecta los principios de concentración, inmediación y contradicción probatoria, de suerte que debe revocarse el mencionado decreto probatorio.

En segundo orden, censura que no se hayan decretado las pruebas documentales identificadas en la decisión como

2.2.6.1. y 2.2.6.2., que contienen audios y videos obtenidos por sus investigadores sobre actos de proselitismo de la campaña a la gobernación de EDWIN BESAILE FAYAD.

En su opinión, la primera instancia interpretó erradamente la solicitud probatoria porque, aunque es verdad que las declaraciones previas al juicio oral son inadmisibles y sólo pueden ingresar de manera excepcional como prueba de referencia admisible, la jurisprudencia es clara en señalar que hay que distinguir si las declaraciones son medio o tema de prueba.

En este caso, a su parecer, el tema de prueba se refiere a la existencia misma de la declaración en la que se manifiestan las desavenencias entre Musa Besaile Fayad y Alejandro Lyons Muskus, lo que hace menos probable que existiese un acuerdo para que éste apoyara la campaña a la gobernación de EDWIN BESAILE FAYAD. De esta manera, se pretende probar la existencia de las declaraciones, no la veracidad de su contenido porque si así hubiese sido habría solicitado los testimonios de quienes allí aparecen.

En otras palabras, no quiere introducir una declaración previa de un testigo disponible porque ello sería prueba de referencia inadmisibile. No le interesa saber si lo que dijo Musa Besaile es cierto, lo que pretende probar es que en esa fecha hizo esas manifestaciones. Por manera que se trata de asuntos diferentes: una es la verdad de su dicho otra que hizo la declaración de hondo calado en contra de Alejandro Lyons.

En tercer lugar, impugna la decisión de no decretar la prueba documental identificada como 2.2.6.3. a 2.2.6.7., relativa a las decisiones adoptadas por la Contraloría en los procesos de responsabilidad fiscal, así como la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso seguido contra Daniel Fernando Díaz Torres por el denominado cartel de la hemofilia.

Lo anterior porque el propósito de la defensa no es que la Sala Especial de Primera Instancia falle como lo hicieron los otros funcionarios, sino que se tengan en cuenta sus conclusiones en las que no hallaron responsable fiscalmente al procesado, lo cual impacta la materialidad del delito y contradice la tesis de la Fiscalía.

En otras palabras, la defensa busca determinar si los hallazgos de la Contraloría fueron correctamente analizados por la fiscalía, pero será la Corte la que determine qué credibilidad les otorga para lo cual es indispensable que conozca las conclusiones del ente especializado en el manejo fiscal.

Además, si la Sala Especial de Primera instancia decretó como prueba documental de la Fiscalía 26 documentos que recogen los hallazgos de la Contraloría, no entiende por qué se impide a la defensa traer las conclusiones de esa entidad al término del proceso de responsabilidad fiscal. Ese proceder, en su opinión, configura trato desigual y limita el conocimiento que puede tener el juzgador de los hechos.

En cuanto a la sentencia del Tribunal respecto de Daniel Fernando Díaz Torres, considera que se trata de un documento que haría menos probable los hechos jurídicamente relevantes puesto que el Tribunal concluyó que en ese proceso no se mencionó a EDWIN BESAILE FAYAD entre las personas que incurrieron en el cohecho por dar u ofrecer, lo cual es pertinente y relevante para la teoría del caso de la defensa porque evidencia que no incurrió en el delito relacionado con el cartel de la hemofilia.

La regla de que lo que se decida en un proceso no tiene influencia en otro no se puede seguir a rajatabla porque la Corte, en el precedente SP3807 de 2022, tuvo en cuenta una decisión del Tribunal Superior de Bogotá.

Pide, por ende, revocar la decisión y decretar las pruebas denegadas.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE:

Solo el fiscal delegado intervino para señalar que se opone a la petición de la defensa de rechazar la incorporación de los originales de las letras de cambio y la base de opinión pericial porque, contrario a lo manifestado en el recurso, en marzo de 2022 el defensor solicitó que se le diera acceso a los documentos originales para poderles practicar dictámenes grafológicos. En tal virtud, la Fiscalía autorizó y realizó el trámite para que los investigadores de la defensa revisaran los documentos que se encuentran en la Fiscalía 64 anticorrupción, autoridad que permitió el acceso a esa

evidencia. En consecuencia, el descubrimiento de los originales sí se realizó, con la salvedad de que los traslados evidentemente se hicieron con copias.

No realizó ninguna manifestación sobre los otros temas materia de inconformidad porque en la oportunidad procesal pertinente no se opuso a su decreto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL:

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 6° del artículo 235 de la Constitución Nacional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala es competente para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia que se pronunció sobre las solicitudes probatorias de las partes, dado que allí se atribuyó a la Sala de Casación Penal la función de resolver *«los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia»*.

Al referir la norma que la Sala de Casación Penal debe resolver las apelaciones interpuestas contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Juzgamiento, incluye tanto las sentencias como los autos interlocutorios susceptibles de ese recurso, pues el precepto constitucional no distingue ni limita los asuntos respecto de los que procede la impugnación. Es posible afirmar, entonces, que contra las determinaciones interlocutorias de la Sala Especial de

Juzgamiento de Primera Instancia procede el recurso de apelación, en los términos del artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

2. Según el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, las partes y el Ministerio Público podrán solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por ningún motivo requieran prueba.

Son pertinentes los elementos materiales probatorios, la evidencia física y el medio de prueba que, directa o indirectamente, se refieran a los hechos o las circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, a la identidad o responsabilidad del acusado. Igualmente, los que sirven para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias referidos a la credibilidad de un testigo o perito –art. 375 Ley 906 de 2004–.

De esta manera, la prueba es conducente cuando ostenta aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento. Es pertinente cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento. Es racional cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.

Bajo los anteriores parámetros la Sala decidirá la impugnación de la defensa contra el auto que decretó algunas pruebas y denegó otras solicitadas por las partes.

3. La defensa cuestiona que la Sala Especial de Primera Instancia haya decretado como prueba documental de la Fiscalía las letras de cambio Nos. 6789401 y 6789450 por valor de \$ 2.200.000.000.00 y \$1.900.000.000.00 anexas a copia del oficio del 07/11/201,7 suscrito por el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, así como la base de opinión pericial realizada sobre las mismas, en la medida que no le fueron descubiertos los originales de los títulos sino copias y, por ello, deben ser rechazados como lo establece el artículo 346 de la Ley 906 de 2004.

Pues bien, la Corte encuentra que, contrario a lo señalado por el apelante, la defensa sí tuvo acceso a los originales de las letras de cambio en el año 2022 a través de su grupo de investigadores, según afirmó el fiscal del caso, quien describió el procedimiento llevado a cabo para materializar la solicitud de revisar las letras originales, circunstancia que deja sin sustento la impugnación.

Con mayor razón cuando la defensa solicitó como prueba, y obtuvo su decreto, de las declaraciones de Heriberto Sotelo Rodríguez y Mauricio Tarazona, quienes elaboraron los informes IR-2022-184 y 2022-185, que utilizará como base de opinión pericial y corresponden a experticias grafológicas sobre las dos letras de cambio supuestamente suscritas por EDWIN JOSÉ BESAILE

FAYAD, lo cual corrobora que sí tuvo acceso a los originales de esos documentos.

Recuérdese que la finalidad del descubrimiento probatorio es que las partes conozcan las evidencias y elementos materiales con que cuenta su contraparte a efectos de construir su teoría del caso y contrarrestar la contraria, como forma de hacer efectivos los principios de debido proceso, contradicción y defensa.

El descubrimiento se realiza, en primer lugar, informando de la existencia del elemento con vocación probatoria y describiéndolo para que se pueda conocer su contenido y características. En segundo orden, entregando copia del mismo, si es del caso, y en tercer lugar, permitiendo su acceso o examen, si es que se trata de evidencias sujetas a cadena de custodia o depositadas en lugares especiales por su valor, volumen o cualquier exigencia legal o práctica.

En este caso, la Fiscalía informó que contaba con las letras de cambio anexas al oficio del 7 de noviembre de 2017, sin señalar que se trataba de copias de los títulos valores. Lo que dijo que estaba en copia era el oficio al que estaban anexas.

De esta manera, el descubrimiento cumplió su finalidad puesto que la defensa se enteró de la existencia de los referidos documentos y de sus características y pudo examinar los originales como se reseñó con antelación.

En consecuencia, la decisión impugnada se confirma por no hallarse configurada la irregularidad denunciada ni observarse la afectación del derecho de contradicción aducida.

4. La defensa también cuestiona que la Sala Especial de Primera Instancia no haya decretado como prueba documental los audios y videos obtenidos por sus investigadores sobre actos de proselitismo de la campaña a la gobernación de EDWIN BESAILE FAYAD.

A su parecer, la primera instancia no se percató que esos documentos no se pidieron para probar su contenido sino para demostrar su existencia, por manera que son tema de prueba y son esenciales para hacer menos probable la teoría de la Fiscalía sobre un acuerdo entre Alejandro Lyons Muskus y EDWIN BESAILE FAYAD para apoyar su candidatura a la gobernación de Córdoba, dado que muestran a Musa Besaile Fayad –hermano del procesado– haciendo manifestaciones en contra de Lyons Muskus.

La Sala Especial de Primera Instancia denegó el decreto probatorio aludido por tratarse de declaraciones anteriores con vocación de medio de prueba para acreditar el distanciamiento político entre los hermanos Besaile Fayad y Alejandro Lyons Muskus, de suerte que se trata de prueba de referencia puesto que fue vertida fuera del juicio y se lleva para probar un aspecto trascendente. Por demás, al juicio concurrirá como testigo Musa Besaile Fayad, quien podrá

narrar en forma directa los aspectos que el defensor pretende evidenciar.

Al respecto, la Corte ha puntualizado que el tema de prueba está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la defensa mientras que el medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración. También ha aclarado que las declaraciones realizadas por una persona por fuera del juicio oral pueden hacer parte del tema de prueba, por ejemplo, en los delitos que sólo pueden cometerse a través de declaraciones, esto es, falso testimonio, falsa denuncia, falsa auto incriminación, injuria, calumnia, entre otros, eventos en los que uno de los aspectos relevantes del tema de prueba es establecer que la declaración existió y que su contenido es el que alega la parte en su teoría del caso. (CSJ AP5785-2015).

La distinción entre tema de prueba y medio de prueba es determinante en materia de prueba de referencia porque cuando la declaración anterior es parte del tema de prueba, es admisible el documento que la contenga y/o la declaración de la persona que la percibió directa y personalmente.

En todo caso, la determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que debatirán ante el juez. Por ello, es importante que para la audiencia preparatoria se tenga absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio -tema de prueba- y los medios

que se pretenden usar para su demostración -medio de prueba-, lo que en últimas entraña la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto del decreto de la prueba.

Por ello, la admisibilidad de una declaración anterior al juicio no puede reducirse a si se trata de una prueba testimonial o documental porque lo fundamental es establecer cuál es el papel que juega en la teoría del caso de las partes, esto es, si constituye parte del tema de prueba o si se está utilizando como medio de prueba, y si la admisión de la declaración anterior afecta el ejercicio del derecho a la confrontación.

En este caso, de acuerdo con la solicitud probatoria de la defensa, las manifestaciones efectuadas por el hermano del procesado en desarrollo de la campaña electoral para la gobernación del departamento de Córdoba del año 2016, contenidas en los videos y audios que pretende introducir en el juicio, tiene como finalidad *hacer menos probable* el acuerdo para apropiarse de los recursos públicos referido por la Fiscalía como base del delito de concierto para delinquir, dada la animadversión que develan esos elementos con vocación probatoria entre el clan familiar BESAILE FAYAD y Alejandro Lyons Muskus.

Teniendo en cuenta que el propósito de la solicitud probatoria no es otro que evidenciar la existencia de unas declaraciones públicas en contra de Alejandro Lyons Muskus por parte del hermano del procesado, quien hacía

proselitismo político en favor de EDWIN BESAILE FAYAD, los documentos solicitados por la defensa resultan pertinentes de cara a su teoría defensiva para cuestionar un hecho jurídico relevante contenido en la acusación.

Es cierto, como señala la Sala Especial de Primera Instancia, que esos documentos audiovisuales contienen declaraciones anteriores, pero también lo es que en este particular evento constituyen tema de prueba en la medida que pretenden probar la existencia de las manifestaciones y no su contenido y veracidad.

Por tanto, asiste razón al defensor al manifestar su inconformidad con la determinación de la primera instancia y, por ello, la negativa probatoria se revocará y, en su lugar, se decretarán como pruebas que pueden ingresar en el juicio oral y público.

6. El recurrente también cuestiona la decisión de la Sala Especial de Primera Instancia de no decretar la prueba documental de la defensa 2.2.6.3. a 2.2.6.7., referida a las decisiones adoptadas por la Contraloría General de la República dentro de los procesos de responsabilidad fiscal adelantados contra EDWIN BESAILE FAYAD y la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dentro del proceso seguido contra Daniel Fernando Díaz Torres por el denominado cartel de la hemofilia.

A su parecer, la regla según la cual lo decidido en otras actuaciones sobre los mismos hechos es inadmisibles no es de

aplicación general. Además, si se decretaron como prueba los hallazgos fiscales, no ve porque no se puedan aceptar como medio de convicción las conclusiones de la Contraloría. No hacerlo implica vulnerar los principios de igualdad de armas y contradicción de la defensa.

Respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá contra Daniel Fernando Díaz considera que su pertinencia se encuentra en que haría menos probables los hechos jurídicamente relevantes, en tanto esa colegiatura concluyó que en ese trámite no se menciona entre las personas que incurrieron en el delito de cohecho por dar u ofrecer a EDWIN BESAILE FAYAD.

La Sala Especial de Primera Instancia denegó el recaudo probatorio de esos documentos porque, por regla general, lo decidido en otras actuaciones por hechos ventilados en un proceso penal no hacen parte del tema de prueba y son inadmisibles, pues es el juez quien debe ponderar de manera autónoma e independiente la prueba del proceso para determinar los aspectos del delito. Y en relación con la sentencia del Tribunal de Bogotá, señaló que el hecho de que EDWIN BESAILE FAYAD no se encuentre relacionado en esa determinación no hace menos probable su participación en la organización criminal porque el que en un proceso no se aluda a otros intervinientes no significa que no existan.

Pues bien, la Corte encuentra acertada la decisión de la primera instancia en la medida que las determinaciones adoptadas en otras actuaciones judiciales o administrativas

respecto de los mismos hechos materia del juicio oral, no hacen parte del tema de prueba ni son admisibles, porque en el proceso penal se deben demostrar los hechos jurídicamente relevantes que fundan la acusación o los que la defensa propone como tesis alternativa, con independencia de lo que otras autoridades hayan decidido.

En este evento, la Fiscalía inició la investigación a partir de los hallazgos fiscales de la Contraloría –hechos jurídicamente relevantes- y llegó a unas conclusiones que le llevaron a radicar escrito de acusación contra EDWIN BESAILE FAYAD. Esas conclusiones están sometidas a contradicción por parte de la defensa y serán escrutadas por los juzgadores a partir del examen de las pruebas practicadas en el debate público y de la normativa aplicable al caso.

De esta manera, los hallazgos fiscales tienen cabida como prueba en el proceso penal porque recogen hechos objetivamente verificables o descartables, de manera que constituyen tema de prueba. Las decisiones adoptadas por la Contraloría, por el contrario, expresan el ejercicio intelectual de los funcionarios de esa entidad en la valoración de los supuestos fácticos y pruebas recaudadas en esa actuación y, por ello, no configuran un hecho jurídicamente relevante sino la opinión de un servidor público vertida en un ámbito diverso al campo penal, a partir de un marco normativo y probatorio diferente.

También se verifica que la sentencia del Tribunal de Bogotá proferida respecto de Daniel Fernando Díaz Torres

carece de pertinencia porque el hecho de que en ese fallo no se nombre a EDWIN BESAILE FAYAD no hace menos probable que participara en las actividades ilícitas del «*cartel de la hemofilia*», dado que el objeto de ese proceso y, por supuesto, de las pruebas allí valoradas, fue determinar la responsabilidad penal de ese ciudadano y no del acusado. En otras palabras, en esa actuación se indagó sobre el compromiso penal de un individuo en particular y no el de todos los que pudieron participar de una u otra manera en los delitos investigados.

De otra parte, el precedente citado para sustentar la pertinencia de la solicitud corresponde a una hipótesis fáctica diversa y, por ende, no aplica a este caso.

En efecto, en el fallo SP3807-2022 la Corte examinó las sentencias emitidas en primera y segunda instancia respecto de una procesada a la que se había absuelto por un delito, a fin de verificar si los supuestos fácticos se identificaban con los que examinaba en la demanda de casación presentada por otro procesado condenado por esos hechos. Se trataba, por tanto, de garantizar oficiosamente los derechos y garantías de una de las partes y no de constatar si los falladores colegiados mencionaron en su decisión a otro procesado.

En consecuencia, la Corte confirmará por este aspecto la determinación proferida en primera instancia, en la medida que no observa vulneración alguna de los derechos del procesado y de su defensa.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

1º. Revocar la determinación de la Sala Especial de Primera Instancia de no decretar las pruebas 2.2.6.1. y 2.2.6.2. correspondientes a 2 audios y la constancia de difusión en la emisora RCN Radio Uno Montería y 2 videos de la campaña a la gobernación de EDWIN BESAILE FAYAD 2016-2019. En su lugar, se decretan como prueba.

2º. Confirmar la negativa de decretar como prueba de la defensa los documentos identificados como 2.2.6.3. a 2.2.6.7., por los motivos expuestos en la parte motiva.

Contra esta determinación no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

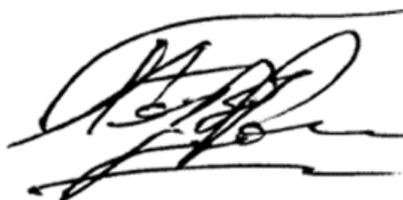


MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



GERARDO BARBOSA CASTILLO

24



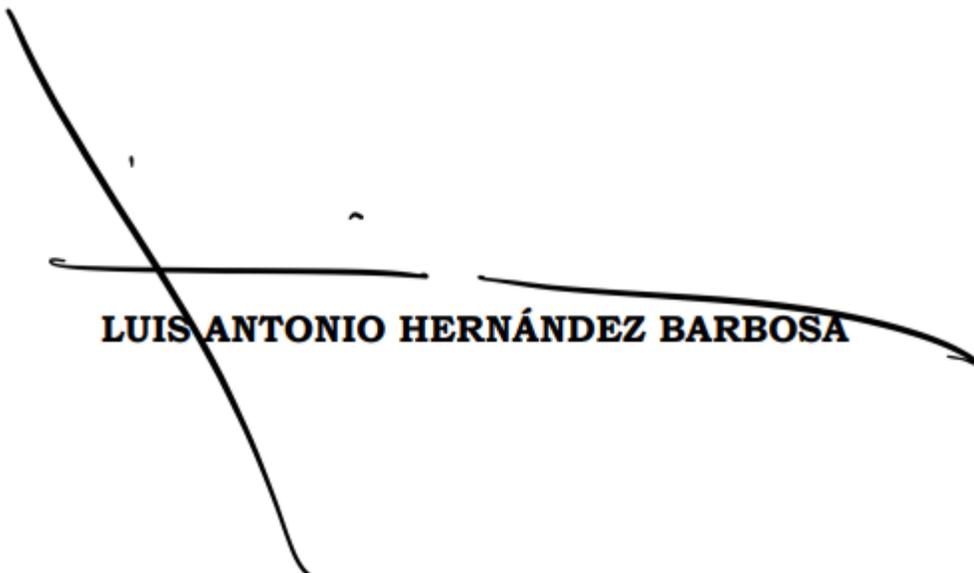
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@ 2024