



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

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada Ponente

SEP 00082 -2021

Radicación N° 00094

Aprobado mediante Acta No. 49

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala Especial de Primera Instancia a proferir sentencia dentro del proceso adelantado contra el ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, ante la viabilidad procedimental que el Senado de la República hizo el 13 de diciembre de 2018 en relación con el auto de acusación que contra aquél formuló, el 5 de marzo de esa anualidad, la Cámara de Representantes, como posible autor de los ilícitos de *concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a secreto o reserva.*

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Fácticos

Según la acusación, el Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ se concertó con funcionarios públicos y particulares para abordar Congresistas, como lo fue en el caso de los Senadores Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo, contra quienes cursaban indagaciones penales en única instancia en su despacho, a fin de adoptar decisiones contrarias a derecho y afectar el curso normal de las mismas, ello a cambio de coimas y dádivas.

Los acercamientos con los aforados era tarea de los abogados Luis Gustavo Moreno Rivera y Leonardo Pinilla Gómez, para lo cual el Magistrado MALO FERNÁNDEZ por intermedio de Francisco Javier Ricaurte Gómez, ex Magistrado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ex Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, suministraba datos al grupo para que fueran utilizados a la hora de abordar a los citados congresistas, con quienes se llegó a los siguientes acuerdos:

i) En el radicado 27700 seguido contra Musa Besaile por presuntos vínculos con grupos paramilitares, a cambio de dos mil millones de pesos, dilatar la apertura de investigación

formal que, dada la naturaleza del ilícito (*concierto para delinquir*), aparejaba la afectación de su libertad.

El diligenciamiento estaba a cargo del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, estableciéndose que antes de la Semana Santa de 2015 coincidió su desvinculación laboral de la Corte Suprema de Justicia, con el acuerdo dinerario que el grupo celebró con el citado Senador para evitar que se le abriera formal investigación penal y se le capturara.

ii) En el radicado 39768 adelantado contra Ashton Giraldo, a cambio de mil doscientos millones de pesos, lograr el archivo de la indagación preliminar originada en sus probables relaciones con el bloque norte de las autodefensas, pretensión que, ante la imposibilidad de cumplir al haber sido reasignado el expediente, saliendo del despacho de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, mutó por la promesa de dilatar la decisión de apertura formal, con miras a que prescribiera la acción penal.

2. Procesales

2.1. En el marco del programa de cooperación internacional entre las autoridades de Estados Unidos de América y la República de Colombia, el Departamento de Justicia del país norteamericano remitió a la Fiscalía General de la Nación evidencia recolectada en el proceso federal 17-20516, consistente en la copia de unas conversaciones sostenidas entre el abogado Leonardo Pinilla Gómez y el ex

gobernador de Córdoba, Alejandro Lyons Muskus, en las que se hacía mención a posibles actos de corrupción en el trámite de procesos adelantados contra algunos congresistas en la Corte Suprema de Justicia, en los que estarían involucrados abogados litigantes, Magistrados y ex Magistrados de esta Corporación.

2.2. La Fiscalía General de la Nación, mediante oficio DFGN 02957 de 15 de agosto de 2017, allegó esta información a la Sala de Casación Penal, Corporación que por oficio de 16 de agosto siguiente remitió copias ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes para que investigara, entre otros, al entonces Magistrado en ejercicio GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

2.3. Por auto de 22 de septiembre de 2017 la Comisión de Investigación y Acusación ordenó la apertura de instrucción y la vinculación formal de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ mediante indagatoria, diligencia que se surtió el 3 de octubre siguiente.

2.4. Practicadas varias pruebas, luego de cerrar la instrucción, la Comisión profirió el 5 de marzo de 2018 auto de acusación en contra de MALO FERNÁNDEZ, el cual fue aprobado en plenaria por la Cámara de Representantes en sesión reservada de 25 de abril de la misma anualidad.

2.5. Remitidas las diligencias a la Comisión Instructora del Senado, se emitió informe final avalando la acusación y

sometido a discusión en plenaria, mediante Resolución 001 de 13 de diciembre de 2018, por unanimidad se admitió la acusación, dando así viabilidad procedimental para el trámite ante la Corte Suprema de Justicia.

2.6. Avocada la actuación por esta Sala Especial de Primera Instancia, con el propósito de adecuar la actuación a lo normado en los artículos 354 y 468 de la Ley 600 de 2000, en auto de 13 de mayo de 2019 se resolvió la situación jurídica del procesado imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, la cual se materializó el 15 de mayo siguiente¹.

2.7. Una vez surtido el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, en audiencia preparatoria celebrada el mismo 15 de mayo de 2019² se resolvieron las solicitudes de nulidad planteadas por la defensa y las postulaciones probatorias de los sujetos procesales.

2.8. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por decisión de 27 de septiembre de 2019 confirmó la medida cautelar de carácter personal impuesta al procesado, cuando resolvió el recurso de apelación elevado por el defensor.

2.9. El 12 de diciembre de 2019 se negó la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento elevada por el

¹ Cfr. Folios 18 y 19 cuaderno original Sala de Primera Instancia No. 3.

² Cfr. Folios 4-9 cuaderno original Sala de Primera Instancia No. 3.

apoderado del acusado³, decisión confirmada por la Sala de Casación Penal el 5 de junio de 2020⁴.

2.10. Esta Sala Especial, el 3 de junio de 2020, negó la libertad que por vencimiento de términos deprecó el defensor con fundamento en la causal 5^a del artículo 365 de la Ley 600 de 2000⁵, proveído que también avaló el *ad quem* el 19 de agosto de esa anualidad.

2.11. El 18 de diciembre de 2020 se negó la solicitud de libertad que nuevamente elevó el defensor⁶, la cual fue confirmada por la Sala de Casación Penal en decisión de 25 de marzo de 2021.

2.12. La audiencia pública de juzgamiento se instaló el 5 de agosto de 2019⁷ y se adelantó en sesiones de 6, 14, 26 y 28 del mismo mes, 25 de septiembre, 2 y 9 de octubre y 27 de noviembre de 2019; 28 de enero, 12 y 27 de febrero, 16 y 29 de abril, 13 de mayo y 13 de junio de 2020, 10 de marzo de 2021, pero esta última, destinada a las alegaciones finales, no fue posible adelantarla por la recusación que tanto el enjuiciado como su defensor formularon contra los tres Magistrados de la Sala.

2.13. Una vez rechazada la recusación por los integrantes de la Sala, se designaron Conjueces, los que por decisión de 5 de abril siguiente la declararon infundada, en

³ Cfr. Folios 203 y ss. cuaderno original Sala de Primera Instancia No. 7.

⁴ Cfr. Folios 98 y ss. cuaderno original Sala de Primera Instancia No. 7.

⁵ Cfr. Folios 46 y ss. cuaderno original Sala de Primera Instancia No. 10.

⁶ Cfr. Folios 214 y ss. cuaderno original Sala de Primera Instancia No. 14.

⁷ Cfr. Folios 156 y ss. cuaderno original Sala de Primera Instancia No. 5.

tanto que el 19 del mismo mes y año la Sala de Casación Penal de la Corte se abstuvo de conocerla, ya que el trámite había concluido con la decisión de los Conjueces.

2.14. Finalmente, el 10 de mayo de 2021 se escucharon las alegaciones finales de los sujetos procesales.

SÍNTESIS DE LA ACUSACIÓN

La Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes encontró probado en el grado de conocimiento exigido en el artículo 397 de la Ley 600 de 2000, que el Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, se concertó con funcionarios y particulares *“para abordar aforados que tuvieran en curso procesos de única instancia al interior de la Alta Corte, y conseguir decisiones contrarias a derecho, a cambio de coimas y dádivas”*.

Para esa Corporación en su función acusadora, encontró acreditado que la organización contactó a los senadores Musa Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo, quienes pagaron dos mil y mil doscientos millones de pesos, respectivamente, con el propósito de obtener decisiones favorables en las diligencias de única instancia que cursaban en el despacho del doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, hechos sustentados en las declaraciones de Luis Gustavo Moreno Rivera, Musa Besaile Fayad, Luis Ignacio Lyons España y en los audios de las

conversaciones sostenidas entre Leonardo Pinilla Gómez y Alejandro Lyons Muskus que dieron origen a la investigación.

En relación con la participación de MALO FERNÁNDEZ indicó que *“como titular del despacho donde se surtían los procesos de única instancia seguidos contra los senadores Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo, era quien ostentaba la mejor posición para favorecer ilegalmente a los aforados, con decisiones y actuaciones que cumplieran los objetivos a los cuales se había comprometido la organización”*, además de ser el único con potestad para remover de su cargo al Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, quien según su testimonio y el de la investigadora Ana María Erazo, tenía proyectado abrir investigación formal contra Musa Besaile, la cual por la entidad del delito hacía inminente su captura.

Advirtió, además, que al interior del proceso de este último *“se puede trazar una línea de tiempo entre las reuniones que se dieron entre el senador Besaile y Gustavo Moreno Rivera en unos hoteles de la capital, en el momento de salida del Magistrado Auxiliar Reyes, en el momento puntual en que se hizo la exigencia dineraria, esto es, antes de la semana santa de 2015 y el momento en que efectivamente se materializó el pago, con el resultado final de evitar la apertura formal de la investigación”*.

Y que en tal virtud el doctor MALO FERNÁNDEZ *“garantizó de manera efectiva que la organización a la que pertenecía pudiese cumplirle a los aforados que demandaban sus servicios, en ocasiones **omitiendo** acciones propias de su cargo, tal y como propender porque el trámite fuera célere y eficiente, máxime que como se consignó dentro de las pruebas documentales recolectadas, el proceso del senador Besaile era el más antiguo en esa dependencia, y en otras, **tomando***

acciones puntuales, como retirar del cargo al Magistrado Auxiliar José Reyes, quien proyectaba abrir investigación formal en contra del senador, vincularlo formalmente mediante indagatoria y expedir la correspondiente orden de captura”, circunstancia que, además, estimó corroborada al impedir que la actuación avanzara cuando “después de haber retirado de su cargo al doctor Reyes, rotó en varias oportunidades a los Magistrados auxiliares que asumían esas investigaciones” (énfasis en el texto).

Finalmente, concluyó que la información ofrecida a los exsenadores Besaile Fayad y Ashton Giraldo por parte de Luis Gustavo Moreno Rivera necesariamente tuvo que ser suministrada por un funcionario que tuviera acceso a la misma, no otro distinto al doctor MALO FERNÁNDEZ, quien la entregaba al grupo para que fuera utilizada por los litigantes al momento de abordar a los aforados.

Por su parte, para adecuar jurídicamente los hechos, en la acusación se citaron y transcribieron los siguientes artículos:

Concierto para delinquir. Artículo 340 C.P.: *Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.*

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y

administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cohecho Propio. Artículo 405 C.P.: *El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

Prevaricato por acción. Artículo 413 C.P.: *El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

Prevaricato por omisión. Artículo 414 C.P.: *El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta (32) a noventa (90) meses, multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.*

Utilización de asunto sometido a secreto o a Reserva. Art 419 C.O.: *El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno,*

descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.”

ALEGATOS FINALES

En la última sesión de audiencia pública de 10 de mayo de 2021, los sujetos procesales presentaron oralmente sus alegatos y de manera complementaria aportaron escritos de los mismos, de la siguiente forma:

1. Ministerio Público

Solicitó la emisión de sentencia condenatoria en contra del enjuiciado por los ilícitos de *concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a reserva* en cuanto estimó acreditada la existencia de una organización criminal que, a cambio de altas sumas de dinero, pretendía torcer decisiones judiciales en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para favorecer a quienes contrataban sus servicios, acuerdos ilegales que se habrían concretado en los trámites seguidos contra los Congresistas Álvaro Ashton Giraldo y Musa Abraham Besaile Fayad, los cuales estaban a cargo del Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

Adujo que la declaración de Luis Gustavo Moreno Rivera está soportada en las narraciones de José Reyes Rodríguez Casas, Camilo Andrés Ruiz y Álvaro Ashton

Giraldo, pruebas que evidencian la cercanía de Moreno Rivera con Francisco Javier Ricaurte y la notoria amistad de éste último con MALO FERNÁNDEZ, en virtud de la cual compartieron varios eventos sociales, tales como la celebración del cumpleaños de Ricaurte en el municipio de Garagoa y la asistencia al Festival Vallenato de 2015, indicativas de una relación más próxima de la que admite el procesado, al punto que en el primer evento social se propiciaron contactos entre Camilo Andrés Ruiz y Moreno Rivera los cuales se concretaron en el favorecimiento a otros Congresistas también procesados como Nilton Córdoba Manyoma y Argenis Velásquez, mientras que, en el segundo, se financió la estadía del grupo en la ciudad de Valledupar con dinero producto de la empresa criminal.

Aseguró que la pertenencia del acusado a tal asociación se acredita al analizar los casos en los cuales operó el grupo, pues en relación con el proceso adelantado contra Musa Besaile Fayad el propio Francisco Ricaurte admitió que le recomendó al exsenador los servicios profesionales de Moreno Rivera para que asumiera su defensa en el proceso que se le seguía en la Sala de Casación Penal.

Estimó igualmente, que Leonardo Pinilla confirmó lo relatado por Moreno Rivera respecto a la inminencia de la captura del entonces congresista y los contactos iniciales con el abogado Luis Ignacio Lyons y el propio Musa Besaile, en los cuales se pactó evitar su captura y apartar de la sustanciación del asunto al Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, quien ya había anunciado la intención de

abrir formal investigación, decisión que dependía de la entrega de un informe de policía judicial, tal y como lo declaró el citado Magistrado Auxiliar y lo corroboró la investigadora Luz Marina Erazo.

Que también la coherencia del relato de Moreno Rivera se enriquece con lo declarado por José Reyes Rodríguez Casas acerca de las comunicaciones entre Álvaro Ashton y Francisco Ricaurte de las que tuvo conocimiento por las interceptaciones ordenadas en el trámite contra el Senador, lo cual unido a la admisión de los propios exparlamentarios sobre el pago de altas sumas de dinero a cambio de obtener el archivo del proceso o evitar la captura, confirman el dicho de Moreno Rivera de los acuerdos ilegales en relación con estos procesos, ambos asignados al despacho de MALO FERNÁNDEZ, quien por razón de su cargo tenía la posibilidad de orientarlos a los intereses del grupo.

Y que según José Reyes Rodríguez Casas, el acusado estaba informado de la inminente captura de Musa Besaile y había mostrado interés en el proceso de Ashton Giraldo, circunstancias que aunadas al hecho probado de la salida del citado Magistrado Auxiliar, por solicitud de MALO FERNÁNDEZ, pactada en los acuerdos criminales, conducen a señalar que no se trató de una simple coincidencia, sino de acciones adelantadas en el marco del acuerdo criminal del que hacía parte el acá enjuiciado.

Que las manifestaciones de Moreno Rivera, Camilo Andrés Ruiz, Álvaro Ashton Giraldo y Musa Besaile Fayad,

soportan la participación de MALO FERNÁNDEZ, ante la intervención de Francisco Ricaurte, cuya cercanía les permitió incidir en los procesos que cursaban en su despacho, evidenciando así que las acciones de Moreno no eran personales, sino parte del entramado criminal previamente establecido, dirigido a obtener réditos económicos a cambio de una serie de propósitos delictivos, organización que no tendría razón de ser sin la participación de la persona que tenía capacidad de decidir los procesos.

Estimó igualmente probado que MALO FERNÁNDEZ contribuyó al propósito de la organización beneficiando los intereses procesales de Musa Besaile y Ashton Giraldo, porque si bien no se probó que los dineros cobrados por Moreno Rivera llegaron directamente a manos del procesado, sí se demostró que aquél le entregó parte de esos dineros a Francisco Ricaurte, siendo éste el encargado de repartirlos entre los restantes miembros de la organización, de ahí que el delito de *cohecho propio* no se cometió de forma directa por el aquí acusado, sino por intermedio de Ricaurte y Moreno, quienes recibieron las altas sumas de dinero para retardar u omitir actos propios de la investidura que ostentaba el enjuiciado.

En cuanto al acto que se pretendía omitir en el despacho de MALO FERNÁNDEZ, recordó que se advierte de lo reseñado por el Magistrado Auxiliar a cargo del proceso de Musa Besaile, en el sentido de evitar la apertura de instrucción y la probable orden de captura, actos procesales cuyo retardo solo puede interpretarse como fruto del compromiso que se adquirió en el marco del *concierto para*

delinquir y el *cohecho* consumado con los aforados a través de las actividades de Moreno y Ricaurte, pues a pesar de que se daban los presupuestos necesarios para abrir investigación formal y librar la orden de captura contra el congresista, MALO FERNÁNDEZ removió al empleado a cargo de la instrucción para evitar la realización de ese acto que le era propio.

Para el representante de la sociedad, también está probada la utilización por parte del procesado de información sujeta a reserva en las investigaciones preliminares a su cargo, para beneficiar los intereses de la organización criminal de la que hacía parte.

Por último, pidió absolver al enjuiciado por el delito de *prevaricato por acción*, porque si bien Moreno Rivera y Camilo Andrés Ruiz indicaron que MALO FERNÁNDEZ aceptaba las distintas solicitudes de aplazamiento que presentaba el entonces abogado litigante en los procesos contra Argenis Velásquez y Nilton Córdoba Manyoma que se seguían en su despacho, tales actuaciones no fueron incorporadas a la presente actuación. Así, al no contarse con prueba distinta a los señalados testimonios, surge duda en torno a la configuración de esta conducta, la que deberá resolverse a favor del acusado.

2. Parte civil

La apoderada de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial deprecó sentencia de condena

contra el procesado al estimar que hay pruebas indicativas de los actos de corrupción en los que participó GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, los cuales dejan al descubierto el entramado criminal que, a través de dinámicas procesales de aparente legalidad, pretendió beneficiar a los Senadores Musa Besaile Fayad y Álvaro Ashton Giraldo.

Aseveró que un primer hecho indicador del compromiso penal del acusado es la renuncia que le pidió al Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, el 30 de julio de 2015, época para la cual impulsaba la investigación previa 27700 contra Musa Besaile Fayad y que, si bien el acusado argumentó que se debió a la insatisfacción con el desempeño laboral, ello fue desvirtuado con las declaraciones de Ana Marina Erazo, Oswaldo Madarriaga y Álvaro Ashton, quienes dan cuenta de la acuciosidad con que el Magistrado Auxiliar adelantaba las labores asignadas, además, no tenía llamados de atención, de lo que se infiere que su salida de la Corte obedeció al interés de la organización de restar dinámica al diligenciamiento contra Musa Besaile, en el cual ya se perfilaba la apertura formal, tal y como lo afirmó Gustavo Moreno.

Que también para evitar el avance procesal MALO FERNÁNDEZ designó nuevos Magistrados Auxiliares por cortos períodos de tiempo, favoreciendo así los acuerdos gestados por la organización, pues en la práctica, ese reemplazo constante de quienes estaban a cargo de la instrucción suponía la dilación de la dinámica procesal y entorpecía la toma oportuna de la decisión de apertura.

De otro lado, en relación con la actuación contra Álvaro Ashton resaltó la admisión que éste hizo de su participación en los actos de corrupción, reconociendo el pago de cuatrocientos millones de pesos a Moreno Rivera a cambio del archivo de las preliminares, suma que tenía por destino el equipo del que hacía parte Francisco Ricaurte y que entendió, tenía la capacidad para cumplirle el compromiso dada la conocida amistad de Ricaurte con MALO FERNÁNDEZ.

Para la apoderada del actor civil, acredita la cercanía entre los miembros de la organización el viaje que realizaron a Valledupar en 2015 para asistir al Festival Vallenato, así como las sospechas reportadas por José Reyes Rodríguez Casas a raíz de las comunicaciones interceptadas entre Ashton y Ricaurte, con su posterior salida como Magistrado Auxiliar de la Corte, la que facilitó el cumplimiento de los cometidos de la organización.

En este orden, invocando el perjuicio causado al prestigio de la Rama Judicial y la lesión a los bienes jurídicos de la seguridad y la administración pública, solicitó que con la sentencia condenatoria se impongan las sanciones de carácter reparatorio a que haya lugar.

3. Procesado

El doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ pidió sentencia absolutoria en su favor tras criticar que la acusación, sin prueba directa y con una valoración parcial

de los testimonios y documentos recopilados en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, soportó los cargos en los siguientes indicios:

i) Como Magistrado Titular de la Sala de Casación Penal se concertó con particulares y servidores públicos para, a través de los abogados Luis Gustavo Moreno Rivera y Leonardo Pinilla, abordar a aforados que tuvieran procesos en curso de única instancia al interior de la Corte Suprema de Justicia, y conseguir decisiones contrarias a derecho, a cambio de coimas y dádivas.

ii) Al ser titular del despacho en donde se tramitaban las investigaciones en contra de Musa Besaile y Álvaro Ashton, tenía la posibilidad de cumplir los compromisos adquiridos por la organización delictiva de la que hacía parte, como fue el retiro del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, quien desarrollaba la sustanciación de estos, y después de ello, rotó en ese cargo a distintos funcionarios, para evitar que fluyera la instrucción.

iii) Los senadores Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo pagaron altas sumas de dinero para que las investigaciones que se adelantaban en su despacho no tuvieran tránsito normal y conseguir así decisiones a su favor.

iv) Entregó a la organización delictiva información privilegiada de los procesos de Musa Abraham Besaile Fayad

y Álvaro Antonio Ashton Giraldo, con la cual les hicieron las exigencias económicas que determinaron la materialización de los comportamientos irregulares.

Con base en lo anterior, el enjuiciado, tras destacar la naturaleza, componentes y estructuración de la prueba indiciaria, expresó que los hechos indicadores no se sometieron al proceso debido para arribar al hecho indicado, pues la Comisión de Investigación y Acusación se limitó a transcribir apartes de cinco testimonios y un documento, para luego, sin mediar procedimiento lógico o argumentativo, concluir los cuatro indicios ya citados, careciendo así de fundamento su llamado a juicio.

Frente a la investigación en contra del Senador Álvaro Ashton Giraldo, advirtió que antes de su llegada como Magistrado Titular de la Corte Suprema de Justicia, la cual se produjo el 18 de octubre de 2012, fue repartida el 24 de agosto de esa anualidad, ordenándose apertura de investigación preliminar el 10 de octubre siguiente, luego, por instrucción suya y ante los reportes mensuales de gestión de quienes integraban su grupo de trabajo, el 19 de noviembre de 2013, el Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas advirtió que en ese asunto había perspectiva de dar apertura a la investigación, imprimiéndosele el curso normal al practicar varias pruebas, en tanto que ya en mayo de 2014 se redistribuyó la carga laboral de la Sala al implementar el modelo de regionalización, por lo que el asunto pasó a cargo del Magistrado Eugenio Fernández Carlier.

Tras resaltar las manifestaciones de Luis Gustavo Moreno y Álvaro Ashton indicó que, si en efecto el Senador tenía cercanía con Francisco Javier Ricaurte Gómez, y éste hacía parte de la organización, no se hubiera requerido la intermediación de Moreno Rivera para llegar al acuerdo, ya que Ricaurte habría podido lograr ese propósito en forma directa con GUSTAVO MALO.

En criterio del enjuiciado, Moreno Rivera actuó autónomamente al engañar a los aforados investigados diciéndoles que tenía vínculos con su despacho para lograr dilaciones o decisiones favorables a sus intereses, sin que ello fuera realidad, pues incluso desconoció el procedimiento legalmente establecido al interior de la Sala Penal para adoptar las decisiones ya que debía mediar la aprobación de todos sus integrantes, lo que le impediría garantizar el éxito de lo prometido.

Que incluso Moreno Rivera no podía comprometerse a lograr la prescripción de la acción en uno de los expedientes, por cuanto en el más eficiente de los escenarios de esa organización, ello ocurriría dos años después de culminar su tiempo como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Y en cuanto a las interceptaciones al abonado celular de Ashton Giraldo, en las llamadas en las que interactuaba con Francisco Ricaurte Gómez y con el Fiscal General de la Nación Eduardo Montealegre, señaló que, si bien no se trataron temas que pudieran comprometer su responsabilidad penal, habiendo sido él quien las ordenó como Magistrado Titular, resulta razonable que si en verdad

él hacía parte de la presunta organización delictiva, hubiera advertido de esas interceptaciones a sus integrantes para que evitaran interactuar telefónicamente, lo que no sucedió.

Paralelamente, refutó la manifestación de Moreno Rivera relacionada con el supuesto pacto para la salida del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, por haberla planteado en tres escenarios incompatibles: *i)* como respuesta a la incomodidad generada al haber revelado a otros Magistrados de la Sala Penal las interceptaciones de las comunicaciones de Álvaro Antonio Ashton Giraldo con Francisco Ricaurte; *ii)* por el cumplimiento a un compromiso con Álvaro Ashton; y *iii)* ante el compromiso con Musa Besaile, última alternativa que en la declaración de 19 de septiembre de 2017 Moreno dijo que el único acuerdo fue dilatar el proceso para que prescribiera, en tanto que 8 de noviembre siguiente, ante la Comisión de Investigación y Acusación, dijo que la captura de Musa Besaile se evitó al insistir en la práctica de pruebas y con la salida de Rodríguez Casas.

Afirmó que a pesar de que Luis Gustavo Moreno Rivera estaba privado de la libertad, se enteró del contenido de la declaración rendida el 6 de septiembre de 2017 por Rodríguez Casas desde Guatemala, por ello aquél deponente en su declaración de 19 de noviembre del mismo año, replicó algunas de las afirmaciones vertidas por el Exmagistrado Auxiliar, tales como que él era una piedra en el zapato de la organización y que lo que había disgustado a Francisco Ricarte era el trámite que le había impartido a las

interceptaciones de Ashton Giraldo, generando la petición de su retiro del cargo.

Que igual sucedió cuando Rodríguez Casas dijo que al estudiar el caso de Musa Besaile se encontraba para prescribir, pues lo afirmó en el contexto que ameritaría mayor celeridad, pero Moreno Rivera utilizó tal atestación para significar que la producción de tal fenómeno fue precisamente uno de los pactos con el aforado, de manera que los vacíos de información Moreno Rivera los llenó con el testimonio de Rodríguez Casas, dándole matices de verosimilitud para mostrarse conocedor de lo ocurrido, pero sin llegar al nivel de conocimiento demandado.

Puso de presente que según Moreno Rivera, MALO FERNÁNDEZ tenía conocimiento y participaba de las acciones irregulares al referir espacios sociales en los cuales compartieron, siendo insensato afirmar que, en el marco de aquellas actividades, concurridas por terceros, pudieran ventilarse actos de corrupción.

Tras indicar que era su costumbre ir todos los años al Festival de la Leyenda Vallenata, lo ocurrido en 2015 en Valledupar no se puede relacionar con los delitos materia de acusación, pues la supuesta renta por parte de Moreno Rivera de una casa para que se hospedara, fue desvirtuado con la manifestación del Magistrado del Tribunal de esa Ciudad Luigi Reyes, quien corroboró que fue él quien extendió tal invitación, además si bien se alojó con su familia en el inmueble que ocupaba Francisco Ricaurte, fue por la

invitación de éste, ya que el exmagistrado de la Sala Laboral de la Corte, Gustavo López, con quien en principio compartiría el sitio, recibió una invitación para hospedarse en la casa de un familiar, aspecto que no se pudo corroborar, al haber sido negado su testimonio.

Sostuvo que desconocía que la casa había sido alquilada por Moreno Rivera o su padre, pues de haberlo sabido se hubiera rehusado a alojarse allí, situación que contrasta con el hecho que durante las actividades inherentes al festival no compartió algún escenario con aquél, ni fue visto en su compañía, salvo en una oportunidad que casualmente coincidieron y departieron durante pocos minutos.

Así mismo, subrayó que Moreno Rivera declaró que su relación con MALO FERNÁNDEZ era muy respetuosa y solo en una oportunidad, en la cual coincidieron con Francisco Ricaurte, se habló de la actitud que asumía José Reyes Rodríguez Casas, sin que de ello se pueda entender una actividad ilegal.

De otro lado, afirmó que, ante la negativa de decretar pruebas solicitadas por la defensa, no se supo el alto patrimonio de Gustavo Moreno, en contra de los mínimos ingresos que dijo haber percibido por los comportamientos ilícitos reconocidos, ni se logró establecer la ejecución de este tipo de conductas con anterioridad, para concluir que ese abogado actuó en forma autónoma, sin necesidad de pertenecer a la organización de la que dijo haber hecho parte.

Solicitó así desechar el testimonio de Moreno Rivera por mendaz, ambiguo e inverosímil y tener una razón suficiente para mentir en la medida que a cambio de su colaboración accedería a un principio de oportunidad en las investigaciones por los delitos que cometió, sin mediar un contexto de corroboración con los demás medios de prueba, máxime que Ashton Giraldo expresó que en la negociación ilícita que celebró sólo participó Moreno, descartando la intervención de Francisco Ricaurte y la de MALO FERNÁNDEZ.

Para denotar tal mendacidad e incongruencia, resaltó que a pesar de haberse efectuado la redistribución de procesos en la Sala habiéndole sido asignado el seguido en contra de Ashton Giraldo al despacho del doctor Eugenio Fernández, de quien afirmó, conserva la más alta imagen de rectitud y probidad, se hubiera mantenido el compromiso de dilatarlo.

Y concerniente al testimonio de José Reyes Rodríguez Casas, estimó que se basa en opiniones ligeras, conjeturas y sospechas, retractándose de algunas afirmaciones, como aquella sobre el curso dado al informe de las interceptaciones del teléfono de Álvaro Ashton, y con la vocación de apertura formal de la investigación, la que pasados seis meses desde su anuncio, no cristalizó, enviándolo a mediados de 2014 al despacho del Magistrado Eugenio Fernández Carlier ante la redistribución de la carga laboral, lugar en el cual pasaron cerca de tres años para ordenar tal acto procesal, dada la necesidad de acopiar información.

Y que de haber sido cierto el estado de la actuación, Rodríguez Casas contravino los presupuestos dados para la redistribución de procesos, pues era respecto de actuaciones que estuvieran en un estado precario de indagación, no las que tuvieran proyección de su apertura, pues de ser así MALO FERNÁNDEZ habría evitado la salida del expediente de su despacho para controlar su curso, como debería haber sido en caso de hacer parte del mentado grupo criminal.

Que también es conjetura la afirmación de Rodríguez Casas que Alexandra Arévalo y Oswaldo Madarriaga fueron ubicados en el equipo a su servicio para mantenerlo vigilado, comoquiera que la primera, contrario a su dicho, no fue nombrada por MALO FERNÁNDEZ, pues estaba asignada antes de que él llegara como Magistrado Titular, y más bien, por no tenerle la debida confianza, la removió del cargo, mientras que con el segundo, no medió ningún tipo de amistad, máxime que no era necesario ejercer tales actos de vigilancia, pues contaba con recursos internos idóneos para tal efecto.

Para el procesado, son ligeras e irreflexivas las conjeturas y desconfianza de Rodríguez Casas ante el contenido de las interceptaciones de Ashton Giraldo en las que hablaba con Francisco Ricaurte, las cuales incluso denotarían que no existía filtración de información de parte de MALO FERNÁNDEZ hacia cualquiera de los dos interlocutores, pues el comportamiento asumido por el citado Magistrado Auxiliar no se compadece con su deber, ni con lo que indicó en sus testimonios, comoquiera que ante la

existencia de un informe de veinticinco folios, ordenó a los investigadores que hicieran el reporte en uno, el cual llevó a los demás Magistrados de la Sala Penal, generando un mal ambiente en su contra, sin darle el curso correcto, como era comunicárselo, y si la información resultaba irrelevante al caso, por inexistencia de razón para incorporarlo al paginario, abstenerse de hacerlo, ya que solo cuando fue llamado a declarar en este proceso, fue ubicado dicho reporte con las interceptaciones.

De otro lado, destacó que Rodríguez Casas no presencié comportamiento irregular alguno de su parte, ni fue destinatario de una instrucción ilícita, contaba con libertad e independencia en las investigaciones asignadas, y que solo su obnubilación por su salida de la Corte Suprema de Justicia lo llenó de prejuicios y animadversión en su contra, razón por la que no fue imparcial en sus aseveraciones, maximizadas en sus salidas a los medios de comunicación.

Sobre la investigación previa seguida contra Musa Besaile Fayad indicó que databa del año 2007 y fue a su llegada como Magistrado que se le imprimió celeridad al ordenar la práctica de pruebas y reiterar las ya dispuestas.

Que el propio Musa Besaile contó que a finales de 2014 fue contactado por Moreno Rivera para verse en el *Hotel Radisson* de Bogotá, cuando éste le dijo que tenía en su poder la orden de captura que había sido librada en su contra, cuya efectividad podría evitar a cambio de un alta suma de dinero, cifra que después de varias reuniones fue fijada en dos mil

millones de pesos, pagada a través del abogado Luis Ignacio Lyons España, profesional que ratificó ese dicho.

En criterio del enjuiciado, Moreno Rivera engañó a Musa Besaile y a su abogado cuando les dijo que la actuación iba en estado avanzado y que tenía contactos en la Corte Suprema de Justicia para evitar la materialización de la captura, porque contrariamente, para el momento de dicha negociación la investigación era incipiente, y el mecanismo de dilación a través de la solicitud y decreto probatorio con miras a la prescripción era inviable ante la presencia en su despacho de José Reyes Rodríguez Casas, quien actuaba autónomamente instruyéndola.

Recalcó que la indagación en contra de Musa Besaile no estaba perfeccionada al punto de abrir investigación formal al momento de la salida de José Reyes Rodríguez, y que contrario a lo indicado por éste, nunca se lo informó, lo que se corrobora con la solicitud de prórroga elevada por los investigadores del caso, aprobada por la Sala Penal. Y que si bien Ana Marina Erazo apoyó el dicho de Reyes Rodríguez, contrariamente Alexandra Arévalo aclaró que al momento de la solicitud de prórroga faltaban actividades investigativas por desarrollar, las que se concretaron hasta agosto de 2016.

Planteó que las declaraciones de Lyons España y Besaile Fayad contradicen la de Moreno Rivera, en la medida que los primeros afirmaron cuáles fueron los compromisos, y dieron cuenta de haber entregado la totalidad del dinero al último, mientras que aquél afirmó que solo recibió la mitad.

Adujo que el Coordinador de la Comisión, Iván Cortés al dar cuenta de su conversación con Rodríguez Casas sobre el estado de la investigación en contra de Besaile Fayad, indicó que no le dijo que estuviera lista para dar apertura formal, sino que había avanzado.

Que de la misma situación se mostró ajeno Javier Hurtado Ramírez, quien reemplazó a Rodríguez como Magistrado Auxiliar, precisando que apenas estaba en práctica probatoria, lo que se puede constatar con la copiosa actividad que en ese sentido prosiguió.

Agregó que la carga laboral de los Magistrados de la Sala de Casación Penal era muy elevada, y se intensificó en 2016 cuando él fue su presidente, siendo consecuencia de ese elevado volumen la creación de las Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia.

Y del argumento de la acusación que el cambio de personal en el despacho fue una estrategia para retardar el curso de los procesos, dijo que Javier Hurtado, quien reemplazó a Rodríguez Casas, estuvo aproximadamente seis meses continuando con la labor investigativa, obedeciendo su cambio al perfil académico relacionado en casación, por eso lo reemplazó por José Luis Robles, profesional de altísimas calidades, que venía de ser Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, pero que enfermó de gravedad y debió ser sustituido por Guillermo Martínez Ceballos, el que también había sido designado en múltiples oportunidades como Magistrado de Tribunal, lo que descarta que fuera una

estrategia, sino el correcto y normal desarrollo del trasegar en su despacho.

En cuanto a la declaración del Magistrado Auxiliar Camilo Andrés Ruiz, indicó que su salida de la Corte obedeció a su actuar irregular, las relaciones que tenía con personas investigadas por la misma Corporación, así como su participación en el proceso seguido contra Nilton Córdoba y por ocultar información relevante de las investigaciones, como una denuncia de una ONG del departamento del Chocó en la que se decía que servidores de su despacho incidían en los procesos, de lo cual MALO se enteró con posterioridad a la salida del citado funcionario.

Aseguró que si como Magistrado Titular hubiera hecho parte de la organización delictiva, habría tenido al tanto de todas las situaciones a Camilo Andrés Ruiz, y no lo habría removido del cargo, por demás éste, en los mensajes de texto que le envió por el teléfono celular, lo tildó de honesto e íntegro como jefe, lo que luego corroboró ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, pero que cambió ante la Fiscalía General de la Nación, cuando avizó que tendría mejores beneficios en la aplicación del principio de oportunidad, insinuando que MALO FERNÁNDEZ estaba enterado y participaba de la comunidad delictual.

4. Defensor

Solicitó emitir sentencia absolutoria en favor de su

representado al criticar la construcción indiciaria empleada en la resolución de acusación, y porque al hacer una valoración integral de las pruebas, no habría lugar a la declaratoria de responsabilidad penal.

Indicó que en la acusación no se señaló la norma inaplicada o la actividad dejada de ejecutar por GUSTAVO MALO, la forma cómo se concretó en él la asociación delictiva, cuáles fueron los actos contrarios a derecho que ejecutó, especialmente, si los mismos estaban bajo la revisión de los demás Magistrados integrantes de la Sala, sin encuadrar las conductas en las normas que describen los tipos delictivos, indeterminación que vedó la opción de ejercer una correcta defensa.

A partir de la afirmación contenida en la acusación que no hay prueba directa de la entrega u ofrecimiento de dádivas a MALO FERNÁNDEZ, ni de actos de corrupción ejecutados por él, cuestionó la forma en que se predica su responsabilidad al incurrirse en la falacia argumentativa de petición de principio, pues los hechos indicadores no están probados, los testigos carecen de credibilidad y nunca afirmaron haber presenciado actos corruptos de parte del enjuiciado, mediando allí un falso juicio de existencia.

En cuanto a la presunta entrega de dineros o dádivas a favor del procesado, indicó que Luis Gustavo Moreno Rivera nunca reveló haber presenciado un acto de tal naturaleza, siendo infundada la explicación que dio al entender que se direccionaba por Francisco Ricaurte, sin que el hecho de

haber compartido eventos sociales derive en la participación de su defendido en las conductas delictivas de las que Ricaurte hizo parte, ni se puede concluir que los supuestos gastos en el Festival de la Leyenda Vallenata del año 2015, sufragados con los ingresos de los actos de corrupción, tuvieran como destinatario al aquí acusado, especialmente, porque Luigi Reyes, Magistrado del Tribunal Superior de Valledupar, declaró haber extendido esa invitación a MALO FERNÁNDEZ, asumiendo de su cuenta los gastos de traslado y hospedaje, sin que tal evento pueda considerarse indicativo de concertación delictiva, porque se trata de un festival internacional, abierto al público y lícito, al cual fue su defendido en compañía de su esposa y hermano, por demás, se descarta que en ese contexto se abordaran asuntos ilícitos como los planteados por Luis Gustavo Moreno Rivera.

Que también de la reunión de cumpleaños celebrada en el municipio de Garagoa (Boyacá), en la que se aduce se provocó el contacto entre el Magistrado Auxiliar Camilo Andrés Ruiz y Luis Gustavo Moreno Rivera para derivar intervenciones ilícitas en otros procesos a cargo del citado Magistrado Auxiliar, se descarta que haya sido inducida por MALO FERNÁNDEZ, ya que las actividades propias del *concierto para delinquir* del que habló el testigo principal de la acusación, fueron desconocidas por el procesado, de manera que la actividad delictiva de Camilo Andrés Ruiz fue ajena al consentimiento del enjuiciado, pues de forma autónoma transó con Moreno Rivera la dilación procesal de dos investigaciones a su cargo, actuar irregular por el cual precisamente fue removido como Magistrado Auxiliar y que

de haber sido su compañero delictivo, tendría temor de ser denunciado y expuesto en retaliación por dicho servidor.

Que así solamente Luis Gustavo Moreno Rivera dio cuenta de una supuesta relación de corrupción entre Francisco Ricaurte y GUSTAVO MALO, pero no le consta haberla observado ya que todo lo conocía por cuenta de Ricaurte, y contrariamente, éste negó toda actividad ilícita de su parte con cualquiera de los servidores de la Corte, incluyendo a su amigo aquí procesado, quedando insular y sin soporte probatorio tal aseveración de Moreno.

De otra parte, subrayó que según Ashton Giraldo mientras el proceso estuvo en el despacho de MALO FERNÁNDEZ y a cargo de José Reyes Rodríguez Casas, el curso fue profuso, por lo que contrario al cumplimiento de un convenio ilícito, lo que se evidencia es el ejercicio correcto de la actividad que le correspondía a su asistido.

Y que de ser cierta la afirmación que el retiro del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas fue el cumplimiento de los compromisos de la organización delincinencial con miras a torpedear el curso de las investigaciones en contra de Musa Besaile Fayad y Ashton Giraldo, ello habría ocurrido desde el año 2012, cuando asumió la primera de estas investigaciones.

Con base en lo anterior, concluyó que los testigos Moreno Rivera y Rodríguez Casas mintieron, porque la actuación en contra de Musa Besaile llegó al despacho de su

asistido en julio de 2014, y si el Magistrado Auxiliar fue retirado el 30 de julio de 2015, no había mérito suficiente para la vinculación penal del aforado, ni la expedición de orden de privación de libertad.

Destacó que no se advierte la intención de MALO FERNÁNDEZ de torpedear el trámite procesal cuando todos los integrantes de la Sala firmaron las decisiones con las cuales se les concedió a los investigadores un término adicional para que cumplieran sus labores, y en el período comprendido entre el 24 de noviembre de 2015 y el 30 de septiembre de 2016 cuando Moreno Rivera se desempeñó como defensor de Musa Abraham Besaile Fayad, no se evidenció actuación tendiente a la clausura del referido proceso.

Citó los informes rendidos por Rodríguez Casas a MALO FERNÁNDEZ, entre el 29 de agosto de 2014 y el 1° de julio de 2015, resaltando que en todos da cuenta del decreto probatorio, la complejidad del asunto, sin que hubiera anunciado la posibilidad de dar apertura formal al proceso, ni de ordenar la privación de la libertad de Besaile Fayad.

Y en cuanto a las razones por las cuales el procesado le pidió la renuncia a Rodríguez Casas, afirmó que fueron ajenas a cualquier tipo de compromiso con los investigados por su Despacho, o con el ánimo de poner trabas a los procesos que allí se surtían, sino únicamente por el ejercicio de su discrecionalidad administrativa respecto de un cargo que es de libre nombramiento y remoción.

Desdijo también del testimonio de Ana María Erazo ya que alineó su dicho con el de José Reyes Rodríguez Casas, pero sin considerar su obligación como policía judicial de entregar a tiempo sus informes, entrando incluso en contradicción con la supuesta eficiencia probatoria de lo recaudado hasta la salida del referido Magistrado Auxiliar, pues pidió mayor plazo para ejecutar sus funciones, lo que aceptó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Resaltó que en el proceso contra Musa Besaile, el 24 de noviembre de 2015, se le reconoció personería jurídica a Luis Gustavo Moreno Rivera como abogado suplente, momento para el cual José Reyes Rodríguez Casas ya no era Magistrado Auxiliar y que los avances probatorios y procesales luego de su salida de la Corte denotan que era necesaria una mayor instrucción a efectos de abrir la investigación.

Estimó el defensor que la declaración de Luis Gustavo Moreno Rivera no es prueba directa que su asistido cumpliera al retrasar el caso de Musa Besaile, comoquiera que en el referido asunto no había un Magistrado Ponente. Quienes impartieron las órdenes de impulso fueron distintos Magistrados, entre ellos, quienes fungieron como presidentes de la Sala, en tanto que las providencias de mayor relevancia debían ser firmadas por todos los integrantes de la Sala.

Y que entre el auto de apertura de indagación previa y la resolución de situación jurídica transcurrieron más de

once (11) años, de los cuales el proceso estuvo bajo custodia de MALO FERNÁNDEZ entre el 4 de junio de 2014 y el 28 de septiembre de 2017, por lo que de llegar a la conclusión de un prevaricato por omisión, todos los integrantes de la Sala de Casación Penal habrían estado incurso en la misma conducta.

Para sustentar la afirmación que en el proceso contra Musa Abraham Besaile no había un Magistrado Ponente, citó el auto de 12 de septiembre de 2017, suscrito por MALO FERNÁNDEZ en el cual señaló que, tratándose de investigaciones contra miembros del congreso por hechos ocurridos antes del 29 de mayo de 2008 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia actuaba en pleno, y para optimizar el tiempo y los recursos internamente se distribuyeron las tareas investigativas con delegación a Magistrados Auxiliares de algunos despachos, siendo los del suyo quienes ejercieron dicha tarea en el proceso 27700, que finalmente le fue asignado a comienzos de 2017, pero que por el escándalo que generó esta actuación, el 14 de septiembre se apartó del conocimiento del caso, lo que fue aprobado por la Sala el 28 de septiembre siguiente.

Tocante a la presunta entrega de información privilegiada, indicó que no se aclaró a qué tipo de datos correspondía la misma, pues la reserva que tienen las investigaciones en el marco de la Ley 600 de 2000, no es predicable a los defensores, quienes tienen acceso a toda la carpeta desde las diligencias preliminares, por lo que no necesitaba acudir a medios subrepticios para hacerse a la

misma, y siendo Luis Ignacio Lyons España el defensor de Besaile Fayad desde el año 2007, a su amigo Luis Gustavo Moreno Rivera le era fácil obtener la información por su intermedio.

Que incluso en el concontrainterrogatorio Moreno Rivera no atinó a decir cuál era la información reservada que le habría sido revelada, pues aquella de la que dio cuenta como radicaciones y actuaciones procesales es de público conocimiento.

De otro lado, en relación con el caso de Álvaro Antonio Ashton Giraldo, indicó que para el 25 de septiembre de 2017, momento en que la actuación se encontraba en el despacho del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, fue elaborado un informe en el que se puso de presente el estado de la actuación reflejando la necesidad de continuar con la investigación, lo que permite concluir que no había mérito suficiente para dar apertura formal, ni para ordenar la captura del aforado.

Insistió en que de haber sido cierta la coordinación delictiva, MALO FERNÁNDEZ le habría contado a Francisco Ricaurte que el abonado celular de Álvaro Antonio Ashton Giraldo estaba interceptado, para que se lo hicieran saber y evitaran el contacto, lo que no sucedió ya que ellos siguieron sosteniendo comunicación telefónica.

En criterio del defensor, Moreno Rivera en sus distintas versiones coincidió con lo que describía en sus textos sobre

falsos testigos al alimentar su información con lo que afirmaban los demás declarantes tanto judicial como extrajudicialmente a través de los medios de comunicación, lo que se verifica cuando empleó términos idénticos a los expresados por aquellos, y cuando llegó a conclusiones que ellos no advirtieron.

Aseguró que al comparar el dicho de Rodríguez Casas con el de Oswaldo Madarriaga, se establece que éste último fue honesto en sus acercamientos al Magistrado Auxiliar, nunca estuvo determinado a influenciar sus actuaciones o decisiones, sin que el acusado hubiere mediado para que adelantara algún tipo de gestión frente a aquél, especialmente, porque sus funciones como judicante estaban direccionadas por el propio Rodríguez Casas y otros Magistrados Auxiliares del mismo despacho.

Por último, resaltó las manifestaciones de los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con que durante el tiempo en que MALO FERNÁNDEZ fue su compañero, las decisiones no se suscribían bajo el principio de confianza, sino con el estudio minucioso de cada caso, teniendo la opción de apartarse de su contenido a través de los salvamentos de voto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Proemio

En los albores de nuestra vida republicana, fue en la

Constitución Política de 1821 cuando se habló por primera vez de una “*Alta Corte de Justicia*”, ubicada en la cúspide la organización judicial. Luego, en la Constitución de 1832 se le denominó Corte Suprema de Justicia —como se le conoce hasta nuestros días—, encomendándole desde ese entonces la especial tarea de conocer de las “*causas de responsabilidad*” de altos funcionarios.

En la Constitución Nacional de 1886 se le asignó también la excelsa misión de conocer del recurso de casación, tal y como desde 1780 se había implementado en Francia con el Tribunal de Casación, que como hijo de la Revolución Francesa⁸, imbuido de los principios de separación de poderes, buscó un autocontrol al interior del poder judicial a fin de centralizar la interpretación de las leyes, lo que luego se traduciría en el cometido de unificar la jurisprudencia.

Esa función casacional de origen constitucional de nuestra Corte cumple ya 135 años, labor enriquecida con el modelo de Estado social y democrático de derecho adoptado en la Constitución Política de 1991, ya que en acatamiento de los fines esenciales del Estado, entre ellos, el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución⁹ la Corporación,

⁸ En Francia a través del Decreto de 27 de noviembre de 1790 se creó el Tribunal de Casación, no bajo el modelo del antiguo Régimen (*Ancien Régime*), como recurso al que acudía el Rey para su propio beneficio, sino como el encargado de anular la sentencia si advertía que iba en contra de la ley a fin de que el órgano emisor de la decisión proveyera de nuevo.

⁹ ARTICULO 206. FINES DE LA CASACION. “La casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y

desligándose del principio de limitación que rige ese recurso extraordinario, ha ido más allá de lo planteado por el demandante en casación y, con claro papel activo y protector de los derechos fundamentales, ha casado de oficio las sentencias al advertir su contrariedad con la Constitución o la ley¹⁰ o encontrar al interior del trámite judicial algún vicio trascendente y lesivo de las garantías o de la estructura procesal¹¹.

La Corte como uno de los bastiones del modelo democrático y ante las tres características que la definen: *i)* máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, *ii)* tribunal de casación y *iii)* conocimiento de las conductas de los altos funcionarios (aun cuando se le han encomendadas otras funciones), se ha constituido en el faro al que no solo ha mirado la academia, la judicatura, sino, principalmente, la sociedad anhelante de la realización de justicia.

Acciones a lo largo de su historia han hecho que la Corte Suprema de Justicia ofrezca confianza institucional en el conglomerado social. Cómo no rememorar, por ejemplo, el lapso de 1936 a 1940, la que se denominó “*Corte de Oro*”, cuando rompió la historia de la juridicidad al apartarse del carácter meramente técnico de la ley sembrando nuevos principios al resaltar el papel creador de derecho a partir de la jurisprudencia. También recordar su intervención

además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada”.

¹⁰ Artículo 181. “*Procedencia*. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales...”

trascendental, bajo su otrora función constitucional, cuando el 24 de noviembre de 1990¹² al declarar constitucional el decreto que al amparo del Estado de Sitio convocaba a votar por una Asamblea Constitucional, permitió que el movimiento ciudadano que espontáneamente abogaba por el cambio constitucional conocido como la “*séptima papeleta*”, viera sus frutos, cimiento de la expedición de un nuevo texto superior que ha regido nuestros caminos desde el 4 de julio de 1991.

También en su función de juzgamiento de altos dignatarios la Sala Penal, sin molicie alguna, ha enfrentado con sus investigaciones y decisiones el contubernio gestado entre sectores de la clase política y grupos armados al margen de la ley, en lo que se ha llamado coloquialmente “*parapolítica*” y “*farcpolítica*”, solo por dar unos ejemplos.

Para tal labor no ha tenido sesgo alguno, en su papel protector de derechos, pues incluso, previo a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018 y en cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia C-545 de mayo 28 de 2008, modificó su Reglamento, a través del Acuerdo 001 del 19 de febrero de 2009, para separar las funciones de investigación y juzgamiento en los trámites contra aforados cometidos a partir del 29 de mayo de 2008, disponiendo que tres Magistrados se encargaran de la instrucción en tanto que los seis restantes lo hicieran de la fase de la causa.

¹² CSJ Sala Plena Sentencia N° 59 24 nov. 1990 Expediente No. 2149 (334-E).
Revisión Constitucional del Decreto Legislativo 927 de mayo 3 de 1990.

A esa institución, el 18 de octubre de 2012, llegó el doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, portador de la cédula de ciudadanía 9.091.852, nacido en Cartagena (Bolívar) el 24 de septiembre de 1954, hijo de Abelardo Malo David y Luz Marina Fernández Laguna, y esposo de Estela Matilde Benítez Morales, de cuya unión hay dos hijas.

Abogado de profesión, especializado en ciencias penales y criminológicas, con vasta experiencia al servicio de la judicatura como Juez Segundo Penal Municipal de Magangué, Juez Noveno de Instrucción Criminal de Mompóx, Juez Quinto de Instrucción Criminal y Juez Tercero Superior, ambos cargos de Cartagena, así como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, sumado al ejercicio de la docencia universitaria al servicio de diferentes instituciones educativas e incluso en la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

El 3 de abril de 2018 fue apartado de sus funciones por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y en virtud de la Resolución 001 de 13 de diciembre de 2018 del Senado de la República, mediante la cual admitió la acusación proferida por la Cámara de Representantes, fue suspendido del cargo hasta la culminación de su período.

2. Competencia

El artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 235 de la Constitución Política, atribuye a la Corte Suprema de Justicia la competencia para juzgar a

los altos funcionarios de que trata el artículo 174 del texto superior¹³, previo el procedimiento de los juicios que se siguen ante el Senado establecido en los numerales 2° y 3° del artículo 175 *ibídem*.

En relación con los juicios especiales que se siguen ante el Congreso de la República contra los altos funcionarios, el artículo 449 de la Ley 600 de 2000 dispone que en aquellos eventos en los cuales el Senado admite la acusación de la Cámara de Representantes por delito común o que tenga pena diferente a la pérdida del empleo o cargo público, el acusado queda a disposición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para surtir la fase de juicio.

Una interpretación armónica del artículo 75, numeral 5° y 449, inciso 2° de la Ley 600 de 2000, con las modificaciones introducidas al artículo 235 superior por el Acto Legislativo 01 de 2018, permite concluir que corresponde a esta Sala Especial el juzgamiento en primera instancia del Presidente de la República o quien haga sus veces, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y del Fiscal General de la Nación, en tanto que la segunda instancia compete a la Sala de Casación Penal.

¹³ Artículo 174. “Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

Bajo esta perspectiva, como las conductas atribuidas al doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ lo fueron bajo su condición de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala Especial está facultada constitucional y legalmente para proferir la sentencia de primera instancia en el proceso que se adelanta en su contra, ya que fue acusado por delitos comunes o que comportan penas distintas a la pérdida del empleo o cargo público.

3. Requisitos de procedibilidad para el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado

Acorde con el numeral 3° del artículo 178 de la Constitución Política¹⁴, en concordancia con los artículos 419 y siguientes de la Ley 600 de 2000, corresponde a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes adelantar de oficio o con ocasión de denuncia, queja o informe de autoridad competente, la instrucción contra los altos funcionarios del Estado por conductas cometidas en el desempeño de sus funciones y que sean constitutivas de indignidad, mala conducta o delito común.

Con dicho propósito, el presidente de la Comisión designa un representante investigador quien, de encontrar mérito para ello, profiere auto de apertura de investigación con el fin de esclarecer los hechos, sus circunstancias y

¹⁴ Artículo 178, numeral 3° “Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación”.

establecer sus autores y partícipes (artículos 423, 424 y 425, Ley 600 de 2000), y si encuentra por lo menos un indicio grave de que el denunciado es autor o partícipe del hecho que se investiga, se le vincula formalmente a la actuación mediante indagatoria (artículo 334 Ley 5ª de 1992). Agotada la investigación, pone a disposición de la Comisión el proyecto de resolución de acusación o en su defecto, de preclusión de la investigación, conforme los requisitos sustanciales y formales de estas dos formas de calificación contempladas en la Ley 600 de 2000 (artículo 395).

El proyecto de calificación se somete a votación en la Comisión de Investigación y Acusación para determinar si lo acoge o rechaza. De rechazarse, se designa nuevo representante para que elabore el proyecto; de ser acogido, el asunto se discute en plenaria de la Cámara de Representantes (artículos 342 y 343, Ley 5ª de 1992).

Si la Corporación aprueba la preclusión de la investigación, se archiva el expediente. Por el contrario, si lo aprobado es la resolución de acusación, las diligencias se envían a la Comisión de Instrucción del Senado. Allí se designa un senador instructor encargado de elaborar el proyecto para admitir o rechazar la acusación emitida por la Cámara que, de ser acogido por la Comisión, se debate en la plenaria del Senado (artículos 344, 345 y 346, *idem*).

Con la admisión de la acusación por la plenaria del Senado da inicio a la etapa de juzgamiento (artículo 347

ibídem), de conformidad con los pasos señalados en los numerales 2° y 3° del artículo 175 de la Constitución Política:

2°.- Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la destitución del empleo o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

3°.- Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

En este orden, la intervención de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función atribuida por el artículo 235 de la Constitución Política en estos casos se da cuando: *i)* la Cámara de Representantes ha proferido acusación; *ii)* la misma ha sido aprobada por el Senado de la República; y *iii)* se procede por conductas delictivas cometidas por el aforado en el ejercicio de funciones cuya pena sea distinta a la destitución del empleo, privación temporal o pérdida absoluta de derechos políticos, o se proceda por delitos comunes.

Tales presupuestos constituyen un requisito de procedibilidad establecido con el fin de preservar la autonomía de los cargos amparados con el fuero constitucional, por ser un trámite procesal especial reglado que impone, previo a la iniciación de la causa, la necesidad

de determinar la procedencia del juicio penal por un órgano distinto al jurisdiccional ordinario, como claro mecanismo para preservar el equilibrio de poderes.

Dado que el fuero es de naturaleza funcional y no personal, al atender la importancia de las funciones públicas que el cargo conlleva y no al servidor público que ostenta la dignidad, la Corte Constitucional en sentencia C-222 de 1996, cuando confrontó con el texto superior la Ley 5ª de 1992, por la cual se expidió el Reglamento del Congreso, en relación con la intervención de la Cámara de Representantes y el Senado en los juicios contra el Presidente de la República y los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute —conforme al artículo 175 numerales 2º y 3º ya descritos—, destacó que para los efectos de acusar se trata de una propia función judicial, trámite que se constituye en requisito de procedibilidad para que pueda producirse la actuación ante la Corte Suprema de Justicia.

Precisamente el artículo 175 de la Constitución Política respecto de los juicios que siguen ante el Senado fija las siguientes reglas:

1. Cuando la acusación es públicamente admitida, el funcionario queda de hecho suspendido de su empleo.

2. Si la acusación aborda delitos cometidos en ejercicio de funciones o por indignidad por mala conducta, el Senado solo puede imponer la destitución del empleo o la privación

temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero si los hechos constituyen una infracción que merezca otra sanción, se le seguirá al procesado juicio penal ante la Corte Suprema de Justicia.

3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limita a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pone al acusado a disposición de la Corte Suprema.

4. Si el Senado adelanta la instrucción y se reserva el juicio, la sentencia definitiva se pronunciará en sesión pública por los dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes.

En este caso, para establecer la naturaleza de las conductas por las que se procede, del citado artículo 175 superior se derivan las siguientes hipótesis: *i)* las no delictivas que constituyen indignidad; *ii)* las delictivas cometidas en ejercicio de funciones cuya pena consiste en la destitución del empleo, privación temporal o pérdida absoluta de derechos políticos; *iii)* las delictivas realizadas en ejercicio de funciones con penas distintas a las anteriormente anunciadas (v.gr. prisión, multa, privativas de otros derechos); y *iv)* las constitutivas de delitos comunes.

En los dos primeros eventos, solo cabe el juicio político ante el Senado de la República, conforme lo establecen los artículos 449 y siguientes de la Ley 600 de 2000 y 347 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. En la tercera hipótesis

procede tanto el juicio político ante el Senado como el de responsabilidad ante la Corte Suprema, en tanto que en la cuarta, solo es viable éste último.

La Sala de Casación Penal ha indicado que los delitos funcionales son aquellos cometidos precisamente con abuso de la función, para diferenciarlos de los delitos comunes en los cuales ella no está involucrada: *“Esta comprensión consulta la teleología y lógica de la reglamentación, de la que aparece claro que el concepto de delito común se utiliza para contraponerlo al de delito cometido en ejercicio de funciones, con el fin de cubrir todas las posibles conductas merecedoras de sanción en las que puede incurrir un servidor público (funcionales no delictivas, funcionales delictivas y delictivas no funcionales), a la luz de lo preceptuado en el artículo 6 de la Constitución Nacional¹⁵.*

La acusación proferida en contra del otrora Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ comprende los ilícitos de *concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a secreto o reserva*. Las cuatro primeras conductas tipificadas como punibles en el Código Penal prevén sanciones privativas de la libertad, pecuniarias y de inhabilitación ciudadana, en tanto que la última, además de consagrar la pérdida del empleo o cargo público, establece concurrentemente la pena pecuniaria.

Excepto el *concierto para delinquir* que atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública y se enmarca en los

¹⁵ CSJ AP 18 abr. 2017, rad. 48965.

llamados delitos comunes, todas los demás ilícitos objeto de acusación están relacionados con afrentas a la administración pública, por ello, son delitos funcionales, en tanto requieren que el sujeto agente ostente la calidad de servidor público y que la conducta se ejecute con abuso de sus funciones.

Bajo este panorama, procede el juicio de responsabilidad penal ante esta Corporación, por cuanto la Cámara de Representantes acusó a MALO FERNÁNDEZ por conductas delictivas presuntamente cometidas en ejercicio de sus funciones como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, que comportan penas diversas a la destitución o pérdida de derechos políticos, y por un delito común, pliego de cargos que fue aprobado por el Senado de la República.

4. Observaciones al auto de acusación

El trámite adelantado en el Congreso de la República, si bien debe responder a las mismas garantías constituidas para los procesos penales ordinarios, no comparte cabalmente su naturaleza con la instrucción que se surte ante la Fiscalía General de la Nación o la que se lleva a cabo en la Sala Especial de Instrucción de la Corte respecto de ciertos aforados.

En efecto, el asunto que ahora ocupa la atención de esta Sala Especial tiene que ver con el previsto para altos funcionarios del Estado investigados por la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes con un procedimiento especial diverso del ordinario que, en

procura de preservar la autonomía de los cargos amparados con el fuero, se surte por normas procedimentales especiales y solo frente a vacío de éstas, por remisión expresa, da lugar a la aplicación de las normas relativas al proceso ordinario.

Así, se trata de un procedimiento especial instituido con el propósito de definir, previo al debate propiamente jurídico, la procedencia subjetiva del juicio penal como condición para que la Corte Suprema intervenga en la actuación en los términos del artículo 235 de la Constitución Política y que, por lo tanto, no puede someterse al mismo escrutinio al que está expuesta la resolución de acusación emitida por el funcionario instructor en un proceso ordinario, principalmente, por ostentar ese trámite su doble connotación de reproche jurídico y político.

La Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1996, cuando analizó algunas disposiciones de la Ley 5ª de 1992 y el artículo 469 del Decreto 2700 de 1991 relativos a las funciones investigativas de la Cámara de Representantes señaló que: *“En los eventos en que la materia de acusación recae sobre hechos presuntamente delictivos, la competencia de la Cámara se limita a elevar ante el Senado la acusación respectiva o a dejar de hacerlo para que decida si hay lugar o no al seguimiento de causa, a fin de poner al acusado a disposición de la Corte suprema de Justicia, sin que dicha actuación comporte la absolución o condena de los funcionarios con fuero constitucional, lo que corresponde definir a la Corte Suprema de Justicia en sentencia definitiva”*.

Y frente a la doble naturaleza predicable de los juicios especiales adelantados ante el Congreso de la República,

también en sentencia de unificación de tutela, cuyos efectos trascienden inter partes a toda la comunidad para preservar el derecho a la igualdad en casos similares, SU 047 de 1999 la Corte Constitucional indicó que: *“... si bien el Congreso ejerce funciones judiciales, y los procesos contra los altos dignatarios tienen, cuando se trata de delitos, una naturaleza eminentemente judicial, no por ello deja de tratarse de una indagación adelantada por el órgano político por excelencia... la naturaleza política es propia de este procedimiento, entre otras porque la remoción de su cargo de los altos dignatarios, es un hecho que tiene consecuencias políticas inevitables y profundas.*

Los juicios ante el Congreso por delitos de los altos dignatarios, si bien son ejercicio de una función judicial, por cuanto imponen sanciones y configuran requisito de procedibilidad de la acción propiamente penal ante la Corte Suprema, conservan una inevitable dimensión política, por lo cual, en ellos, los congresistas emiten votos y opiniones que son inviolables”.

Con base en lo expuesto, advierte esta Sala que, aunque desprovisto del rigor en el análisis de todos los elementos de naturaleza procesal penal, el auto de acusación que emitió la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes contra el Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ contiene decantados y comprensibles los presupuestos de hecho que motivaron el llamamiento a juicio con la calificación jurídica provisional de las conductas endilgadas, elementos que constituyen el marco dentro del cual se adelantará el análisis, de cara a proferir sentencia.

Y en cuanto a la queja formulada por el procesado y su defensor, que sin solicitar la nulidad procesal expresan posibles irregularidades lesivas de las garantías fundamentales, la Sala no advierte en el trámite adelantado por el Congreso de la República dislate generador de lesión de derechos o garantías fundamentales del procesado, que ameritara la declaración de nulidad, tal y como lo consideró en su momento en la audiencia preparatoria destinada para tal, postura que ahora mantiene¹⁶.

Tampoco avizora en la providencia acusatoria las irregularidades denunciadas por el procesado y su defensor relativas a deficiencias en la estructuración de la prueba indiciaria, o indebida o deficiente cita normativa, ya que deviene claro que, como ya se anotó, la acusación que profiere la Cámara de Representantes y avala el Senado de la República no está sometida al mismo examen al que está expuesta la resolución de acusación en un proceso ordinario, toda vez que en estos casos el Congreso si bien actúa en ejercicio de funciones jurisdiccionales, no por ello queda desprovista esa labor de la naturaleza política propia de las funciones congresuales, en tanto supone la valoración sobre conductas punibles o constitutivas de indignidad atribuidas a altos dignatarios, lo que además de conllevar innegables consecuencias políticas, justifica la implementación del fuero, en protección de la función pública y el buen funcionamiento del Estado.

¹⁶ CSJ AEP00059-2019, rad. 00094.

En cuanto a los reparos que en la fundamentación de la acusación hace la defensa, si bien no se discute que en la lógica del razonamiento no compagina el sofisma de petición de principio (*petitio principii*), el cual ocurre cuando se da como cierto o demostrado aquello que se debía probar, pero la queja del defensor relacionada con que la acusación incurrió en ello no tiene asidero, porque claramente se advierte el recuento probatorio del cual mediante prueba circunstancial se acreditó el estándar necesario para convocar a juicio al Magistrado MALO FERNÁNDEZ, pues el mismo defensor señala que se tomaron únicamente seis de las múltiples pruebas enlistadas.

La queja que también cifra la defensa por la ausencia de valoración de algunos de los elementos de convicción recaudados a lo largo de la investigación, debe indicarse que ello no afecta el debido proceso, pues aunque el mandato del artículo 238 de la Ley 600 de 2000 impone al juzgador evaluar las pruebas en su conjunto, el sistema de libre apreciación, en concordancia con el principio de libertad probatoria, le permiten fundamentar su conocimiento en los elementos de convicción oportuna y legalmente allegados al proceso, con descarte de aquellos que no le merecen crédito.

Sobre este tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte ha insistido en que no es menester el pronunciamiento cabal de todos los elementos de convicción que obren en el diligenciamiento, toda vez que en virtud del principio de selección probatoria, el operador judicial solo debe analizar los que estime son base de su decisión, precisamente, en el sistema de persuasión racional el elemento cuantitativo no es

el fundamental, sino el cualitativo en relación con el poder suasorio o valor demostrativo de las pruebas.

Para la Sala, el auto de acusación contiene los elementos mínimos requeridos en punto de la imputación fáctica circunstanciada, la cual además de ser entendible para cualquier lego en la materia, fue conocida oportuna y suficientemente por la defensa, cabal entendimiento que se revela en los presupuestos de hecho que han sido objeto de debate a lo largo de la causa, la misma contra la cual tanto el procesado y su defensor han elevado pretensiones probatorias, interpuesto recursos y presentado alegaciones.

El trámite adelantado en la fase de juicio ante esta Sala ha versado irrestrictamente sobre la imputación fáctica atribuida a MALO FERNÁNDEZ, con fundamento en la cual, además, se ha mantenido la imputación jurídica provisional sin que se hubiera advertido la necesidad de acudir a la aplicación del instituto contenido en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 para su variación.

Así las cosas, no se advierte alguna trascendencia para el objeto de la presente decisión las falencias a las que alude la defensa, en tanto se reitera, el objeto del análisis que ahora abordará la Sala estará delimitado por el principio de congruencia con base en la prueba recaudada sometida a los principios que rigen el sistema de persuasión racional.

De otra parte, no se encuentra pretermisión del principio de investigación integral en la crítica del procesado y su

defensor por no haber decretado las pruebas pedidas por ellos para establecer el alto patrimonio de Luis Gustavo Moreno Rivera o si con anterioridad ejecutó este tipo de conductas, porque si bien anotan que con ellas se hubiera podido establecer que aquél actuó solo y no necesitaba pertenecer a una organización, deviene claro que por tratarse de un eventual comportamiento anterior del aludido abogado, no tendría incidencia en este asunto.

Ni se avizora la utilidad de la declaración del Exmagistrado de la Sala Laboral, Gustavo López, que también echa en falta el doctor MALO FERNÁNDEZ para exponer el motivo por el cual compartió su estadía en Valledupar para el Festival de la Leyenda Vallenata de 2015 con el doctor Francisco Ricaurte, pues no guarda ilación con las conductas punibles endilgadas.

Y si bien por principio general, el no investigar pruebas que favorezcan al inculpatado puede constituir un dislate procesal y afectar el derecho de defensa, ya que bajo la normatividad que rige este asunto es pilar fundamental establecer la verdad de los hechos, lo cual se logra mediante un ejercicio imparcial y objetivo a fin de recopilar elementos de juicio necesarios para acreditar la realidad de lo acontecido y acopiar las que beneficien al procesado, aquí, tal y como ya fue considerado al negar las pruebas pedidas por la defensa, no se advierte cómo esos elementos arrojarían efectos favorables para el enjuiciado, por demás, las solicitudes probatorias de la defensa ya fueron atendidas en

su momento, por lo que una nueva discusión en tal sentido no tiene cabida a esta altura procesal.

5. Requisitos para condenar

El inciso 2° del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 exige para emitir condena que los medios de convicción legal, regular y oportunamente allegados a la actuación permitan arribar a la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad atribuible al procesado.

A su turno, el artículo 234 del mismo estatuto procesal señala que el ejercicio de la función jurisdiccional tiene como fin último determinar la verdad real de lo acontecido, para lo cual el funcionario judicial averiguará las circunstancias demostrativas de la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado, así como las que tiendan a demostrar su inocencia.

Los citados mandatos se erigen en garantía del cabal cumplimiento del principio universal de presunción de inocencia¹⁷, como límite real y efectivo al poder punitivo del Estado, en el que recae la carga procesal de desvirtuarla, de ahí que el inciso 2° del artículo 7° de la Ley 600 de 2000, disponga que toda duda debe resolverse en favor del procesado, expresión legal del principio universal *in dubio pro*

¹⁷ Establecido como garantía fundamental en el artículo 29, inciso 4° de la Constitución Política, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Art. 8.2), entre otros Instrumentos Internacionales, y desarrollado también legalmente en el artículo 7° de la Ley 600 de 2000.

reo, conforme con el cual, cuando el juez no alcanza el grado de conocimiento exigido para condenar, emerge ineludible la absolución del procesado.

Esa verdad busca la reconstrucción más cercana posible de todas las circunstancias que rodearon la conducta para determinar si la misma resulta típica, antijurídica, culpable y punible, pues como lo ha destacado la Sala de Casación Penal de esta Corporación: *“No resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.*

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”¹⁸

Así, la presunción de inocencia resulta violentada cuando la declaración de responsabilidad penal del procesado no se decanta en las pruebas allegadas, o su valoración no consulta los postulados de la sana crítica. Y aunque tal presunción

¹⁸ CSJ SP, 16 abr. 2015, Rad. 43262.

puede derruirse mediante prueba de cargo que acredite la ocurrencia fáctica de la conducta y su compromiso en la misma, tiene su realización plena con el principio de resolución de duda cuando al no mediar la certeza se genera un grado de conocimiento de incertidumbre, imponiéndose, por ende, la absolución.

Por eso, con miras a determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos los citados presupuestos, la Sala Especial analizará cada una de las conductas endilgadas al otrora Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ para verificar si las mismas se adecuan a la descripción típica de los punibles por los que se le acusó, y si devienen en antijurídicas y culpables, a fin de predicar o no su responsabilidad en ellas.

5.1. Precisiones preliminares

5.1.1. Por efectos metodológicos y en procura de salvaguardar la indemnidad de la garantía a la presunción de inocencia de quienes son nombrados en varias declaraciones, algunos que aún se encuentran con procesos penales en curso, es menester advertir que la valoración probatoria estará limitada por el contenido de las piezas obrantes y directamente vinculada con los hechos investigados que comprometen exclusivamente al Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, sin que las afirmaciones que se citen en este proveído constituyan una conclusión del compromiso de esas otras personas.

5.1.2. Esbozado como se encuentra el núcleo básico de la imputación proferida, así como la calificación jurídica hecha en el auto de acusación, tal marco y límite se respetará en la sentencia, en acatamiento al principio de congruencia, como relación de conformidad personal, fáctica y jurídica.

5.2. Contexto procesal de las diligencias cuestionadas

5.2.1. Caso del Congresista Álvaro Antonio Ashton Giraldo

De acuerdo con el artículo 322 de la Ley 600 de 2000, el carácter teleológico de la investigación previa, cuando hay duda de la apertura de formal instrucción, es determinar si ha ocurrido la conducta, si está prevista como punible, si media alguna causal de ausencia de responsabilidad, si se satisface el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal, así como recaudar pruebas tendientes a individualizar o identificar a los autores o partícipes de la conducta punible.

Con base en ello, en contra del Congresista Ashton Giraldo cursaba la indagación previa 39768 por hechos relacionados cuando fue Representante a la Cámara en el periodo 2002-2006 por posibles vínculos con el frente “José Pablo Díaz” del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia, la incidencia de tal agrupación en el proceso legislativo que arrojó la Ley 975 de 2005, su campaña al Senado de la República para el periodo constitucional 2006 y el manejo del Hospital Materno Infantil de Soledad-Atlántico.

Tal actuación fue repartida el 24 de agosto de 2012, disponiendo adelantar la indagación previa el 10 de octubre siguiente, actos que antecedieron al arribo del doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, ya que asumió tal cargo el 18 de octubre de ese año.

El 25 de octubre siguiente, el doctor MALO FERNÁNDEZ reconoció al abogado Luis Ignacio Lyons España como defensor, luego de lo cual se aprecian autos adoptados por todos los integrantes de la Sala, toda vez que por tratarse de hechos acaecidos antes del 29 de mayo de 2008 no le era aplicable el Acuerdo 001 del 19 de febrero de 2009, que separó las funciones de investigación y juzgamiento al interior de la misma Sala.

En tales proveídos se ordenó la práctica de pruebas de 23 de noviembre de 2012; 6 de marzo y 16 de octubre de 2013; y 23 de enero de 2014. Así mismo, obran las providencias emitidas solo por el aludido Magistrado de 27 de noviembre de 2012 con la cual comisionó al Cuerpo Técnico de Investigación para recepcionar un testimonio, y del 1° de julio de 2014 que reconoció como defensor suplente a Ernesto Pavel Santos Vélez.

También obran varias pruebas practicadas por el Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, declaraciones del 20 y 28 de noviembre de 2012; 30 de octubre de 2013; 3 de febrero, 3 de abril de 2014, así como

inspecciones judiciales del 28 al 31 de octubre de 2012; 23, 27 al 29 de enero, 3 y 4 abril de 2014.

Por decisión adoptada el 28 de mayo de 2014 (Acta N° 162), la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia dispuso la redistribución de procesos a cargo de la Comisión de Apoyo Investigativo encargada de los procesos contra aforados, en lo que se llamó regionalización de la siguiente forma:

REGIÓN	DEPARTAMENTOS
Andina	Córdoba, Antioquia, Risaralda, Caldas, Quindío, Tolima, Huila, Cundinamarca, Boyacá y Norte de Santander.
Caribe	Guajira, Cesar, Magdalena, Atlántico, Sucre, Bolívar y Santander.
Región Pacífica, Orinoquia y Amazónica	Arauca, Casanare, Vichada, Guainía, Vaupés, Guaviare, Meta, Amazonas, Caquetá, Putumayo, Nariño, Cauca, valle del Cauca y Chocó.

Según acta de entrega de 4 de junio de 2014, firmada por los Magistrados Auxiliares que conformaban en ese entonces la Comisión de Apoyo Investigativo: Freddy Alexander León Castilla, Raúl Alfonso Gutiérrez Romero, José Reyes Rodríguez Casas, Luz Mabel Parra Echandía, Ricardo Rendón Puerta, Rafael Guillermo Alonso Uribe, Jesús Ángel Bobadilla Moreno e Iván Andrés Cortés Peña, como Coordinador, se aprecia que el proceso contra Álvaro Ashton por pertenecer a la región Caribe, fue entregado al Magistrado Auxiliar Gutiérrez Romero, quien estaba adscrito al despacho del doctor Eugenio Fernández Carlier.

En el *“Documento de socialización interna del modelo de trabajo fundamentado en la regionalización”*¹⁹, signado por el Magistrado

¹⁹ Folio 265 Cuaderno N° 16 Anexos Corte.

Auxiliar Iván Cortés Peña, Coordinador de esa comisión se explica que *“la redistribución únicamente comprendió las investigaciones o los asuntos en los que se ha dispuesto la acreditación de la calidad foral”* y que *“se excluyeron las instrucciones y los juicios, además, algunos asuntos que, previa consulta con los Magistrados Auxiliares integrantes de la comisión y en atención a su nivel de evolución, se encuentran próximos a ser definidos con decisión de fondo o con remisión por competencia ...”*

Una vez en el despacho del doctor Fernández Carlier, se aprecian los autos de Sala ordenando la práctica probatoria de 7 de septiembre de 2015; 31 de agosto 2016; 4 de julio, 4, 6, 14 y 20 de septiembre de 2017.

A su turno, el 3 de junio de 2016 por auto de Magistrado, se rechazó de plano el memorial aportado por Luis Gustavo Moreno Rivera en el cual, sin ser defensor pretendía designar un dependiente judicial, precisándole que no contaba con algún poder para actuar, así mismo, ante la *“renuncia”* a ser defensor suplente que presentó el citado abogado, ese despacho también la rechazó el 5 de octubre de la anualidad en cita recordándole que no había fungido como tal, en tanto que el 23 de agosto de 2017 se aceptó la renuncia como defensor elevada por Luis Ignacio Lyons España.

Paralelamente el doctor Eugenio Fernández Carlier tras advertir varias actuaciones irregulares relacionadas con que no aparecían algunos informes de Policía Judicial, o anexos a los mismos, luego de ordenar la respectiva reconstrucción procesal, dispuso compulsar copias ante la Fiscalía General

de la Nación y a la Procuraduría para que se investigaran tales anomalías.

Y luego de abrir formal investigación penal, se ordenó la captura de Ashton Giraldo, materializada el 10 de diciembre de 2017, para seguidamente escucharlo en indagatoria, y resolver su situación jurídica el 13 de diciembre siguiente con medida de aseguramiento privativa de la libertad y el 30 de mayo de 2018 emitir resolución de acusación como presunto “*autor responsable del punible de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340 inciso segundo del Código Penal, con la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 9 del artículo 58*”, decisión que se mantuvo firme el 25 de julio siguiente al resolver el recurso de reposición²⁰.

5.2.2. Caso del Congresista Musa Abraham Besaile Fayad

Por eventuales alianzas de grupos políticos en el departamento de Córdoba con las Autodefensas Unidas de Colombia, el 8 de julio de 2007 se inició la indagación preliminar bajo el radicado 27700 contra Musa Besaile como miembro de la Cámara de Representantes y luego Senador, ya que tal alianza databa desde 1998 hasta el año 2006.

²⁰ Según la página web de la Jurisdicción Especial para la Paz (<https://www.jep.gov.co>), en comunicado de prensa de 27 de septiembre de 2019 se informó que tras aceptar, el 16 de julio de 2019, el sometimiento de Álvaro Antonio Ashton Giraldo, por tres procesos, uno por el delito de *concierto para delinquir*, otro por *cohecho* y otro por *amenazas*, le fue concedida la libertad transitoria, condicionada y anticipada “*ordenada en el marco de un proceso penal por el delito de concierto para delinquir agravado por su presunta connivencia con el frente José Pablo Díaz de las antiguas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). La Sala consideró que la aceptación por parte de Ashton de su participación en al menos una reunión con las AUC, con propósitos electorales y de apoyo al trámite de la Ley 975 de 2005, es un primer paso en su proceso de aporte a la verdad plena que exige la JEP a los comparecientes*”.

El trámite de tal diligenciamiento se acotará desde el momento en que estuvo bajo la dirección del Magistrado MALO FERNÁNDEZ, toda vez que fue a raíz de la reasignación por el modelo de regionalización implementado a partir del 28 de mayo de 2014 que llegó a su despacho.

Como aspectos relevantes se advierte que por tratarse de hechos acaecidos antes del 29 de mayo de 2008, y que por lo mismo no era aplicable el Acuerdo 01 de 2009 que escindía al interior de la Sala las funciones de investigación y juzgamiento, todos los integrantes de la misma aparecen firmando los autos que ordena la práctica de pruebas de 18, octubre de 2014; 23 de febrero, 13 de mayo, 27 de julio, 15 de septiembre de 2015; 19 de junio de 2016.

Desde junio de 2014, cuando le fue entregado el expediente en virtud de la regionalización se constató que el doctor MALO FERNÁNDEZ firmó como Magistrado los siguientes proveídos de sustanciación: para el año **2014**; el 16 de octubre accedió a petición de copias y el 20 de noviembre ordenó expedir una certificación solicitada; para el año **2015**, el 27 de enero levantó la reserva de interceptaciones telefónicas; el 22 de septiembre resolvió una petición de información del estado del proceso; el 24 de noviembre atendió solicitudes de certificación, reconocimiento de apoderado suplente y expedición de copias; ya para el año **2016**, el 31 de marzo se pronunció sobre dependiente judicial del defensor, y se le indicó a un testigo que en su momento se le enviará citación para ser escuchado en declaración; el 14 de julio atendió petición de

información de un ciudadano; el 19 de julio se pronuncia sobre dependiente judicial y petición de la defensa y respuesta al interés en declarar de un testigo; el 22 de agosto se pronunció en relación con dependiente judicial del defensor; el 12 de octubre de 2016 atendió petición de la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte acerca del estado de la indagación; en tanto que para el año **2017**, el 4 de septiembre aceptó la renuncia de Luis Ignacio Lyons como defensor; y el 12 del mismo mes dio respuesta a peticiones de información del proceso; y el 15 siguiente devolvió un derecho de petición a la secretaria ya que el día anterior había hecho una *“manifestación de apartamiento”* a raíz de los señalamientos que en medios de comunicación empezaron a circular en su contra. La Sala Penal por decisión de 20 de septiembre de 2017 lo separó de la sustanciación de esta actuación y dispuso que a partir de dicho momento el conocimiento correspondía a la Sala en pleno, sin la participación del mencionado.

En cuanto al aspecto probatorio, se advierte que en el tiempo que estuvo al despacho del doctor MALO FERNÁNDEZ fue asignado al Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, quien según consta practicó o dirigió la realización de las siguientes pruebas: en 2015, el 12 de marzo recepcionó la versión libre de Musa Abraham Besaile Fayad, el 22 de junio practicó inspección judicial y recibió una declaración, el 24, 25 y 30 del mismo mes y año, practicó cuatro declaraciones; el 2 y 3 de julio recepcionó tres, y una el 30 de julio.

A partir del 20 de septiembre de 2017, en el trámite bajo dirección de toda la Sala, se abrió formal investigación penal el 21 de enero de 2018, y tras escuchar al aforado en indagatoria del 14 de febrero de la misma anualidad, le resolvió la situación jurídica el 23 de mayo siguiente con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, *“como presunto **autor responsable del delito de concierto para delinquir, agravado por promover de manera efectiva la ilícita asociación, de que trata el artículo 340, inciso 3º, de la Ley 599 de 2000, concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad consistente en la posición distinguida del indiciado en la sociedad por su cargo, situación económica, poder y oficio, en atención a lo normado en el numeral 9º del artículo 58 del mismo estatuto”*** (negritas integradas al texto), decisión que mantuvo firme el 4 de julio de 2018 al resolver el recurso de reposición elevado por el defensor²¹.

6. De los delitos atribuidos

La Sala de Primera Instancia anticipa que condenará al

²¹ Según la página web de la Jurisdicción Especial para la Paz (<https://www.jep.gov.co>), en comunicado de prensa de 17 de enero de 2020 se señala que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas admitió el sometimiento del excongresista Musa Besaile Fayad por los delitos de concierto para delinquir agravado, cohecho y peculado por apropiación. *“Los delitos por los cuales fue admitido también tienen que ver con los hechos que investiga la Corte Suprema de Justicia, que generaron actos de corrupción con algunos miembros de esa corporación. Estos últimos apuntaban a encubrir la investigación por nexos con los paramilitares en su contra y buscar su impunidad. Los delitos por los cuales fue admitido el exsenador tienen que ver con sus vínculos con las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá para lograr su elección como senador por el departamento de Córdoba. Al admitirse un ingreso a la JEP, el excongresista se comprometió a dar aportes de verdad plena, temprana y fundamentada sobre las estructuras paramilitares con las que tuvo relación para su elección como congresista, con otros agentes del Estado y con empresarios de su departamento, así como con los hechos de corrupción en los que participó con algunos miembros de la Corte Suprema de Justicia”*.

El pasado 12 de julio la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas devolvió a esta Sala Especial de Primera Instancia la actuación relacionada con el delito de cohecho. En tanto que según comunicado de prensa 082 de 26 de julio la misma MUSA BESAILE fue expulsado de esa jurisdicción *“al incumplir el régimen de condicionalidad al no aportar verdad inédita, exhaustiva y detallada”*.

doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ por los ilícitos de *concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión*, en tanto que cesará procedimiento en su favor por el delito de *utilización de asunto sometido a secreto o reserva* y lo absolverá por el de *prevaricato por acción*, como se pasa a explicar:

6.1. De delito de utilización de asunto sometido a secreto o reserva

Está descrito en el artículo 419 del Código Penal, pero su aspecto punitivo lleva a estudiar si resulta ser, en términos procesales, un delito querellable, y de ser así, si se satisface o no tal requisito de procesabilidad.

Se sanciona con pena pecuniaria y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor, al servidor público que utiliza en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, información o datos llegados a su conocimiento por razón de sus funciones, los cuales deben permanecer en secreto o reserva.

Es delito especial, en cuanto el sujeto activo será quien ostente la condición de servidor público y dentro de su competencia funcional tenga conocimiento de la información.

Es un tipo penal de resultado, de conducta instantánea, pluriofensivo y hace parte de los denominados en *blanco*, en tanto que para la valoración de la concreción del tipo objetivo se requiere acudir a ordenamientos jurídicos extrapenales a

fin de establecer si la información obtenida por el funcionario público está sujeta a reserva o puede clasificarse como secreto.

En relación con su naturaleza se predica la subsidiariedad, pues la conducta solo se materializa cuando la misma no constituye otro delito sancionado con pena mayor, aspecto que sirve para dirimir el concurso aparente de delitos cuando concurra con algún comportamiento afín.

En este caso, el reproche lo derivó la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes del hecho que los exsenadores Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo tuvieron acceso a información procesal reservada y de forma anticipada, la cual se dedujo, fue suministrada por el Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ como titular del despacho, con el propósito de que la misma fuera utilizada al momento de abordarlos y así convencerlos de la seriedad del compromiso adquirido de obtener decisiones que favorecieran sus intereses.

De acuerdo con el artículo 323 de la Ley 600 de 2000, las diligencias previas tienen el carácter de reservado, y sólo pueden ser conocidas por el imputado que haya rendido versión preliminar y su defensor, pudiendo obtener copias de las mismas. Tal precepto tiene exequibilidad condicionada bajo las sentencias C-096 de 2003 y 451 del mismo año de la Corte Constitucional, en el entendido que antes de la recepción de la versión ha de informarse al investigado el

delito que se le imputa y los respectivos fundamentos probatorios, así mismo, la parte civil puede tener acceso a las diligencias, una vez se haya constituido como tal.

También el artículo 330 de citado ordenamiento adjetivo prevé tal reserva ya para la fase procesal de instrucción, pudiendo las partes pedir copia de la actuación o cualquier autoridad siempre que sea para adelantar procesos judiciales, administrativos o disciplinarios, o si se requiere tramitar el recurso de queja.

Se debe acotar que en este caso el develamiento de información está referido únicamente hacia el Senador Musa Besaile, en tanto no se ha indicado que a Álvaro Ashton se le hubiera ofrecido algún dato para lograr el acuerdo de obtener el archivo de las diligencias, a cambio de una suma dineraria.

La defensa ha cuestionado que la información reservada o privilegiada que pudo haber revelado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ era aquella a la que tenían acceso las partes y que no se requería intermediación para hacerse a la misma, no obstante, debe precisarse que: *i)* para el momento en que Moreno Rivera ofreció información a Musa Besaile sobre las diligencias previas que bajo el radicado 27700 se adelantaban en su contra, aquél no fungía como su defensor, ni principal, ni suplente; y *ii)* reveló información ajena a la acopiada y consignada en ese expediente, pues dio cuenta de incidencias en el trámite seguido contra el Congresista Julio Manzur Abdalá.

En efecto, Moreno Rivera, entre noviembre a diciembre de 2014, alertó a Musa Besaile sobre el avance que había en su respectiva indagación, de la inminente apertura de formal investigación penal, y por ende, de la captura para ser escuchado en indagatoria por tratarse de un delito por el cual lo ameritaba (*concierto para delinquir*), incluso utilizó información relacionada con un expediente ajeno, el que se adelantaba en contra del también Congresista Julio Manzur al anunciarle que éste sería capturado —lo que efectivamente sucedió el 24 de enero de 2015—, para con base en esa información denotar que el mismo curso aparejaría su proceso.

Tal conocimiento de otra actuación fue enarbolado por Moreno Rivera ante Musa Abraham Besaile Fayad y su defensor, Luis Ignacio Lyons España, insistiéndoles en que, por mediar puntos comunes en aspectos fácticos, jurídicos y probatorios en ambos diligenciamientos, era inminente su aprehensión, y que tenía la posibilidad de evitar la apertura de investigación y tal captura, con el pago de una alta suma dineraria.

Ese *modus operandi* de exhibir información privilegiada para motivar en sus clientes los acuerdos ilegales se acredita con lo manifestado por Wadith Manzur, hijo del Congresista Julio Manzur, cuando en la declaración rendida el 25 de octubre de 2017 ante la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, indicó que hacia octubre de 2014 Moreno Rivera le advirtió que el proceso contra su progenitor se estaba “*moviendo*”, que tuvieran cuidado ya que se

practicarían unos testimonios y se tomarían decisiones. Luego, hacia noviembre o diciembre del mismo año, Moreno lo citó en un hotel y le advirtió que la situación de su padre estaba muy complicada, pues había unas interceptaciones que lo comprometían y que se libraría orden de captura contra varios congresistas, entre ellos su padre y Musa Besaile, pero que se podía frenar todo ello por seiscientos millones de pesos, suma que él se negó a pagar.

Señaló el testigo que, luego de la captura de su padre, se reunió nuevamente con Moreno Rivera, quien le recriminó por no haberlo escuchado y le pidió dos mil millones de pesos para ayudarlo, reiterándole la inminencia de captura contra Besaile y requiriéndolo para que le otorgara poder antes del jueves porque ese día se iba a adelantar la indagatoria, diligencia que efectivamente se realizó, no así la negociación.

Por su parte, Musa Besaile en versión libre rendida el 29 de agosto de 2017 en el radicado 50969, seguido en su contra por el delito de *cohecho*, aseveró que en una reunión llevada a cabo entre octubre a noviembre de 2014, Francisco Ricaurte le dijo que sabía que en la Corte Suprema de Justicia se seguía un proceso en su contra por parapolítica, aconsejándole otorgar poder a Moreno Rivera. Y ya en los primeros días de diciembre de 2014 recibió un mensaje por *WhatsApp* de Rivera Moreno en el cual lo invitaba al *Hotel Marriot*, reunión a la que Musa acudió en compañía de su abogado Luis Ignacio Lyons España, indicando que allí estaba Ricaurte, luego de lo cual el propio Moreno le advirtió que su situación en el proceso 27700 estaba muy complicada

y que en los próximos días se iba a producir la captura de Julio Manzur y seguidamente la suya, pidiéndole inicialmente seis mil millones de pesos para intervenir en su proceso ante la Corte.

El senador Musa agregó que hubo otra reunión en el *Hotel Radisson*, acaecida con posterioridad a la captura de Julio Manzur, en la que Moreno le ofreció de nuevo su ayuda para que no le pasara lo mismo, reduciendo la oferta dineraria a dos mil millones de pesos, suma que efectivamente entregó por intermedio de su abogado Lyons España.

La aludida reunión la ratifica Moreno Rivera al asegurar que hacia el mes de febrero de 2015 se cumplió en el *Hotel Marriot* de la calle 73²², eventos corroborados también por Luis Ignacio Lyons España, quien da cuenta de las reuniones celebradas en el *Hotel Radisson* y en el *Hotel JW Marriot* con Musa Besaile y Luis Gustavo Moreno Rivera, así como de la suma pactada y finalmente entregada.

Ese marco temporal coincide con lo narrado por el Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, adscrito al despacho del doctor MALO FERNÁNDEZ, cuando indicó que en el caso de Julio Manzur, para noviembre o diciembre de 2014 tenía claro que iba a proyectar auto de apertura formal y a librar orden de captura, de lo cual informó a su jefe. Que la apertura contra Manzur se profirió en enero o febrero de

²² Diligencia dentro del expediente número 4903 del 8 de noviembre de 2017 llevaba a cabo ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes.

2015, después de la vacancia judicial, ocupándose luego del caso de Musa Besaile por tener ambos expedientes pruebas comunes, el cual también se perfilaba para abrir formal investigación, intención de la cual dio cuenta de manera verbal al doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

De cara a la sucesión de leyes en el tiempo, el ilícito de *utilización de asunto sometido a secreto o reserva*, previsto en el citado artículo 419 del Código Penal, fue tenido como delito querellable.

Inicialmente, en el listado del artículo 35 de la Ley 600 de 2000, que rige este trámite, no está contemplado como tal, sin embargo, en el original artículo 74 de la Ley 906 de 2004, sí se le impuso tal exigencia procesal, comoquiera que se fijó en el numeral 1° para los delitos que no tuvieran pena privativa de libertad, y como se anotó, este ilícito solo contempla sanción pecuniaria y pérdida del empleo o cargo público.

Tal ubicación no sufrió cambio alguno con las modificaciones que al citado inciso 1° del artículo 74 hicieron las leyes 1142 de 2007 (art 4°) y 1453 de 2011 (art. 108), al mantener la querella para los delitos que no tuvieran señalada pena privativa de la libertad.

Con posterioridad fue expedida la Ley 1826 de 2017, que entró a regir a partir del 12 de julio de ese año, la cual en relación con el numeral 1° que establecía la querella para delitos sin pena privativa de libertad, excluyó expresamente

el artículo 419, razón por la cual, a partir de ese momento el delito de *utilización de asunto sometido a secreto o reserva* es perseguible de oficio.

Este panorama denota claramente un tránsito normativo que hace necesario establecer si es dable aplicar el principio de favorabilidad, según el cual, frente a un cambio normativo, el procesado tiene derecho a que se le apliquen las disposiciones que menos afecten o restrinjan sus derechos, garantía fundamental respecto de la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es posible aplicar retroactivamente normas procesales de efectos sustanciales contenidas en la Ley 906 de 2004 a procesos adelantados por la Ley 600 de 2000, siempre que en ese tránsito legislativo y coexistencia normativa: *i)* las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones; *ii)* se predique respecto de ellas similares presupuestos fáctico-procesales; y *iii)* con la aplicación beneficiosa de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable²³.

En este caso, si la conducta reveladora de la información se tiene por acaecida entre noviembre y diciembre de 2014, o aun entre enero y febrero de 2015, cuando fue abordado el Senador Musa Besaile ofreciéndole información procesal no sólo de su actuación sino del diligenciamiento contra Julio Manzur, es claro que para ese momento el delito estaba cobijado por el artículo 108 de la

²³ CSJ AP, 4 may. de 2005, rad. 23567; CSJ AP4711-2017, rad. 49734.

Ley 1453 de 2011, que ratificó del artículo 74 de la Ley 906 de 2004 la presentación de querrela por parte de la víctima para poner en funcionamiento el aparato judicial, ya que no tiene pena privativa de la libertad y no está incorporado en los exceptuados en el citado numeral 1°, pues tal exclusión solo se dio con la expedición de la Ley 1826 de 2017.

Por demás, no se trata de un delito en el cual el sujeto pasivo de la acción sea un menor de edad o un inimputable, ni se está ante un caso de flagrancia, eventos legalmente exceptuados para el iniciar el trámite judicial mediante querrela y que, por lo mismo, imponen hacerlo de oficio.

Ahora, ante la institución de la caducidad de la querrela, la facultad de poner en conocimiento de la administración de justicia la comisión de la conducta y hacerlo dentro de los precisos términos procesales fijados legalmente, el artículo 73 de la Ley 906 de 2004 señala que debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito, pero si el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no ha tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se cuenta a partir del momento en que esas circunstancias desaparezcan, sin que se sobrepasen otros seis meses.

En cuanto a la caducidad de la querrela, la Sala de Casación Penal de la Corte al analizar las previsiones que al respecto consagran las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, desde CSJ SP 3 feb. 2010, rad. 31238 sentó el siguiente criterio hermenéutico: *“en efecto, que dicha codificación procesal*

[Ley 906 de 2004], regula en su artículo 73 la referida figura, conteniendo un texto exactamente igual al previsto en el artículo 34 de la Ley 600 de 2000, con la única diferencia que en vez de fijar en un (1) año el término máximo para presentar la querrela en caso de conocerse la comisión del delito después de su ocurrencia, lo establece en seis (6) meses.

Es evidente, sin duda, que la modificación efectuada por la Ley 906 comporta la introducción de un absurdo, pues si de acuerdo con el artículo 73 el lapso transcurrido entre la comisión del delito y la presentación de la querrela, para los casos de conocimiento posterior de su ocurrencia, no puede exceder de seis (6) meses, resulta claro que ninguna razón de ser tiene la segunda parte de la norma, porque bastaba solamente con su primer apartado para expresar lo mismo, en cuanto en él se fijó el término de caducidad precisamente en seis (6) meses, contados a partir de la comisión del delito.

No obstante, encuentra la Sala que la voluntad del legislador no fue cambiar la regulación establecida en la Ley 600 de 2000, sino continuar con la distinción que en esta última se estableció. En esas condiciones, para dar coherencia al artículo 73, acatar la intención que animó su redacción y hacer viable su aplicación, ha de entenderse — criterio que entonces prohija la Corte—, que dicha norma realmente fijó en un (1) año el término máximo en el cual resulta oportuno presentar la querrela, contado desde la comisión del delito, cuando la víctima conoce de su ocurrencia con posterioridad²⁴.

En el mismo sentido en CSJ SP 16 mar. 2016, rad. 40900 precisó que: “Esto significa que **en ningún caso la acción penal por delitos querellables puede intentarse después del año de la comisión de la conducta punible**, pues como se ha dejado visto, la posibilidad de que el término de caducidad se cuente a partir del momento que el querellante legítimo tiene conocimiento del hecho, cuando han mediado situaciones de fuerza mayor o caso fortuito

²⁴ CSJ, SP, 3 de febrero de 2010, radicación 31238.

acreditados que le han impedido enterarse de su ocurrencia, está condicionada a que entre la fecha de la realización de la conducta y la presentación de la querrela no haya transcurrido más de un (1) año”. (destacado no integrado al texto).

Para determinar los querellantes legítimos, dado que se trata de un delito pluriofensivo, pues además de afectar al bien jurídico de la administración pública, pudieron resultar perjudicados quienes eran mencionados en la información reservada develada, por ser una actuación relacionada con el ejercicio de funciones de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial en su función de representar a la Nación-Rama Judicial podía también serlo —numeral 8° del artículo 99 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia—, de pensar que mediaron circunstancias de fuerza mayor que imposibilitaron el conocimiento oportuno del hecho, dado las acciones discretas y focalizadas en el suministro de información reservada, el término para presentar la querrela correspondería máximo a doce (12) meses desde la ocurrencia de los hechos, esto es, hasta febrero de 2016, ya que en febrero de 2015, tras la captura de Julio Manzur, Moreno nuevamente ofreció información a Musa Besaile.

Si bien fue en junio de 2017 que se tuvo cabal noticia de la ocurrencia de los hechos —que antes circulaba en medios de comunicación—, cuando se dio la captura al otrora “Zar Anticorrupción” de la Fiscalía General de la Nación, Luis Gustavo Moreno Rivera, como consecuencia de la remisión de evidencia que a ese órgano investigador hizo el Departamento de Justicia del Estados Unidos del proceso

federal 17-20516, consistente en la copia de unas conversaciones sostenidas entre el abogado Leonardo Pinilla Gómez y el ex gobernador de Córdoba, Alejandro Lyons Muskus, en las que se hacía mención a posibles actos de corrupción judicial, en manera alguna puede ser aplicable la Ley 1826 de 2017, cuando catalogó el delito *de utilización de asunto sometido a secreto o reserva* como perseguible de oficio, porque tal normatividad entró a regir a partir del 12 de julio de 2017, siendo por lo mismo desfavorable para el procesado.

En un caso similar, pero respecto del delito de *abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto*, que también tiene pena pecuniaria y de pérdida de empleo o cargo público, la Sala de Casación Penal en decisión CSJ, SP 28 oct. 2016, rad. 44124 precisó que: “...si el legislador no establece la querrela como presupuesto para el ejercicio de la acción penal derivada de la conducta punible, una vez el Estado tiene conocimiento por denuncia, informe u oficiosamente de la comisión del delito, tiene la obligación de adelantar el correspondiente trámite procesal hasta sus últimas consecuencias, sin que el advenimiento de una ley posterior que exija la referida condición de procesabilidad resulte aplicable retroactivamente en virtud del principio de favorabilidad, pues es claro que en tales situaciones la puesta en marcha del aparato jurisdiccional ya se consolidó, quedando a salvo, desde luego, la posibilidad de acudir al desistimiento y a la conciliación, procedentes de acuerdo con el referido principio por tratarse de la aplicación favorable de una norma posterior con efectos retroactivos.

Encuentra la Sala, sin embargo, que el supuesto acabado de mencionar no tuvo lugar en este caso, pues si el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto se entendió cometido el 31 de

diciembre de 2004, es claro que para aquel momento su investigación era oficiosa, pero fue únicamente hasta el 22 de febrero de 2009, a través de la revista semana, que la fiscalía tuvo conocimiento de tales hechos. y ya para esa fecha estaba vigente la ley 1142 de 2007, en la que se le otorgaba a esa conducta el carácter de querellable.

En este caso se tiene que si para cuando se entiende cometido el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (31 de diciembre de 2004) era de investigación oficiosa, pero pese a ello el estado no se enteró de su comisión sino hasta el 22 de febrero de 2009, fecha en la que ya dicho comportamiento desde el 28 de junio de 2007 con la entrada en vigencia de la ley 1142 del mismo año tenía la condición de querellable, se impone reconocer que en virtud del principio de favorabilidad la norma posterior a los hechos tiene efecto retroactivo y, por exigir la formulación de querrela como condición de procesabilidad, debía ser promovida por el querellante legítimo.

Expuesto lo anterior, como la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes adelantó la actuación por el delito de *utilización de asunto sometido a reserva* sin que se cumpliera con la condición de procedibilidad exigida por el legislador de mediar querrela, al carecer de ella, debió inhibirse por dicho comportamiento ya que la acción penal no podía iniciarse, por lo tanto, se impone declarar la cesación del procedimiento que por dicha conducta se sigue en contra del doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ y así se procederá en la parte resolutive de esta decisión.

6.2. Delito de *prevaricato por acción*

El artículo 413 del Código Penal dispone que *“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente*

contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

Su estructura dogmática ha sido delineada por la Sala de Casación Penal de la Corte en los siguientes términos:

i) El sujeto activo es calificado, pues por tratarse de los denominados delitos especiales, será autor de la conducta típica quien cumpla la condición prevista en la norma, esto es, ostentar la calidad de servidor público.

ii) Es necesaria la competencia funcional a partir de la cual puede el servidor proferir la resolución, dictamen o concepto y;

iii) El acto ha de resultar manifiestamente contrario a la ley, no con una simple contradicción, ya que es necesario que sea evidente e incuestionable, es decir, que la decisión obedezca a la arbitrariedad del funcionario al apartarse de la norma jurídica que la regula.

Se trata de un delito de mera conducta, no requiere para su estructuración que lo decidido se materialice o produzca resultados concretos, basta que el servidor público suscriba o dicte la decisión para que cobre vida jurídica y ostente la potencialidad suficiente para lesionar el bien jurídico tutelado de la administración pública, cuyo titular es el Estado.

La forma conductual es dolosa, por lo tanto, en la contrariedad entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico deben converger las aristas de conocimiento de los hechos típicos y voluntad en su realización, pues *“resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo”*²⁵.

La jurisprudencia ha indicado que no basta con la simple divergencia entre la ley y el acto, ya que esa disonancia debe ser de bulto, evidente. El juicio negativo de reproche en la conducta prevaricadora no es de acierto sino de legalidad, requiere la abierta e incuestionable disconformidad entre el acto desplegado y la comprensión de las normas aplicables, por manera que se aprecie en sí mismo arbitrario e irrazonable, producto de la intención positiva del funcionario de apartarse del precepto normativo para imponer su voluntad²⁶.

Se excluyen, por lo tanto, aquellos actos cuyo acierto o legalidad sea discutible, responda a diferencias de criterio, interpretaciones normativas alternativas o equivocaciones despojadas del ánimo de violar la ley²⁷, análisis que debe adelantarse mediante un juicio *ex ante*, constatando las condiciones y circunstancias bajo las cuales el agente actuó y los elementos de juicio que tuvo a la mano al momento de proferir la resolución, dictamen o concepto²⁸, amén de la *“acreditación de sí, de acuerdo con la información disponible al momento*

²⁵ CSJ AP, 20 feb. 2019, rad. 50077.

²⁶ CSJ SP, 23 nov 2017, Rad. 49758, reiterada en SP, 24 ene 2018, Rad.46294.

²⁷ CSJ AP, 29 jul 2015, Rad. 44031, reiterado en SP, 20 ene 2016, Rad. 46806, SP, 17 sep. 2003, Rad. 18132, entre otras.

²⁸ CSJ SP, 20 sep. 2016, Rad. 47379.

*de resolver el asunto, contaba con la posibilidad real de haber podido ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicó, y, por tanto, si tenía conocimiento del carácter delictivo del comportamiento y, a pesar de ello, voluntariamente optó por realizar la conducta prohibida*²⁹.

Aquí, según la acusación, el rol desempeñado por GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ dentro de la organización criminal fue el de ofrecer información privilegiada y garantizar el cumplimiento de los compromisos que aquella adquiría con los aforados, la cual le permitió favorecerlos ilegalmente con decisiones y actuaciones acordes a los objetivos del grupo, entre ellas, retirar del cargo al Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, quien tenía proyectado abrir investigación formal en contra del Senador Musa Abraham Besaile Fayad, para impedir así la vinculación y captura del aforado.

Fue así la remoción del citado Magistrado Auxiliar, quien tenía asignadas las investigaciones por parapolítica y adelantaba diligentemente los actos tendientes a su instrucción lo que tomó la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes para estructurar el delito de *prevaricato por acción*.

Pese a lo anterior, y como bien lo reseñó el Delegado del Ministerio Público en sus alegaciones al finalizar la vista pública, el llamado a juicio en este aspecto no ostenta la fijación concreta de los hechos que enmarquen la descripción

²⁹ CSJ SP, 18 feb 2003, Rad. 16262.

típica del ilícito de *prevaricato por acción*, el cual como ya se reseñó, exige que el servidor público profiera una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, pues la aludida desvinculación laboral del Magistrado Auxiliar no se ajusta a la descripción delictiva.

Dentro de la estructura administrativa del Estado, específicamente al interior de la Rama Judicial, el cargo de Magistrado Auxiliar de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es de libre nombramiento y remoción. A pesar que para proveer otros cargos hay implementada una carrera judicial, aquella labor, cimentada en la confianza y en la labor de apoyo al Magistrado Titular, es de libre designación y remoción.

Precisamente la Corte Constitucional en C-1177 de 2001 cuando analizó unas disposiciones de la Ley 443 de 1998 de la carrera administrativa —que si bien tal preceptiva no comanda la carrera al interior de la Rama Judicial, porque para ésta rige lo dispuesto en la Ley 270 de 1996—, si sirve para clarificar la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción, señaló que *“el sustento de la clasificación de cargos está dada, por un lado, en relación con la naturaleza de la función que se va a desempeñar la cual tiene que ser de dirección, manejo, conducción u orientación institucional, a través de la cual se adopten políticas o directrices fundamentales y, de otro lado, por el elemento de la confianza en aquellos empleos en donde sea necesaria para quienes tienen a su cargo esa clase de responsabilidades de dirección, manejo, conducción de políticas o directrices fundamentales mencionadas. El elemento de la confianza ha sido acogido en la jurisprudencia de esta Corte, siempre y cuando su aplicación responda*

a un contenido calificado; pues, como lo ha señalado esta Corporación, no se trata de la confianza mínima exigible en el desempeño de cualquier cargo o función públicos por virtud del compromiso asumido en calidad de servidores públicos al servicio del Estado y de la comunidad, para participar en la consecución de los fines estatales, sino de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple”.

Y según el Manual de Funciones contemplado en el Acuerdo de la Sala Plena de la Corte N° 041 del 1° de diciembre de 2003, el Magistrado Auxiliar tiene las siguientes:

1) Colaborar en la sustanciación y trámite de los expedientes a cargo de los despachos.

2) Preparar la relación de los hechos y antecedentes de procesos que se encuentren al despacho para fallo.

3) Rendir informe de jurisprudencia y legislación sobre los temas debatidos en los procesos a despacho, para efectos de la elaboración del proyecto de providencia.

4) Colaborar con los Magistrados Titulares en la elaboración de anteproyectos de providencia.

5) Velar por la confidencialidad y seguridad de la información que con ocasión de sus funciones conozca.

6) Velar por la correcta racionalización, utilización y cuidado de los equipos, elementos y demás recursos asignados a su cargo.³⁰

³⁰ En el “Manual de Funciones para los cargos adscritos a las dependencias de la Corte Suprema de Justicia” se prevé, además, que el Magistrado Auxiliar desempeñará las demás funciones inherentes al cargo, relacionadas con el trabajo del Despacho que dispongan el Magistrado Titular y las disposiciones vigentes.

Ante las particularidades inherentes a este tipo de vinculación, reside en el nominador la discrecionalidad para ubicar en el cargo de Magistrado Auxiliar de su despacho a quien cumpla con las expectativas funcionales, jurídicas, académicas y de manejo que el mismo demanda, idéntica facultad tiene para removerlo en caso de que no las satisfaga.

Aquí, según las manifestaciones de José Reyes Rodríguez Casas, el doctor MALO FERNANDEZ hacia finales de julio de 2015 le pidió la renuncia y se la aceptó el 31 de ese mes, sin embargo, deviene claro que tal acto meramente administrativo no trasciende el umbral penal, pues la remoción del funcionario al provocar o instar su dimisión no encaja en la descripción típica del delito de *prevaricato por acción*.

No sobra destacar que, tratándose de cargos directivos de libre nombramiento y remoción, cuando media una solicitud de renuncia, según el criterio adoptado por el Consejo de Estado, no genera *per se* el vicio de desviación de poder (lo que tornaría en ilegal el acto). Lo anterior debido a que, precisamente, se tratan de cargos de confianza, los cuales pueden ser provistos libremente por el nominador.

Tales actos, aunque discrecionales, están sometidos a control. De hecho, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se puede demandar su nulidad, conforme lo dispone el 137 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se puede pedir la nulidad de un acto

administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Esto se da, por ejemplo, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los consagrados en el ordenamiento jurídico³¹.

No se puede perder de vista que la solicitud de renuncia no elimina la voluntad de la persona a la que se le requiere³², quien tiene la opción de retirarse del cargo o permanecer en él y afrontar un proceso de declaratoria de insubsistencia.

Pero, es más, aún si se afirmara que la decisión de la solicitud de renuncia y posterior aceptación, aunque es formalmente legal, se torna en ilegal por su motivación³³, a efectos del delito de prevaricato por acción, debe tenerse en cuenta que la resolución, dictamen o concepto debe ser manifiestamente contrario a la ley.

³¹ Sobre la desviación de poder Cfr. Consejo de Estado, decisión del 7 de junio 2012, Radicación número: 66001-23-31- 000-1998-00645-01. Cfr. SU917/10 “La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA”.

³² Consejo de Estado Sección Segunda, 14 jun. 2007, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12711-01(6681-05).

³³ Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 20ª ed., 2015, pp. 773 ss. “La injusticia de la resolución dictada es un elemento normativo específico del tipo. Su determinación supone, como en la prevaricación administrativa (véase infra capítulo XLI), una valoración que debe realizarse en función del caso concreto y en atención a postulados de justicia material y no puramente formalistas. De todas formas una decisión judicial que se atenga estrictamente a las formalidades legales difícilmente puede ser constitutiva de prevaricación, por muy injusta que pueda parecer desde otros puntos de vista (*summum ius, summa iniuria*)” (p. 773)

Conforme lo ha dicho la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “*manifiestamente*” del delito de prevaricato por acción se refiere a que:

No basta, por supuesto, la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues si nos atenemos al sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente.

Lo manifiesto es lo que se presenta con claridad y evidencia, lo que es patente, que está al descubierto, que es notoriamente visible. La exigencia legal apunta, entonces, a que la simple comparación entre la ley con lo expresado en la providencia debe mostrar incuestionable la ilegalidad de la última. Si la contrariedad nace luego de elaborados análisis, la atipicidad del comportamiento deriva incuestionable, en cuanto no es ostensible³⁴.

Más recientemente ha dicho la referida Corporación:

Frente a este último es insuficiente que la providencia sea ilegal, por razones sustanciales -directa o indirecta- de procedimiento o competencia, sino que es necesario que «la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- no admita justificación razonable alguna». (CSJ AP, 29 jul. 2015, rad. 44031; reiterado en CSJ SP2438-2019, rad. 53651; CSJ SP3454-2019, rad. 51997).

Esta Corporación tiene decantado, en relación con la expresión «manifiestamente contraria a la ley», que tal constituye un elemento normativo del tipo penal, el cual debe ser ostensible, es

³⁴ CSJ, 25 de mayo de 2005. C-335/08.

*decir, que, de manera inequívoca, violente el texto y el sentido de la norma; por lo que no pueden ser prevaricadoras aquellas decisiones tildadas de «desacertadas» que estén fundadas «en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso». (CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303, reiterado en CSJ SP2438-2019, rad. 53651 y CSJ SP 3454-2019, rad. 51997, entre otras)*³⁵.

Así pues, salta a la vista que la discusión sobre la legalidad o ilegalidad de la solicitud de renuncia, que acató libremente el magistrado auxiliar, y que llevó a la expedición del acto mediante el cual esta fue aceptada, no se zanja a simple vista. Incluso, si se llegara a admitir su ilegalidad, ello sería como consecuencia de diversos análisis que permitieran desvirtuar la presunción de validez de los actos administrativos, como, por ejemplo, el relacionado con la tesis sobre desviación de poder, cuyos requisitos han sido delineados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De cara a advertir la ilegalidad del acto, según la *teoría de la evidencia*, a los ojos de un observador medio, lo que este pudo percibir respecto del acto enjuiciado es que: *i)* el nominador solicitó una renuncia a un funcionario de libre nombramiento y remoción (protocolaria, como quiera que tiene la potestad de remover al funcionario); *ii)* el magistrado auxiliar, cuyo cargo es de libre nombramiento y remoción, renunció (pero hubiera podido negarse a ello); *iii)* una vez recibida la renuncia, el nominador profirió el acto administrativo correspondiente, esto es, la aceptación de tal

³⁵ CSJ, 12 dic. 2019, rad. 54612.

forma de terminación de la relación laboral, tópicos den los cuales no se advierte que tal proceder fuese evidentemente ilegal, pues se insiste, solicitar la renuncia en este tipo de cargos no es *per se* ilegal.

Por ello es que no se reúnen los elementos integradores del ilícito de prevaricato por acción en lo que tiene que ver con la solicitud y aceptación de la renuncia.

Ahora, sin desconocer el principio de congruencia, tampoco se evidencia que en los procesos a cargo del doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ relacionados con los dos aforados Musa Besaile y Ashton Giraldo hubiere mediado alguna decisión con visos de ilegalidad o probatoriamente discutible o si quiera de discordancia con cualquier precepto jurídico, porque contrariamente se planteó un panorama de clara inacción, lo cual, *per se*, descarta la ocurrencia de la conducta delictiva en comento.

En tal medida, al no cumplirse con los presupuestos de materialidad del punible de *prevaricato por acción*, acogiendo el pedido del delegado del Ministerio Público, se absolverá al doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ únicamente por ese delito.

6.3. Del ilícito de concierto para delinquir

El artículo 340 del Código Penal prevé que: “*Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de*

ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses”.

Se configura cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de punibles, o heterogéneos, cuando el acuerdo refiere a la realización de ilícitos que lesionan diversos bienes jurídicos, ha de tener vocación de permanencia en el tiempo y organización como verdadera “*societas sceleris*”, de donde deriva su comprensión como delito autónomo³⁶.

Para su materialidad es suficiente que la persona haya pertenecido o formado parte de la empresa criminal, sin que interese para dicho fin el momento en el cual se produjo su adhesión a la organización, ni el rol desempeñado dentro de la misma, siempre que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública.

En cuanto a la conducta desvalorada que por este delito se atribuyó a MALO FERNÁNDEZ, la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes concluyó la existencia de una organización compuesta por abogados y funcionarios públicos, entre ellos el acusado, que con división de trabajo se propuso abordar a Congresistas que tuvieran diligencias de única instancia en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y

³⁶ CSJ SP, 22 jul 2009, Rad. 27852, reiterado en SP 12 feb 2018, Rad. 51142, entre muchas otras.

empleando información privilegiada que solamente era manejada por personal de altísimo nivel al interior de la Corporación, ofrecerles beneficios judiciales ilegales, como archivos o preclusiones, impedir órdenes de captura o dilatar su trámite a fin de que prescribiera la acción penal, ello a cambio de altas sumas de dinero.

Tal empresa criminal, a juicio del ente acusador, tenía claramente definidas las tareas por medio de las cuales cada uno de los miembros aportaba significativamente al objetivo común. Así, Luis Gustavo Moreno Rivera y Leonardo Pinilla, entre otros abogados litigantes, se encargaban de los acercamientos con los investigados, les ofrecían intervenir en el despacho que tenía a su cargo la instrucción para lograr decisiones a su favor, o al menos, la dilación de la actuación, pidiéndoles altas sumas de dinero, actuaciones que cursaban en el despacho del doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, quien como titular, amén de revelar información reservada, garantizaba el cumplimiento de los compromisos ilícitos adquiridos por el grupo con los investigados.

Para la Sala, las pruebas practicadas en la fase de juicio permiten arribar a la certeza razonable acerca de la materialidad del punible de *concierto para delinquir* y el compromiso en el mismo por parte del otrora Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, en tanto se acreditó la existencia de una organización de la que también hicieron parte Luis Gustavo Moreno Rivera, Francisco Ricaurte, ocasionalmente el Magistrado Auxiliar, Camilo

Ruiz, el Fiscal Alfredo Bettín Sierra; el abogado, Luis Ignacio Lyon, entre otros, que con vocación de permanencia se propusieron permear la administración de justicia mediante la manipulación de procesos adelantados por la Sala de Casación Penal de esta Corporación en contra de aforados, a cambio de altas sumas de dinero, para cuyo ilegal designio concurrieron a la realización de diversos atentados contra la administración pública.

En primer lugar, de los orígenes de la organización dan cuenta las plurales declaraciones rendidas por Luis Gustavo Moreno Rivera, tanto ante la Sala de Casación Penal de esta Corporación dentro de los radicados 51161, 50969 y 51406, que obran como prueba trasladada en estas diligencias, así como ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y en ampliación ante esta misma Sala Especial en la audiencia de juzgamiento, oportunidades en que sin cortapisas, de manera uniforme y coincidente indicó que aproximadamente en el año 2011 y por disposición de José Leonidas Bustos Martínez, inicialmente compartió procesos con el abogado Gerardo Torres Roldán, esposo de Luz Mabel Parra Echandía, quien para la época se desempeñaba como Magistrada Auxiliar en la Comisión de Apoyo Investigativo, de la Sala Penal de esta Corporación y que con Torres Roldán recibía los poderes de algunos aforados. Sostuvo que con posterioridad y tras expresarle su descontento a Bustos Martínez por los pocos dividendos que le reportaba este acuerdo, éste le indicó que se presentara en el despacho de Francisco Ricaurte, quien para entonces era

Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En dicha reunión acordaron trabajar conjuntamente los procesos que Ricaurte le referenciara, quien le dijo que abriera una oficina en el norte de la ciudad, idea que Leonidas Bustos avaló. Así arrendó una ubicada en el parque de la 93, contrato que se vio obligado a ceder a Leonardo Pinilla porque no le gustó a Ricaurte Gómez, arrendando otra en la calle 84 #7-59 oficina 201 del edificio Portón, ubicación que a éste sí le pareció ideal, no sólo por quedarle cerca de su residencia, en el edificio Saturno (calle 83 con carrera 7^a), sino porque contiguo operaba el hotel del mismo nombre, lugar que facilitaba las reuniones con los clientes, debido a que era recóndito y poco concurrido.

El testigo precisó que la sociedad con Ricaurte inició a finales de 2012 siendo él quien se hacía cargo de todos los gastos que ésta generaba, canon de arrendamiento, salarios y seguridad social de los asistentes de Ricaurte y de la doctora Ruth Marina Díaz que también compartía oficina, así como los gastos de servicios públicos, dependiente judicial, contador, expensas que *“lo tenían ahogado”* y ante su queja, los doctores Leonidas Bustos y Francisco Ricaurte hablaron con el entonces Fiscal General de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett para que les diera un contrato de prestación de servicios que les permitiera suplir tales gastos de la oficina.

La sociedad, de acuerdo con los términos de su declaración, terminó para finales de 2015, época por la que Moreno Rivera decidió aspirar a la Personería de Bogotá, situación que le molestó a Ricaurte porque le parecía que no estaba a la altura de su creciente estatus como prestante abogado penalista, posición a la que había llegado gracias a la labor desempeñada precisamente por el grupo para aprestigiarlo ante la clase dirigente del país y las altas Cortes.

Y en cuanto a su funcionamiento, explicó que la organización se dedicó a otorgar beneficios judiciales en procesos a cargo de la Corte Suprema de Justicia y de la Fiscalía General de la Nación, a cambio de altas sumas de dinero, cuyo recaudo se disfrazaba como producto de asesorías o representaciones judiciales, *“vendiendo resultados contrarios a derecho”*³⁷, y que él como abogado era apoderado de los aforados y podía atender y comunicarse con ellos sin levantar sospechas, lo cual no podían hacer los restantes miembros del grupo dada su condición de funcionarios públicos activos.

Los beneficios judiciales dependían, según reseñó, de las particularidades de cada asunto. Así, por ejemplo, en relación con las investigaciones a cargo de la Corte Suprema de Justicia y dada la naturaleza colegiada de las decisiones, se ofrecía evitar que se concretaran decisiones desfavorables para los intereses del aforado o en dilatar las actuaciones procesales, *“se trataba de dar apariencia de legalidad, que pareciera*

³⁷ Declaración del 10 de octubre de 2017, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 51161 seguido contra Álvaro Ashton Giraldo.

una asesoría jurídica, una actuación judicial, esto no era corrupción sofisticada o cualquier otro tipo de corrupción donde se usan sistemas financieros, esto es vil corrupción simple, una apariencia de legalidad a través de una representación”.

Y frente al rol desempeñado por los miembros del grupo afirmó que Francisco Ricaurte era quien tenía las relaciones y contactos con la clase política encargándose de obtener información sobre el estado de los procesos directamente con GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. También a través de Ricaurte le llegaban a Moreno los poderes y las directrices para contactar a los aforados, luego de lo cual él como abogado atendía directamente a los clientes, les pasaba la información que previamente le entregaba Ricaurte, obtenía aplazamientos, dilataba procesos y demoraba actuaciones judiciales en aquellos asuntos en que no era posible obtener decisiones favorables y recolectaba el dinero pactado.

Expuso que para los propósitos de la organización resultaba igualmente trascendental el papel de José Leonidas Bustos, pues pese a que la mayoría de los asuntos no estaban en su despacho, aprovechaba su posición y credibilidad dentro de la Sala Penal, lo que le permitía respaldar los proyectos que reflejaran las posiciones favorables a los clientes y así garantizar el cumplimiento de los compromisos.

Agregó que se integraron a la organización otros funcionarios públicos como el ex fiscal Alfredo Bettín, el Magistrado Auxiliar Camilo Andrés Ruiz, adscrito al despacho de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ y el

abogado José Ignacio Lyons, apoderado de Álvaro Ashton Giraldo y Musa Besaile Fayad.

Ahora, en cuanto a la específica participación de MALO FERNÁNDEZ, en declaraciones ante la Fiscalía General de la Nación el 29 de septiembre de 2017, ratificada ante la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 51161³⁸, Moreno Rivera señaló que *“lo de MALO lo manejaba directamente Pacho”*, advirtiendo que a él no le consta personalmente la entrega de suma alguna al aquí acusado, pero que infiere que Ricaurte lo hacía partícipe de los dividendos correspondientes, porque no había manera que éste cumpliera los compromisos adquiridos con los clientes y obtuviera información veraz y actualizada de los procesos sin el concurso de MALO FERNÁNDEZ.

Para esta Sala el testimonio de Luis Gustavo Moreno Rivera resulta digno de credibilidad, no solo por su coherencia, reiteración y consistencia, sino porque es testigo directo de la forma como operaba la organización la cual admitió haber integrado.

Frente a la valoración de la prueba testimonial, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: *“con el propósito de constatar la veracidad de las manifestaciones de los deponentes, es de advertir que juega papel importante la corroboración de sus dichos con otros elementos de prueba, su lógica y coherencia de cara a su propia exposición, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del o los sentidos por los cuales el*

³⁸ Declaración del 10 de octubre de 2017 obtenida como prueba trasladada dentro de estas diligencias.

*declarante tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que dice haber percibido, la personalidad del declarante, la forma, época y justificación del por qué declara, las singularidades que se revelen en su versión y, por último, la posibilidad de que razonablemente encajen en el conjunto de las demás pruebas, tal cual lo señala el artículo 277 de la Ley 600 de 2000.*³⁹

Y si bien un aspecto de primer orden que se debe sopesar de cara a otorgar valor suasorio a una declaración es el relacionado con la personalidad del deponente y obviamente genera alguna desconfianza cuando el relato proviene de quien también tiene una crítica situación por haber tomado parte en la actividad criminosa, no se advierte algún sentimiento vindicativo de Moreno Rivera hacia el enjuiciado o interés deliberado en perjudicarlo, por eso, pese a que la defensa material y técnica lo tildan de mendaz de cara a obtener mejores beneficios, tal aserto carece de fundamento, pues el hecho de estar vinculado a un programa de colaboración con la justicia, contrario a demeritar sus atestaciones, le imprime la necesidad de expresar la verdad, sin distingo de la calidad personal o profesional de las personas que pueda involucrar, manifestaciones que por demás aparecen ratificadas por otros testigos.

Efectivamente, aunque en el ámbito penal no existe el testigo sospechoso, al examinar con mayor detenimiento y escrúpulo la narración de Moreno Rivera se le tendrá como veraz, no solo porque se descartan motivos diferentes al de

³⁹ CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 44312.

decir la verdad, sino porque se puede corroborar su dicho, como pasa a explicarse:

El exmagistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Francisco Javier Ricaurte Gómez adujo en su declaración que desconocía los asuntos que tramitaba Moreno Rivera, pero del contexto de su relato sí se acredita que se conocieron hacia finales del 2012, que en razón de dicho conocimiento, Moreno visitó a Ricaurte en su despacho del Consejo Superior de la Judicatura en plurales oportunidades y que para finales de 2014, cuando éste salió de allí, compartieron una oficina con la Exmagistrada Ruth Marina Díaz hasta finales de 2015, aspectos en los cuales los relatos resultan coincidentes.

En efecto, Francisco Ricaurte⁴⁰ manifestó ante esta Sala que en octubre de 2012 conoció a Moreno Rivera como asesor de la Comisión de Acusación de la Cámara de Representantes, época para la cual él prestó una asesoría a esa Corporación en temas laborales y de seguridad social, razón por la cual, se “*cruzaron*” en el Congreso de la República donde se saludaron en innumerables ocasiones, y ya siendo Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura⁴¹, para diciembre de 2012 se lo encontró otra vez en las afueras del Palacio de Justicia, y le

⁴⁰ Declaración en audiencia de juzgamiento, sesiones de 6, 14 y 27 de agosto de 2019.

⁴¹ Según informó en su declaración, Francisco Ricaurte fue Magistrado de la Sala Laboral de esta Corporación desde el 1 de octubre de 2004, hasta el 30 de septiembre de 2012; y de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, desde el 21 de noviembre de 2012 hasta el 21 de noviembre de 2014, cuando se declaró nula su elección por el Consejo de Estado.

pidió una cita en su despacho a lo que Ricaurte accedió. De ahí en adelante, indicó, Moreno Rivera lo visitó varias veces para promocionar sus libros, proyectos y llevarle su hoja de vida.

En relación con las circunstancias por las cuales compartieron oficina señaló que cuando salió del Consejo Superior de la Judicatura, Moreno Rivera le ofreció compartir la suya, propuesta que inicialmente no aceptó porque para dicho propósito tenía planeado asociarse con los también Exmagistrados Ruth Marina Díaz y Pedro Munar, pero como éste último declinó dicho propósito, aceptó instalarse en la oficina de Moreno, siempre que también pudiera hacerlo la doctora Ruth Marina.

En punto de su relación con Moreno Rivera, dijo que se limitó a compartir el espacio físico, sin que hubieran constituido una sociedad profesional, señalando incluso que cuando se instaló en el inmueble, Moreno le informó que el arrendamiento correspondiente al primer trimestre de 2015 ya estaba pago, por lo que durante ese lapso solo colaboró con gastos de aseo, servicios públicos y nómina de los empleados.

También aseguró que desconocía por completo los negocios que llevaba Moreno Rivera, que jamás trabajaron procesos en sociedad porque él no es penalista y, que durante el 2015 cuando compartieron el espacio laboral, permaneció la mayor parte del tiempo en el exterior ocupado en conferencias y desempeñando la labor de árbitro

internacional, agregando que para agosto o septiembre de ese mismo año Moreno empezó a desvincularse paulatinamente de la oficina, llevándose todos sus efectos personales.

Sin embargo, resultan vanos los esfuerzos que hace este deponente para desligarse de la actividad corrupta delatada por el propio Moreno Rivera, porque no se ajusta a las reglas de la experiencia que cuando era Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, recibiera sin más a un abogado que, según su propio relato, apenas conocía de saludo por haberse cruzado en los pasillos del Congreso de la República, y menos aún, que terminaran compartiendo una oficina, si no fuera porque en efecto, las circunstancias en que se dio dicha asociación distan de ser las relatadas por este testigo y se aproximan más a lo indicado por Moreno Rivera, en el sentido de haber llegado al despacho del entonces Magistrado por recomendación del también togado José Leonidas Bustos Martínez, con el propósito ya relatado.

Cobra mayor relevancia el dicho de Moreno Rivera sobre el de Francisco Ricaurte cuando éste dice que no existió comunidad de trabajo en la oficina que compartió, porque contrariamente aquél señaló claramente la distribución de las labores, quedando en cabeza de Ricaurte las relaciones y contactos con miembros de la clase política procesados penalmente, lo que en realidad se cumplió, pues era a través de él como le llegaban los poderes a Moreno para representarlos judicialmente, de ahí que por recomendación de Ricaurte recibió poder como suplente para el proceso de Musa Besaile Fayad.

A este respecto el abogado Luis Ignacio Lyons España, quien fungió como defensor de Musa Besaile y Álvaro Ashton Giraldo, en su declaración del 28 de agosto de 2017 corroboró tal situación al indicar que en el proceso 27700 contra Musa Besaile se le dio la suplencia a Moreno. De ello también dio cuenta en su atestación el Exmagistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia José Reyes Rodríguez Casas, quien laboró al servicio del despacho del Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

De otro lado, la concurrencia de varias personas, pilar fundamental del delito de asociación que se analiza también se establece de las manifestaciones del Senador Musa Besaile Fayad cuando en versión libre rendida el 29 de agosto de 2017 en el radicado 50969, seguido en su contra por el delito de *cohecho*, indicó que entre octubre a noviembre de 2014 fue invitado al apartamento de Francisco Ricaurte, en el cual éste le dijo que sabía que en la Corte Suprema de Justicia se seguía un proceso en su contra por parapolítica, aconsejándole otorgar poder a Moreno Rivera. Indicó que en un primer momento hizo caso omiso de ello, pues pensaba que no había prueba en su contra y que con la asistencia de su abogado era suficiente, no obstante, poco tiempo después recibió un mensaje vía *WhatsApp* en el que Gustavo Moreno Rivera lo convocó al *Hotel Marriot*, acudió en compañía de su abogado Luis Ignacio Lyons España, lugar en el que se encontraba Francisco Ricaurte, el que efectivamente estaba en una reunión con una dama, siendo esa la oportunidad en la que Moreno le pidió la suma de seis mil millones de pesos

para intervenir en su proceso ante la Sala de Casación de la Corte.

También informó que luego se pactó tal intervención por la suma de dos mil millones de pesos, divididos en cuatro cuotas de quinientos millones, y que comoquiera que tardó el pago de la última de ellas, se reunió con Francisco Javier Ricaurte Gómez, informándole que ya había cumplido su obligación, a lo que el último quiso mostrarse ajeno con el propósito de no descubrir su compromiso en este asunto.

Como ya se precisó, por regla general la credibilidad del deponente depende de criterios fijados legalmente relativos a su personalidad, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos con los cuales tuvo la percepción del suceso, la forma como lo declara y demás singularidades al momento de su exposición, de ahí que para la Sala la declaración de Musa Besaile merezca crédito a pesar de haber resultado involucrado en el delito de *cohecho*, porque aparece corroborada con el dicho de su abogado Luis Ignacio Lyons cuando ratificó haber participado en una reunión en el *Hotel Radisson* en la cual Moreno Rivera les pidió seis mil millones de pesos por su intervención en el proceso ante la Corte, a lo que se opusieron, agregando que luego de producida la captura de Julio Manzur, Moreno Rivera les dijo que seguiría la privación de la libertad de Musa, y que si la querían evitar, tenían que reunirse y acordar algo, por lo que se dio otra reunión en el *Hotel JW Marriot* de la calle 73 con carrera 7^a, compromiso al que él no fue convocado, pero su cliente le pidió que lo acompañara,

no obstante, ya en ese sitio, tanto él como Moreno Rivera fueron aislados y aquél se reunió con Francisco Ricaurte que se encontraba allí, tras lo cual su asistido le contó que se había enterado de la existencia de una orden de captura en su contra, haciendo entonces la negociación por el monto de dos mil millones de pesos.

Con este panorama, contrario a lo que Francisco Javier Ricaurte quiso dejar en evidencia ante esta Corporación, surge nítido que la oficina que aquél tomó con Luis Gustavo Moreno Rivera no solo era para compartir espacios y gastos, sino una sociedad para gestionar como contactar y representar aforados, ofreciéndoles trámites irregulares a cambio de cuantiosas sumas de dinero.

Lo propio sucede en punto de los términos de dicha sociedad, pues los esfuerzos dirigidos a minimizar la relación que existía entre Ricaurte y Moreno, limitándola exclusivamente a la coincidencia en un espacio físico y unos gastos de oficina, contrasta con los detalles relatados por éste último dando cuenta de los escenarios sociales y fraternales que compartían, sustentados en otros elementos de convicción arrimados a la actuación, de los que se ocupará la Sala más adelante.

Y en cuanto a la pertenencia del Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ a esa asociación signada por el carácter teleológico de cometer delitos, pese a que ha negado tajantemente tener algún tipo de relación con Moreno Rivera, lo cierto es que aquí se acreditó no solo el haber

compartido diversos eventos académicos y sociales, sino coincidir en espacios que desmienten esa alegada falta de cercanía, la que engrana luego en el contexto de dar información privilegiada y ofrecer cumplimiento a los acuerdos procesales ilegales transados.

Ciertamente, Moreno Rivera declaró ante esta Sala que para el primer semestre de 2015 y por iniciativa de Francisco Ricaurte, organizó un viaje a Valledupar para asistir al Festival Vallenato, para lo cual, por intermedio de su padre alquiló dos casas en esa ciudad, ubicadas en la calle 1-C 19-79 Urbanización Las Marías, y en la manzana C Casa 10 de la Urbanización Citaranga, en la primera se hospedaron MALO FERNÁNDEZ y Ricaurte, y en la segunda, Alfredo Bettín, y el mismo Moreno Rivera, destacando que los gastos fueron sufragados con dineros producto de los actos de corrupción adelantados por el grupo.

Con el propósito de desmentir lo afirmado por el principal testigo de cargo, a instancia de la defensa, la Sala citó a declarar a Luigi José Reyes Núñez, Magistrado del Tribunal Superior de Valledupar, de quien se adujo fue la persona que realmente invitó y pagó los gastos de estadía de MALO FERNÁNDEZ en Valledupar durante el Festival Vallenato de 2015. En su declaración, indicó que, en efecto, extendió una invitación al acusado al costear los tiquetes aéreos del Magistrado de la Corte y su familia, disponiendo un apartamento para alojarlo en compañía de su esposa y un hermano, pero que MALO le manifestó que no se quedaría allí, sino en otro sitio, que destinara ese lugar para alojar su

hermano y familia. Ese inmueble no es otro que el informado por Luis Gustavo Moreno Rivera⁴².

La narración de Luigi José Reyes Núñez en manera alguna desvirtúa lo manifestado por Moreno Rivera, pues acorde con el propio testigo, MALO FERNÁNDEZ no ocupó el inmueble por él dispuesto, sino que prefirió hacerlo en la casa en que se alojó Ricaurte Gómez, esto es, la misma que alquiló Moreno Rivera con dicho propósito, por manera que en lugar de desmentir lo afirmado por este último, lo confirma.

Pero lo que demerita la credibilidad de las manifestaciones de Reyes Núñez, en particular sobre el pago que habría hecho de los pasajes y alojamiento de MALO FERNÁNDEZ y su familia, es lo ocurrido en desarrollo de su declaración —rendida por videoconferencia desde el Tribunal Superior de Valledupar—, cuando el presidente de la audiencia le pidió explicaciones al notar que el testigo al parecer leía información contenida en unas hojas de papel, indicando que se trataba de datos que requería de soporte para recordar, y al ordenarle exhibirlos se constató un escrito con indicaciones como *“nombres y apellidos para recordar”* y la dirección del inmueble donde se hospedó el hoy acusado con su familia. Además, se adjuntó a la declaración copia de un mensaje de *chat* enviado por quien aparece allí como Diana Bravo Steer, en el que se lee *“El doctor GUSTAVO MALO necesita saber si puede contar con su apoyo para que le sirva como testigo ante la Corte en el proceso que le llevan en su contra. El tema es*

⁴² Audiencia pública de juzgamiento, sesión de 26 de agosto de 2019.

que el exfiscal anticorrupción ha afirmado que en el año 2016 o 2017 pagó la estadía del doctor Malo en el festival vallenato en Valledupar y esa no es la realidad porque el doctor Luigi fue quien lo atendió por cortesía”.

Estas circunstancias minan el crédito de la narración de Reyes Núñez y le resta la idoneidad suficiente para desvirtuar el dicho de Moreno Rivera, pues resulta equívoca y, provocada o determinada en su sentido por el mensaje aludido.

Ahora, las fotografías aportadas por Moreno Rivera en sus declaraciones ante la Corte Suprema de Justicia tanto de los inmuebles alquilados en Valledupar, como las que registran la celebración del grupo en la casa por él alquilada y sitio de estadía de él y Bettín Sierra, así como las imágenes de las entradas a eventos del Festival Vallenato, denotan tal comunidad entre los asociados⁴³, incluso respecto del arriendo de las casas en Valledupar, allegó entrevistas en video tomadas por investigador privado a los propietarios, Carlos Alberto Vargas González y Miriam Paola Pineda Cantillo, en las cuales ofrecen detalles del arriendo que sirvió de alojamiento a Ricaurte Gómez y MALO FERNÁNDEZ, por valor de seis millones quinientos mil pesos, suma que, según informaron, fue pagada en efectivo por Luis Gustavo Moreno Rivera a través de su padre, Luis Gustavo Moreno Gutiérrez.

⁴³ Documentos visibles a fls. 252 a 285 del C.O. No. 2 y fls. 1 a 149 del C.O. No. 3 de la Comisión de Investigación, también entregados a esta Sala en su declaración en la audiencia de juzgamiento.

También aportó la entrevista hecha a Eduardo José Peñaloza González, arrendador de la vivienda que compartió Moreno Rivera con Bettín Sierra. Aquél concurrió a la sesión de audiencia pública de 27 de noviembre de 2019, y manifestó que para el año 2015 le pidió a Luis Gustavo Moreno Gutiérrez (padre de Luis Gustavo Moreno Rivera), que le ayudara a arrendar su casa para la época del Festival Vallenato, como en efecto le consiguió una comitiva de funcionarios de la rama judicial. Que le entregó a Moreno Rivera la vivienda, enterándose que había alquilado otro inmueble cercano, donde se hospedarían personas de la misma comitiva.

Reseñó el citado atestante que cuando fue citado a rendir entrevista en la Fiscalía General de la Nación, dentro del proceso contra Francisco Ricaurte, conoció a la propietaria de la otra casa, quien le comentó que en su predio se habían alojado Ricaurte y GUSTAVO MALO.

Sobre este mismo episodio, en la vista pública se interrogó a Alfredo Bettín Sierra⁴⁴, quien afirmó que inicialmente iba a instalarse en el mismo inmueble de Ricaurte y MALO FERNÁNDEZ, pero que cuando llegó no había cupo, por lo que Ricaurte lo acomodó en otro sitio, agregando que con posterioridad se enteró por comentario del propio Ricaurte que del arriendo de las dos casas se había encargado Moreno Rivera.

⁴⁴ Audiencia de juzgamiento, sesión de 27 de noviembre de 2019.

La versión del viaje a Valledupar del grupo aparece robustecida con los relatos de otros testigos que corroboran las circunstancias en que tuvo lugar ese episodio, y si bien para la defensa del mismo no se puede sustentar una actividad ilícita, ni que se hubieran sostenido reuniones de tal índole, sí permite concluir la comunidad o relación entre quienes integraron esta organización, así como el destino de los recursos comunes para asistir a ese evento.

Otra ocasión en la que departieron públicamente la constituye la celebración de un cumpleaños de Francisco Ricaurte en una finca ubicada en Garagoa (Boyacá), encuentro reconocido por el propio MALO FERNÁNDEZ. A pesar de ser un evento social al que asistieron varios funcionarios de la Corte Suprema de Justicia, así como empleados de la oficina de Ricaurte Gómez, por lo que pareciera apenas natural la presencia de Moreno Rivera en ella, lo cierto es que acorde con lo declarado por el Magistrado Auxiliar Camilo Andrés Ruiz, adscrito al despacho de MALO FERNÁNDEZ, tal agasajo tuvo también como propósito propiciar un acercamiento entre él con Gustavo Moreno para coordinar también actividades ilícitas⁴⁵.

En efecto, manifestó que le pareció extraño que MALO FERNÁNDEZ le insistiera en que fuera a la celebración, muy a pesar de que él no tenía una buena relación con su ex jefe Francisco Ricaurte desde cuando trabajó como Profesional Especializado en la Sala Laboral. Que en la fiesta advirtió un marcado interés para que hablara con Moreno Rivera, lo que

⁴⁵ Audiencia de juzgamiento, sesión de audiencia de 16 de abril de 2020.

en efecto sucedió, manifestándole éste último que Francisco Ricaurte y MALO FERNÁNDEZ querían que les colaborara a los congresistas Nilton Córdoba y Argenis Velásquez, en contra de quienes se seguían actuaciones preliminares en el despacho de MALO, cuya sustanciación precisamente se encontraba a cargo del citado Magistrado Auxiliar, ello bajo el argumento que como Francisco Ricaurte tenía interés en aspirar a la Procuraduría General de la Nación, le servían los votos de los aforados.

Explicó Camilo Ruiz que efectivamente su colaboración en esos trámites contra los citados aforados, como la estrategia era dilatar lo más posible las actuaciones con la presentación de sucesivas solicitudes de aplazamiento de las diligencias, consistieron en proyectar los autos respectivos, los cuales siempre fueron avalados por MALO FERNÁNDEZ.

Y aunque aclaró que el conocimiento de la participación del procesado lo supo por referencia de Moreno Rivera, y que nunca habló directamente con su entonces jefe sobre estos asuntos, ni le consta el pago de dineros a ninguno de los miembros de la organización, a los que Moreno se refería como sus “jefes”, sí indicó que para él era muy diciente el marcado interés que mostraba MALO FERNÁNDEZ frente a los procesos contra Nilton Córdoba y Argenis Velásquez por la actitud dilatoria del abogado, dando cuenta además de los comentarios que le hacía Moreno Rivera sobre asuntos relacionados con el manejo de los procesos, conocimiento que le dio a entender que éste tenía acceso a información interna del despacho.

Tras afirmar que era de público conocimiento que Ricaurte y MALO FERNÁNDEZ eran muy amigos y que al interior de la Corte se apreciaba que en los procesos al despacho de MALO relacionados con el abogado Luis Gustavo Moreno Rivera eran reiterativas las maniobras dilatorias, reseñó que en una oportunidad proyectó un auto aceptando un aplazamiento pero haciéndole un llamado de atención al abogado para que en lo sucesivo acatara las fechas dispuestas por el despacho para adelantar las diligencias, al firmarlo MALO suprimió el aparte que contenía dicho requerimiento, conducta que no era usual en el Magistrado Titular, pues solía ser muy estricto en el cumplimiento de la agenda.

El panorama que presenta Camilo Ruiz, pese a versar sobre actuaciones penales diversas a las de Musa Besaile y Álvaro Ashton, pues fue respecto de los Congresistas Nilton Córdoba y Argenis Velásquez, pone de presente ese *modus operandi* que permite establecer la adhesión de MALO FERNÁNDEZ a la pluralidad de personas que con vocación de permanencia tenían el objetivo de cometer delitos indeterminados.

Así, de estas atestaciones emerge diáfano que sí mediaron escenarios sociales en los cuales compartieron MALO FERNÁNDEZ, Francisco Ricaurte y Luis Gustavo Moreno Rivera, cuyo engranaje se tiñe de ilícito cuando en esa asociación se definieron los roles, pues usando información privilegiada, se buscó que los dos aforados Musa Besaile y Ashton Giraldo confiaran en obtener decisiones

favorables a sus intereses, a cambio de jugosas sumas de dinero.

Pero hay otra circunstancia que confluente a determinar el compromiso de MALO FERNÁNDEZ en tal organización y es la actitud complaciente que tuvo para con el grupo, al remover el obstáculo que constituía la presencia activa del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas en la instrucción de las diligencias, especialmente, tratándose de la que se proseguía contra el Senador Musa Besaile, y designar en su reemplazo profesionales por periodos cortos que les impidieron apersonarse del estudio de ese trámite procesal con la dedicación requerida.

En efecto, José Reyes Rodríguez Casas, Magistrado Auxiliar de la Comisión de Apoyo Investigativo de la Sala de Casación Penal, indicó que en el segundo semestre de 2014 y como consecuencia de la reasignación de actuaciones le correspondió tramitar las de los Senadores Musa Besaile y Julio Manzur Abdalá, empezando a trabajar inicialmente el caso de Manzur, porque ya lo conocía al haberlo sustanciado con anterioridad. Que para noviembre o diciembre de 2014 tenía claro que iba a proyectar auto de apertura formal y a librar orden de captura, de lo cual informó a su jefe el Magistrado MALO FERNÁNDEZ. La apertura contra Manzur se profirió en enero o febrero de 2015, después de vacancia judicial, ocupándose seguidamente del expediente de Musa Besaile, ya que tenían pruebas en común, en el cual también se perfilaba para abrir instrucción según se había comentado con los investigadores y transmitido a su jefe, pero que

cuando estaba pendiente de recibir el informe final de policía judicial para proceder a abrir investigación, MALO FERNÁNDEZ pidió la renuncia de varios empleados del despacho, aceptando solo la suya hacia finales de julio de 2015.

Precisamente, del estado de la investigación contra Musa Besaile dio cuenta Ana Marina Erazo Soler⁴⁶, investigadora líder de ese caso al señalar que para esa fecha se tenía proyectado hacer entrega del informe final, destacando que tras la salida de Reyes Casas el asunto estuvo bajo el liderazgo de distintos Magistrados Auxiliares, que por su circulación en el cargo, se abstuvieron de hacer una revisión minuciosa, difiriendo así la entrega de su informe por tiempo cercano a un año.

Frente al estado de la actuación contra Musa Besaile, en especial, sobre la proyección hacia la que se encaminaba Rodríguez Casas, también declaró Iván Andrés Cortés Peña⁴⁷ Magistrado Auxiliar Coordinador de la Comisión de Apoyo Investigativo, en el sentido que José Reyes le dijo que estaba muy evolucionado, avanzado y “*maduro*”, por lo que entendió que era inminente la apertura de instrucción y la captura del investigado, conversaciones que tuvieron ocurrencia hacia mediados de 2015.

⁴⁶ Fl. 64, cuaderno anexo original No. 2, Comisión de Investigación y Acusación, ratificado ante esta Sala en audiencia de juzgamiento, sesiones de 28 de agosto, 25 de septiembre y 2 de octubre de 2019.

⁴⁷ Fl. 118, cuaderno anexo original No. 2, Comisión de Investigación y Acusación.

Así mismo, como quedó visto en el contexto procesal de la actuación (5.2.2), es patente la actividad probatoria desplegada por Rodríguez Casas, ya que el 12 de marzo recepcionó la versión libre de Musa Abraham Besaile Fayad, luego en el mes de junio, el 22 de junio practicó inspección judicial y recibió una declaración, el 24, 25 y 30 del mismo mes recibió cuatro declaraciones, en tanto que el 2 y 3 de julio recepcionó tres, y una el 30 de julio, un día antes de que le fuera aceptada la renuncia.

Estas circunstancias relacionadas con las diligencias contra Musa Besaile fueron confirmadas por Moreno Rivera, cuando adujo que hacia finales de 2014 Francisco Ricaurte le advirtió que lo iba a llamar Besaile por tener interés en contratar sus servicios, porque se sabía de la inminente captura de Julio Manzur en un proceso por parapolítica a cargo de MALO FERNÁNDEZ, lo que preocupaba al senador ya que ambas actuaciones se servían de las mismas pruebas.

Y en cuanto al acuerdo ilícito, agregó que se reunió con Musa Besaile y el abogado Luis Ignacio Lyons, y que por indicación de Francisco Ricaurte les cobró tres mil millones de pesos, monto al que no accedió Besaile porque no se le estaba garantizando ningún resultado concreto, expectativa a la que afirma, no podía comprometerse en ese momento el grupo, debido a que la instrucción la adelantaba el Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas.

Y que ante la exigencia de Besaile Fayad para encontrarse directamente con Ricaurte, se pactó una reunión

en el apartamento del propio Ricaurte, pero como éste se molestó porque Musa llegó acompañado de Lyons España, se les atendió en el *Hotel Marriot* de la calle 74. Allí se le indicó al aforado que en el expediente 27700 había medios de prueba que lo vinculaban con grupos paramilitares y que era inminente su captura, pactando finalmente tanto evitar la apertura de formal investigación a cambio de dos mil millones de pesos, como salir del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas de la Corte Suprema, pues, según la información reportada por Ricaurte, estaba encaminando la investigación para la apertura.

Los aspectos aludidos, confirmados por fuentes independientes de conocimiento, demeritan las explicaciones ofrecidas por el enjuiciado MALO FERNÁNDEZ cuando para justificar la salida de Rodríguez Casas dijo que no le gustaba su redacción ni la forma como llevaba las investigaciones, lo cual se advierte sin fundamento, además de pueril, pues de ser así, lo mantuvo en su despacho por espacio aproximado de tres años.

Nótese que la línea temporal trazada Moreno Rivera desde su ingreso a la organización, hasta cuando se apartó de sus propósitos, aportando fechas de episodios concretos, son confirmados por otros testigos, tales como las épocas en que se aproximó a los aforados, el Magistrado Auxiliar que estaba a cargo de los procesos, etc., aspectos que robustecen los presupuestos del ilícito de *concierto para delinquir*, ante la existencia de una sociedad que con eminente propósito de cometer delitos indeterminados y con vocación de

permanencia en el tiempo, unió sus fuerzas para cumplir ese propósito en claro detrimento de la seguridad pública.

Si bien por el delito *de utilización de asunto sometido a secreto o reserva* se declarará la cesación de procedimiento en favor del enjuiciado al no haberse satisfecho la condición de procesabilidad de la querrela, tal conducta no desaparece del mundo fenomenológico, ya que se evidencia que la información utilizada por Luis Gustavo Moreno Rivera ante el Senador Musa Abraham Besaile Fayad, que versaba en específicos aspectos judiciales tramitados bajo reserva, anticipando decisiones que aún no tenían por qué saber los sujetos procesales, además de información de otro trámite, como el proseguido contra el Congresista Julio Manzur Abdalá, denota el nexo necesario, con el Magistrado Titular que estaba a cargo de esas diligencias penales.

Esos puntos comunes no se quedan simplemente en que las actuaciones estuvieron asignadas al despacho de MALO FERNÁNDEZ, sino porque fue enterado por el Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, del momento en que en el caso del Senador Julio Manzur se proyectaba abrir formal investigación penal, y posteriormente, la misma situación que se avizoraba en las diligencias previas adelantadas contra el Congresista Musa Besaile.

Esos datos precisos fueron los empleados para motivar en el citado senador destinatario de la propuesta económicas de la organización, como medio de persuasión y de presión

para convencerlo del alcance que tenía la organización al interior de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia, pues además de tener de primera mano tal información del despacho de MALO FERNÁNDEZ, se mostraba la cercanía de quienes habían sido Presidentes de la Corporación, como el caso de Francisco Ricaurte y José Leonidas Bustos, para asegurar que su injerencia aseguraba el éxito de los actos irregulares prometidos, llegando al punto de convencerlos que en caso de no acceder a sus planteamientos, era patente la posibilidad de materializar determinaciones con las que se verían afectados, principalmente en su garantía de locomoción, por las medidas que se podrían adoptar.

Y es a partir de la gran amistad o cercanía del enjuiciado con Francisco Javier Ricaurte que se sustenta, no un nexo contingente, sino necesario, que era por su conducto como salía la información para ser transmitida a los “*clientes*”, pues Luis Gustavo Moreno Rivera aseguró que Ricaurte le entregaba la información de las actuaciones procesales.

De otro lado, pero en el mismo norte, la modificación del orden administrativo al interior de despacho denota el rol y compromiso de MALO FERNÁNDEZ en la organización, ya que fueron distintas las actividades que lideró a fin de satisfacer los propósitos de la organización ilegal, como fue el retiro del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, pues siendo un cargo de libre nombramiento y remoción, instó su renuncia a pesar del empeño que demostraba el funcionario en las investigaciones que le eran asignadas.

Además, una vez fue separado el citado Magistrado Auxiliar de su cargo, la investigación de Musa Besaile quedó estancada en cuanto a avances sustanciales significativos, limitándose a meras providencias de trámite, algunas de simple respuesta a peticiones insustanciales, ajenas a dar impulso a la actuación, tal y como se puede consultar en los proveídos de 22 de septiembre de 2015⁴⁸, 24 de noviembre de 2015⁴⁹, 31 de marzo de 2016⁵⁰, 14 de julio de 2016⁵¹, 19 de julio de 2016⁵², 22 de agosto de 2016⁵³, 12 de octubre de 2016⁵⁴, 4 de septiembre de 2017⁵⁵ y 12 de septiembre de 2017⁵⁶, hasta que el 14 de septiembre de 2017⁵⁷, el propio GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ manifestó su decisión de apartarse del conocimiento de la investigación, una vez salieron a la luz pública estos actos irregulares.

Para ello contribuyó también la rotación continua de Magistrados Auxiliares, brevedad del tiempo que obviamente incidió para que ninguno concluyera el estudio serio del caso, ya que Javier Enrique Hurtado Ramírez laboró de agosto de 2015 a enero de 2016; José Luis Robles Tolosa del 1º de febrero al 23 de julio de 2016; y Guillermo José Martínez del 25 de julio de 2016 al 22 de octubre de 2017. Todos ellos al

⁴⁸ Cfr. Folio 240, c. anexo original No. 9, Comisión de Investigación y Acusación.

⁴⁹ Cfr. Folios 258 - 259, ídem.

⁵⁰ Cfr. Folio 279, íbidem.

⁵¹ Cfr. Folios 35 - 36, c. anexo original No. 10, Comisión de Investigación y Acusación.

⁵² Cfr. Folio 41, ídem.

⁵³ Cfr. Folios 84 - 86, cuaderno anexo original No. 11, Comisión de Investigación y Acusación.

⁵⁴ Cfr. Folios 161 - 162, cuaderno anexo original No. 12, Comisión de Investigación y Acusación.

⁵⁵ Cfr. Folio 232, ídem.

⁵⁶ Cfr. Folio 244 - 251, íbidem.

⁵⁷ Cfr. Folio 258 - 261, ídem.

unísono al declarar en este juicio indicaron que el volumen de las investigaciones hacía que su estudio tomara bastante tiempo y dedicación prácticamente exclusiva.

El Magistrado Auxiliar Camilo Ruiz, adscrito al despacho de MALO FERNÁNDEZ, y miembro incidental de esta comunidad delincencial, tenía a su cargo las diligencias contra los Congresistas Nilton Córdoba Manyoma y Argenis Velásquez, en los cuales también con Luis Gustavo Moreno Rivera se transó, a cambio de dinero, dilatar su trámite, pero fue apartado de la Corte Suprema de Justicia por haberse reunido privadamente con Musa Abraham Besaile Fayad, situación que denotaba su desalineamiento con los propósitos del grupo que estaba buscando en el referido aforado un acercamiento y negociación, pero no directamente con el personal del despacho, sino por intermedio del abogado que canalizaba los distintos propósitos de la organización, que no era otro que Gustavo Moreno Rivera.

Como evidencia circunstancial se tiene lo declarado por José Reyes Rodríguez Casas acerca de dos visitas que le hizo Oswaldo Madarriaga, quien había sido practicante o judicante *ad honorem* en el despacho de MALO FERNÁNDEZ, luego de terminar su judicatura, para darle cuenta de la designación de Alfredo Bula Dumar como director del FONADE (Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo), quien era hermano de Carlos Andrés Bula, que también había hecho sus prácticas de judicatura en ese despacho, como una forma de influenciarlo ante la cercanía de MALO

FERNÁNDEZ con Bula, y la institución que aquél entraba a dirigir, que se dijo era el fortín político de Musa Besaile Fayad, cuya versión libre se aprestaba a recibir justo al día siguiente.

Y que en otra visita Madarriaga le contó que en una reunión en Cartagena escuchó a la esposa de Julio Manzur decir que había corrupción en la Corte Suprema y que estaban dispuestos a hacerla pública, que si se armaba un escándalo, no le iba a gustar a Leonidas Bustos, Ricaurte ni a MALO FERNÁNDEZ, dando a entender que el proceso seguido en contra de dicho aforado, estaba indebidamente instruido y que ello era la respuesta a intereses contrarios a derecho en la Sala Penal, manifestación que el Magistrado Auxiliar no encontró debidamente sustentada pues él hasta ese momento la había diligenciado adecuadamente, pero lo interpretó como un mensaje para que fuera benevolente con ese procesado. Tal conversación fue grabada por Rodríguez Casas y obra en el proceso, donde se corrobora que el contenido de la misma se identifica con lo reportado la declaración.

De otra parte, en relación con el diligenciamiento adelantado en contra del senador Álvaro Antonio Ashton Giraldo también se encuentra acreditado el engranaje de la organización para vender la función judicial al prometerle el archivo de las diligencias radicadas bajo el número 39768 que cursaban en su contra por el ilícito de *concierto para delinquir*, promesa que se vio trunca ante la reasignación de

procesos que se dio al interior de la Comisión de Apoyo Investigativo dispuesta por la Sala de Casación Penal.

Ciertamente, Moreno Rivera relató las incidencias relacionadas con que inicialmente se pactó el archivo de las diligencias, con el pago del 50%, recibiendo seiscientos millones en dos contados, los cuales entregó a Francisco Ricaurte, y que el saldo sería dado cuando estuviera lista la decisión de archivo, suma que se repartió de la siguiente forma: doscientos millones para Ricaurte, otros doscientos millones para José Leonidas Bustos, cien millones para Moreno y cien millones para el abogado Luis Ignacio Lyons España bajo el compromiso de que nombrara a Moreno como defensor suplente dentro de esa actuación, acuerdo que Lyons no cumplió.

Paralelamente, señaló que Ashton se mostraba molesto por la acuciosidad con que Reyes Rodríguez Casas investigaba, inquietud que Moreno Rivera le transmitió a Ricaurte, quien le ordenó informar a Ashton que no había razón para preocuparse, pues mientras ellos estuvieran ahí, nada le iba a pasar al Senador, precisando así el deponente que la salida del citado Magistrado Auxiliar de la Corte no fue solo por el dinamismo que le imprimía a las indagaciones a su cargo, sino por haber alertado a otros Magistrados de la Sala Penal sobre unas comunicaciones intervenidas de Ashton en las cuales hablaba con Francisco Ricaurte.

Y si como lo destaca el procesado y su defensor, ningún testigo presencié directamente actividad ilícita por parte de

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, la abundante prueba indirecta que teje conexos y concordantes indicios derrumban la presunción de inocencia y acreditan su compromiso directo en el delito de asociación.

La coincidencia de los relatos en aspectos sustanciales, en sentir de la Sala otorgan credibilidad a los señalamientos de Moreno Rivera, porque si bien, como lo destaca la defensa, el testigo afirmó que nunca tuvo trato directo con MALO FERNÁNDEZ, el compromiso de éste en el designio criminal de la organización se advierte cuando Moreno Rivera aduce que Francisco Ricaurte era quien manejaba información privilegiada, la cual solo podía provenir del Magistrado Titular, por demás, era el único en posición de cumplir los compromisos adquiridos por el grupo.

En efecto, no tenía Moreno Rivera forma de conocer la existencia de las conversaciones interceptadas entre Ricaurte y Ashton Giraldo, pues el monitoreo de estas se llevaba en cuaderno reservado al que no tenían acceso ni siquiera los sujetos procesales. Pero, además, dio cuenta el testigo de la molestia de Ricaurte por el manejo que de esa información hizo José Reyes Rodríguez Casas, quien en vez de ponerla en conocimiento de su jefe, optó por enterar de la misma a los otros Magistrados integrantes de la Sala.

Para atribuir valor demostrativo a un testimonio el legislador orienta al operador jurídico qué circunstancias pueden serle útiles, factores que conjugados llevan a establecer razonadamente si merece crédito, y aquí el relato

de Moreno Rivera guarda consonancia con lo narrado por el Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas cuando señaló que en las interceptaciones de comunicaciones de Álvaro Ashton, aparecía hablando con Francisco Ricaurte, tras lo cual se ponían citas, no las puso en conocimiento directo de GUSTAVO MALO, dada su extrema cercanía con Ricaurte, sino que enteró a los otros Magistrados Titulares, así como al líder de la Comisión, quienes luego de su estudio se las retornaron al estimar que no contenían información que permitiera promover alguna acción administrativa.

Lo dicho en precedencia por el testigo Rodríguez Casas encuentra coincidencia con lo manifestado, a su turno, por Moreno Rivera cuando adujo que a finales del año 2013, Ricaurte le informó que llamaría Álvaro Ashton Giraldo, a quien le *“iban a colaborar con un archivo”* a cambio del pago de mil doscientos millones de pesos, resaltando que para la época Ricaurte era Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, razón por la cual quien se encargaba de adelantar los contactos con los aforados y cobrar las sumas de dinero era directamente él, rol que dejó de ser trascendente cuando, anulada la elección de Ricaurte, éste asumió el trato directo con los *“clientes”*.

El argumento defensivo relacionado con que de haber hecho parte de la empresa criminal MALO FERNANDEZ, habría advertido a Francisco Ricaurte que el abonado celular de Ashton Giraldo estaba intervenido, no tiene la contundencia suficiente para eliminar la responsabilidad penal del procesado, porque llama la atención que los

interlocutores evitaron cualquier contenido que los comprometiera, pactando encuentros directos, actitud que les permitía mantener su comunicación fluida sin comprometerse.

Para arribar a la respuesta sobre el compromiso del procesado en este delito, siguiendo los parámetros dogmáticos de autoría y dominio funcional del hecho se parte de lo desarrollado por la Sala de Casación Penal frente al grado de participación que se puede atribuir a quien se suma a una organización, como la que se describió anteriormente, en el marco del *concierto para delinquir*, pues a pesar de que se trata de un comportamiento en el que participa un número plural de personas, por la redacción de la descripción típica contenida en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 y no obstante la división de roles, cada sujeto responde al título de autor y es tal atribución la que se predica del Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.

Está probado el asocio de abogados y funcionarios públicos con el ánimo de permanecía para cometer conductas delictivas (*las cuales por demás se materializaron cuando el grupo recibió retribuciones por parte de Álvaro Ashton y Musa Besaile para realizar actuaciones tendientes a archivar o dilatar el proceso, respectivamente, como se verá más adelante*), grupo que por demás lesionó el bien jurídico de la seguridad pública, ante la amenaza, incertidumbre e intranquilidad generados a la sociedad por el acuerdo de voluntades para cometer delitos de forma indeterminada o

determinable por su especie, acuerdo que tuvo estabilidad y no se trató de un mero pacto transitorio.

Varios indicios graves, independientes que no tienen origen en la misma prueba, ni constituyen momentos sucesivos de un mismo hecho convergen y se coordinan entre sí denotando que las acciones de MALO FERNÁNDEZ como Magistrado Titular del despacho bajo el cual cursaban las diligencias preliminares contra Musa Besaile y Ashton Giraldo eran indispensables para el logro del propósito de la organización ilegal, y que su ejecución era la vía para cumplir los distintos compromisos adquiridos con los clientes del grupo ilícito.

Vale la pena llamar la atención que la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes adecuó el comportamiento solamente al inciso 1° del artículo 340 del Código Penal, cuando deviene evidente que era predicable el inciso 2° toda vez que el concierto apuntó a que los integrantes de la organización criminal incrementaran ilícitamente sus patrimonios, de ahí que era aplicable el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006 que modificó tal inciso al establecer una pena de 8 a 18 años de prisión.

O era predicable el inciso 3° del mismo precepto dado el rol protagónico o principal que desempeñaba el Magistrado MALO FERNÁNDEZ en el grupo, máxime que era en su despacho donde estaban los procesos contra los Congresistas Musa Besaile y Álvaro Ashton, de ahí que al

dirigir o encabezar a la organización haría aumentar la pena hasta en la mitad.

Pese a lo anterior, esta Sala no puede tenerlos en consideración, pues ello representaría una alteración en el núcleo fáctico abordado en la calificación, aspecto que constituiría una afrenta al principio de congruencia, pues tal distanciamiento de los hechos, pese a estar dentro del mismo *nomen iuris*, agravaría la responsabilidad del enjuiciado.

Estos eventos ya demostrados dan cuenta de la zozobra a la que estuvo sometida la sociedad en general, y principalmente los usuarios de la administración de justicia, en la medida que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, siendo Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se unió a un grupo delincencial para ejecutar estos punibles, lo que derivó en la lesión a la expectativa legítima que ampara a todos los asociados frente a las decisiones de las autoridades, especialmente aquellas que provienen del órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria, desdiciendo de la legitimidad de las determinaciones allí adoptadas.

Corolario de lo expuesto, al encontrar acreditada la existencia de la conducta delictiva de concierto para delinquir, así como la autoría en cabeza de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, será declarado penalmente responsable y condenado en tal calidad.

6.4. Del delito de cohecho propio

Está descrito en el artículo 405 del Código Penal de la siguiente manera: *“El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.*

El aspecto dogmático ha sido precisado por la Sala de Casación Penal de esta Corte⁵⁸ al señalar que el sujeto activo es cualificado cuya conducta se concreta en aceptar promesa remuneratoria o recibir para sí o para otro, dinero o cualquier utilidad diversa con el fin de *i)* retardar un acto propio del cargo; *ii)* omitirlo; o *iii)* ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, lo cual no es asunto diverso que a la de compra y venta de un acto de autoridad que debe ser realizado gratuitamente.

A su turno, el servidor público que acepta la promesa o el pago de la utilidad debe tener la facultad de decidir lo pedido de cara a retardarlo, omitirlo o ejecutar un acto contrario a ello, sin que sea menester que efectivamente lo haga.

⁵⁸ CSJ, SP 14 oct. 2020, rad 55745; CSJ AP, 23 mar. 2017, rad 34282A, CSJ SP, 8 nov. 2011, rad. 34282, entre otras.

Descarta la concurrencia de engaño o violencia al ser un contrato ilícito, sin vicio de voluntad, en el que las partes son codeficientes. Con el dinero o la sola promesa se provoca, estimula o incita al servidor público a obrar ilícitamente, quien se compromete con el cohechador a violar la independencia e imparcialidad, atributos anejos al ejercicio de sus funciones, sin que sea menester que el acto contrario a los deberes oficiales se traduzca necesariamente en una decisión contraria a la ley, pues puede suceder que esa determinación se ajuste a la legalidad pero que sea producto, no del cabal cumplimiento de los principios que rigen la administración pública, sino del compromiso de la función del servidor público a cambio del dinero o promesa remuneratoria acordada.

Lo anterior, por cuanto la norma prohibitiva busca proteger la transparencia, rectitud, imparcialidad, integridad, legalidad y objetividad que debe irradiar la función pública, precaviendo el menoscabo que su ejercicio arbitrario pueda reportar en la percepción de las instituciones públicas en el conglomerado social.

El juicio de reproche elevado por este delito al procesado se basa en que como parte del designio criminal trazado por la organización de la cual hacía parte y a cambio de sustanciales sumas de dinero, comprometió la función judicial a él deferida para que los procesos que se tramitaban en su despacho contra los exsenadores Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Ashton Giraldo no tuvieran un normal

desarrollo y las decisiones adoptadas favorecieran a los allí investigados.

Con fundamento en los elementos del tipo antes descritos la comprobación de la materialidad de la conducta atribuida a MALO FERNÁNDEZ parte de la verificación de su condición de Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual, ostentaba la función de investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República, específicamente, estaban a su cargo las investigaciones que por la denominada "*parapolítica*" se seguían contra los Senadores Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo bajo los radicados 27700 y 39768, respectivamente.

La negociación de la función jurisdiccional en provecho de intereses ajenos a los que orienta la administración de justicia se acredita con los testimonios de Luis Gustavo Moreno Rivera, Musa Besaile Fayad, Álvaro Ashton Giraldo y Luis Ignacio Lyons España, quienes al unísono, además de dar cuenta de un grupo organizado con abogados y funcionarios públicos dedicado a ofrecer ayudas irregulares en las investigaciones, refieren el dinero entregado bajo la promesa, en un caso de archivar la actuación, y en el otro de evitar la apertura formal de investigación y dilatar su trámite.

Y si bien como con acierto se anota en el llamamiento a juicio y lo resalta el enjuiciado y su defensor, no hay prueba directa que el doctor MALO FERNÁNDEZ haya recibido dineros, es mediante prueba circunstancial como se acredita

ello, máxime que esta clase de conductas se realizan subrepticamente.

6.4.1. Caso de Álvaro Antonio Ashton Giraldo

En primer lugar, en el despacho de MALO FERNÁNDEZ se adelantaba la indagación contra el citado congresista y conforme con las declaraciones de Moreno Rivera por instrucción directa de Francisco Javier Ricaurte Gómez, hacia finales de 2013 contactó a Álvaro Ashton Giraldo ofreciéndole el archivo de las diligencias previas que por “*parapolítica*” cursaban en su contra, ello a cambio de mil doscientos millones de pesos.

Expuso que en la primera reunión, en la cafetería OMA ubicada la calle 93, acordando un primer pago del 50% y el saldo cuando estuviera listo el auto de archivo, que así, recibió de Ashton Giraldo un total de seiscientos millones de pesos en dos entregas, cada una por trescientos millones, la primera en inmediaciones del *Metropolitan Club* y la otra en el parqueadero del *Hotel Portón*, dinero que afirmó haber entregado a Francisco Ricaurte y que se distribuyó de la siguiente forma: doscientos millones para Ricaurte, doscientos millones para Leonidas Bustos, cien millones para Moreno Rivera y los otros cien millones para Luis Ignacio Lyons España con el compromiso de que éste nombrara a Moreno abogado suplente dentro del referido proceso, designación que finalmente aquél no hizo.

De la revisión del trámite seguido contra Álvaro Antonio Ashton Giraldo se establece que fue repartido el 24 de agosto

de 2012 y el 10 de octubre siguiente se dispuso abrir investigación preliminar, actos previos al ingreso de MALO FERNÁNDEZ como Magistrado Titular, ya que asumió tal cargo el 18 de octubre de ese año. El 25 de octubre siguiente obra el auto firmado por él en el cual reconoce a Luis Ignacio Lyons España como defensor. Seguidamente hay varias providencias de impulso firmadas por la Sala el 23 de noviembre de ese año, 6 de marzo y 16 de octubre de 2013 y 23 de enero de 2014, hasta que en virtud de la redistribución de procesos por regionalización en la Comisión de Apoyo Investigativo, dispuesta por la Sala Penal el 28 de mayo de 2014 (acta 162), el asunto de Ashton correspondió al despacho del doctor Eugenio Fernández Carlier, según acta de 4 de junio siguiente firmada por el Magistrado Auxiliar Raúl Alfonso Gutiérrez, adscrito a ese despacho

Conforme con lo dicho por Luis Gustavo Moreno Rivera, fue precisamente esa reasignación la que impidió cumplir con la promesa del archivo de las diligencias, lo cual concuerda con lo afirmado por Álvaro Ashton en el sentido que de la suma acordada para obtener tal archivo, pagó el 50% en tanto que el restante 50% estaba pactado para cuando le fuera notificada tal decisión, saldo que no canceló porque nunca se produjo la misma.

El propio Álvaro Ashton Giraldo⁵⁹ admitió que hacia mediados de agosto de 2013 Gustavo Moreno lo buscó con el propósito de que le otorgara poder para asumir su defensa en el proceso por “*parapolítica*” mediante una estrategia que

⁵⁹ Audiencia de juzgamiento, sesión de 28 de enero de 2020.

consistía en la formulación de un estudio sobre los testigos que lo habían denunciado ante la Corte y relacionarlos con una denuncia que con anterioridad había interpuesto Ashton por extorsión, para armar así un argumento que permitiera sustentar el archivo de las diligencias previas.

Agregó que el 6 de noviembre de 2013 Moreno lo invitó al lanzamiento de un libro en el *Gun Club*, evento al que asistieron Magistrados de esta Corporación y otros altos dignatarios del Estado, circunstancia que, adujo, lo llevó al convencimiento de que Moreno tenía la capacidad de propiciar el archivo que le había planteado inicialmente, por eso, se reunió de nuevo con él, oportunidad en la que este le ofreció directamente obtener el archivo a cambio del pago de mil ochocientos millones de pesos para él y su “*equipo*”, precio reducido a mil doscientos millones y finalmente a ochocientos millones de pesos.

En cuanto a la forma como habría de entregarse la suma acordada, dijo que Moreno le pidió el 50% inmediatamente y el saldo cuando le notificaran el archivo, pero que, como se encontraba en plena campaña política, el exparlamentario propuso pagar doscientos millones de pesos entre diciembre de 2013 y comienzos del 2014 y el resto, una vez terminaran las elecciones de marzo de 2014, para completar así el 50% inicial, entregas que tuvieron lugar en la ciudad de Cartagena.

Respecto del saldo indicó que no lo entregó, porque el archivo nunca ocurrió, explicando que para mediados de

2014 hubo un cambio de ponente del proceso y que a pesar de que Luis Gustavo Moreno Rivera le manifestó que no se preocupara y que la estrategia sería también dilatar el proceso, no lo canceló ya que tras un tiempo en que no se proyectaron decisiones, a mediados de agosto de 2017, con ocasión del escándalo, se reactivó la investigación.

Como ya se reseñó, bajo el doctor Fernández Carlier se advierte en el expediente que la Sala Penal emitió varias decisiones de impulso procesal ordenando práctica probatoria (7 de septiembre de 2015; 31 de agosto 2016; 4 de julio, 4, 6, 14 y 20 de septiembre de 2017), en tanto que mediante auto de Magistrado fueron rechazadas de plano el 3 de junio y 5 de octubre de 2016, los memoriales suscritos por Luis Gustavo Moreno Rivera en los cuales, sin ostentar la calidad de defensor pretendía designar un dependiente judicial, precisándole que no contaba con algún poder para actuar, así como la “*renuncia*” a ser defensor suplente tras denotar que no había fungido como tal⁶⁰.

A su turno, tras advertir varias actuaciones irregulares, toda vez que no aparecían algunos informes de Policía Judicial y sus anexos, luego de ordenar la reconstrucción procesal respectiva, se compulsaron copias ante la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría para que se adelantaran las investigaciones correspondientes.

⁶⁰ Documentos obtenidos en inspección adelantada el 5 de noviembre de 2019 en la Jurisdicción Especial para la Paz al expediente con radicado 51161, seguido contra Álvaro Ashton Giraldo por el delito de cohecho por dar u ofrecer, que actualmente conoce la JEP con ocasión del sometimiento de Ashton Giraldo a dicha jurisdicción especial. C. Anexo No. 44, folios 8 a 11 y 60 a 61.

También se dispuso compulsar copias con el fin de investigar a Álvaro Ashton ante la posible comisión de conductas contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Y luego de abrir formal investigación penal y ordenar la captura del aforado, tras escucharlo en indagatoria, el 13 de diciembre de 2017 se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento privativa de la libertad, luego de lo cual, tras clausurar la instrucción, el 30 de mayo de 2018 se emitió resolución de acusación en su contra como presunto *“autor responsable del punible de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340 inciso segundo del Código Penal, con la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 9 del artículo 58”*, decisión confirmada el 25 de julio siguiente al resolver el recurso de reposición⁶¹.

Lo anterior denota que, si bien Moreno Rivera aseguró que ante la imposibilidad de archivar las diligencias, por la reasignación del expediente, se cambió la promesa por dilatarlo, ello no tiene soporte, porque además de que no fungió como defensor principal o suplente, no se advierte alguna injerencia del grupo en el despacho de Fernández

⁶¹ Según la página web de la Jurisdicción Especial para la Paz (<https://www.jep.gov.co>), en comunicado de prensa de 27 de septiembre de 2019 se informó que tras aceptar, el 16 de julio de 2019, el sometimiento de Álvaro Antonio Ashton Giraldo, por tres procesos, uno por el delito de concierto para delinquir, otro por cohecho y otro por amenazas, le fue concedida la libertad transitoria, condicionada y anticipada *“ordenada en el marco de un proceso penal por el delito de concierto para delinquir agravado por su presunta connivencia con el frente José Pablo Díaz de las antiguas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). La Sala consideró que la aceptación por parte de Ashton de su participación en al menos una reunión con las AUC, con propósitos electorales y de apoyo al trámite de la Ley 975 de 2005, es un primer paso en su proceso de aporte a la verdad plena que exige la JEP a los comparecientes”*.

Carlier ni hay decisiones de las cuales se infiera que deliberadamente se quería demorar el curso procesal.

De esta manera se acredita el episodio de corrupción en el radicado 39768, pues lo relataron quienes se encargaron de negociar tal pacto ilegal consistente en la consecución de un auto inhibitorio de las diligencias previas que se seguían en contra de Ashton Giraldo por probables nexos con grupos al margen de la ley, ello a cambio de dinero.

La defensa capitaliza las contradicciones que median entre los testigos en cuanto a las sumas acordadas y efectivamente entregadas, o los lugares donde tuvieron lugar éstas últimas, aspecto que no tiene la capacidad de derruir o desvirtuar la existencia del acto de corrupción, pues son temas accidentales o periféricos que no inciden en el eje o en aspectos sustanciales en donde se advierte la coincidencia, como por ejemplo, la época para la cual se iniciaron los contactos y la forma como habrían de adelantarse los pagos (50% anticipadamente y el saldo cuando se profiriera el auto inhibitorio), así como el acto ilegal prometido, no otro distinto al archivo de las diligencias, soportan el relato de Moreno.

6.4.2. Caso de Musa Abraham Besaile Fayad

La venta de la función judicial también ocurrió dentro de la actuación 27700 seguida en contra del citado congresista, pues Moreno Rivera dijo que a finales de 2014 Francisco Ricaurte le advirtió que lo llamaría Musa Besaile Fayad, por eso, bajo indicación de aquél, se reunió con el

citado congresista hacia finales de diciembre de 2014, cobrándole inicialmente la suma de tres mil millones de pesos para evitar la orden de captura, monto que no accedió a pagar, porque no se le garantizó un resultado concreto, a lo que afirmó Moreno no podía comprometerse el grupo pues el Magistrado Rodríguez Casas ya había sugerido a MALO FERNÁNDEZ la posible apertura formal de instrucción y, en tal medida, la consecuente captura del aforado para oírlo en indagatoria.

Añadió que se acordó una reunión en el apartamento de Ricaurte, pero se vio frustrada porque Musa Besaile acudió acompañado de su abogado Luis Ignacio Lyons España, cumpliéndose entonces en el *Hotel Marriot*, oportunidad en la que se pactó tanto el pago de dos mil millones de pesos con el fin de evitar la orden de captura contra el entonces senador, como la salida del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas de la Corte Suprema de Justicia, quien, según le había referido Ricaurte, estaba llevando la instrucción en ese sentido.

Tal pacto se cumplió, pues se dilató el curso de esa indagación preliminar como se encuentra demostrado documentalmente, ya que la providencia de apertura formal investigación solo se dio hasta el 31 de enero de 2018 pero no por voluntad de MALO FERNÁNDEZ, quien luego de que salieran a la luz pública estas actuaciones, el 14 de septiembre de 2017 hizo una “*manifestación de apartamiento*” del aludido trámite, y la Sala Penal el 20 del mismo mes y año lo separó de la sustanciación de la actuación, disponiendo que

el conocimiento de la investigación previa correspondiera a toda la Sala.

De esa forma la Sala Penal en pleno, luego de ordenar la captura de Musa Besaile y de escucharlo en indagatoria, por decisión de 23 de mayo de 2018 le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, *“como presunto **autor responsable del delito de concierto para delinquir, agravado por promover de manera efectiva la ilícita asociación**, de que trata el artículo 340, inciso 3°, de la Ley 599 de 2000, concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad consistente en la posición distinguida del indiciado en la sociedad por su cargo, situación económica, poder y oficio, en atención a lo normado en el numeral 9° del artículo 58 del mismo estatuto”* (negrillas integradas al texto).

El doctor MALO FERNÁNDEZ en auto de 14 de septiembre de 2017⁶², cuando presentó *“manifestación de apartamiento”*, consignó que la actuación 27700 fue asumida por él desde junio de 2014, en virtud del esquema de regionalización de este tipo de asuntos al interior de la Corporación, lo que confirma que efectivamente se encontraba bajo su supervisión.

El proceso estuvo a su cargo desde junio de 2014, hasta el 20 de septiembre de 2017, momento en el cual, como ya se anotó, la Sala Penal en pleno decidió separarlo del conocimiento, lapso superior a los tres años que denota el cumplimiento de los acuerdos ilegales motivados en la

⁶² Cfr. Folios 258 al 261 cuaderno anexo original comisión de investigación y acusación No. 12.

entrega de grandes sumas de dinero, pues para impedir la apertura de investigación instó la renuncia al cargo de Magistrado Auxiliar de José Reyes Rodríguez Casas, el 31 de julio de 2015, procediendo luego a designar en su reemplazo varios funcionarios por periodos cortos, brevedad que impidió el asumir juiciosamente el estudio de las diligencias.

En cuanto al pago del dinero, Moreno Rivera señaló que lo recibió de manos del abogado Luis Ignacio Lyons hacia la Semana Santa de 2015, momento a partir del cual Francisco Ricaurte se entendió directamente con Musa Besaile.

El acuerdo ilegal fue corroborado por el citado congresista, quien relató que entre octubre y noviembre de 2014 recibió una invitación al apartamento del Francisco Ricaurte, en la que éste le comentó que sabía que tenía un proceso por "*parapolítica*" en la Corte Suprema, que era un proceso "*bastante viejo*" y que le recomendaba nombrar a Moreno Rivera, sugerencia que no atendió ya que estaba satisfecho con la labor adelantada por su abogado defensor.

Sobre el propósito de esa reunión, si bien tanto Musa Besaile como Francisco Ricaurte pretendieron restarle relevancia, al manifestar que allí se limitó Ricaurte a recomendarle a Moreno, a quien describió como un abogado exitoso y posicionado a nivel nacional e internacional, lo cierto es que conspira contra tal pretensión el documento aportado por el propio senador, que cuenta con reconocimiento personal ante la Notaria Única de Sahagún, en el que con el fin de pre constituir prueba de la supuesta

extorsión de que había sido víctima por parte de Moreno, advirtió la ocurrencia de la reunión en casa de Ricaurte, hecho cuya relación en la declaración aludida solo se explica si, en efecto, lo que allí se le propuso directamente por Ricaurte fue evitar la captura, mediando claramente la compraventa de la función judicial.

Según Besaile Fayad, para los primeros días de diciembre de 2014 recibió un mensaje de texto en el que Moreno Rivera lo invitaba a encontrarse con él en el *Hotel Marriot*, reunión en la que hizo presencia Francisco Ricaurte, pero solo para saludarlo, dejándolo a solas con Moreno, quien le advirtió que su situación en el proceso 27700 estaba muy complicada y que en los próximos días se iba a producir la captura de Julio Manzur y después la suya.

Que en otra reunión en el *Hotel Radisson*, acaecida con posterioridad a la captura de Julio Manzur, Moreno Rivera le dijo que ya en su proceso también se había librado la orden de captura, transando así por dos mil millones de pesos en efectivo el evitar tal aprehensión, recursos que dice entregó por intermedio de Luis Ignacio Lyons.

Relató que, con posterioridad a Semana Santa, Francisco Ricaurte lo citó a su apartamento, oportunidad en la cual Besaile Fayad aprovechó para informarle que ya le había hecho entrega de la suma acordada a Gustavo Moreno, haciéndose Ricaurte el desentendido, pero que igual le insistió en que nombrara a Moreno como apoderado

suplente, a lo que efectivamente procedió su abogado principal Luis Ignacio Lyons España.

Del pago como contraprestación al acuerdo corrupto también da cuenta el citado abogado Lyons España, cuando narró que hacia finales de 2014 Moreno Rivera lo contactó para advertirle que su representado Musa Besaile iba a ser capturado en los últimos días de diciembre. Adujo que posteriormente se reunieron en el *Hotel Radisson*, y que según le comentó su cliente, Luis Gustavo Moreno le había mostrado un papel que supuestamente era la copia de una orden de captura, pidiéndole la suma de seis mil millones de pesos.

Dio fe igualmente de otra reunión, con posterioridad a la captura de Julio Manzur, en la que Ricaurte y Musa se entrevistaron por interregno de 30 a 40 minutos y producto de la cual se rebajó la cuantía de seis mil a dos millones de pesos, suma que debía ser entregada en un plazo no superior a la Semana Santa.

El declarante precisó que él mismo entregó los recursos en cuatro pagos, una persona de confianza de Musa Besaile los llevó en efectivo hasta su oficina y allí los recogió Moreno, salvo en una oportunidad en que tuvo que llevárselos directamente al apartamento, pues Moreno estaba convaleciente tras una cirugía que le habían practicado.

La coherencia extrínseca entre las aludidas atestaciones en aspectos sustanciales acredita los pagos a

cambio de actuaciones irregulares, y si bien se admite que no hay testigos “*de visu*” que acrediten la entrega de dineros directamente a MALO FERNÁNDEZ ello se hace a través de prueba construida a partir de los siguientes hechos indicadores:

i) La condición especial en que el procesado se encontraba por sus calidades personales y sus relaciones que le facilitan la realización del delito, pues dada su calidad de Magistrado Titular de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tenía a su cargo las aludidas actuaciones penales.

ii) Mantenía una estrecha amistad con Francisco Ricaurte Gómez lo que facilitaba el flujo de información hacia Luis Gustavo Moreno para ofrecerla a sus “*clientes*” y denotar así la influencia al interior de la Corte a fin de asegurar el éxito en su gestión de alterar el curso normal de las investigaciones.

iii) El 31 de julio de 2015 removió a José Reyes Rodríguez Casas del cargo de Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, funcionario que había demostrado acuciosidad en su labor, la cual no servía a los turbios beneficios pactados en favor de los aforados.

iv) Designó en su reemplazo varios Magistrados Auxiliares por corto tiempo, rotación que impidió que asumieran con la seriedad y concentración requeridas la investigación contra Musa Besaile, pues Javier Enrique

Hurtado Ramírez, ejerció tal activada laboral de agosto de 2015 a enero de 2016; José Luis Robles Tolosa del 1° de febrero al 23 de julio de 2016; y Guillermo José Martínez, del 25 de julio de 2016 al 22 de octubre de 2017.

Además, de la retribución económica antes mencionada, el procesado se benefició de los dineros pagados cuando asistieron al Festival de la Leyenda Vallenata del año 2015, y aquí entronca la premura mostrada por Luis Gustavo Moreno Rivera para que Musa Besaile, antes de la Semana Santa de 2015, pagara el saldo restante de los dos mil millones de pesos que había pactado, pues se advierte una clara relación con el empleo de los recursos de la organización ilegal, para acudir a esas festividades en la ciudad de Valledupar.

Aun cuando Moreno Rivera ha afirmado que no tuvo trato directo con MALO FERNÁNDEZ para acordar o definir los beneficios que habrían de garantizarse a los “*clientes*”, la participación del Magistrado se acredita no sólo por coincidir en eventos sociales a los que ya se ha hecho referencia, sino que resulta evidente ya que los acuerdos ilegales versaban sobre trámites judiciales a su cargo, por lo tanto, era el único en posición de cumplir los compromisos adquiridos por la organización criminal, lo que aunado a la información privilegiada que obtenía Moreno Rivera por intermedio de Ricaurte Gómez, misma que solo podía conocer en razón de su cercanía con el entonces Magistrado MALO FERNÁNDEZ, constituyen hechos indicadores que acotan su responsabilidad penal por afectar la administración pública

y la administración de justicia mediante la aceptación de una contraprestación a cambio de ofrecer beneficios ilegales a los aforados investigados.

El delito de *cohecho propio* no exige el pago o cumplimiento de lo ofrecido, siendo suficiente para ello el acuerdo sobre el compromiso de la función y la gratificación recibida o prometida, aspectos más que acreditados con la prueba previamente valorada y que permiten alcanzar el grado de conocimiento exigido para proferir sentencia de condena en contra de MALO FERNÁNDEZ por tal ilícito.

Téngase en cuenta, además, como lo resaltó el representante de la sociedad en sus alegatos conclusivos, que a la comisión de este delito puede llegarse igualmente por interpuesta persona, sin que ello desnaturalice el juicio de reproche que corresponde al dueño de la función pública, único sujeto con capacidad para comprometerla. Así, el recibo de la dádiva o la aceptación de la recompensa puede materializarse a través de un tercero, como sucedió en este caso, en el que se advierte como elemento unificador del modelo delictual adoptado por la organización, que los potenciales clientes eran dirigidos por Francisco Ricaurte hacia Moreno Rivera, a quien la labor de litigante le facilitaba los contactos con aforados sin levantar sospechas y quien, en últimas, era el encargado de concretar los acuerdos y recibir el dinero que Ricaurte posteriormente repartía entre los restantes miembros del grupo criminal.

Siendo ello así, es claro entonces que la prueba soporta la censura contra el aquí procesado por el punible de *cohecho propio*, en tanto fue quien, por intermedio de Moreno y del propio Ricaurte, negoció la función jurisdiccional a él deferida por la Constitución y la ley y recibió, incluso indirectamente la contraprestación ilegal derivada del acto de corrupción, conducta por la que debe responder penalmente a título de autor, en la medida en que sobre él recaía la capacidad para orientar el devenir procesal al cumplimiento de los compromisos de la organización, cumpliéndose con la exigencia de sujeto activo calificado exigida en el tipo objetivo.

La Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes no indicó expresamente la concurrencia de un concurso homogéneo de conductas constitutivas de *cohecho propio*, pese a que se trató de dos conductas claramente diferenciadas y que por lo mismo conservan su autonomía e independencia, pero la Sala en respeto al principio de congruencia no puede ubicar la figura concursal homogénea.

En efecto, si bien fácticamente en el auto de acusación se dio cuenta de dos eventos claramente diferenciables cuando se anotó que “*El mismo senador BESAILE FAYAD, admite haber pagado los \$ 2.000 millones de pesos en su totalidad gracias a un préstamo que le hiciese un amigo y el senador ASHTON GIRALDO, admite al menos, haber pagado inicialmente la suma de \$ 600 millones de pesos, como abono de la tarea encomendada*”, como la calificación no abarcó el concurso homogéneo, no es posible

incluirlo, y por lo mismo se tomará como un solo delito de *cohecho propio*.

En estas condiciones, la Sala no podría alterar en el núcleo fáctico de la conducta que se tuvo en cuenta en la acusación al bifurcar un solo delito en dos, o agregar por razón de la pluralidad de comportamientos la figura concursal homogénea y sucesiva.

6.5. Del delito de prevaricato por omisión

Según el artículo 414 del Código Penal se sanciona al servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones. Su estructura dogmática ha sido perfilada hermenéuticamente por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos⁶³:

i) El sujeto activo es calificado, pues por tratarse de los denominados *delitos especiales*, será autor de la conducta típica quien cumpla las condiciones previstas en la norma, que no es otra que la de ostentar la calidad de servidor público.

ii) Es delito de mera conducta o actividad, actualizándose el comportamiento típico con la sola acción omisiva o la simple infracción del deber de actuar, sin requerir la causación de un determinado resultado.

⁶³ Cfr. CSJ SP 16 sep. 2020 rad. 56169; SP 10 abr.2019 rad. 54973; SP 10 ago. 2016, rad. 42007, entre otras.

iii) Es delito de *omisión propia* u *omisión pura*, dado que regula una conducta inactiva o negativa, en la cual precisamente se reprocha el incumplimiento del deber definido por el legislador, independientemente del resultado.

iv) Es de conducta alternativa, según los verbos rectores definidos “*omita, retarde, rehúse o deniegue*”, en el entendido que omitir es abstenerse de hacer o pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita⁶⁴;

v) Corresponde a un tipo penal en blanco, toda vez que es necesario integrar el supuesto fáctico con la norma que impone el deber funcional, sea de orden constitucional o legal, para completar y concretar el sentido de la conducta.

De esa manera, alguno de los verbos rectores ha de recaer en el deber jurídico que hace parte de las funciones del cargo que desempeña el servidor oficial.

vi) En cuanto al aspecto subjetivo de la conducta, es esencialmente dolosa, por lo tanto, se exige que el servidor en quien recae el deber legal de ejecutar el acto, además de ser consciente del imperativo que le asiste, en forma voluntaria omita, retarde, rehúse o deniegue su cumplimiento.

⁶⁴ CSJ AP, 27 oct. 2008, rad. 26243

Acerca de tal tópico, la Sala de Casación ha señalado que *“Si el prevaricato por omisión requiere para su configuración que el agente conozca el carácter ilícito de su comportamiento, es decir, que tenga conocimiento y voluntad de omitir intencionadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal, ese actuar premeditado o ‘deliberado’ según el significado de la alocución, es comportamiento voluntario, intencionado, hecho a propósito, como se define en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; o en conducta reflexiva e intencionadamente, no de manera impensada, con pleno conocimiento de lo que se hace y buscando las consecuencias que corresponden al acto de que se trata.”*⁶⁵

En relación con este delito, el auto de acusación refirió que, para cumplir los objetivos trazados por la organización criminal, MALO FERNÁNDEZ omitió adelantar sus funciones con la debida celeridad y eficiencia, dilatando en lo posible las actuaciones para impedir la materialización de medidas restrictivas, como órdenes de captura, o con el ánimo de que se alcanzara la prescripción de la acción penal.

Y si bien legalmente está prevista una causal de intensificación punitiva, en el artículo 415 de la Ley 599 de 2000, cuando la conducta se realiza en actuaciones judiciales adelantadas por, entre otros, el ilícito de *concierto para delinquir*, por los cuales precisamente se investigaba a los Congresistas Musa Besaile Fayad y Álvaro Ashton Giraldo, la misma no fue tomada en cuenta por el órgano acusador, sin que pueda ser considerada en esta altura en acatamiento al principio de congruencia.

⁶⁵ CSJ AP, 20 ago. 2008, rad. 29814

En el caso objeto de estudio y como ya tuviera ocasión de advertirlo la Sala en acápites precedentes, se tiene demostrada la calidad de funcionario público de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, quien para la época de los hechos y desde el 18 de octubre de 2012, se desempeñaba como Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, teniendo como una de sus atribuciones la competencia para investigar y juzgar a los Senadores y Representantes a la Cámara.

Pero además de que en la acusación no fue incluida la figura concursal para esta conducta omisiva en relación con los trámites que se adelantaban de manera independiente contra Musa Besaile y Álvaro Ashton Giraldo, no sería predicable respecto de éste último, ya que las pruebas apuntan a que mientras estuvo en el despacho del enjuiciado, el pacto ilícito buscó obtener el auto inhibitorio y consecuente archivo el cual no se materializó por la redistribución de expedientes dispuesta por la Sala de Casación Penal en decisión adoptada el 28 de mayo de 2014, siendo asignado tal diligenciamiento a otro despacho, al del doctor Eugenio Fernández Carlier.

La probable inacción por parte del enjuiciado se centrará en las diligencias preliminares adelantadas en contra del Congresista Musa Besaile Fayad que le fueron asignadas, ya que el mismo Senador admitió haber pagado dos mil millones de pesos con el fin de evitar la apertura formal de la investigación, la que en virtud de la naturaleza del ilícito —*concierto para delinquir*—, conllevaba la

expedición de orden de captura con fines de escucharlo en indagatoria.

Sobre el curso de esta actuación, resulta relevante destacar la declaración del exmagistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, quien contó que se trataba de una investigación por la probable vinculación del exsenador Musa Abraham Besaile Fayad con altos mandos paramilitares que, con el empleo de la fuerza y la intimidación, lo apoyaron para su campaña electoral. Sostuvo que, con la versión de Salvatore Mancuso, se conoció que en el departamento de Córdoba todo político de alto nivel contó con apoyo o aval de parte de dicho grupo al margen de la Ley.

Refirió que, en el municipio de Valencia, comandado por los paramilitares, Besaile Fayad obtuvo una extraordinaria votación, y que fueron tres hombres de la mayor cercanía y confianza de Salvatore Mancuso quienes afirmaron que el aforado se reunía con el referido jefe de las AUC en una finca llamada "*Los Guayabos*" o "*La Capilla*" con el objeto de apoyar o discutir el apoyo que se brindaría a una política de la región que aspiraba a alcanzar la gobernación del departamento o la alcaldía de su capital.

Contó, además que, gracias a la actividad de interceptación de comunicaciones desarrollada en el año 2010, se supo que uno de los abogados de Musa Besaile procuró que ex paramilitares alteraran la verdad frente al compromiso de este y el de Julio Manzur respecto a dichos pactos, agregando que existía una clara identidad fáctica y

probatoria entre los diligenciamientos penales que se adelantaban contra los dos citados exsenadores.

Rememoró que ya había estudiado el proceso de Julio Manzur años atrás y para el 2014 y con ocasión de la regionalización de los casos en la Comisión de la que hacía parte debió retomarlo, a la que se sumó la indagación contra Besaile Fayad, por eso, una vez escuchó en declaración a varios exparamilitares, quienes revelaron las relaciones de sus superiores con dichos políticos, le informó al Magistrado MALO FERNÁNDEZ que estaban dados los presupuestos para avanzar en el curso procesal y decretar la apertura de instrucción también en contra de Musa Besaile.

La investigadora Ana Marina Erazo quien dio cuenta que, para el referido exmagistrado Auxiliar, esta actuación tenía una importancia mayúscula por cuanto se trataba de uno de los procesos más antiguos de la Corte Suprema de Justicia y era factible que se produjera su prescripción, razón por la que procuró imprimirle celeridad, situación que corroboró el también Magistrado Auxiliar y Coordinador de la Comisión de Apoyo Investigativo Iván Andrés Cortés Peña, al indicar que los procesos que se repartieron al momento de la regionalización fueron aquellos que en sus palabras se encontraban “*más rezagados*”, coincidiendo con la premura que reclamaba su trámite.

Según el dicho de Rodríguez Casas, para julio de 2015, ante la prueba recopilada y tras el estudio del expediente, estimó que se imponía abrir formal investigación penal

contra el aforado, estando pendiente completar algunos actos mínimos, sin que ello afectara el rumbo referido, lo cual comentó a los investigadores y al doctor MALO FERNÁNDEZ.

En declaración rendida el 5 de septiembre de 2017, Ana Marina Erazo Soler contó que el entonces Magistrado Auxiliar Rodríguez Casas ejercía mucha presión para avanzar en los actos investigativos ordenados dentro de ese proceso y que para el momento de su salida -julio de 2015-, se encontraba proyectada la presentación del informe final de las tareas encomendadas, no obstante, para septiembre del mismo año, con sus compañeros de tarea solicitaron un plazo para su entrega, la cual se hizo en un borrador que recibió el doctor Javier Hurtado.

Recalcó que sus actividades investigativas eran sólidas y se encontraban debidamente tabuladas, pero era regla de esa Comisión de Investigación de la Corte que los informes fueran revisados por los magistrados auxiliares antes de su entrega formal en Secretaría, situación que se prolongó hasta agosto de 2016, cuando, con el aval del tercer Magistrado Auxiliar que sucedió a Rodríguez Casas, procedieron a ello.

En declaración de 18 de octubre de 2017, la misma investigadora dio cuenta que Reyes Rodríguez era muy diligente y hacía reuniones permanentes y que instó al grupo de investigadores para que presentaran su informe para julio de 2015, revelando que en su mayoría se trató de inspecciones judiciales a distintos procesos, las que se habían agotado para dicho momento, quedando pendiente

un mínimo investigativo y de análisis. Aseveró además que el informe que se preparó inicialmente fue prácticamente el mismo que se entregó al sucesor de Reyes y que luego finalmente aprobó en el año 2016 el doctor Guillermo Martínez Ceballos.

El Exmagistrado Auxiliar Iván Andrés Cortés Peña, Coordinador de la Comisión de Apoyo Investigativo, en su declaración, tras señalar que Rodríguez Casas era un servidor judicial correcto con quien tenía diálogo fluido, por el cual conoció que para el segundo semestre de 2015, el proceso seguido en contra del excongresista Musa Besaile estaba “*maduro*”, lo que significaba que probatoriamente tenía un gran avance y por ello era viable la apertura de instrucción, con lo que en su entender, y en acato a la a la normativa procesal, era posible disponer su aprehensión.

Paralelamente, como prueba trasladada del proceso seguido en contra de Besaile Fayad por el delito de cohecho, se recibió la declaración de Javier Enrique Hurtado Ramírez, quien reemplazó en su cargo al exmagistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas. Allí contó que aquél dejó una serie de actividades investigativas ordenadas en el proceso 27700 y que fueron los investigadores a cargo quienes le dieron cuenta de las hipótesis trazadas y las labores que se habían ejecutado, quedando pendiente a su salida consolidar los resultados. Añadió que los investigadores solicitaron una prórroga, por ello, él elaboró un informe en el que refirió los

pendientes investigativos⁶⁶ y proyectó el auto con el que se aprobó la concesión de noventa (90) días de plazo adicional para dicho efecto.

Precisó que para diciembre de 2015 recibió para su revisión el borrador del informe definitivo, documento de aproximadamente 400 páginas, por lo que su revisión era dispendiosa y no logró efectuarla ya que a su retorno de la vacancia y con autorización de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ fue trasladado al área de casación.

Las manifestaciones de los citados testigos muestran a esta Sala Especial que para el momento en que se produjo la salida de José Reyes Rodríguez Casas de su cargo como Magistrado Auxiliar la investigación se encontraba bastante evolucionada y se proyectaba la inminente emisión del paso siguiente que bajo el marco de la normativa adjetiva del año 2000, significaba abrir formal investigación.

No solo el dicho de Rodríguez Casas puede ser corroborado con los anteriores declarantes, también encuentra soporte con las pruebas por él practicadas desde el 12 de marzo de 2015, cuando escuchó en versión libre a Musa Abraham Besaile, pues en los meses de junio y julio, además de practicar una inspección judicial, recibió en total nueve declaraciones, la última de ellas el 30 de julio.

⁶⁶ Tomado de la actuación seguida por esta Corporación en el radicado 50969, de 15 de septiembre de 2015. Allí se precisó que se encontraba en su mayoría, pendiente el análisis de resultados (F. 21 a 23 de cuaderno de anexos número 30 de esta Sala).

No obstante, el curso investigativo fue truncado en la medida que el Exmagistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ para tales fechas solicitó la renuncia de varios empleados del despacho y aceptó solo la de Rodríguez Casas para finales de julio de 2015, lo cual como se explicará más adelante no correspondió con el mero ejercicio de una facultad propia de la magistratura.

Así, tan importante se mostraba el avance del Magistrado Auxiliar en la investigación seguida en contra del exsenador, y que era patente para este último, que uno de los compromisos adquiridos por la organización a petición de Musa Abraham Besaile Fayad era el retiro de José Reyes, lo que en efecto sucedió.

A este respecto, en la declaración rendida ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes el 8 de noviembre de 2017, el abogado Luis Gustavo Moreno Rivera manifestó que lo acordado con el exsenador fue que se produjera el retiro del entonces Magistrado Auxiliar a cargo de la investigación, que “*por efecto dominó*” llevaría a tomar otro rumbo, manteniéndose en el mismo estadio procesal, lo que materialmente se cumplió.

Explicó que, en caso de existir mérito para abrir investigación, se citaría a indagatoria y en la Corte Suprema de Justicia era usual que se definiera situación jurídica con privación de la libertad, para lo que se requería del recaudo

probatorio que se entendía acopiado por Rodríguez Casas, pero gracias a la aceptación de su renuncia, ello no ocurrió.

De lo anteriormente narrado se desprende que, contrario a lo planteado por la defensa, la salida de José Reyes no fue producto de su bajo desempeño, pues los testigos citados dieron cuenta de su vehemente actividad, sino que obedeció a una maniobra efectuada por el titular del despacho en cumplimiento del compromiso de la organización de la que hacía parte, y cuyo objetivo era entorpecer el curso de una investigación que estaba *ad portas* de abrir formal instrucción en disfavor de Musa Besaile.

El traumatismo que generó la salida de Reyes para la investigación fue narrado por Ana Marina Erazo al asegurar que, tras la salida de Reyes Casas, el asunto estuvo bajo el liderazgo de distintos magistrados auxiliares que circulación en el cargo y apenas lograron un estudio previo sin siquiera dar visto bueno al informe definitivo, lo que vino a suceder hasta agosto de 2016.

En la solicitud que MALO FERNÁNDEZ hizo ante la Sala de Casación Penal para apartarse del caso, explicó que a la fecha no había avanzado en su investigación, entre otras, porque solo tenía un Magistrado Auxiliar, pero tal justificación la contradice su actuación administrativa, cuando optó por retirar a José Reyes Rodríguez de dicho cargo sin que este hubiera culminado las últimas tareas que aquél mismo le anunció estaban pendientes.

Y es que a Rodríguez Casas le sucedieron los Magistrados Auxiliares Javier Enrique Hurtado Ramírez, quien ejerció tal activada laboral por aproximadamente cinco meses, José Luis Robles Tolosa por el mismo lapso, y Guillermo José Martínez quien no alcanzó a cumplir quince meses.

Como refirió Hurtado Martínez, cuando estuvo a cargo de la instrucción fue que se aprobó la prórroga de 90 días para la entrega del informe investigativo definitivo, a cuyo vencimiento recibió el borrador para su estudio, pero dado que en ese mismo momento se presentó una vacante en el área de casación, tras hablar con MALO FERNÁNDEZ fue trasladado a tal cargo y lo reemplazó allí José Luis Robles Tolosa.

Bajo esta óptica deviene claro que la decisión del titular del despacho de aceptarle la renuncia que le había pedido a Reyes Rodríguez obstaculizó la investigación que venía adelantada con miras a su apertura.

Por su parte, José Luis Robles Tolosa indicó que, por problemas de salud, se vio en la necesidad de renunciar sin que hubiese logrado la aprobación del borrador del informe entregado, lo que en palabras de Ana Marina Erazo se dio porque *“él estuvo poco tiempo, permanecía como enfermo, a veces no lo encontrábamos en la oficina, y fue otra persona que también (sic) no pudo ver el informe, pues tal vez por su situación”*.

En este último evento, surge palmario que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ no fue responsable de la enfermedad que afrontó el aludido servidor, pero sí era su deber velar porque la misma no fuera un impedimento para que la actuación avanzara, que se estudiara el informe y, ante todo, para que las proyecciones procesales a él anunciadas se cristalizaran, o al menos, se tomara una decisión a ese respecto.

Debido a sus problemas de salud, Robles Tolosa fue reemplazado por el profesional Guillermo José Martínez, quien tuvo acceso al borrador del informe y, finalmente, en agosto de 2016 le dio aprobación.

Pero incluso, es esa época tampoco se procedió a abrir formal investigación penal, la cual se dio luego que la Sala de Casación Penal en sesión del 20 de septiembre de 2017 decidiera apartar a MALO FERNANDEZ, auto que se emitió el 21 de enero de 2018.

En estas condiciones, lo que se le reprocha al enjuiciado es que, además de haber tenido injerencia directa en el retiro de José Reyes Rodríguez Casas, con la finalidad de entorpecer una investigación que marcaba un trayectoria tendiente a dar apertura de instrucción, se abstrajo de dar continuidad a un proceso que ya de por sí debía haberlo alertado, primero, por cuanto era de los procesos más antiguos que tenía la Corte, pero ante todo, porque Reyes fue claro al señalarle que se tenían los insumos para dar un paso más y proseguir con la apertura de instrucción.

Se ha propuesto que Rodríguez Casas estaba a la espera de un informe final para dar apertura a la instrucción en contra de Musa Besaile, documento que para la fecha en la cual fue retirado de sus funciones no había sido entregado. Sin embargo, aun si en gracia de discusión se admitiese que, en efecto, dicho informe era necesario para avanzar en la ruta procesal encaminada a abrir formalmente la investigación penal en contra del excongresista, resulta que, desde diciembre de 2015, luego de haberse agotado la prórroga solicitada a instancias de los investigadores, arribó el borrador del mismo y era factible evolucionar en el proceso, pero, contrario a ello, lo que se facilitó fue su estancamiento.

Ahora bien, no pude perderse de vista que, en contra de tal visión se anteponen los dichos de Reyes y Erazo, cuya relación con la investigación era directa, al ser enfáticos en afirmar que previo a la salida de aquél de la Corte ya existía un avance probatorio significativo y suficiente para disponer la apertura de instrucción, al margen de la formalización y entrega del informe final de los investigadores.

Incluso el Magistrado Auxiliar Iván Cortés Peña, a quien se le asignó esa investigación, luego de que el 20 de septiembre de 2017 la Sala Penal retirara del conocimiento del asunto al doctor MALO FERNÁNDEZ, señaló que si bien no advirtió irregularidad en la actuación 27700, en su concepto la actividad probatoria había sido muy intensa a partir de 2014, lo que le permitía corroborar el aserto de José Reyes Rodríguez Casas, en punto a que para julio de 2015 ya

era viable la expedición de orden de captura en contra del investigado a consecuencia de la apertura de instrucción.

En todo caso, lo cierto es que ni para la fecha en la que fue retirado de su cargo José Reyes, ni con posterioridad a ello, MALO FERNÁNDEZ dio continuidad a la trayectoria investigativa contra Musa Besaile. Por el contrario, tal ruta procesal fue truncada capitalizando las situaciones administrativas que se le presentaron para rotar a los Magistrados Auxiliares que luego la tuvieron a cargo, para cumplir así con los pactos ilícitos de dilatar la investigación, previamente acordados por los integrantes de la organización delictiva.

Sostuvo la defensa que el marco temporal entre el pago de dineros por parte de Besaile Fayad para torpedear el curso de su investigación, el retiro del Magistrado Auxiliar José Reyes Rodríguez Casas y la actuación de Luis Gustavo Moreno Rivera en el proceso, desdican del compromiso del acusado, no obstante, el análisis cronológico da cuenta que, entre el momento en que se entregó la coima⁶⁷ y se produjo el retiro del referido servidor⁶⁸, cursó tiempo inferior a cuatro meses, que no se muestra como un lapso extraordinario para lograr la finalidad pretendida, sino el suficiente para hacerlo y dotar de apariencia de legalidad dicha actuación.

De otro lado, que haya sido en noviembre de 2015 cuando se reconoció procesalmente la intervención de

⁶⁷ Abril de 2015.

⁶⁸ Julio de 2015.

Moreno Rivera como representante de Besaile Fayad no contradice en absoluto su anterior participación, pues tal como él mismo lo contó, venía contactándose y ejecutando acciones desde mucho tiempo antes.

Otro argumento de la defensa reside en la efectiva actividad del Despacho de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ en esta investigación, para lo que dio cuenta de los autos emitidos en el diligenciamiento después de la salida de José Reyes Rodríguez de la Corte Suprema. Sobre ello, debe insistirse que tal y como ha quedado acreditado, antes de dichas actuaciones había mérito suficiente para imprimirle un avance procesal significativo y, pese a ello, transcurrió un tiempo superior a dos años hasta que, una vez salieron a la luz pública las prácticas irregulares de lo que luego se llamó *“El cartel de la Toga”*, el procesado hizo una *“solicitud de apartamiento”*, la cual fue aceptada por la Sala Penal en sesión plenaria de 20 de septiembre de 2017, separándolo del conocimiento del asunto.

Si bien, se verifican actuaciones procesales, se trata de autos que resuelven peticiones ora de los sujetos procesales o de terceros o de autoridades judiciales, pero en ningún momento dan impulso procesal, como erradamente lo afirma la defensa, según se relacionan a continuación:

- 22 de septiembre de 2015: auto que resuelve petición de la Fiscalía 15 delegada ante el Tribunal Superior de

Medellín, en la que se le informa que el proceso se encuentra en etapa de investigación previa⁶⁹.

- 24 de noviembre de 2015: se atiende solicitud de defensa, reconocimiento de apoderado suplente y petición del Fiscal 35 Especializado Antinarcóticos y Lavado de Activos de Bogotá⁷⁰.

- 31 de marzo de 2016: pronunciamiento sobre dependiente judicial del defensor, y en el que se ordena informar a José Luis Hernández, que en su momento se le enviará la citación para ser escuchado en declaración⁷¹.

- 14 de julio de 2016: se atiende petición del ciudadano Luis Antonio Sanabria Rincón⁷².

- 19 de julio de 2016: se pronuncia sobre dependiente judicial y petición de la defensa, así como respuesta del interés en declarar por parte de José Luis Hernández⁷³.

- 22 de agosto de 2016: atendiendo solicitud de la defensa, nuevamente sobre el dependiente judicial⁷⁴.

⁶⁹ Cfr. Folio 240, cuaderno anexo original No. 9, Comisión de Investigación y Acusación.

⁷⁰ Cfr. Folios 258 - 259, ídem.

⁷¹ Cfr. Folio 279, ídem.

⁷² Cfr. Folios 35 - 36, cuaderno anexo original No. 10, Comisión de Investigación y Acusación.

⁷³ Cfr. Folio 41, ídem.

⁷⁴ Cfr. Folios 84 - 86, cuaderno anexo original No. 11, Comisión de Investigación y Acusación.

- 12 de octubre de 2016: resuelve solicitud del Fiscal 1° delegado ante la Corte Suprema de Justicia⁷⁵.

- 4 de septiembre de 2017: acepta renuncia de poder⁷⁶.

- 12 de septiembre de 2017: respuestas a las peticiones de la defensa y de quien para ese entonces era senadora de la República, Claudia López Hernández, en las que se admite que se encuentra en investigación previa, en estudio para proferir la decisión que en derecho corresponda, que no se ha proyectado, ni librado orden de captura⁷⁷.

- 14 de septiembre de 2017: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ manifiesta su decisión de apartarse del conocimiento de la investigación previa contra Musa Abraham Besaile Fayad⁷⁸. En sesión plenaria del 20 de septiembre de 2017 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió separarlo del conocimiento de la actuación y por sustracción de materia, no efectuó pronunciamiento sobre esa manifestación de apartamiento⁷⁹.

En contraste, se advierte que ingresaron al despacho memoriales de fecha 25 de enero, 11 de febrero, 9 de marzo, y 20 de mayo de 2016, suscritos por José Luis Hernández Salazar, a través de los cuales solicitaba ser escuchado en declaración, y solo pasados más de 5 meses, mediante auto

⁷⁵ Cfr. Folios 161 - 162, cuaderno anexo original No. 12, Comisión de Investigación y Acusación.

⁷⁶ Cfr. Folio 232, ídem.

⁷⁷ Cfr. Folio 244 - 251, íbidem.

⁷⁸ Cfr. Folio 258 - 261, ídem.

⁷⁹ Cfr. Folios 7 - 9, cuaderno anexo original No. 13, Comisión de Investigación y Acusación.

de 19 de julio de 2016, se dispuso comisionar al Cuerpo Técnico de Investigación a efectos de escucharlo, diligencia realizada el 9 de agosto siguiente, situación que ratifica que no se estaba procurando avanzar en el trámite, pues incluso para el 17 de febrero, 21 de febrero y 11 de septiembre, todos de 2017, nuevamente Hernández Salazar solicitó ser escuchado, pero no hubo pronunciamiento alguno de ese despacho.

No puede perderse de vista que es el Magistrado Titular del despacho el que tiene la obligación de dirigir a sus colaboradores velando porque el trámite de todos los procesos a su cargo se haga de manera diligente y sin dilaciones injustificadas, en aras de dar cumplimiento a los principios de celeridad y eficiencia que gobiernan la actividad judicial (Constitución Política artículo 228, Ley 270 de 1996, artículos 4° y 7°, y Ley 600 de 2000, artículo 15).

Es pues al juez y, en este caso, al Magistrado Titular a quien le era obligatorio no sólo tomar las decisiones correspondientes dentro de los procesos a su cargo, sino también velar por que su tramitación se llevase a cabo de forma diligente y, sin embargo, lo que ha quedado acreditado en el proceso es que el comportamiento del acusado fue contrario a tal deber.

Por otra parte, el defensor asegura que de haber mediado dilación, la condena por el delito de prevaricato por omisión sería predicable de todos los integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al haber

transcurrido más de once años entre el auto de apertura de indagación preliminar y la resolución de situación jurídica, pero pasa por alto que el lapso cuestionado es el que se surtió a cargo del despacho de MALO FERNÁNDEZ, especialmente, cuando ya se tenían los insumos para abrir formal investigación, dilatando tal proferimiento en procura de entorpecer su curso.

No corresponde a la realidad la afirmación del procesado que la mora en los procesos que reposaban en su despacho devenía de la congestión judicial y no de su actuar doloso y que por esa congestión judicial se crearon las Salas Especiales de Instrucción y Primera Instancia, porque el origen del Acto Legislativo 01 de 2018 que las instituyó fue adecuar las instituciones jurídicas para garantizar dentro de la estructura de la administración de justicia el derecho a la doble instancia para el juzgamiento en los procesos penales y el derecho a la doble conformidad judicial para las sentencias condenatorias de congresistas, con base en instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 31, 186, 234 y 235 de la Constitución política y la sentencia C-792 de 2014 de la Corte Constitucional.

Así pues, la inacción antes reseñada deviene plenamente injustificada, de una parte, porque la rotación de varios profesionales a los que estuvo asignado el asunto no era óbice para que la actuación avanzara, por demás, es claro

que eventuales asuntos administrativos no deben entorpecer el avance regular del trámite judicial.

En definitiva, las referidas pruebas testimoniales y documentales permiten concluir que el acusado MALO FERNÁNDEZ, con el fin de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos con la organización delincencial de la cual hacía parte, dolosamente adoptó al interior del despacho a su cargo las medidas necesarias para retardar un acto propio de sus funciones, como lo era administrar justicia bajo los parámetros constitucionales y legales, en concreto, omitió tramitar de forma celeridad y eficiente el proceso contra el ex senador Musa Besaile.

Para llevar a cabo tal comportamiento, MALO FERNÁNDEZ se valió de diversas maniobras como retirar del cargo al Magistrado Auxiliar que adelantaba la investigación, se insiste en cumplimiento de un pacto ilícito y no como un evento que hubiese surgido de forma espontánea dentro de su despacho, lo que, como preveía, llevaría a que la indagación contra el exsenador tuviese que ser asignada a un nuevo funcionario que debía invertir tiempo adicional en conocerla, con el consecuente retraso que ello supondría para la investigación, dinámica que, además, se repitió en diversas ocasiones como consecuencia de la rotación que hubo en dicho cargo.

Así pues, refulge clara la intención de MALO FERNÁNDEZ de retardar su obligación de tramitar en forma pronta y cumplida el proceso a su cargo contra el exsenador

Musa Besaile, conducta omisiva que, frente al deber legal impuesto de investigar al aforado, tenía cabalmente posibilidad de cumplir.

7. De la antijuridicidad de los citados delitos

El artículo 11 de la Ley 599 de 2000 señala que para que una conducta típica sea punible ha de lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

La antijuridicidad es todo comportamiento humano contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico y que, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde la perspectiva formal, es decir, no basta la mera disconformidad de la acción humana con la norma, sino la aptitud suficiente para sancionar cuando de manera efectiva se lesiona o somete a peligro real un bien jurídicamente tutelado por la ley, sin justificación jurídicamente atendible.

Respecto de delitos atentatorios contra el bien jurídico de la administración pública, como lo serían en este caso el *prevaricato por omisión* y el *cohecho propio*, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que se protege la función pública decantando el injusto en el incumplimiento de un deber del servidor estatal como garante institucional de ese interés jurídico.

Si la función pública es el conjunto de las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público destinada a alcanzar los fines esenciales consagrados desde el artículo 2° del texto superior, de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, el apego de los servidores estatales a la legalidad y actuar consultando a ultranza el bien común, son sus pilares fundamentales.

Efectivamente, el artículo 6° de la Constitución Política, en cuanto a la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos, establece que deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual guarda correspondencia con el artículo 122 de la misma norma de normas al consagrar que no habrá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento.

La Corporación ha señalado que *“al elevar a la administración pública a la categoría de bien jurídico que debe tutelar el derecho penal, el legislador pretende generar confianza en el conglomerado para que acudan a los procedimientos institucionales en aras de resolver los conflictos que surjan entre ellos, en el entendido de que encontrarán trámites y soluciones correctos, tras los cuales, el representante estatal entregará a cada quien, en forma justa, equitativa, lo que le corresponde”*⁸⁰ .

⁸⁰ CSJ SP, 17 jun. 2015, rad. 45622 y CSJ SP 12 feb 2014, rad. 42501.

Y en cuanto al delito de organización, esto es, el concierto para delinquir, que protege el bien jurídico colectivo de la seguridad pública al garantizar la tranquilidad de la comunidad, se advierte también la lesividad del conglomerado social en tanto se generó una crisis institucional por involucrar actos de corrupción en las más altas esferas de la Rama Judicial, lo que -sin duda- conlleva la pérdida de la confianza del público en la administración de justicia y pone en tela de juicio a los funcionarios de todo nivel del poder judicial.

Bajo este panorama, al comprometer plurales bienes jurídicos (seguridad pública, administración pública, así como eficaz y recta administración de justicia), relacionados con condiciones de convivencia, debido funcionamiento estatal, organización o estructura jurisdiccional y aplicación de justicia en la resolución de los asuntos, refulge la lesividad al Estado y la sociedad con los aludidos comportamientos atribuidos al ex Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

Ajeno a materializar la justicia y cumplir la teleología que informa la indagación preliminar y la investigación penal, el enjuiciado decidió amparar intereses particulares favoreciendo en las dos actuaciones penales estudiadas contra los dos aforados Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo, en el tiempo que estuvieron a su cargo, con claro detrimento de los principios de transparencia, imparcialidad y objetividad predicable no solo de la función pública sino, más importante de la

administración de justicia, comportamiento que sin duda socavó la confianza de los asociados en las actuaciones de la Rama Judicial, al punto de cuestionar y hasta vilipendiar las decisiones jurisdiccionales mediante el señalamiento peyorativo de “*Cartel de la Toga*”, con todas las implicaciones que el desconocimiento de la legalidad de decisiones de naturaleza judicial comporta para la preservación de valores básicos del Estado Social de Derecho ante la merma de la credibilidad de las instituciones judiciales dando la sensación de deslealtad, improbidad y falta de transparencia de sus funcionarios.

En suma, las conductas endilgadas al procesado además de típicas son antijurídicas por haber lesionado efectivamente los bienes jurídicos de la seguridad y la administración públicas, sin que se haya acreditado la concurrencia de alguna causal de justificación.

8. De la culpabilidad

La imputabilidad se entiende como la capacidad del individuo para conocer y entender bajo parámetros de razonabilidad, que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y de acuerdo a esa comprensión, adecúa su actuación con discernimiento, intención y libertad.

Para la Sala, GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ tenía plena capacidad para comprender la ilicitud del acto y para autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental y la plena conciencia sobre

su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a las exigencias normativas.

No se tiene noticia de que él hubiera ejecutado las conductas típicas y antijurídicas condicionado por algún tipo de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Por el contrario, sus intervenciones en la fase de juzgamiento y en la audiencia pública permiten afirmar que para el momento de la comisión de los punibles no padecía de patología transitoria o permanente que le impidiera comprender la naturaleza de las conductas a él atribuidas, por manera que los injustos le son plenamente atribuibles pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo, lo que amerita tratamiento punitivo.

Aunado a ello, tenía plena conciencia de la antijuridicidad de las conductas desplegadas, dada su formación profesional como abogado y su vasta experiencia en la administración de justicia, ocupando cargos desde la base de la estructura judicial, hasta alcanzar la máxima magistratura en la jurisdicción ordinaria, la cual exige de las más excelsas cualidades para su ejercicio dada su función de tribunal de cierre y unificador de la jurisprudencia nacional en la especialidad penal.

Tal y como se observa en la hoja de vida de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ arribada al presente trámite⁸¹, además de abogado especialista en ciencias penales y

⁸¹ Cfr. Folio 173 – 176, cuaderno original No. 2, Sala de Primera Instancia.

criminológicas, con un sin número de seminarios y capacitaciones en esas materias, cuenta con una extensa carrera profesional al servicio de la judicatura, como Juez Penal Municipal, de Instrucción Criminal, Superior de Cartagena, Magistrado de Tribunal y Magistrado de Corte Suprema de Justicia, sumado al ejercicio de la docencia universitaria al servicio de diferentes instituciones educativas.

Tales circunstancias le permitían conocer que le era exigible otra conducta. Pese a ello, optó por prestar su voluntad a los ilícitos objetivos trazados por la organización criminal, a sabiendas de que con su actuar lesionaba efectivamente plurales bienes jurídicamente protegidos, poniendo al servicio de intereses particulares la elevada función que encarnaba en su condición de Magistrado de esta Corporación.

En este orden, hubiera podido abstenerse de ejecutar los comportamientos típicos, cumpliendo así con su deber de impartir pronta y eficaz justicia en los asuntos a su cargo, con fundamento en los elementos de convicción recaudados en cada uno de ellos y adoptar las decisiones conforme a derecho, modulando así su comportamiento dentro del preciso marco de la legalidad.

Contrario a ello, se adhirió a los fines perseguidos por la organización criminal, revelando con ello el afán no de cumplir con sus deberes como Magistrado de la Sala de Casación Penal, sino de contribuir al desviado propósito del

grupo, vendiendo así la función a él encomendada por la Constitución y la Ley a cambio de promesa remuneratoria, circunstancia que refuerza el ánimo jurídicamente desaprobado que motivó su comportamiento.

Bajo ese entendido, verificados los elementos de las conductas punibles, sin que se hubiera constatado alguna causal de exoneración de responsabilidad, la consecuencia jurídica, lógica y necesaria es la imposición de sanción.

9. De la responsabilidad

Acreditada la materialidad de las conductas punibles de *concierto para delinquir*, *cohecho propio* y *prevaricato por omisión*, una vez superado el estudio sobre su consagración como comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad de que se hace merecedor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, pues, pese a estar en plena capacidad de actuar de otra manera, dirigió su conducta a ejecutar la acción antijurídica, se concluye que el acusado es penalmente responsable por tales comportamientos delictivos.

10. Dosificación punitiva

La toga, más que un accesorio, indumentaria o prenda de vestir, es insignia de solemnidad, respeto y majestad, no de quien la porta, sino de lo que representa, que no es asunto diferente a administrar justicia. Parafraseando a

Montesquieu⁸², el juzgar, tan terrible entre los hombres, debe ser un poder invisible, para que de esta forma se tema a la magistratura, no a los magistrados.

El servicio a la justicia es más que el cumplimiento de una función constitucional, pues entraña un proyecto de vida forjado desde las aulas de las facultades de derecho, donde se provee por la formación de verdaderos juristas, quienes, al ser dotados del poder jurisdiccional, asumen un poder reglado que les permite incidir en los derechos de sus congéneres.

Los hechos aquí demostrados han dado pie a que esta dignidad se haya visto menospreciada y vilipendiada. En contravía de lo que representa, superando los más nefastos pronósticos, se acuñó el infame rótulo de “*Cartel de la toga*”, que dilapida el nombre de las personas que, abanderadas de esta misión, desde los despachos judiciales en todas las latitudes, categorías y jerarquías de Colombia, cumplen su labor con responsabilidad y profesan el mayor respeto por la Corte Suprema de Justicia.

El Exmagistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ se unió a un grupo delincencial y por el privilegio funcional que ostentaba, usó la información a su disposición para que sus coasociados abordaran a los aforados investigados por su despacho en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y con

⁸² Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu. El espíritu de las leyes. 1748.

exorbitantes exigencias económicas, lograran acuerdos para torpedear las actuaciones.

Las investigaciones que se desprendieron de tales hechos se constituyen en una página triste de la historia de nuestro país. El nombre de Suprema Corte de Justicia, o como se reseñó en sus comienzos "Alta Corte de Justicia", tiene un plus, en su acepción más simple es algo "*Que tiene el grado más alto o no tiene superior en su especie*", así lo supremo es lo máximo, lo sumo, lo insuperable o excelso, exige excelencia, quienes llegan allí además de cumplir con los requisitos legales han de ser paradigmas de gestión judicial, tener la autoridad moral entendida en un respeto ganado a partir de comportamientos enmarcados en la ética, pues no solo se trata del cumplimiento fiel de sus deberes, sino de servir de norte en la actividad judicial ante la emulación que suscita, pero MALO FERNÁNDEZ dio al traste cuando decidió adherirse a una organización que solo buscaba negociar con la justicia a cambio de cuantiosas sumas de dinero.

Es que el funcionario público se debe a la comunidad, y ha de estar al servicio de quien lo demande, máxime cuando ha sido investido de la loable labor de dispensar justicia, y si bien cualquier juez de la Republica ha de observar una conducta decorosa y pulcra, ello es más exigible de quien integra la Corte Suprema de Justicia, por ser un paradigma a seguir, por ello, la sanción a imponer a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ ha de tener la vocación de cumplir las funciones asignadas a la pena, siendo un llamado a todos los servidores públicos del país

para que actúen con diligencia, decoro y sabiendo que en cada uno tiene depositada la confianza de los ciudadanos, cimiento por demás de la organización democrática y necesaria para preservar un orden social justo, pues no de otra forma se asegura la solución de conflictos de forma civilizada, sin recurrir a acciones directas, generalmente signadas por la vindicta y la barbarie.

Colombia como sociedad ha de abandonar la cultura de los atajos para alcanzar cada propósito, desde la base de la sociedad hasta la cúspide de las altas esferas estatales se debe dar punto final a cualquier manifestación de corrupción, evitando a ultranza ejercer mecanismos ajenos a los legalmente establecidos.

Lo expuesto para significar que, bajo la discrecionalidad reglada y con el sustento razonable, mediando criterios de proporcionalidad se fijará la pena dentro de los parámetros de dosificación según la magnitud en la gravedad de las conductas delictivas en que incurrió GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, el daño causado con aquellas y la intensidad del dolo, definida en el acápite que precede, suficientes para apartarse de los mínimos punitivos en los tres casos, intensidad punitiva que refleja el reproche ante el contubernio del que hizo parte quien estaba encargado precisamente de investigar y sancionar alianzas de la clase dirigentes con grupos irregulares.

Por lo anterior, establecida la ocurrencia de las conductas punibles *de concierto para delinquir, cohecho propio*

y *prevaricato por omisión*, así como la responsabilidad que en ellas tiene el acusado, en virtud de lo normado en el artículo 31 del Código Penal, la tesis jurisprudencial relacionada la dosimetría penal tratándose de pluralidad de conductas punibles, señala la necesidad de identificar la pena individualizada para cada una de ellas a fin de determinar cuál es la más grave. No se atiende a la fijada por el legislador, sino la cuantificada por el operador judicial una vez superado el ámbito de movilidad que arrojan los cuartos punitivos, y establecida la sanción más grave, ella será la base para aumentarla hasta en otro tanto, para lo cual se ha de sopesar para el incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

Sin embargo, ese incremento "*hasta en otro tanto*" no podrá superar el doble de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, ni la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible y en todo caso no puede superar la pena los 60 años de prisión.

Siguiendo tales parámetros, con el propósito de determinar la pena más grave según su naturaleza, es necesario adelantar el proceso de individualización de la sanción imponible para cada una de las conductas concursales, de conformidad con las reglas consagradas en los artículos 60 y 61 del estatuto penal.

En dicha labor, como se anunció preliminarmente, la Sala tomará como referencia la calificación jurídica prevista en

el auto de acusación de 5 de marzo 2018 proferido por la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, cuya viabilidad procedimental fue determinada por el Senado de la República mediante resolución del 13 de diciembre de 2018.

Sobre este punto es menester precisar que las penas de los delitos atribuidos al doctor MALO FERNÁNDEZ han sido determinadas en la referida decisión teniendo en cuenta el aumento general punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 (vigente para la época de los hechos), marcos de los cuales partirá esta Sala Especial, lo que incluso guarda armonía con la actual tesis jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema (vigente a su vez para el momento de la referida calificación), sobre la aplicación de dichos incrementos a casos contra aforados tramitados bajo la Ley 600 de 2000 (CSJ de 21 de febrero de 2018, rad. 50472)⁸³.

Dado que en la acusación la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, obvió atribuir a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, circunstancias de mayor punibilidad, cumpliendo el principio de congruencia, esta Sala Especial no puede tenerlas en cuenta, aunque así las evidencie, mientras que en acato al principio *pro homine*, deberá reconocer que sí milita a su favor, la de menor punibilidad contenida en el numeral 1 del artículo 55 del Código Penal, esto es, la carencia de antecedentes

⁸³ Línea jurisprudencial adoptada por esta Sala Especial en decisión de 22 de abril de 2021, rad. 00339, reiterada en SEP 0064-2021, de 24 de jun de 2021, rad. 00300 y en SEP 00076-2021 de 29 de julio de 2021, rad. 52892 acogiendo así el criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Penal a partir de 21 de febrero de 2018, Rad. No. 50472.

penales, entendidos como sentencias condenatorias ejecutoriadas y vigentes, al tenor de lo establecido en el artículo 248 de la Constitución Política de Colombia, razón por la cual, en todos los delitos, el quantum punitivo se fijará en el primer cuarto de movilidad.

El concierto para delinquir prevé pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses. De comparar los límites punitivos se advierte un ámbito de movilidad de sesenta (60) meses, que divididos en cuartos quedan así:

PENA	1er cuarto	2° cuarto	3er. cuarto	4° cuarto
Prisión	48 – 63 meses	63 meses, 1 día a 78 meses	78 meses, 1 día a 93 meses	93 meses, 1 día a 108 meses

Dentro del primer cuarto de movilidad, atendiendo los criterios estudiados en precedencia, teniendo en cuenta que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ era el primer llamado a respetar el ordenamiento jurídico y obrar con sujeción a las disposiciones legales, dada la gravedad a la conducta, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función específica que ella debe cumplir, como se advirtió en precedencia, no es dable partir del mínimo, por ello se considera razonable imponer cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, lo que equivale al 40 % de incremento en el margen de movilidad.

Frente al *cohecho propio*, el artículo 405 del Código Penal fija las penas principales entre ochenta (80) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150)

salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses. Con el ámbito de movilidad, arroja estos cuartos punitivos:

PENA	1er. Cuarto	2° cuarto	3 er. cuarto	4° cuarto
Prisión	80 a 96 meses	96 meses, 1 día a 112 meses	112 meses, 1 día a 128 meses	128 meses, 1 día a 144 meses
Multa (s.m.l.m.v)	66,66 a 87,49	87,50 a 108,33	108,34 a 129,16	129,17 a 150
Inhabilitación Ciudadana	80 a 96 meses	96 meses, 1 día a 112 meses	112 meses, 1 día a 128 meses	128 meses, 1 día a 144 meses

Con los parámetros referidos atrás, en el primer cuarto, por haberse prestado para negociar con la función judicial, no se impondrá el mínimo, fijando ochenta y seis (86) meses, y doce (12) días, lo que equivale al 40% de incremento, misma tasa que se aplicará a la multa, que se fija en cuantía equivalente a setenta y cuatro punto noventa y nueve (74.99) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta y seis (86) meses y doce (12) días.

Finalmente, respecto del *prevaricato por omisión*, el artículo 414 establece la pena de prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses. Con el ámbito de movilidad estos son los cuartos punitivos:

PENA	1er. Cuarto	2° cuarto	3 er. Cuarto	4° cuarto
Prisión	32 a 46 meses, 15 días	46 meses, 16 días a 61 meses	61 meses, 1 día a 75 meses, 15 días	75 meses, 16 días a 90 meses
Multa (s.m.l.m.v)	13.33 a 28.74	28.75 a 44.16	44.17 a 59.58	59.59 a 75

Comoquiera que la privación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se establece en un único quantum, no habrá lugar al proceso aritmético que se cumplió con las otras penas.

En el primer cuarto de movilidad, por el delito de *prevaricato por omisión*, tampoco se impondrá el mínimo, viendo razonable fijar la pena en treinta y siete (37) meses y veinticuatro (24) días de prisión, lo que equivale también a un aumento de 40%, mismo porcentaje que para la sanción pecuniaria conlleva su determinación en diecinueve punto cuarenta y nueve (19.49) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

Fijadas como se encuentran las penas, claro se ofrece que la más grave, atendida su naturaleza, es la señalada para el delito de *cohecho propio*, establecida en ochenta y seis (86) meses y doce (12) días de prisión, multa en el equivalente a setenta y cuatro punto noventa y nueve (74.99) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta y seis (86) meses y doce (12) días.

Se partirá entonces de tales penas y por razón de los dos ilícitos concurrentes, sin exceder la suma aritmética de las mismas, ni el doble de la sanción más grave, se aumentarán veinte (20) meses por el punible de *concierto para delinquir* y diez (10) meses por el delito de *prevaricato*

por omisión, para un total de ciento dieciséis (116) meses y doce (12) días de prisión.

En cuanto a la sanción pecuniaria, según lo normado en el numeral 4° del artículo 39 de la Ley 599 de 2000, tratándose de concurso las multas, las correspondientes a cada una de las infracciones se suman, sin que el total pueda exceder del tope legal de 50.000 salarios mínimos legales mensuales, por lo tanto, se fijará en la sumatoria que arroja noventa y cuatro punto cuarenta y ocho (94.48) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Referente a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de acuerdo con el criterio hermenéutico de la Sala de Casación Penal⁸⁴ si concursan conductas en donde tal sanción está prevista como principal para unos delitos y como accesoria para otros, se siguen las reglas del concurso, adquiriendo el carácter de pena principal, se partirá de los ochenta y seis (86) meses y doce (12) días fijados para el delito más grave de *cohecho propio*, y aplicando el mismo porcentaje que se contabilizó, por razón del concurso, para el aumento por el delito de *prevaricato por omisión* (26.45%) sobre la pena fija de ochenta (80) meses, arroja veintiún (21) meses y cinco (5) días, y por el *concierto para delinquir* (37,03%) corresponde a veinte (20) meses, que impone fijar tal sanción principal en ciento veintisiete (127) meses y diecisiete (17) días.

⁸⁴ CSJ SP, 19 mar 2014, rad 38793; CSJ SP, 4 jun. 2014 rad. 42737 y CSJ SP, 6 dic. 2017, rad. 50629, entre otras.

En ese orden, la pena definitiva a imponer a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ será de ciento dieciséis (116) meses y doce (12) días de prisión, multa de noventa y cuatro punto cuarenta y ocho (94.48) salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como sanción principal en ciento veintisiete (127) meses y diecisiete (17) días.

11. Mecanismos sustitutivos de la pena de prisión

11.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Al sopesar el principio de favorabilidad, dada la época de ocurrencia de los hechos, ni los requisitos de índole objetivo y subjetivo contemplados en el original artículo 63 de la Ley 599 de 2000, o la modificación que al mismo hizo la Ley 1709 de 2014 se satisfacen para que el doctor MALO FERNÁNDEZ se haga merecedor al subrogado penal.

El primer precepto tiene el límite objetivo que la pena no exceda de tres años de prisión, y en cuanto al aspecto subjetivo, refiere que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

En tanto que la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014 permite su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de 4 años, y en este caso la

sanción de ciento dieciséis (116) meses y doce (12) días supera dicho quantum punitivo.

Además de lo anterior, dos de los delitos por los que se procede *cohecho propio* y *prevaricato por omisión* se encuentran enlistados en el artículo 68A del Código Penal, que proscribire la suspensión condicional de la pena para los delitos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública⁸⁵.

Por ello, el incumplimiento del requisito objetivo releva a la Sala de analizar las restantes exigencias normativas, por lo tanto, no hay lugar a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

11.2. Prisión domiciliaria

Del instituto sucedáneo de la prisión intramural, tampoco se reúnen los presupuestos legales contemplados en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000, ni los incluidos en la modificación que el mismo contempló la Ley 1709 de 2014, que si bien aumentó la exigencia objetiva de 5 a 8 años de prisión, no le resulta favorable al procesado, en tanto requiere que los delitos por los que se condena no estén incluidos en el inciso 2° del artículo 68A, presupuesto

⁸⁵ El listado de delitos excluidos de beneficios y subrogados se introdujo inicialmente por la Ley 1453 de 2011, que modificó la Ley 1142 de 2007, a través de la cual se adicionó el artículo 68A al Código Penal. Conforme con aquél, quedaba proscrita la concesión de subrogados -entre otros- para los delitos de cohecho propio y prevaricato por omisión. Esa prohibición se amplió a todas las conductas punibles contra la administración pública con la posterior expedición de la Ley 1474 de 2011, y se ha mantenido incólume incluso con la expedición de las Leyes 1773 de 2016 y 1944 de 2018, todas modificadoras del inciso 2° del artículo 68A.

que, como ya vimos, no se cumple, pues tanto el *prevaricato por omisión* como el *cohecho propio* hacen parte de los delitos que, por contemplar la lesión al bien jurídico de la administración pública, están excluidos de cualquier beneficio o subrogado.

En esta perspectiva, la Sala considera necesario destacar que, más allá de la lesividad intrínseca predicable de cada uno de los delitos atribuidos al procesado, apreciada en su conjunto, la conducta reprochada a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ se advierte de inusitada gravedad, no solo en razón de la afectación por igual de diversos bienes jurídicos tutelados de la seguridad pública y administración pública, así como transversalmente la recta y eficaz administración de justicia, sino por la repercusión social del comportamiento, que afectó en forma real a la Rama Judicial.

En efecto, los actos de corrupción los cometió el procesado desde su cargo de la máxima magistratura de la jurisdicción ordinaria en la especialidad penal, haciendo uso -además- de la información reservada a la que tenía acceso por virtud de la función jurisdiccional de la que estaba investido, pervirtiendo el ejercicio de tan alta dignidad para favorecer a quienes estuvieran en la capacidad de pagar altas sumas de dinero, con el propósito deleznable de someter la justicia a los intereses particulares de quienes eran objeto de indagación penal por la Corte Suprema de Justicia.

Ha de tenerse en cuenta que, por virtud de la alta dignidad encomendada a MALO FERNÁNDEZ, le era exigible rectitud, honestidad, honradez y moralidad en todas sus actuaciones públicas y privadas, además de la idoneidad y probidad que el ejercicio mismo del cargo le imponía, valores que, de no acatarse, impiden la satisfacción de los fines esenciales del Estado, referidos a la vigencia de un orden justo y la recta y eficaz impartición de justicia.

La gravedad de las conductas por las que ha sido hallado responsable merecen reproche severo que, en función de los fines de prevención general y retribución justa consagrados en el artículo 4° del Código Penal, contribuyan al restablecimiento la confianza del conglomerado social en las decisiones judiciales y en los funcionarios de la Rama Judicial del poder público.

La desestabilización social palpable por estos días en las que a gritos en las calles se clama justicia tiene su raíz principal en la corrupción, pues entremezcla todos los antivalores, generando desconcierto y desconfianza de la sociedad ante los actos de los servidores del Estado, erosionando incluso la credibilidad en las instituciones que soportan nuestro modelo democrático.

Por las razones expuestas, para garantizar los fines de la pena no es dable algún instituto sucedáneo de la prisión intramural o algún subrogado.

Consecuente con lo anterior, como quiera que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ se encuentra actualmente privado de la libertad con ocasión de la medida de aseguramiento impuesta por esta Sala, deberá continuar en reclusión, en esta oportunidad, redimiendo la pena que por este medio se impone, para lo cual se reconoce como parte de la misma el lapso que ha permanecido en detención preventiva.

12. Condena en perjuicios

La conducta punible como generadora de perjuicio trae aparejada la responsabilidad civil a la luz de los artículos 1494⁸⁶ y 2341⁸⁷ del Código Civil; 94⁸⁸ y 96⁸⁹ del Código Penal y 56 del Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000 – permitiendo a los directamente perjudicados por la comisión de una conducta punible, esto es, quienes demuestren “*la directa relación debe estar entre la conducta punible y quien se reputa como perjudicado*”⁹⁰, hacerse parte dentro del respectivo proceso penal, en aras de conseguir la reparación de perjuicios derivados de la conducta punible, y como también

⁸⁶ Código Civil, artículo 1494. “FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

⁸⁷ Código Civil, artículo 2341. “RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

⁸⁸ Código de Procedimiento Penal, artículo 94. “REPARACION DEL DAÑO. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.

⁸⁹ Código de Procedimiento Penal, artículo 96. “OBLIGADOS A INDEMNIZAR. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder”.

⁹⁰ CSJ AP, 24 jul 2012, Rad. 34282.

para efectos de conocer la verdad de lo ocurrido y obtener justicia.

Según el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, *“en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar”*.

En el caso objeto de estudio, se tiene que mediante auto de 18 de junio de 2019 se reconoció a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como parte civil en esta actuación y se admitió la demanda presentada por la profesional que para esa época fungía como su apoderada.

Deviene claro que la Rama Judicial, dados los hechos en cuestión se vio afectada en su prestigio como administradora de justicia y como baluarte de la democracia colombiana, pues GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ en su calidad de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, desplegó actuaciones ilegales que afectaron la percepción ciudadana que se tenía de la Justicia, deteriorando la majestad y el respeto hacia ella.

Pero como en el presente asunto no se acreditó que los hechos por los cuales se declara penalmente responsable a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ causaron daños materiales cuantificables para la administración de justicia, pues no medió acción probatoria encaminada a dicho

propósito, precisamente porque la intención de la Dirección Administrativa de Administración Judicial se apartó de tal propósito, se abstendrá la Sala de emitir condena en perjuicios.

13. Costas procesales y agencias en derecho

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 56 del ordenamiento adjetivo de 2000, la Sala procede a pronunciarse sobre las costas del proceso, entendidas como las erogaciones económicas que debe asumir la parte vencida, representadas en expensas y agencias en derecho.

Las expensas son los gastos requeridos para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, el pago de honorarios efectuado a peritos y curadores, gastos de copias, pólizas, gastos de publicaciones, viáticos de desplazamientos, entre otros.

A su vez, las agencias en derecho corresponden al rubro que el funcionario judicial debe ordenar a favor de la parte triunfante del proceso, con el fin de resarcirle los gastos en que incurrió para pagar los honorarios de un abogado y, en el evento de haber actuado en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad.

De haber lugar al pago de costas por agencias en derecho y expensas, de conformidad con lo establecido en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, por vía de

integración⁹¹ para adelantar el trámite requerido para su reconocimiento y fijación será el establecido en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Fijación que es función privativa del juez, quien no goza de amplia libertad en materia de su señalamiento sino que debe someterse a los criterios establecidos en el numeral 4° del citado artículo 366 de la Ley 1564 de 2012⁹², los cuales le imponen el deber de guiarse por las tarifas establecidas por Consejo Superior de la Judicatura siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley⁹³.

En el caso objeto de estudio se exonerará al procesado del pago de expensas comoquiera que no obra prueba que acredite los gastos en los que incurrió la parte civil durante el trámite del proceso.

De la misma manera procederá la Sala con relación a las agencias en derecho, pues encuentra que los intereses de la Dirección Administrativa de Administración Judicial, fueron representados por el doctor Francisco Bernate Ochoa —según poder anexo al folio 1 del cuaderno original de la parte civil—, sin que repose documento alguno que dé cuenta del tipo de vinculación del abogado con la entidad demandante y/o contrato suscrito con ocasión de la actividad profesional.

⁹¹ Artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

⁹² Código General del Proceso.

⁹³ Sentencia C- 157 de 2013.

14. Ejecución de la pena

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que aún en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, cuando se trate de condenados que gozan de fuero constitucional, la competencia para conocer de la fase de ejecución del fallo recae en los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Razón por la cual una vez en firme el fallo se dispondrá la remisión de las diligencias a esos funcionarios (reparto).

15. Comunicación otras autoridades

Conforme lo dispuesto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal de 2000, en firme, por secretaría se remitirán las copias del fallo a las autoridades pertinentes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero. Declarar la cesación de procedimiento que por el delito de *utilización de asunto sometido a secreto o reserva*, se sigue en contra de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

Segundo. Absolver a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ del cargo que como autor de *prevaricato por acción* se presentó en su contra.

Tercero. Condenar a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ como autor responsable del concurso heterogéneo de las conductas punibles de *concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión*.

Cuarto. Imponer a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ las penas principales de ciento dieciséis (116) meses y doce (12) días de prisión, multa de noventa y cuatro punto cuarenta y ocho (94.48) salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como sanción principal en ciento veintisiete (127) meses y diecisiete (17) días.

Quinto. Negar al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Sexto. Abstenerse de condenar a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ al pago de perjuicios derivados de la conducta punible.

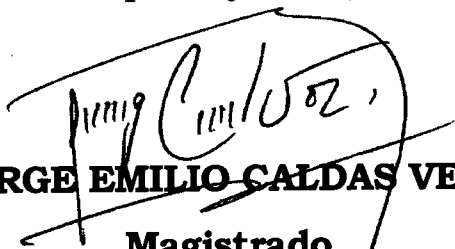
Séptimo. Abstenerse de condenar a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ al pago de costas procesales y agencias en derecho.

Octavo. Disponer que el sentenciado continúe privado de la libertad en establecimiento de reclusión, en cumplimiento de la sanción impuesta, conforme las precisiones anotadas en la parte considerativa del presente fallo.

Noveno. En firme, remitir copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad – reparto, para lo de su cargo.

Décimo. Indicar que contra esta decisión procede el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese y Cúmplase


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO


BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

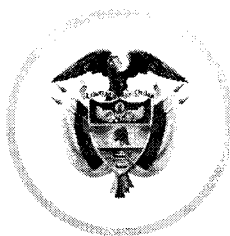

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

Salvo preponderante de voto

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario



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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicado No. 00094

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Tal cual ha sido expuesto de mi parte en el seno de la Sala, con la mayor consideración con las decisiones de la mayoría, expreso mi desacuerdo con la parte resolutive de la sentencia en lo relativo a la absolución del acusado por el delito de prevaricato por acción, porque en mi sentir, la conducta atribuida es ostensiblemente contraria a la ley, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. El delito de prevaricato por acción es definido y sancionado por el artículo 413 del Código Penal, así: «*El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión [...]».*

Sus ingredientes constitutivos son: (i) un sujeto activo calificado; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto, (iii) manifiestamente contrario a la ley.

No basta que la decisión sea formalmente ilegal por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia. Requiere que la disparidad del acto con las normas que lo regulen no admita justificación razonable alguna¹.

¹ CSJ SP5332-2019, rad. 53445.

En cuanto al ingrediente normativo, que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley, esta Corporación viene sosteniendo que se verifica a través de la confrontación objetiva entre el contenido del pronunciamiento y lo establecido por el ordenamiento jurídico, a fin de elucidar si las disposiciones o materias de aquél están en sintonía con los dictados que emanan de éste, al punto que si la resolución, dictamen o concepto no es manifiestamente contrario a la ley, no puede predicarse el desvalor de la acción².

Es necesario entonces demostrar que el acto censurado haya sido dictado en forma caprichosa o arbitraria por el sujeto agente, desconociendo abierta y ostensiblemente los mandatos legales o las exigencias de análisis probatorio o jurídico que regulan el caso. No es suficiente realizar un juicio de legalidad, es menester detectar con inmediatez la disonancia entre lo decidido y la regla legal aplicable³.

Lo manifiestamente contrario a la ley tiene un alcance material y no meramente formal, lo que lleva a analizar la ley con alcances constitucionales. Los artículos 6° y 123 de la Constitución Política disponen, en su orden, que todos los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y que están al servicio de la comunidad y ejercerán sus facultades en la forma prevista en la Constitución, en la ley y en el reglamento, lo que significa *“que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad*

² CSJ SP4415-2019, rad. 55474.

³ *Ibidem*.

que impide a los funcionarios actuar si no es con fundamento en la Carta Política y en la ley. De allí que, actuar de conformidad con la Constitución y la ley es un mandato vinculante para todos los servidores públicos. Ahora bien, la remisión a la Constitución y a la ley significa derecho positivo, es decir, se incluyen los reglamentos, en los términos del artículo 123 Superior” (C.C. Sent. C-335 de 2008).

Y, en cuanto al elemento subjetivo el punible solo es atribuible a título de dolo.

La Sala de Casación Penal en criterio que viene compartiendo esta Colegiatura, en relación con decisiones proferidas por funcionarios judiciales, además de la acreditación del dolo demanda la constatación de una finalidad corrupta mediante prueba directa o inferencias razonables:

La finalidad corrupta se verifica cuando la decisión ilegal es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un ilícito subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente adjudicar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concurra el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona⁴.

El bien jurídico tutelado es la administración pública, cuyo titular es el Estado y su finalidad es salvaguardar su buen nombre, en atención a que las atribuciones desarrolladas por los servidores públicos deben cumplirse de acuerdo con los principios de transparencia, moralidad y probidad contenidos

⁴ CSJ SP1657-2018, rad. 52545.

en el artículo 209 superior. La lesión se produce al momento en que el acto contrario a la ley se produce y entra al mundo jurídico.

2. De acuerdo con este marco jurídico conceptual, no me asiste duda que el acto administrativo cuestionado, es manifiestamente contrario a las normas superiores que los regulan y a las leyes que las desarrollan.

El acervo probatorio permite dilucidar que la renuncia de Rodríguez Casas fue provocada por el acusado para lograr la materialización de los compromisos delictivos adquiridos con el aforado Musa Abrahám Besaile Fayad.

La motivación del acto demuestra que el mismo es ostensiblemente ilegal por contrariar los fines esenciales del Estado, en particular, los de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, el derecho al trabajo del afectado, y el de la sociedad a que se administre justicia de acuerdo a la Constitución y la Ley, y las normas que reglamentan la vinculación y el retiro de los Magistrados Auxiliares de la Rama Judicial.

Si bien el cargo que ostentaba el mentado abogado en esta Corporación es de libre nombramiento y remoción, dicha condición no lo legitimaba para desvincularlo del servicio para garantizar el cumplimiento del pacto de compra y venta de la administración de justicia, retardar la apertura de la investigación y evitar la expedición de la orden de captura en contra de Musa Besaile.

En efecto, la Ley 270 de 1996 en su artículo 130 determina la clasificación de los empleados de la Rama Judicial, estableciendo en su inciso 4° que: «(...) [s]on de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, (...)».

El artículo 131 *Ibidem* señala cuáles son las autoridades nominadoras y prescribe en el numeral 4°, que para los cargos del Despacho de los Magistrados, dicha facultad la ejerce el respectivo Titular.

Y, en lo que respecta a la desvinculación prescribe que se debe dar aplicación a lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 149 ídem, que prevé como causal de retiro del servicio la declaratoria de insubsistencia, en concordancia con el literal «a» del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, «*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*», y lo previsto en el inciso 2° del párrafo del mismo número, que asigna la competencia para que el retiro en los empleos de libre nombramiento y remoción, se haga de forma discrecional a través de un acto que no requiere ser motivado.

Esta reglamentación igual que la que determina los requisitos mínimos para desempeñar el cargo⁵, pretende obviamente garantizar la prestación del servicio eficiente, de suerte que ese debe ser el norte perseguido cuando se remueve a un Magistrado Auxiliar, procurar la buena prestación del servicio público de administración de justicia, como fin del Estado.

⁵ Artículo 1° Acuerdo PCSJA20-11533 del 20 de abril de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

En ese orden, la discrecionalidad del nominador no puede ser inferior a garantizar un desempeño que asegure los principios fundamentales y los fines del Estado de Derecho consagrados en la Constitución Política, y no dirigirse a satisfacer intereses particulares totalmente ilícitos, como ocurre en este caso.

Sobre las facultades discrecionales, la Corte Constitucional ha indicado que a las autoridades públicas se les permite «*apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional*»⁶. También que la consecuencia práctica de las facultades discrecionales para disponer de los empleos de libre nombramiento y remoción, es que ostentan una estabilidad laboral precaria en comparación con los de carrera y el nominador goza de cierta flexibilidad para adoptar la decisión que mejor considere, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder, pues tal determinación se encuentra limitada por la Constitución y la ley⁷.

Y, de manera acertada ha sostenido que todos los servidores públicos, incluidos los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción a causa de la emisión de una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la

⁶ CC C-734 de 2000.

⁷ CC Sentencia T-372 de 2012.

Carta Política, la ley o un acto administrativo de carácter general⁸.

Pues bien, la Carta Superior en su artículo 1º, define a nuestro país como un Estado social de derecho que se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. En el 2º, le da estatus de fin esencial a la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes superiores y, atribuye a las autoridades de la República la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, derechos, entre otras, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En su desarrollo consagra como derecho fundamental el del trabajo en el artículo 25⁹, de suerte que no es posible su transgresión a través de actos delictivos como ocurrió en el presente caso, que privó del mismo a una persona para dar cumplimiento a un pacto de corrupción.

Además, el acusado incumplió el deber de velar por la prestación del servicio público de administración de justicia, derecho que asiste a la sociedad y el que estaba obligado a cumplir, al prescindir de los servicios del Magistrado Auxiliar no en busca de obtener un servicio eficiente, sino para satisfacer intereses particulares completamente ilícitos.

⁸ CC Sentencia C-335 de 2008, entre otras.

⁹ "Art. 25: El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

Importa recordar, en particular que, en la Ley 270 de 1996 el legislador define la administración de justicia como la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades, con el propósito de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. También consagró la eficacia como principio de la Administración de Justicia, según el cual, los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir.

El artículo 153 *Ibidem*, establece los deberes de los funcionarios y empleados, entre los que se destacan: *1. Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos. 2. Desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo. [...] 15. Resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional. [...] 20. Evitar la lentitud procesal, sancionando las maniobras dilatorias así como todos aquellos actos contrarios a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe.*

En consecuencia, la discrecionalidad para nombrar y remover en estos cargos a quienes cumplan con las expectativas funcionales, jurídicas, académicas y de manejo, es la misma que debe garantizar la permanencia en el cargo de los empleados de libre nombramiento y remoción. Su

desvinculación no puede perseguir propósitos distintos a obtener la buena marcha de la administración de justicia.

Por esa razón, la Ley Estatutaria de Administración de justicia en su artículo 154, estableció como prohibiciones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial: «*[p]articipar en actividades que lleven a la interrupción o mengua de la prestación del servicio público de administración de justicia*» y, «*[r]ealizar en el servicio o en la vida social actividades que puedan afectar la confianza del público u observar una conducta que pueda comprometer la dignidad de la administración de justicia*».

Y, en este caso el origen del acto de aceptación de la renuncia del entonces Magistrado Auxiliar Rodríguez Casas, asoma manifiestamente ilegal, pues contraría de manera ostensible las normas constitucionales y legales que prevén los fines del Estado y las normas que regulan la vinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción, ya que, se insiste, fue provocado con miras a materializar los compromisos delictivos adquiridos con el aforado Besaile Fayad, de no abrir investigación formal y evitar la orden de captura en su contra a cambio de una suma multimillonaria de dinero, es decir, fue el producto del capricho y la arbitrariedad, no contó con sustento jurídico, desconociendo de manera burda y mal intencionada los preceptos Constitucionales y legales que gobiernan la administración de justicia, y protegen el derecho al trabajo.

Es incontrastable, entonces, que pedir de manera protocolaria y aceptar la renuncia para asegurar la ejecución de una conducta constitutiva del cohecho propio, no tenía

como propósito mejorar la prestación del servicio sino el cumplimiento de un convenio antijurídico, lo que conlleva a que el acto administrativo sea manifiestamente contrario a la Ley.

Lo anterior, además de acreditar el dolo en su proceder, constata la existencia de una finalidad corrupta, pues la decisión ilícita se profirió con la intención consciente de favorecer irregularmente a un tercero, como consecuencia de un pago y en conexión con un punible subyacente que determinó al funcionario a apartarse del ordenamiento jurídico.

Además, si bien los actos discrecionales cuentan con presunción de legalidad, ésta solo puede deprecarse de aquellas determinaciones desarrolladas en armonía con los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

El Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección B, en la sentencia del 8 de mayo de 2003: 3274-02, sobre este aspecto destacó lo siguiente:

«[...] la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (Artículo 36 del C.C.A.). (...) Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad. (...) Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A.,

consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión. (...) En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.»

Así las cosas, no podría entenderse la legalidad presunta del acto cuestionado, por cuanto como quedó visto en la actuación la solicitud y aceptación de la renuncia al cargo de Magistrado Auxiliar, al abogado José Reyes Rodríguez Casas, no tuvo como objetivo prestar un buen servicio a la colectividad, asignando en su reemplazo a otro profesional de su entera confianza con iguales o superiores cualidades, sino asegurar el cumplimiento de un convenio injusto, esto es, el cumplimiento de la compra y venta de la administración de justicia.

Tal comportamiento, además es antijurídico, pues atenta contra la administración pública como bien jurídico tutelado, en desmedro del buen nombre del Estado que representa, ya que las atribuciones desarrolladas por los servidores públicos deben cumplirse de acuerdo con los principios de transparencia, moralidad y probidad contenidos en el artículo 209 superior y no lo hizo.

3. Esta interpretación constitucional y legal en nada afecta la potestad de los Magistrados para integrar sus

Despachos con el personal idóneo y de confianza al iniciar el periodo, o en su desarrollo, pudiendo remover, por ejemplo a aquellos empleados que por su comportamiento funcional o personal han perdido su confianza, o por el bajo rendimiento o idoneidad en el desarrollo de sus funciones lleven a la toma de esa decisión, pero nunca a través de actos ilícitos que se oponen abierta y flagrantemente al ordenamiento jurídico.

En este caso, reitero, no existe duda que la petición de renuncia a Rodríguez Casas y su aceptación con los fines demostrados, configuran el delito de prevaricato por acción, sin que haya lugar a interpretaciones sobre su ilicitud por parte del acusado, teniendo en cuenta sus cualidades personales y funcionales, como el cargo que desempeñaba. Ninguna hesitación podría generarle establecer que en las condiciones que pidió la renuncia y la acepto a cambio de dinero para garantizar la venta de la justicia era un acto delictivo, de modo resulta incontrovertible su grosera oposición a los fines constitucionales y legales que buscan garantizar al conglomerado social una verdadera administración de justicia, y proteger el derecho al trabajo.

4. Ahora, si bien la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, prevé la posibilidad que el principal afectado con el acto de manera separada persiga su nulidad por desviación de las atribuciones propias del funcionario, ello no impide que al interior del presente proceso se determine su ilegalidad por contrariar de manera ostensible la Constitución y la Ley, al tener como finalidad garantizar el desarrollo de una conducta constitutiva del cohecho propio, y no con el propósito de mejorar la prestación del servicio.

La acción penal frente a otras disciplinas es autónoma e independiente pues cada una difiere en su objeto y naturaleza, en su procedimiento y en las normas y principios que las gobiernan, en consecuencia, ninguna puede tener injerencia directa en las otras.

5. Dado que en la Sala también se debatió la posibilidad de que el prevaricato por acción se subsumiera en el de omisión por constituir un medio para su ejecución, debo señalar que dicha tesis no la comparto porque estos dos delitos concurren materialmente por tratarse de conductas naturalísticas y jurídicamente independientes y autónomas, circunstancias que desechan la configuración de un delito continuado de prevaricato por omisión o un concurso aparente, como paso a argumentar:

Según el proyecto de fallo, el prevaricato por acción se contrae a la decisión de aceptar la renuncia provocada del Magistrado Auxiliar, RODRÍGUEZ CASAS, para garantizar el cumplimiento del pacto corrupto de retardar la apertura de la investigación y la expedición de la orden de captura en contra de MUSA BESAILE.

En tanto que el prevaricato por omisión, en particular, alude a que con el propósito de cumplir los compromisos adquiridos con la organización criminal, adoptó al interior del despacho a su cargo las medidas necesarias para retardar un acto propio de sus funciones, como era abrir investigación formal y librar la consecuente orden de captura contra MUSA BESAILE, medidas entre las que estaba la de pedir y aceptar la

renuncia al Magistrado Auxiliar RODRIGUEZ CASAS quien proyectaba abrir investigación formal, rotar al personal que designó en su reemplazo para evitar el impuso del proceso, y no realizar actividades procesales sustanciales dirigidas a cursar el expediente, tras la desvinculación de RODRÍGUEZ CASAS.

Comparando las conductas surge nítido que tienen independencia y autonomía tanto fáctica como jurídica así la de acción estuviese dirigida a realizar la de omisión, lo que descarta la configuración de un delito de prevaricato por omisión unitario.

En efecto, para que ocurra el delito continuado es menester que se presente el elemento subjetivo constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad; el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión; y la identidad del tipo penal afectado con los comportamientos¹⁰.

No obstante estar presente dos de estas condiciones, no sucede lo mismo con la identidad del tipo penal afectado, pues no hay homogeneidad entre las conductas punibles, dado que estamos frente a un injusto de acción y otro de omisión, con evidentes diferencias en su naturaleza.

Sobre este ingrediente la Sala de Casación Penal, en la sentencia CSJ SP2339-2020, 1º Jul. 2020, Rad. 51444, sostuvo:

¹⁰ CSJ AP, 25 jun. 2002, rad. 17089.

Precisamente, la homogeneidad de la conducta, corresponde al tercero de los ingredientes de este ente jurídico, e implica la subsunción de las acciones u omisiones en un tipo penal semejante, para salvaguardar un bien jurídico determinado.

Para la acreditación de este ingrediente –también como dato indiciario de cara al aspecto subjetivo de la modalidad continuada-, resulta especialmente valioso auscultar la similitud en el “modus operandi”, o sea, en el empleo de metodologías, procedimientos o técnicas análogas en la ejecución de las acciones durante la pluralidad de ocasiones.

En efecto, el prevaricato por acción sanciona un actuar positivo, proferir una resolución, dictamen o concepto, manifiestamente contrario a la ley; mientras el segundo una omisión, un no hacer, pretermittir, retardar, rehusar o negar la realización de un deber constitucional o legal que hace parte de las funciones del cargo que desempeña. No hay similitud o igualdad alguna, ni el modus operandi para su ejecución es semejante.

Tampoco procede pregonar la asistencia de un concurso aparente de delitos, ya que la totalidad de sus elementos no convergen en relación con estas dos conductas punibles.

La jurisprudencia considera tipificada esta figura jurídica cuando: «Una misma conducta parece adecuarse, simultáneamente, en varios tipos penales que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo solo uno de ellos, en consecuencia, el llamado a ser aplicado, pues de lo contrario se violaría el principio non bis in ídem, de acuerdo con el cual un mismo comportamiento no puede ser sancionado dos veces»¹¹.

¹¹ CSJ. SP. de 18 de febrero de 2000, Rad. 12820.

Este tipo de concurso reclama la convergencia de los siguientes presupuestos: (i) unidad de acción, es decir, que haya una sola conducta que pareciera encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero realmente se subsume en una sola de ellas; (ii) que la acción persiga una única finalidad y; (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico. La ausencia de cualquiera de estos ingredientes conduce a predicar el concurso real y no aparente¹².

En lo relativo a la unidad de acción jurídica no se cumple en este evento, pues estamos frente a dos conductas autónomas e independientes, la primera, pedir y aceptar la renuncia del Magistrado Auxiliar contrariando abiertamente las normas constitucionales y legales pertinentes, que constituye un actuar positivo encasillado en el prevaricato por acción; y la segunda, dilatar el trámite del proceso con el propósito de dar cumplimiento a lo convenido ilícitamente, lo que desecha la presencia de un concurso aparente de delitos y evidencia uno de carácter material de conductas punibles.

Aun cuando la primera conducta estaba dirigida a alcanzar la segunda, cada una se materializó sin la necesidad imprescindible de la otra. La desvinculación delictiva de RODRÍGUEZ CASA no fue el único acto que MALO FERNANDEZ realizó para lograr su cometido, pues se le endilga, además, haber rotado a quienes lo vinieron a remplazar y dejar pasar cerca de dos años sin proceder a dictar la decisión que estaba obligado.

¹² CSJ. SP. De 25 de julio de 2007; SP. de 17 de agosto de 2005, Rad. 19391; y SP. de 15 de junio de 2005, Rad. 21629.

En esas condiciones el prevaricato por omisión no desaparecería si no hubiese cometido el prevaricato por acción, ya que el fin pretendido finalmente lo habría conseguido.

En esos términos no se puede sostener válidamente que el prevaricato por acción tenga una relación de dependencia respecto al prevaricato por omisión, además, el contenido de injusto y de culpabilidad no se agota con la sola condena por el prevaricato omisivo, ya que las dos conductas afectan con mayor gravedad el bien jurídico tutelado, además, el acusado conocía que realizaba dos conductas que tipificaban igual número de tipos penales.

En estos términos dejo sentado el salvamento de voto.


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las opiniones ajenas, en especial por la de mis colegas, consigno los argumentos a través de los cuales procedo a salvar parcialmente el voto respecto de la sentencia proferida hoy, 13 de agosto de 2021, mediante la cual se condena al doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, con fundamento en las siguientes razones:

Mi inconformidad con el fallo radica en que a mi juicio se ha debido emitir fallo de absolución por el delito de prevaricato por omisión, por cuanto no se reúnen los presupuestos que reclaman su configuración.

Frente a esta punible se indica en la sentencia que para cumplir los objetivos de la organización el acusado omitió adelantar sus obligaciones con celeridad y eficiencia. Concretamente y para evitar la emisión de orden de captura contra Besaile Fayad, se adelantaron acciones tendientes a dilatar la apertura de instrucción, que era una decisión *inminente*, por lo que *“refulge clara la intención de MALO FERNÁNDEZ de retardar su obligación de tramitar en forma pronta y cumplida el proceso”*.

1.- La separación del cargo del Magistrado auxiliar

Para cumplir el cometido propuesto, se asegura en el fallo que el aforado decidió apartar del cargo al Magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez Casas y de esta forma retardar la emisión

de apertura de instrucción. Sin embargo, de la prueba recaudada en el proceso, se advierte que el mismo servidor Rodríguez Casas asevera que para disponer la apertura de instrucción “*estaba pendiente la entrega del informe final de policía judicial*”, condición necesaria para tomar la decisión sobre apertura de investigación formal.

Siendo esto así, el retiro del cargo de su auxiliar no resultaba un acto idóneo para el cumplimiento del propósito criminal de retrasar la decisión de apertura de instrucción, la cual aún con la permanencia del servidor, tampoco podría emitirse ante la ausencia del mentado informe de Policía judicial.

De lo que da cuenta la prueba recaudada es que la entrega del informe final que debió efectuarse a mediados del 2015 realmente no se cumplió, sin que en ello tuviera alguna incidencia el acusado, como tampoco la tuvo el hecho de la aceptación de renuncia del magistrado auxiliar Rodríguez Casas ni la rotación que hiciera de magistrados auxiliares y del profesional Guillermo José Martínez, pues la labor de la Policía judicial se debió cumplir en los plazos estipulados, independiente del funcionario al que le hubiera de ser entregado el mismo.

En idéntico sentido, la investigadora Ana María Erazo Soler asegura al unísono con Rodríguez Casas, que se tenía proyectada la entrega del informe final para julio de 2015, fecha

para la cual, cumpliendo el requerimiento de este, el documento se encontraba prácticamente listo¹.

No obstante, a la postre la Policía Judicial no cumplió su compromiso, y por ello en reunión con el Magistrado auxiliar Javier Enrique Hurtado Ramírez, quien reemplazó a Reyes Rodríguez, solicitaron ampliar el plazo, el cual fue concedido por 90 días. No obstante, hasta el mes de diciembre de 2015 fue entregado apenas “el borrador del informe”.

Tal informe definitivo solo fue suministrado en agosto de 2016, sin que en esta circunstancia tuviera incidencia alguna el aforado.

Si la entrega de ese informe era la pieza fundamental que restaba para disponer la apertura de instrucción, y esa condición hasta el momento de aceptación de renuncia de Rodríguez Casas en julio de 2015 no se había cumplido, efectuándose solo después de un año, no puede endilgarse responsabilidad en esta situación al titular MALO FERNÁNDEZ, como tampoco por el paso de tres personas diferentes por el cargo de magistrado auxiliar, por lo que el hecho generador de la omisión conforme la acusación no le es achacable.

¹ Entrevista relacionada en la acusación.

2.- La instrucción suficiente antes de la salida del Magistrado auxiliar

En contraste, a pesar de otorgar credibilidad a esta hipótesis, proveniente del dicho de Rodríguez Casas y la Investigadora Ana Marina Erazo, la Sala mayoritaria prohija también una perspectiva opuesta, con base en la cual se acepta que incluso para el año 2014, la investigación mostraba significativos avances que podrían dar lugar al decreto del auto de investigación formal en contra de Musa Besaile.

Sobre este particular se refiere el Magistrado Auxiliar y Coordinador de la Comisión de Apoyo Investigativo Iván Andrés Cortés Peña, quien señala que el proceso contra el Senador estaba “*maduro*” con notables avances investigativos.

Este enfoque se evidencia antagónico al anteriormente defendido en la sentencia, ubicando ahora la responsabilidad del acusado en un panorama que no se acompasa con el sostenido inicialmente por Rodríguez Casas. Tal situación genera una ambivalencia ante los panoramas divergentes en que se funda, derivando responsabilidad al aforado por haber retirado del cargo al Magistrado auxiliar para evitar que proyectara una decisión de apertura de instrucción a la que solo le faltaba contar con un informe de policía judicial que ya estaba por entregarse, y a la vez establecer compromiso penal por haber prescindido del citado funcionario quien ahora no requería de tal informe para disponer el auto de apertura de investigación formal, pues contaba con los medios de conocimiento requeridos para tal fin.

Llamativo resulta que estas dos versiones irreconciliables provengan de la misma fuente de conocimiento, a la cual el fallo le atribuye credibilidad irrestricta.

Ahora bien, de ser cierta esta segunda versión, que como vemos también resultó aceptada en la sentencia de la cual respetuosamente me aparto, vale preguntarse por qué razón el Magistrado auxiliar no le presentó a MALO FERNÁNDEZ un proyecto de apertura de instrucción, si en efecto los avances del proceso lo permitían. Bajo esta perspectiva, lo que se observa es un acto omisivo atribuible a Rodríguez Casas que mal podría endilgársele al aquí acusado.

En conclusión, si se acepta que se encontraba suficientemente instruida la actuación desde el año 2014, por lo que era viable la expedición de orden de captura a mediados del año 2015, entonces la realidad que se presenta es que Rodríguez Casas al reportar que no era posible abrir instrucción por carencia del informe de policía judicial, mantenía en error al titular del despacho, haciéndolo pensar en la imprescindible necesidad de un informe que no mostraba la relevancia que le atribuía y que no era soporte esencial para la decisión de apertura.

Lo antedicho se acompasa con lo explicado por la Sala de Casación Penal, al afirmar que: *“... el ingrediente subjetivo de la conducta penal descrita, exige que el infractor –quien tiene el deber legal de ejecutar el acto-, (i) sea consciente del imperativo*

que le asiste y (ii) en forma voluntaria omite, retarde, rehúse o deniegue su cumplimiento” (CSJ SP, 6 sep. 2019, rad. 53976).

En uno u otro caso, no se puede predicar responsabilidad del acusado en el prevaricato omisivo.

3.- La rotación de Magistrados auxiliares

Advierte la Sentencia que el ex Magistrado MALO FERNÁNDEZ omitió sus deberes legales al retrasar la apertura de instrucción y de contera la emisión de orden de captura en contra del Senador Besaile, al cambiar continuamente de magistrados auxiliares. Sin embargo, de lo probado en el proceso se observa que la rotación de los funcionarios a cargo del proceso, que a juicio de los miembros restantes de la Sala podría haber generado un traumatismo en la emisión de la decisión de apertura de instrucción, corresponde a movimientos de personal que no obedecieron al querer del acusado, sino a situaciones ajenas a su voluntad, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta como constitutivas del delito de prevaricato por omisión, como pasa a exponerse.

El Magistrado auxiliar Javier Enrique Hurtado Ramírez – quien ocupó el cargo inmediatamente después de la salida del doctor Reyes Rodríguez – no logró revisar el borrador del informe, pues él mismo le solicitó al titular del despacho que lo trasladara al área de Casación, reubicación que le fue concedida. Esta decisión fue tomada con ocasión de la iniciativa manifestada por el doctor Hurtado Ramírez y no por sugerencia

o presión de parte de su superior jerárquico, por lo que se constituye en un hecho que tampoco puede serle atribuido al acusado.

En cuanto al doctor José Luis Robles Tolosa – auxiliar que reemplazó al doctor Hurtado – no pudo estudiar el proceso por quebrantos de salud que le impidieron ejercer cabalmente sus funciones. Así lo relata la misma investigadora Ana Marina Erazo en su declaración ante la Comisión de Acusaciones. Una circunstancia de tal naturaleza no puede derivar en un juicio de responsabilidad en contra del doctor MALO FERNÁNDEZ.

Ahora bien, como se mencionó, el informe definitivo fue revisado y aprobado por el doctor Guillermo José Martínez cuando se lo entregaron en agosto de 2016, es decir, más de un año después del retiro del doctor Reyes Rodríguez, lo que evidencia que durante la rotación de los funcionarios no se contaba con este informe calificado como fundamental para disponer la apertura de instrucción.

Como se observa, el retraso en la toma de una decisión respecto de la apertura de instrucción y posterior orden de captura en el caso del Senador Musa Besaile, no se fundó en las determinaciones del doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, sino en varias circunstancias que no le son atribuibles, y que además no ostentan la entidad requerida para considerar acreditada la responsabilidad penal, pues no repercutieron directamente en el retraso en la investigación y por lo tanto, no se configura la conducta típica descrita en la ley.

Finalmente, en lo que respecta a no haber emitido la decisión de apertura de instrucción durante el lapso posterior a la entrega del informe, es decir después del mes de agosto de 2016 hasta el 20 de septiembre de 2017, es preciso destacar que el mismo no se concreta como un hecho jurídicamente relevante en la acusación.

Además, la Sala no se ocupó de verificar las circunstancias que pudieron haber mediado la situación de no emisión de la decisión dentro de este interregno, lo que evidencia la carencia de respaldo probatorio para derivar responsabilidad, haciendo impredicable la alegada omisión. Valga agregar que la acusación no consigna este presupuesto fáctico, por lo que tampoco sería viable erigir decisión condenatoria de cara al principio de congruencia.


Al respecto, la Sala de Casación Penal en CSJ SP1612 de 16 de mayo de 2018 dentro del radicado 48968 señaló:

*“el estudio de la infracción **debe hacerse mediante un juicio ex ante, o sea, a partir de las circunstancias en las que el operador jurídico se encontraba al momento en que debía cumplir con su función legal:** «para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora» (Cfr. CSJ SP, 27 Jun. 2012, rad. 37733).*

Con todo, también resulta importante señalar que incluso cuando esa actividad probatoria ya había sido finalizada, la Corte Suprema de Justicia no decretó la apertura de investigación ni impuso la medida de aseguramiento al Senador Musa Besaile sino hasta el 21 de enero de 2018: dos años y medio después de que el doctor Malo Fernández le pidiera la renuncia a su magistrado auxiliar, doctor Reyes Rodríguez.

En suma, dentro del juicio llevado en contra del ex magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ no se hallan los elementos necesarios para predicar una responsabilidad penal por la omisión de un deber legal, ya que la demora en la toma de la determinación de apertura de instrucción tuvo su origen en varias situaciones que no pueden atribuírsele al funcionario y además no resultaron decisivas en el resultado

Con toda consideración,


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

Fecha et supra