



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Magistrado ponente

AP4975-2024

Radicado N° 67037

Acta N° 210

Bogotá, D.C, cuatro (4) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

1. ASUNTO

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** en contra del Auto AEP080 de 18 de julio de 2024 proferido por la Sala Especial de Primera Instancia, que negó la petición de libertad condicional.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos

Fueron narrados por la primera instancia, así:

“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 penal¹.

2.2. Actuaciones procesales relevantes

Las fases de investigación y juicio se desarrollaron de la siguiente manera:

1. En el marco de las relaciones de cooperación internacional, el Departamento de Justicia de Estados Unidos remitió a la Fiscalía General de la Nación de Colombia las evidencias recolectadas en el proceso federal No. 17-

¹ Sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 12 de agosto de 2021. Folios 42 al 199 del Cuaderno de primera instancia No. 18 y folios 2 al 61 del Cuaderno de primera instancia No. 19.

20516, consistentes en las conversaciones sostenidas entre el abogado, Leonardo Luis Pinilla Gómez, y el ex gobernador de Córdoba, Alejandro Lyons Muskus, en las que se hacía referencia a posibles actos de corrupción presentados en algunos procesos penales seguidos en contra de congresistas en la Corte Suprema de Justicia².

2. La Fiscalía General de la Nación, mediante Oficio DEGN 02957 de 15 de agosto de 2017, allegó esta información a la Sala de Casación Penal, por lo que esta Corporación, por medio de los Oficios No. 25909 y 26053 de 16 y 17 de agosto del mismo año, remitió copias ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes (en adelante la Comisión o la Comisión de Acusación) para que investigara a los funcionarios que podrían estar comprometidos en los actos de corrupción allí informados.

3. El 29 de agosto siguiente, por medio del Oficio No. 27874, esta Corporación remitió a la Comisión la copia de las diligencias testimonial y de versión libre de Luis Ignacio Lyons España y del congresista Musa Besaile Fayad, respectivamente, *«en las cuales han señalado una serie de actos de constreñimiento contra el doctor Besaile Fayad, que lo determinaron a entregar la suma de 2000 millones de pesos para impedir que la Corte le librara una orden de captura en su contra en el caso de parapolítica 27700 y en los cuales habrían participado Luis Gustavo Moreno Rivera y los ex Magistrados de esta Corporación Francisco Ricaurte y José Leonidas Bustos Martínez»*³.

² Folios 1 al 22. Cuaderno de la Comisión de Investigación y Acusación No. 1.

³ Folios 36 al 42. Cuaderno de la Comisión de Investigación y Acusación No. 1.

4. El 30 de agosto de 2017, Pablo Bustos Sánchez, presidente de la Red Ver, Red de Veeduría de Colombia, le solicitó a la Comisión de Acusación que iniciara la respectiva investigación en contra del magistrado de la Corte Suprema de Justicia, **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**, con ocasión de la confesión pública realizada por el congresista Musa Besaile Fayad, sobre el pago de una alta suma de dinero, «*para manipular decisiones judiciales que se adelantaban en su contra (...) en un proceso por parapolítica*», así como los hechos de los que habría tenido conocimiento en relación con la actuación penal seguida en contra de Julio Manzur⁴.

5. Mediante Auto de 5 de septiembre de 2017, la Comisión de Acusación, con base en la información anterior, dispuso la apertura de investigación preliminar en contra del magistrado **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** y decretó la práctica de varias pruebas⁵.

6. Por medio del Auto de 22 de septiembre de 2017, la Comisión de Acusación ordenó la apertura de instrucción, decretó la ruptura de la unidad procesal -respecto de las conductas cometidas presuntamente por otros funcionarios judiciales⁶- y la vinculación formal de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** mediante diligencia de indagatoria⁷, la cual se realizó el 3 de octubre siguiente y que, posteriormente, fue ampliada.

⁴ Folios 45 al 54. Cuaderno de la Comisión de Investigación y Acusación No. 1.

⁵ Folios 56 al 58. Cuaderno de la Comisión de Investigación y Acusación No. 1.

⁶ En este auto se hace referencia a los ex magistrados José Leonidas Bustos y Francisco Ricaurte, bajo el radicado No. 4869.

⁷ Folios 195 al 204. Cuaderno de la Comisión de Investigación y Acusación No. 1.

7. Después de agotado el período probatorio y de disponerse el cierre de la investigación, el 5 de marzo de 2018, la Comisión dictó auto de acusación en contra de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** por los delitos de concierto para delinquir, en concurso heterogéneo con las conductas de prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a secreto o reserva. El 25 de abril del mismo año, este auto fue aprobado en plenaria por la Cámara de Representantes.

8. Posteriormente, se remitieron las diligencias a la Comisión Instructora del Senado que, una vez sometido a discusión el informe final en plenaria, profirió la Resolución No. 001 de 13 de diciembre de 2018 que aceptó la acusación formulada por la Cámara de Representantes en contra de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** por los delitos aludidos y, en consecuencia, dio viabilidad procedimental para que la Corte Suprema de Justicia continuara con el trámite de la respectiva investigación⁸.

9. El 19 de febrero de 2019, la Sala Especial de Primera Instancia dispuso el inicio del traslado común previsto por el artículo 400 de la Ley 600 de 2000⁹. Además, el 15 de mayo del mismo año se celebró la audiencia preparatoria que resolvió las peticiones de nulidad y probatorias presentadas por los sujetos procesales¹⁰.

10. Por medio del Auto de 13 de mayo de 2019, la Sala Especial de Primera Instancia adecuó el procedimiento a lo

⁸ Folios 3 al 47. Cuaderno Sala de primera instancia No. 1.

⁹ Constancia de traslado. Folio 103. Cuaderno de primera instancia No. 1.

¹⁰ Acta de la audiencia preparatoria. Folios 2 al 7. Cuaderno de primera instancia No. 3.

dispuesto en los artículos 354 y 468 de la Ley 600 de 2000 y resolvió la situación jurídica del procesado, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación¹¹. Esta decisión fue confirmada mediante providencia de 27 de septiembre de 2019 por parte de esta Corporación¹².

11. El 12 de agosto de 2021, la Sala de primera instancia dictó sentencia mediante la cual se declaró la cesación del procedimiento por el delito de utilización a asunto sometido a secreto o reserva, absolvió a **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** del delito de prevaricato por acción y lo condenó, en calidad de autor, del concurso heterogéneo de las conductas punibles de concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión¹³. Asimismo, le impuso la pena principal de 116 meses y 12 días de prisión y negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, entre otras determinaciones.

12. El 12 de julio de 2024, el defensor de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** solicitó su libertad condicional, como quiera que: (i) ha afrontado 62 meses de privación efectiva de la libertad, más el tiempo de redención que, a 20 de junio de 2024, correspondía a 14 meses y 28 días-, para un total de 76 meses y 28 días, por lo que se han cumplido las 3/5 partes de la pena; (ii) ha observado una conducta ejemplar, en el nivel de excelencia, durante todo el tiempo de detención

¹¹ Resolución de definición de la situación jurídica. Folios 189 al 231 Cuaderno de primera instancia No. 2.

¹² Folios 98 al 173. Cuaderno de segunda instancia No. 1.

¹³ Folios 42 al 199 del Cuaderno de primera instancia No. 18 y folios 2 al 61 del Cuaderno de primera instancia No. 19.

e, incluso, recibió felicitaciones debido a su buen comportamiento, por parte del director de la Cárcel y Penitenciaria de Alta y Media Seguridad para Miembros de la Fuerza Pública; (iii) se ha demostrado su arraigo familiar y social, como se constataba con el informe de visita domiciliaria, estudio de arraigo familiar y «Concepto tratamiento penitenciario» de 11 de junio de este año y (iv) no se le condenó al pago de perjuicios, por lo que no es necesario verificar este requisito¹⁴.

13. De manera complementaria, el 18 de julio de este año, la defensa allegó las certificaciones en las que se informaba que el procesado asumió la representación del comité espiritual de la institución penitenciaria, así como las horas de estudio cumplidas en el curso de teología realizado con el Obispado Castrense de Colombia -7 semestres, 112 semanas y 224 horas cátedra-, para así demostrar las actividades desarrolladas en su proceso de resocialización -equivalentes a 448 horas-¹⁵.

14. El pasado 11 de julio, el director del establecimiento carcelario en el que **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** se encuentra recluso, formuló una petición similar.

2.3. Decisión de primera instancia

El 18 de julio de 2024, la Sala Especial de Primera Instancia, al resolver las solicitudes anteriores, (i) reconoció

¹⁴ Expediente digital. Cuaderno Primera Instancia_11001024800020190000611
PrimeraInstancia22_Memorial_2024090718359

¹⁵ *Id.*

15 meses y 5 días de redención punitiva por estudio a favor de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** y (ii) negó su libertad condicional¹⁶. En relación con la primera determinación, después de revisar los respectivos certificados, en los que constaban las horas de estudio reportadas, así como las calificaciones de su conducta, la Sala Especial concedió la rebaja por el período aludido al monto de la pena.

Respecto a la petición de libertad condicional, y una vez resaltó que la prohibición de otorgar subrogados penales a las personas condenadas por delitos contra la administración de justicia no aplica para la figura de libertad condicional, procedió a analizar sus requisitos de naturaleza objetiva y subjetiva.

Así, se constató, de un lado, que **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** cumplió, de manera efectiva, las 3/5 partes de la pena -equivalentes a 69 meses y 25,2 días y, a la fecha, con la redención de pena, ha descontado 77 meses y 8 días-. De otro, su conducta *«ha sido calificada como buena y ejemplar, recibiendo además el visto bueno para la concesión del subrogado de la libertad condicional»* y también se ha demostrado su arraigo familiar, al evidenciarse *«su participación activa en el día a día de su núcleo doméstico (...) la capacidad económica del hogar y su compromiso constante con el bienestar y la estabilidad de sus congéneres»*. Además, en este caso, no resultaba pertinente analizar lo relativo a la reparación de las víctimas, al no haberse proferido condena en perjuicios.

¹⁶ Folios 143 al 178. Cuaderno Primera Instancia No. 22.

Ahora, frente a la exigencia legal de valorar la conducta punible objeto de condena, advirtió, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (CC C-757-2014, entre otras) y de esta Corporación, que debía analizarse aquel presupuesto *«conjuntamente con el comportamiento carcelario y los antecedentes de todo orden del condenado, con el fin de deducir la necesidad de continuar o no ejecutando la pena en intramuros»*.

En consonancia con lo anterior, recordó que el sentenciado adhirió a una organización criminal dedicada a permear algunos despachos de magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el propósito de obtener decisiones favorables para congresistas investigados, en su momento, por esta Corporación, a cambio de incentivos económicos y burocráticos. En desarrollo de esa empresa -según la decisión recurrida-, **GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ** entregó información reservada de algunas investigaciones penales a su cargo, para así mostrar el influjo real que tenía en esos trámites.

En particular, se mencionó la investigación seguida en contra de Musa Besaile Fayad, indiciado éste que pagó una alta suma de dinero, para que el trámite penal se adelantara acorde con sus intereses. Para ello, se realizaron *«movimientos administrativos al interior de su despacho que afectó una ruta investigativa homogénea y torpedeó el conocimiento minucioso que requería el personal de apoyo para su propósito misional»*.

El anterior escenario, que pone de presente el grave daño causado al Estado, así como a la administración de justicia, junto con el comportamiento intramural del procesado y su

arraigo, impiden que, con el nivel de cumplimiento actual de la pena, se acceda al subrogado de la libertad condicional. Así las cosas, el fin resocializador no solo se consolida con el buen comportamiento asumido por el interno penitenciario, sino cuando se observa *«un compromiso cierto y de fondo en la readaptación»*.

Mediante Auto de 23 de julio de 2024, la Sala Especial advirtió que, el 18 de julio anterior, la defensa adicionó la solicitud de libertad condicional, sin embargo, para ese momento, ya se había resuelto la petición original¹⁷. A pesar de lo anterior, la primera instancia consideró que, *«los planteamientos fácticos, jurídicos y procesales que fundamentaron el pedimento de libertad, así como aquellos que llevaron a esta Sala Especial a pronunciarse negativamente sobre la misma, no sufren alguna variación que amerite pronunciamiento de fondo en relación con esta misiva y su anexo»*.

2.4. Recurso de apelación

Mediante escrito radicado el 30 de julio de 2024, la defensa técnica sustentó el recurso de apelación¹⁸. Frente al análisis realizado por la Sala Especial respecto a la valoración de la conducta punible, que fue el único requisito que no se dio por acreditado, indicó inicialmente que se le vulneró el derecho de contradicción de la defensa, como quiera que se crearon reglas no previstas por la ley penal sustancial, diseñadas únicamente para el caso seguido en contra de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**, y respecto de las

¹⁷ Folios 4 al 6. Cuaderno de primera instancia No. 23.

¹⁸ Folios 14 al 30. Cuaderno de primera instancia No. 23.

cuales tampoco se explicó cómo se «*aplican en el ejercicio penitenciario*», por lo que resulta imposible controvertirlas, al carecer de motivación. Incluso, esta situación es reconocida en el salvamento de voto presentado por el magistrado Jorge Caldas Vera.

Así las cosas, pareciera que en este asunto se aplicó un derecho penal de la venganza, cuando la propia Sala mayoritaria se pone como destinataria directa de la alegada afectación generada por las conductas punibles atribuidas al procesado, al sostener, por ejemplo, que con su comportamiento se «*dejó por el suelo **nuestro nombre institucional***» (destacado del texto). Es por ello que, si los magistrados que acompañaron la decisión se sentían víctimas de esos delitos, debieron declararse impedidos y aceptar la recusación propuesta en su momento por **GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ**.

Para el recurrente, los requisitos nuevos se evidencian de las siguientes afirmaciones realizadas en la providencia recurrida:

- “1. *La libertad condicional se debe valorar partiendo de la gravedad de la conducta punible. (página 11)*
2. *La gravísima lesión causada amerita un mayor porcentaje de sanción antes de hacerse acreedor al subrogado. (página 16).*
3. *(..) el punto cúspide de la ejecución de la pena sirviendo al fin de articulación social. (página 17)*
4. *El cambio de delincuente en un buen interno... (página 17)*
5. *un compendio de valoraciones que forjen el pronóstico de abandono al delito (página 17)*
6. *cuando a ese compendio se suman motivos ciertos que contrarios al eventual manto de impunidad relativa, determinada por una ejecución mínima de la condena... (página 17)*

7. cuando se trata de delitos que socavan la integridad del sistema judicial, se requiere un enfoque más riguroso y prolongado en el presupuesto penitenciario..." (página 18)".

En efecto, el criterio de la *gravedad* del delito fue derogado con la expedición de la Ley 1709 de 2014, que alude ahora a la *valoración de la conducta punible*; expresión esta que, según la Sentencia CC C-757 de 2014, debe establecerse solo frente a «*la necesidad de continuar el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado*». Así lo explica también esta Corporación en la decisión AP 2977-2022.

Además, al analizar los restantes argumentos de la Sala, el recurrente sostuvo que: (i) no se precisó cuál era el mayor porcentaje de pena que, en este caso, se debía cumplir o si, incluso, se hizo referencia a la totalidad de la sanción; (ii) tampoco se respetó la presunción de inocencia, al tratar al procesado como «*delincuente*», a pesar de que la sentencia condenatoria aún no se encontraba ejecutoriada y, lo más importante, sin consultar realmente el fin de la resocialización y (iii) no se explicó el contenido de otras afirmaciones como *compendio de valoraciones, motivos ciertos, manto de impunidad relativa, enfoque más riguroso y prolongado en el presupuesto penitenciario respecto de delitos que socavan la integridad del sistema judicial*, que sustentaron la negativa de conceder el subrogado de la libertad condicional.

El Código Penal no hizo ninguna distinción de tipos penales para la aplicación de aquella figura y lo cierto es que, **GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ** ha cumplido un tiempo superior del

equivalente a las 3/5 partes de la pena y ha mostrado una conducta ejemplar durante su detención, como se constató con las felicitaciones recibidas por su gestión como líder del comité espiritual o por sus estudios en teología, lo que demostraba la falta de necesidad de continuar con la ejecución de la pena en el respectivo establecimiento carcelario.

Un análisis caracterizado por la sola valoración de la gravedad de la conducta punible como un concepto estático, en detrimento de la posibilidad de reinserción de la persona condenada a la comunidad, resulta «*inconstitucional e inconvencional*», razón por la cual solicitó que se revocara la determinación de negar la petición de libertad condicional.

2.5. Traslado de no recurrentes

El 5 de agosto de este año, **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** intervino dentro del traslado de no recurrentes y coadyuvó el recurso de apelación presentado por su apoderado¹⁹. A partir del precedente AP3348-2022, Rad. 61616 que, en su criterio, fue desconocido por la Sala mayoritaria de primera instancia -lo que configuraría un defecto sustantivo-, presentó las siguientes reflexiones:

(i) No se tuvieron en cuenta los antecedentes legislativos que motivaron la adopción de la Ley 1709 de 2014, normativa ésta que derogó la expresión «*gravedad*» del anterior texto del artículo 64 del C.P y, con esto, los criterios subjetivos que

¹⁹ Folios 32 al 45. Cuaderno de primera instancia No. 23.

conferían alta discrecionalidad a los funcionarios judiciales y que impedían el otorgamiento de los subrogados penales. Así, conforme con la Sentencia CC C-757-2014, la valoración de la conducta punible era solo «*un elemento dentro de un conjunto de circunstancias*».

(ii) La decisión recurrida, que representaba un derecho penal de la venganza, ante la molestia manifestada por los magistrados con las conductas objeto de condena, olvidó que el juez de ejecución de penas, frente a este tipo de peticiones, tiene una finalidad específica y es la de «*establecer la necesidad de continuar el tratamiento penitenciario, a partir del comportamiento carcelario del condenado*».

(iii) Tampoco se consideró lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia CC C-757 de 2014, según la cual, la expresión *previa valoración de la conducta punible* es exequible, siempre y cuando dicho examen comprenda «*todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional*».

(iv) También se desconoció el precedente vertical, al ignorar varias providencias adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en procesos de única instancia y de tutela -transcritos en la decisión AP3348-2022- y respecto de las cuales la Sala Especial no presentó las razones para apartarse de ellas.

(v) La Sala mayoritaria justificó su decisión en la gravedad y lesividad de la conducta punible, lo cual es contrario a los precedentes ya citados, en particular a la afirmación que allí

se hace acerca de la imposibilidad de «asimilar la pena a un oprobioso castigo, ofensa o expiación o dotarla de un sentido de retaliación social», lo que desconocía la dignidad humana y otros derechos fundamentales del sentenciado.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con lo previsto por el artículo 235, numeral 6 de la Constitución Política -modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018-, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir esta decisión, debido a que la providencia recurrida fue proferida en primera instancia por la Sala Especial de esta Corporación.

3.2. Síntesis de la controversia y decisión que se adoptará

La Sala deberá definir si las razones expuestas en el recurso de apelación permiten concluir que la decisión de la Sala Especial de Primera Instancia presenta errores de argumentación o vicios de legalidad y, por tanto, debe revocarse porque **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** tiene derecho a la libertad condicional. Para la Sala de primera instancia (en su posición mayoritaria), la valoración de las conductas punibles atribuidas al procesado impiden conceder dicho subrogado penal, toda vez que, la naturaleza

y modalidad de aquellos comportamientos revelan el impacto significativo que esos delitos tuvieron en distintos estamentos de la comunidad, por lo que, al sopesar los distintos criterios, no se advierte un compromiso cierto de readaptación.

Por su parte, la defensa sostiene que no es posible evaluar la procedencia de tal subrogado únicamente con base en la gravedad de la conducta, más cuando en este caso el procesado ha observado un comportamiento ejemplar durante el tratamiento penitenciario y ha destinado su tiempo al desarrollo de actividades espirituales y académicas, lo que denota el cumplimiento del fin resocializador de la pena.

Al respecto, se observa que la controversia se centra en el elemento relativo a la *valoración de la conducta punible* y su ponderación con los restantes requisitos, por lo que la Sala, en coherencia con el principio de limitación, procederá a resolver el referido problema jurídico, con base en los planteamientos expresados por el recurrente, así como los temas vinculados de manera estrecha con ellos.

Después de repasar diversos pronunciamientos jurisprudenciales que permiten comprender el alcance conferido a ese criterio y aplicar esas pautas valorativas al caso concreto, la Sala anuncia que confirmará la determinación recurrida.

3.3. Análisis de fondo

3.3.1. El elemento de *valoración de la conducta punible*

El artículo 64 del Código penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, dispone, en lo pertinente, lo siguiente:

“El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos (...)”.

La Corte Constitucional, al decidir la demanda de inconstitucionalidad propuesta en contra de la expresión subrayada, declaró su exequibilidad «*en el entendido de que las valoraciones de la conducta punible hechas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados tengan en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional*» (CC C-757 de 2014).

Es importante precisar que el anterior examen constitucional se realizó sobre el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 64 de la legislación penal, al descartar la existencia de la cosa juzgada frente a su pronunciamiento anterior respecto de una norma similar, contenida en el artículo 5° de la Ley 890 de 2004.

En esa verificación preliminar, la Corte Constitucional advirtió dos modificaciones importantes introducidas en la última legislación sustancial. Primero, en la disposición vigente se eliminó el verbo *podrá*, lo que significó eliminar la facultad que tenía el funcionario judicial de conceder o no el subrogado de la libertad condicional, para entender ahora que éste tiene «*el deber de otorgarla a aquellos condenados que hayan cumplido los requisitos establecidos en la norma*».

Segundo, se suprimió la expresión *gravedad*, lo que condujo a ampliar el ámbito de valoración, por lo que, además de la gravedad del delito objeto de condena, también deberán tenerse en cuenta otros «*elementos, aspectos y dimensiones*» del comportamiento ilícito.

Es decir, el juez deberá asignar el peso o valor a cada uno de los aspectos analizados, para sustentar su conclusión acerca de la concesión o no del mecanismo sustitutivo aludido. Así, «*a manera de ejemplo es razonable suponer que entre más grave sea la conducta punible, más exigente será el juez de ejecución de penas para conceder el subrogado de libertad condicional. Por el contrario, entre menos grave sea la conducta, menos exigente será el juez para conceder dicho subrogado*» (CC C-757-2014).

De todas maneras, con la modificación normativa introducida en 2014, la gravedad de la conducta no será el único factor a evaluar, sino cualquier otro componente, favorable o desfavorable, que haya rodeado la comisión de la conducta punible e, incluso, del mismo condenado y que hubieren sido considerados en la sentencia condenatoria.

En este punto en particular, es posible responder uno de los cuestionamientos del recurrente. No es cierto entonces que, con la disposición actual, haya desaparecido la posibilidad de analizar la gravedad de la conducta punible, solo que éste no es el único criterio a tener en cuenta, por lo que deberá complementarse este estudio con «*todos los aspectos relacionados con*» el procesado y el delito, como por ejemplo, la modalidad o forma de ejecución del comportamiento, su lesividad, la personalidad del sujeto activo, entre otros criterios mencionados por la Corte Constitucional.

En esa misma dirección, la afirmación realizada por la Sala Especial sobre el *compendio de valoraciones* que debe emprenderse para determinar si se ha cumplido o no el fin resocializador, alude precisamente a los distintos elementos que ahora conforman ese nuevo y ampliado campo de valoración sobre el comportamiento ilícito. En consecuencia, tampoco es cierto que la Sala de primera instancia hubiera creado reglas particulares para resolver este caso en concreto, dado que fueron las modificaciones normativas implementadas con la Ley de 2014 las que llevaron a dar un nuevo alcance a ese criterio.

Esa valoración, como también lo ha precisado la Corte Constitucional, no supone la violación del principio de *non bis in ídem*, como quiera que la labor que emprende cada funcionario judicial -el de conocimiento y el de ejecución de penas- tiene una finalidad diferente -determinar la responsabilidad penal del procesado para el primero, o establecer la posibilidad de otorgar la libertad antes del cumplimiento total de la pena de prisión para el

segundo-, por lo que si bien existe identidad de sujeto, no ocurre lo mismo con el objeto y la causa.

En efecto, frente al subrogado de libertad condicional, no se trata de realizar un re examen del tipo penal objeto de condena o de la pena impuesta, sino de considerar todas las circunstancias informadas en la sentencia condenatoria sobre la conducta cometida, para incluirlas en el ejercicio final de estimación de los distintos requisitos.

De otro lado, como también lo explicó la Corte Constitucional, la valoración de la conducta punible tampoco desconoce el fin resocializador de la pena. Precisamente, con fundamento en jurisprudencia de aquella Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, se ha resaltado *«no sólo la importancia de tener en cuenta la gravedad de la conducta punible, sino la personalidad y los antecedentes de todo orden para efectos de evaluar el proceso de readaptación social del condenado»* (CC C-757-14; C-194-05; T-528-2000, entre otras).

Todo lo anterior permite presentar varias conclusiones preliminares. El estudio de la petición de libertad condicional no corresponde a una comprobación mecánica de requisitos formales -tiempo cumplido de pena, certificaciones de buena conducta, etc.-, que siempre proporcione la misma respuesta. Por el contrario, cada una de las condiciones exigidas por la ley deberán ser comprobadas en cada caso y aportarán elementos útiles que permitan, en un verdadero ejercicio de ponderación, determinar si el lapso transcurrido en privación de la libertad y el pronóstico de resocialización o

readaptación social del condenado hacen viable la libertad condicional.

Asimismo, tampoco es posible asignar un determinado valor o peso anticipado a cada uno de esos criterios. Si bien el comportamiento del sentenciado con posterioridad a la emisión de condena es un factor indispensable y significativo a tener en cuenta para evaluar el proceso de resocialización, no por ello siempre se debe imponer sobre el criterio de valoración de la conducta punible o de cualquier otro.

De considerarse que este último elemento no tiene ninguna importancia *-valoración de la conducta-*, se concluiría que el legislador incluyó un criterio que no tiene ninguna consecuencia jurídica o que solo prevé consecuencias innecesarias, lo cual sería contrario al principio de *efecto útil de las normas*. Así las cosas, el funcionario judicial debe considerar, con igual rigor y seriedad, tanto la *valoración de la conducta* *-con todas las circunstancias que rodearon el delito y a la persona sentenciada-*, como el comportamiento intramural del condenado, entre otros aspectos, a efecto de determinar la continuidad del tratamiento penitenciario. Al juez le corresponde ponderar en qué medida se ha cumplido con la retribución justa y a partir de cuándo y con qué elementos de juicio, ha operado una resocialización satisfactoria.

3.3.2. Los fines de la pena y su incidencia en los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

El artículo 4 del Código Penal prevé como fines de la pena los de *«prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado»*. Además, la *«prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión»*.

El concepto de pena ha tenido una constante evolución, vinculado con el contexto político, social y económico de una comunidad determinada, así como las finalidades asignadas a la misma. Así, se encuentran las teorías absolutas y, en particular, la de la retribución, que le niega a la pena una utilidad específica, al considerarla como la realización condigna de la justicia, debido al mal causado por la comisión de una conducta reprochable; como también teorías relativas, que plantean fines determinados a la pena, bien sean de prevención general, especial o mixta -unificadoras de todos los anteriores criterios bajo un solo concepto-.

En las últimas décadas se han planteado nuevas alternativas, que han dado especial énfasis al fin de prevención general positivo. Así, mientras para un sector del debate teórico, lo importante es reafirmar la vigencia de la norma, para otros, lo relevante es la protección de bienes jurídicos relevantes para la convivencia pacífica de la sociedad, propósito último para el que se trata de armonizar los fines de prevención general y de prevención especial.

La idea central de esta última postura alude a las distintas fases que tiene la pena, desde el surgimiento de la norma dentro del ordenamiento jurídico, pasando por la imposición judicial de la pena, hasta la ejecución de la misma, y cada uno de esos momentos cumple un fin determinado, sea de prevención general y/o especial. Además, cada una de esas fases son necesarias y se complementan entre sí, por lo que no se podría prescindir de ninguna de ellas, dado que, por el contrario, de una depende el logro de la otra.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana ha indicado que la ejecución de la pena debe estar orientada, de manera preponderante, por un fin de prevención especial positiva, es decir, que busca la resocialización de la persona condenada. De todas maneras, *«no siempre es fácil hacer compatibles estos distintos principios de fundamentación del sistema penal, pues en ocasiones los fines de prevención general aconsejan penas muy severas, mientras que las políticas de resocialización sugieren penas bajas. Así, dice al respecto Herbert Hart, que ‘las penas que estimamos necesarias como amenaza para maximizar la obediencia al Derecho, pueden convertir al transgresor a quien se imponen, en un enemigo inflexible de la sociedad; mientras que el recurso a medidas rehabilitadoras puede disminuir la eficacia y ejemplaridad del castigo en los demás’* (CC C-294-2021).

En particular, los subrogados penales han sido entendidos como mecanismos que definen el límite mínimo (no el máximo) de la retribución justa y confirman el fin de resocialización de la pena. Por ello, en cada caso deberá determinarse, valorados todos los aspectos exigidos por la

ley, si la reinserción del individuo a la comunidad se puede alcanzar o no con opciones distintas a la privación efectiva de la libertad del individuo. Es por eso que se ha aludido a un ejercicio valorativo, en el que se deberá analizar cada requisito y determinar el peso concreto que tiene cada elemento frente a las funciones legalmente reconocidas para la pena.

Las anteriores consideraciones han sido retomadas por esta Corporación al momento de resolver peticiones relacionadas con el subrogado de la libertad condicional, por lo que existe una línea consolidada, de la cual podrían destacarse las siguientes notas características, aunque, por supuesto, sin agotar la jurisprudencia en esta materia:

- El legislador no le otorgó al juez la facultad de prescindir del estudio de alguno de los requisitos señalados en la ley, bajo ningún argumento -por ejemplo, la crisis carcelaria o el cumplimiento de uno de los fines de la pena, como es el de reinserción social-, ni tampoco estableció un orden previo entre ellos, por lo que ninguno prevalece sobre los restantes (CSJ AP8301-2016. Rad. 49278).

- De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 guarda conformidad con los principios de *non bis in ídem*, juez natural y separación de poderes, así como los derechos humanos contenidos en los tratados, que prevalecen en el orden interno. En coherencia con lo anterior, el juez de ejecución de penas, o el que sea competente, deberá analizar,

de manera previa, la conducta punible, *«labor que no excluye la evaluación de la gravedad de las acciones u omisiones materializadas por el reo»* (CSJ STP, 27 de Ene. de 2015, rad. 77312, citada en CSJ STP2525-2017. Rad. 90489).

- El juez de primera instancia obra correctamente si, a partir de razones concretas contenidas en el fallo condenatorio, como la posición del sentenciado en la sociedad, la defraudación de la confianza por parte de la comunidad, la deliberada y consciente afectación de bienes jurídicos, *«el desmedro a la imagen de la administración pública y a la credibilidad que debe existir en el conglomerado social respecto de sus gobernantes»*, se establece un pronóstico negativo para conceder el subrogado de la libertad condicional. Lo anterior, en coherencia con los fines de prevención general y especial de la pena y, en concreto, el mensaje nocivo que se enviaría a la comunidad, de que no sería necesario cumplir la sanción condigna que le corresponde al sentenciado (CSJ AP260-2021. Rad. 58799).

- En la labor de la valoración de la conducta, *«no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad y los antecedentes de orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social, por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el ‘impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes»²⁰* (CSJ AP4142-2021. Rad. 59888).

²⁰ CSJ AHP5065-2021

- La resocialización constituye un fin primordial de la pena en un Estado social de derecho y por ello es un elemento preponderante al momento de resolver las peticiones de libertad condicional. Así las cosas, el proceso penitenciario tiene carácter progresivo y prepara de manera paulatina al sentenciado para su reincorporación a la sociedad.

Bajo ese marco orientador, en cada caso concreto, se deben analizar los elementos favorables o desfavorables del sentenciado, con el propósito de determinar el grado de cumplimiento de los fines de la pena. Es decir, sea que se trate de actos realizados por el procesado durante el desarrollo del trámite -vgr. manifestaciones de arrepentimiento y asunción de responsabilidad por los hechos cometidos, toma de conciencia de su falta, reconocimiento del daño causado, ofrecimiento de actos de reparación, materiales y no materiales- o durante la ejecución de la pena, que permitan variar la situación inicial -vgr. excusas públicas por las conductas realizadas y reparación integral a todas las víctimas-, el juez deberá tener en cuenta todos estos aspectos para concluir si el concepto es positivo o no frente al proceso de resocialización (CSJ AP-2977-2022, Rad. 61471²¹ y AP-3348-2022, Rad. 61616²²).

²¹ Al respecto, en ese caso se explicó lo siguiente: “Del contenido de los autos de 23 de mayo y 20 de junio de 2017, se colige que pidió excusas públicas por los hechos en que se involucró y pagó los daños morales causados a (...), circunstancias que en la decisión pasada, se extrañaron y llevaron a que, junto con la valoración de la gravedad de la conducta, el beneficio se negara (...) Pese a la firmeza con que en el citado auto la Corte confirmó la negación de la libertad condicional²¹, asiste razón al defensor apelante cuando asegura que ahora la situación de la implicada ha variado positivamente.// 32.5 De una parte, en dicha providencia la Sala destacó que, en atención a la modalidad y gravedad de las conductas cometidas, el Juez fijó la sanción teniendo en cuenta su ‘intensidad y magnitud’, tiempo que en su momento se estimó necesario para el cumplimiento de los fines de la pena.// No obstante, tal ejercicio de individualización de las sanciones es el que debe hacerse en todos los casos en acatamiento de las normas pertinentes. (...) como en párrafos anteriores se expresó, ella ya consolidó su proceso de readaptación y resocialización, al haber satisfecho la reparación del daño a la totalidad de las víctimas, requisito éste que, en su momento, la Corte analizó para concluir que su proceder no generaba un pronóstico favorable para su reintegración social”.

²² En este asunto se indicó lo siguiente: “Los principios de justicia restaurativa también se han hecho efectivos en el caso de (...). La reintegración, la reinserción y la resocialización son producto del previo arrepentimiento y asunción de responsabilidad por los hechos cometidos, consecuencia del contacto con la realidad que le ha movido a tomar conciencia de su falta, reconocer el daño causado y ofrecer actos de reparación, materiales y no materiales.// Incluso ese compromiso se advierte desde el mismo proceso penal en su fase de imposición de la pena, diligenciamiento en el cual, de manera libre y consciente se allanó a los cargos imputados por la fiscalía, logrando las finalidades propuestas con aquella forma de terminación

Así las cosas, la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada y consistente en señalar que, la sola gravedad de la conducta no basta para decidir sobre la concesión del subrogado de libertad condicional, por lo que deben ponderarse con otros factores, como las circunstancias que enmarcaron la ejecución de la conducta punible -no solo las desfavorables, sino también las favorables-, el comportamiento del procesado en prisión y todos aquellos elementos que permitan determinar si se justifica la continuación de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en la modalidad intramural o domiciliaria.

No se trata entonces de exigir una carga especial a la defensa, que le imponga demostrar requisitos adicionales, como quiera que basta observar las situaciones previas, concomitantes y posteriores al momento de la imposición de la pena, con el propósito de determinar el real compromiso del sentenciado frente a su proceso de readaptación a la vida en comunidad. A lo anterior se suma el deber del juez de evaluar, incluso de manera oficiosa, todos aquellos aspectos que permitan sustentar adecuadamente el reconocimiento o no del derecho a la libertad condicional.

Precisamente, en aquellos casos en que se otorgó tal subrogado -vgr. Rad. 61471, citado por la defensa técnica, y Rad. 61616, citado por el procesado-, se tuvieron en cuenta muestras

anticipada del trámite, entre otras, humanizar la actuación procesal y la pena y activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito (artículo 348 de la Ley 906 de 2004).// (...) ha mostrado arrepentimiento público por la conducta cometida, como se observa del trámite del incidente de reparación integral adelantado en este proceso, en el que llegó a un acuerdo conciliatorio con la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en representación de los intereses de la víctima.// En cumplimiento de lo acordado, en declaración divulgada en medios de comunicación de circulación nacional, el penado señaló (...)”.

de adaptación y enmienda asumidas por el peticionario de la libertad, no solo durante la fase intramural -las manifestaciones de arrepentimiento divulgadas en medios de comunicación o la reparación total a las víctimas-, sino también durante la etapa de juicio del proceso -aceptación de los cargos y la presentación de excusas a todos los afectados con los comportamientos objeto de condena, tal como se pactó dentro del incidente de reparación integral- las que finalmente permitieron, en cada caso, constatar el grado de cumplimiento del fin de prevención especial.

Así las cosas, como se anticipó, no es posible asignar, de manera absoluta, el peso concreto a un determinado criterio y es por ello que en cada caso se puede imponer una solución diferente, dado que la naturaleza y modalidad de la conducta punible, su forma de ejecución, el impacto social ocasionado, el contexto personal y familiar del sentenciado, su tratamiento penitenciario, entre otros aspectos, constituyen variables que se deben analizar y valorar de manera específica.

Si bien existen razones de la providencia judicial que tienen efectos vinculantes para los casos futuros, los aspectos destacados, propios de cada trámite, obligan a realizar un ejercicio valorativo particular. Con esto, y en respuesta a otro planteamiento de la defensa, los «*precedentes*» citados en sus escritos -AP-2977-2022 y AP-3348-2022-, abordan casos en principio parecidos, pero no idénticos, debido a las particularidades que cada uno presenta -vgr. aceptación previa de los cargos, presentación de excusas públicas o muestras de

arrepentimiento, etc.-, por lo que esas consideraciones específicas no constituyen regla de decisión para este caso.

3.3.3. Caso concreto

En observancia del principio de limitación y para resolver los argumentos del recurrente, inicialmente se analizarán las consideraciones realizadas por la Sala Especial en la sentencia condenatoria de primera instancia, para así determinar si su conclusión en el auto impugnado fue razonable y coherente con esos presupuestos o, por el contrario, como lo sostiene la defensa, se le debía asignar mayor valor al comportamiento intracarcelario del sentenciado.

Es importante indicar que, esta Corporación se abstendrá de realizar cualquier juicio de valor respecto a la materialidad de dichas conductas punibles o a la responsabilidad penal de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**, no solo porque escapa del propósito de esta impugnación, sino también porque en este momento se conocen los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia condenatoria de primer grado. La decisión se limitará a verificar si se configuran los yerros atribuidos a la decisión de primera instancia en torno a los criterios legales y jurisprudenciales aplicables.

Al respecto, en la aludida sentencia condenatoria se sostuvo lo siguiente para el delito de concierto para delinquir:

“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”²³.

Respecto del delito de cohecho propio se explicó:

“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”²⁴.

Además, para el delito de prevaricato por omisión se indicó:

“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 celeré 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”²⁵.

²³ Página 125 de la Sentencia. Folio 166. Cuaderno de primera instancia No. 18.

²⁴ Página 143 de la Sentencia. Folio 184. Cuaderno de primera instancia No. 18.

²⁵ Página 164 de la Sentencia. Folio 7. Cuaderno de primera instancia No. 19.

Además, al analizar la antijuridicidad de los anteriores comportamientos se sostuvo:

“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”²⁶.

Por último, algunos de los criterios de ponderación que se tuvieron en cuenta para moverse en el respectivo ámbito de punibilidad fueron los siguientes:

“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 delincuenciales 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 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 (...) 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

²⁶ Páginas 167 y 168 de la Sentencia. Folios 10 y 11. Cuaderno de primera instancia No. 19.

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”²⁷.

Si bien es cierto, la Sala *a quo* encontró objetivamente demostradas otras circunstancias de agravación y conductas punibles adicionales que pudieron imputarse en concurso al procesado²⁸ -pero que no fueron tenidas en cuenta en observancia del principio de congruencia-, esta Sala se sujetará a la pena efectivamente impuesta, así como a las consideraciones que la sustentaron.

En el auto recurrido, sobre el elemento de *la valoración de la conducta* se indicó lo siguiente:

“Los hechos que provocaron la sentencia condenatoria adoptada en contra del ex magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ se concretaron en que desde la oficina de los abogados Luis Gustavo Moreno Rivera y Francisco Javier Ricaurte, se gestó una asociación que con incentivos económicos y burocráticos permeó algunos despachos de Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para obtener decisiones y actuaciones favorables a los intereses de varios Congresistas que se encontraban investigados por esta Corporación.//

²⁷ Páginas 172 a la 174 de la Sentencia. Folios 15 al 17. Cuaderno de primera instancia No. 19.

²⁸ Por ejemplo, la Comisión adecuó el comportamiento solamente al inciso 1° del artículo 340 del Código Penal, pero para la Sala Especial también era predicable los incisos 2° -«el concierto apuntó a que los integrantes de la organización criminal incrementarían 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»²⁸- y 3° -«dado el rol protagónico o principal que desempeñaba el Magistrado MALO FERNÁNDEZ en el grupo». Asimismo, el cohecho propio debió imputarse en concurso homogéneo, al tratarse de «dos conductas claramente diferenciadas y que por lo mismo conservan su autonomía e independencia», pero dado que la Comisión no lo atribuyó de esa manera, la Sala Especial no tuvo en cuenta tal figura concursal. Respecto del delito de prevaricato por omisión, para la Sala Especial debió imputarse la circunstancia de agravación punitiva prevista por el artículo 415 del código penal, pero tampoco se aplicó al no haberse atribuido jurídicamente. Todo lo anterior, en criterio de la Sala de primera instancia, hubiera tenido incidencia en la dosificación de la pena. En el mismo sentido, en el pliego de cargos tampoco se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, a pesar de que para la Sala Especial si se evidenciaban, y se consideró la de menor punibilidad consistente en la ausencia de antecedentes penales.

MALO FERNÁNDEZ se adhirió a esa organización, prestando su decidida colaboración, impidiendo que la investigación que se seguía en contra de Musa Abraham Besaile Fayad tuviera avances procesales, realizó movimientos administrativos al interior de su despacho que afectó una ruta investigativa homogénea y torpedeó el conocimiento minucioso que requería el personal de apoyo para su propósito misional.// Finalmente, entregó información reservada respecto de algunas investigaciones que se encontraban en su despacho, dejando ver la precisión de su conocimiento privilegiado y la posibilidad de intervenir para evitar que los resultados judiciales fueran adversos a sus intereses.// A cambio de las maniobras ilícitas, los Congresistas investigados pagaron altas sumas de dinero, que ingresaron al dominio de la organización delictiva.// En la sentencia, cuando esta Sala Especial valoró la conducta de MALO FERNÁNDEZ, censuró su disposición para vender la función judicial y el gravísimo daño que causó al Estado y particularmente a la Rama Judicial por vincularse a un entramado criminal de alto perfil que, no solamente dejó por el suelo nuestro nombre institucional, sino el de todos quienes día a día ofrecen su conocimiento, tiempo, prestigio y vida por el restablecimiento del tejido social a través de esta sagrada misión de administrar justicia.// En contraste, los pronósticos de conducta futura del penado a partir de su comportamiento intramural, junto a la articulación que él ha tenido con la sociedad y su familia, aportan elementos de juicio que dan luces sobre la viabilidad de otorgar réditos penitenciarios a su favor, más no el pedido a esta altura de la purga a su pena, pues comprende esta Sala que, de cara a la gravísima lesión causada, amerita el cumplimiento de un mayor porcentaje de la sanción antes de hacerse acreedor al subrogado demandado.// Tal quantum deberá estar directamente relacionado con el criterio de progresividad en la satisfacción a los fines de la pena que, de cara a los hechos materia de condena, muestren con precisión diamantina que los efectos nocivos de las conductas por las que se emitió condena estén menguados por la efectividad del tratamiento penitenciario, situación que, a esta altura, no se encuentra satisfecha”.

Para la primera instancia, al ponderar, de un lado, la naturaleza y características de las conductas punibles objeto de condena, las personas que presuntamente integraron la organización criminal, el rol desempeñado por el sentenciado en ese grupo, el cargo asumido en ese momento dentro de la administración de justicia, la trascendencia de los bienes jurídicos tutelados, así como el considerable impacto ocasionado en la administración de justicia y en la sociedad en general; y, de otro, el buen comportamiento intramural observado por el procesado, los estudios allí cursados y su arraigo familiar y social, el primer grupo de elementos

tuvieron más peso que la conducta reciente y esperada del interno dentro del establecimiento penitenciario. Por lo anterior, no fue posible concluir que, en la actualidad, hubiere avanzado suficientemente el proceso de readaptación social.

Para esta Sala, en primer lugar, las anteriores consideraciones tienen fundamento en las conclusiones expuestas en la sentencia condenatoria, por lo que la Sala *a quo* no desbordó su competencia al resolver la petición de libertad condicional, como quiera que, lejos de reabrir el estudio de la responsabilidad penal del procesado, se tuvieron en cuenta los mismos elementos y circunstancias que fueron dados por probados en la providencia de primer grado para así resolver la petición de libertad condicional.

En este sentido, tampoco se observa la violación del principio de presunción de inocencia, como lo señaló el recurrente, por el solo hecho de que se hubieran retomado los argumentos allí expuestos para emprender el estudio de la *valoración de la conducta*, como así lo ha explicado la Corte Constitucional y esta Corporación. Contrario a lo afirmado por la defensa, no se trata de aplicar un derecho penal de la venganza, sino de evaluar la razonabilidad de continuar con la ejecución de la pena intramural, una vez sopesados todos los aspectos mencionados, con el propósito de determinar si la retribución justa y el proceso de reinserción social del sentenciado se ha consolidado.

Además, la Sala *a quo* razonó que solo por el hecho de un comportamiento intramural adecuado, no era posible concluir sobre la efectiva voluntad del sentenciado de reincorporarse a la comunidad, bajo las normas de convivencia allí establecidas, más cuando no se evidenciaba la enmienda del daño causado -no entendido solo frente a la reparación por una condena en perjuicios, sino por el quiebre de la institucionalidad y el efectivo restablecimiento de los derechos vulnerados-, ni la disminución de los efectos perjudiciales que las conductas punibles objeto de condena tuvieron tanto para la institucionalidad, como para la sociedad en general.

Sobre estos aspectos, vale la pena indicar que no se evidencia parcialidad o sesgo en los integrantes de la Sala mayoritaria, al haber resaltado la afectación de los intereses de la justicia con las conductas punibles allí atribuidas. Las afirmaciones que se realizaron solo buscaban hacer explícita la argumentación sobre la *valoración de la conducta punible*, sin que por ello deban revivirse discusiones ya superadas cuando se plantearon las respectivas recusaciones y manifestaciones de impedimento, que fueron resueltas en su momento.

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que la decisión recurrida, al encontrarse debidamente sustentada con las consideraciones fácticas, probatorias y jurídicas que determinaron su negativa, se advierte razonable y plausible, sin que los argumentos de la apelación, coadyuvados por el procesado como no recurrente, logren rebatir sus fundamentos.

En efecto, como se indicó anteriormente, no es cierto que se hubieran creado reglas nuevas para la solución de este caso, o que se hubiere omitido explicar el conjunto de valoraciones que determinaron el rechazo de la petición de libertad condicional. Por el contrario, la Sala Especial, a partir del marco propio de la sentencia condenatoria, explicó por qué, atendidos todos los factores a tener en cuenta, el comportamiento penitenciario asumido por el procesado durante su período de detención no resultaba suficiente para otorgar su libertad condicional, al concluir que, la fase de readaptación y resocialización del procesado aún no se ha consolidado. Tal conclusión no riñe con la normativa y los precedentes jurisprudenciales vigentes.

En estricto sentido el recurrente no controvertió el análisis expuesto por la Sala Especial. Lo que hizo el defensor del procesado fue una descalificación general de la decisión recurrida -desde su propio entendimiento de la cuestión- y concluyó que debía privilegiarse el elemento de la conducta certificada en el centro de reclusión, pero sin demostrar que la providencia recurrida desatiende las reglas y estándares definidos por el legislador para la concesión de la libertad condicional. La preferencia expuesta por el recurrente, en el sentido de que el buen comportamiento intramural durante el periodo mínimo de ejecución de la pena exigido legalmente es lo único exigible para el otorgamiento de la libertad condicional, no es argumento que controvierta en forma eficaz la providencia objeto de apelación.

Es pertinente reiterar que dentro del contexto normativo colombiano, la libertad condicional no hace parte de los mecanismos que la ley prohíbe reconocer frente a determinadas hipótesis delictivas; sin embargo, no por ello se trata de un derecho que se adquiere mecánica o automáticamente por el simple transcurso del tiempo y el buen comportamiento intracarcelario.

De seguirse esa lógica, la pena no sería aquella que se impuso en la respectiva sentencia, acorde con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, sino solo una fracción de ella -3/5 partes de la pena o una superior, como en su momento llegó a establecerse-, lo cual llevaría a consecuencias inadmisibles o indeseables -frente a la misma función del Estado de garantizar la libertad y derechos fundamentales, así como la protección de los bienes jurídicos más importantes, con el fin de asegurar la convivencia pacífica de los asociados-.

Bajo el modelo nacional es claro que, entre los fines de la pena, está reconocido el de retribución justa, complementado con otros, como el de la resocialización. Asimismo, la legislación penal reconoce que, durante la ejecución de la pena, el fin de la prevención especial o de la reinserción tendrá una especial preponderancia.

Sin embargo, ese fin de resocialización o rehabilitación tiene fases, que buscan, de manera progresiva, preparar al individuo para la reincorporación a la comunidad. Si se revisa, por ejemplo, el Código Penitenciario y Carcelario, en esta normativa se identifican varias fases del tratamiento

penitenciario que inicia con la observación, diagnóstico y clasificación del interno y que busca finalizar con una etapa de confianza -Ley 65 de 1993, art. 144-. La primera fase es la más exigente y en ella se sientan las bases para que el interno rectifique y redirija su conducta hacia la efectiva reinserción a la sociedad, con todas sus pautas y normas sociales.

De lo expuesto por la Sala *a quo*, ese primer estadio aún no se ha superado, como quiera que, en este caso en particular, el cumplimiento de solo una parte de la pena no permite dar por satisfechos los fines de la pena, para lo cual se enumeraron las varias razones que permitieron hacer una valoración negativa sobre este aspecto, sin que el recurrente logre demostrar que su decisión esté equivocada.

Para esta Sala resulta evidente que el planteamiento de la primera instancia responde a los precedentes uniformes de la Corporación conforme a los cuales, de una parte, no se reconoce que la libertad condicional corresponda a un derecho que se adquiriera automáticamente por el cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas por la ley. De otra parte, la carga de argumentación que le corresponde como regla general al juez de ejecución de penas, o en casos como este al juez de primera instancia, radica en advertir si la negativa se fundamenta en el no agotamiento de esa primera fase de tratamiento penitenciario, que guarda estrecha relación con la gravedad de los hechos y las circunstancias específicas del mismo, así como la no demostración satisfactoria del proceso de reinserción, análisis que efectivamente se llevó a cabo.

Así las cosas, si bien la decisión de primera instancia resulta razonable en este momento y no está llamado a prosperar el recurso de apelación, ello no significa, como lo sugiere el recurrente, que la Sala Especial exija desde ahora el cumplimiento total de la pena. El otorgamiento de este subrogado penal, si el fallo de responsabilidad fuera confirmado, dependerá de la constatación de un efectivo compromiso del sentenciado, frente al fin principal de la resocialización en esta etapa. Estas muestras claras del proceso de readaptación pueden ser variadas, como se indicó anteriormente al repasar la jurisprudencia de esta Corporación, e incluso pueden ser reconocidas oficiosamente por el juez de ejecución de penas o por el funcionario competente en su oportunidad.

En consecuencia, al contrastar la sentencia de primera instancia con los planteamientos expuestos en la decisión ahora recurrida, así como verificados los supuestos normativos y jurisprudenciales invocados, concluye esta Corporación que son razonables y ajustados a derecho los argumentos expuestos por la mayoría de la Sala Especial de Primera Instancia para negar en este momento la libertad condicional a **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**. Se confirmará por lo tanto la providencia recurrida.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el Auto AEP080 proferido el 18 de julio de 2024 por la Sala Especial de Primera Instancia, que negó la libertad condicional solicitada a favor de **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**.

En contra de esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.



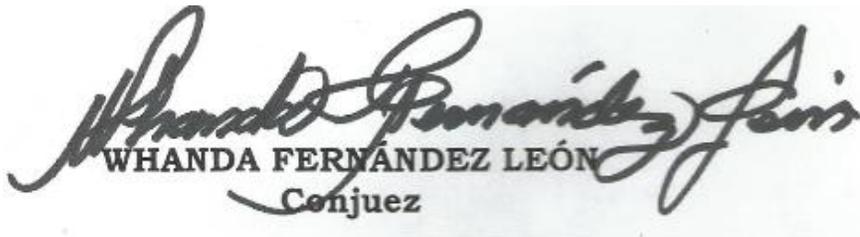
GERARDO BARBOSA CASTILLO
Magistrado



ALFONSO CADAVID QUINTERO
Conjuez



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO
Magistrado



WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN
Conjuez



JOSÉ IGNACIO LOMBANA SIERRA

Conjuez



Firmado
digitalmente por
Yesid Reyes
Fecha: 2024.09.06
18:49:09 -05'00'

YESID REYES ALVARADO

Conjuez



JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN

Conjuez



EULISES TORRES

Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@ 2024