



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

RAM

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado Ponente

AEPO0058-2019

Radicación N° 00094

Aprobado mediante Acta No. 40

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Define la Sala la situación jurídica del doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ, dentro del juicio que se le adelanta por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a secreto o reserva.

HECHOS:

Según se desprende de la actuación, a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ se le censura el haber concertado con los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia, José Leonidas Bustos Martínez y Francisco Javier Ricaurte, y con el abogado litigante Luis Gustavo Moreno



Rivera, para abordar a congresistas con investigaciones en curso ante la Sala de Casación Penal de esta Corporación, con el fin de favorecerlos bien con decisiones de archivo o inhibitorias, ora impidiendo o dilatando aperturas formales de investigación y la emisión de órdenes de captura, a cambio de altas sumas de dinero.

Como parte de ese designio criminal, Luis Gustavo Moreno Rivera contactó al entonces senador Musa Abraham Besaile Fayad, quien con el propósito de impedir que se librara una orden de captura dentro del radicado 27700 –seguido en su contra por sus presuntos vínculos con grupos paramilitares-, pagó la suma de \$2.000.000.000 de pesos para dilatar la apertura de investigación formal que, dada la naturaleza del delito, llevaba aparejada la afectación de su libertad.

Idéntica estrategia se siguió con el ex senador Álvaro Antonio Ashton Giraldo, quien pagó la suma de \$1.200.000.000 de pesos a cambio del archivo de la indagación preliminar 39768, adelantada con ocasión de sus relaciones con el bloque norte de las autodefensas, pretensión que -ante la imposibilidad de cumplimiento por tratarse de un auto de Sala-, mutó por la de dilatar la decisión de apertura formal.

Con dicho propósito, la organización hacía uso de la información sometida a reserva legal a la que MALO FERNANDEZ tenía acceso en los procesos de su competencia,

Handwritten signature and number 2

dada su condición de magistrado en ejercicio de la Sala Penal de esta Corporación.

ANTECEDENTES:

1. En el marco del programa de cooperación internacional bilateral 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, copia de la grabación de una conversación recolectada como evidencia en el proceso federal 17-20516, sostenida entre el abogado Leonardo Pinilla y el ex gobernador de Córdoba, Alejandro Lyons Muskus, en la que se hacía mención a posibles actos de corrupción en el trámite de procesos adelantados por la Corte Suprema de Justicia contra algunos congresistas, en los que estarían involucrados abogados litigantes, magistrados y ex magistrados de esta Corporación.

2. La Fiscalía General de la Nación, mediante oficio DFGN 02957 de 15 de agosto de 2017, remitió esta información a la Sala de Casación Penal que, en oficio de 16 de agosto del mismo año, compulsó 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 FERNANDEZ.

3. Mediante 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 FERNANDEZ a la actuación, mediante indagatoria surtida el 3 de octubre siguiente.

4. Dispuesto el cierre de la investigación el 29 de noviembre de 2017, la Comisión de Investigación y Acusación profirió auto de acusación contra el doctor MALO FERNANDEZ, el cual fue aprobado en plenaria por la Cámara de Representantes en sesión reservada de 25 de abril de 2018.

5. Remitidas las diligencias a la Comisión Instructora del Senado, en informe final emitido el 29 de noviembre de 2018 aceptó la acusación proferida por la Cámara de Representantes. Sometida ésta a la plenaria del Senado, se admitió por unanimidad mediante Resolución 001 de 13 de diciembre de 2018.

6. Avocada la actuación por esta Sala, mediante auto de 22 de marzo del presente año se dispuso, con el propósito de adecuar la actuación a lo normado en los artículos 354 y 468 de la Ley 600 de 2000, resolver la situación jurídica del procesado, asunto objeto del presente pronunciamiento.

CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN:

La Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes del Congreso de la República 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 FERNANDEZ, 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”.

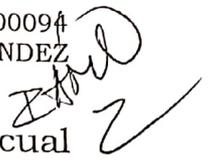
Con ocasión de dicho entramado criminal, estimó plenamente acreditado que la organización contactó a los senadores Musa Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo, quienes pagaron \$2.000.000.000 y \$1.200.000.000 de pesos, respectivamente, con el propósito de obtener decisiones favorables en los procesos de única instancia que cursaban en el despacho de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ, hechos sustentados en las declaraciones de Luis Gustavo Moreno Rivera, Musa Besaile Fayad, Luis Ignacio Lyons España y en los audios de la conversación entre Leonardo Pinilla Gómez y Alejandro Lyons Muskus que dieron origen a la investigación.

En relación con la participación del procesado, indicó que el doctor MALO FERNANDEZ *“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, quien según su testimonio y el de la investigadora Ana María Erazo, tenía proyectado abrir investigación formal contra Musa Besaile, lo cual 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".

En tal virtud, concluyó, el doctor MALO FERNANDEZ "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"¹, circunstancia que, además, estimó corroborada en cuanto "después de haber retirado de su cargo al doctor Reyes, rotó en varias oportunidades a los magistrados auxiliares que asumían esas investigaciones", impidiendo así que las mismas avanzaran.

¹ Énfasis del texto original.



Finalmente, concluyó que la información a la cual tuvieron acceso los ex senadores Besaile Fayad y Ashton Giraldo en relación con las preliminares adelantadas en su contra, necesariamente tuvo que ser suministrada por un funcionario que tuviera acceso a la misma, no otro distinto al doctor MALO FERNANDEZ, quien la entregaba al grupo para que fuera utilizada por los litigantes al momento de abordar a los aforados.

Los hechos investigados se calificaron provisionalmente como concierto para delinquir (artículo 340 del Código Penal), en concurso con cohecho propio (artículo 405 ídem), prevaricato por acción y por omisión (artículos 413 y 414 íbidem) y utilización de asunto sometido a secreto o reserva (artículo 419 ejusdem).

ALEGATOS PREVIOS A LA DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

Como quiera que el Título III del Libro III de la Ley 600 de 2000 –juicios especiales ante el Congreso- no indica un momento preciso del juicio para resolver la situación jurídica del acusado, el magistrado sustanciador, una vez recibido en debida forma el proceso, dispuso por medio de auto de sustanciación de 22 de marzo de 2019, convocar a los sujetos procesales para resolver la situación jurídica y les otorgó un término de cinco (5) días –término ordinario para resolver situación jurídica una vez cumplida la indagatoria (artículo 354 Ley 600 de 2000)-, si optaban por argumentar y hacer propuestas sobre el tema.

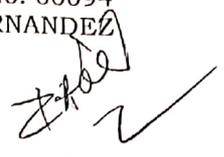


Dicho traslado no se encuentra contemplado en las normas especiales ni generales aplicables al presente asunto, por lo cual, conforme con los debates adelantados en Sala, se concluyó que el mismo es ajeno a la estructura procesal de la Ley 600 de 2000.

Tal irregularidad, sin embargo, no generó nulidad pues, en todo caso, estuvo encaminado a reforzar las garantías fundamentales de los sujetos procesales -en especial de la defensa técnica y material-, para que tuvieran la posibilidad de argumentar en torno al cumplimiento de los presupuestos de naturaleza sustancial, procesal y constitucional de la medida de aseguramiento.

Dentro del traslado habilitado, tanto la defensa como el Ministerio Público solicitaron a la Sala abstenerse de imponer medida de aseguramiento en contra del doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, con sustento en los argumentos que se exponen a continuación.

1. La representante de la sociedad concluye que se reúnen los presupuestos de orden procesal para definir la situación jurídica del acusado, en tanto GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ fue formalmente vinculado a la investigación a través de indagatoria, tal y como lo exige el inciso 2º del artículo 332 de la Ley 600 de 2000, y se procede -entre otros- por los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción, punibles que admiten detención preventiva en los términos de los numerales 1º y 2º del artículo 357 ídem.



A la par, encuentra acreditadas las exigencias de orden sustancial, al estimar satisfecho el mínimo probatorio exigido para imponer medida de aseguramiento, habida cuenta que en contra del procesado ya se profirió acusación, decisión que demanda un estándar probatorio más elevado que el requerido para la calificación jurídica.

Lo anterior, con sustento en el criterio ya fijado por la jurisprudencia de esta Corporación en decisión AP2398-2017 Rad. 48965, conforme con el cual, a la Sala no le es dable discutir las conclusiones a que arribó la Cámara de Representantes en punto del grado de conocimiento necesario para acusar, quedando así relevada del análisis sobre la concurrencia de los presupuestos sustanciales para la procedencia de la medida de aseguramiento, con el propósito de preservar la separación de las funciones de instrucción y acusación de las de juzgamiento.

Frente a los fines constitucionales y legales de la detención preventiva, señala que la gravedad de los delitos que se le endilgan al doctor MALO FERNANDEZ y la probable pena a imponer, en caso de que resulte vencido en juicio, no son criterios suficientes para afirmar el riesgo de no comparecencia, en especial, porque se trata de una persona con arraigo familiar y social y su comportamiento se ha caracterizado por un constante interés en el desarrollo del proceso.



A la par, encuentra acreditadas las exigencias de orden sustancial, al estimar satisfecho el mínimo probatorio exigido para imponer medida de aseguramiento, habida cuenta que en contra del procesado ya se profirió acusación, decisión que demanda un estándar probatorio más elevado que el requerido para la calificación jurídica.

Lo anterior, con sustento en el criterio ya fijado por la jurisprudencia de esta Corporación en decisión AP2398-2017 Rad. 48965, conforme con el cual, a la Sala no le es dable discutir las conclusiones a que arribó la Cámara de Representantes en punto del grado de conocimiento necesario para acusar, quedando así relevada del análisis sobre la concurrencia de los presupuestos sustanciales para la procedencia de la medida de aseguramiento, con el propósito de preservar la separación de las funciones de instrucción y acusación de las de juzgamiento.

Frente a los fines constitucionales y legales de la detención preventiva, señala que la gravedad de los delitos que se le endilgan al doctor MALO FERNANDEZ y la probable pena a imponer, en caso de que resulte vencido en juicio, no son criterios suficientes para afirmar el riesgo de no comparecencia, en especial, porque se trata de una persona con arraigo familiar y social y su comportamiento se ha caracterizado por un constante interés en el desarrollo del proceso.

En cuanto tiene que ver con el riesgo de obstrucción a la justicia, considera que no existe noticia de que el doctor MALO FERNANDEZ haya procurado afectar algún medio de prueba y, además, la mayor parte de los testimonios fueron recaudados en la fase instructiva. Tampoco advierte maniobras dirigidas a entorpecer o afectar las diligencias adelantadas en la etapa de investigación y que, de presentarse en la fase de juicio, podrían solventarse mediante el ejercicio de las potestades de dirección del proceso que la ley le otorga al magistrado sustanciador.

Finalmente, frente al fin de protección de la comunidad y las víctimas, relieves que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia decidió, el 3 de abril de 2018, relevar de sus funciones como magistrado al doctor MALO FERNANDEZ, razón por la que actualmente no ejerce función jurisdiccional alguna y en tal medida, no representa un riesgo para la comunidad ni para la función pública de administrar justicia.

Por las anteriores razones, considera que en el presente asunto no se cumple con los fines constitucionales que justifican la imposición de la medida de aseguramiento.

2. La defensa de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ, por su parte, predica la improcedencia de la medida de aseguramiento, al no encontrar acreditado en contra de su prohijado ni los indicios de responsabilidad exigidos por la norma, ni los fines que sustentan su necesidad.

Frente al primero de los requisitos enlistados, la defensa centra su argumentación en atacar la motivación exhibida por



la Cámara de Representantes en el auto de acusación, para lo cual censura la impropiedad con que –en su parecer– se construyó la prueba indiciaria y la defectuosa valoración de las únicas seis pruebas en que sustentó dicha Corporación el compromiso criminal de su representado, omitiendo el análisis de los testimonios de los magistrados y de la secretaria de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como las declaraciones de los magistrados auxiliares al servicio de MALO FERNANDEZ y de las explicaciones surtidas por éste en curso de su indagatoria.

Por ello, considera que la Comisión de Investigación y Acusación pretermitió de manera ilegal la valoración conjunta de los elementos de prueba recaudados, tergiversando además su contenido, para arribar a la conclusión errada de que existen indicios de responsabilidad en contra del magistrado MALO FERNANDEZ.

Afirma que Gustavo Moreno es un testigo de oídas, en tanto él mismo aduce que no le consta de manera directa que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ hubiera recibido dineros fruto de los actos de corrupción denunciados, y Francisco Ricaurte, quien hubiera podido confirmar o desvirtuar tal aseveración, no fue llamado a declarar, circunstancia que evidencia, además, la falta de imparcialidad en la búsqueda de la prueba.

A la par, indica que la versión según la cual el magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez salió de la Corte para facilitar el designio criminal carece de credibilidad, pues de ser así, su

salida se habría dado desde que se asumió el conocimiento de la investigación contra Álvaro Ashton (2012) y no dos años después, cuando se asumió la previa contra Musa Besaile. Sobre este mismo testimonio, apunta que el motivo por el que éste entiende se le pidió la renuncia (inminente captura de Besaile) es una apreciación subjetiva suya que no responde a la realidad pues, de un lado, su cargo era de libre nombramiento y remoción, y de otro, abrir investigación y llamar a indagatoria no hacía inexorable la orden de captura, en los términos del artículo 336 de la Ley 600 de 2000.

En el mismo sentido, censura que se afirme –con sustento en la declaración de Gustavo Moreno- que el objetivo en el caso de Musa era “*demorarlo*”, cuando de la copia del expediente se advierte que lo único que hizo fue impulsarlo, pues en el lapso que lo tuvo a su cargo (del 16 de octubre de 2014 hasta el 12 de septiembre de 2017), profirió 11 autos de impulso, que además suscribieron los restantes magistrados de la Sala porque esta clase de asuntos no tenía ponente, por manera que la demora del asunto es atribuible a todos los magistrados por igual.

Finalmente, indica que en el auto de acusación jamás se aclaró qué tipo de información reservada fue la que supuestamente le entregó su defendido a Francisco Ricaurte, lo que estima era necesario pues, de todas formas, los defensores de los investigados tenían acceso directo a los expedientes desde las preliminares, por manera que no requerían que nadie les dijera nada en particular sobre las

actuaciones, ni buscar información de las mismas a través de terceros.

Con fundamento en las anteriores disertaciones, concluye que los hechos indicadores de la corrupción que se atribuyen a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ no existen, que no hay prueba directa que lo involucre en los hechos y que el único testigo que lo señala, ha dicho que *supone* que éste recibió un porcentaje de las dádivas -afincado en la relación cercana entre el procesado y Francisco Ricaurte-, pero que no le consta, lo que lo convierte en un testigo de oídas.

En relación con los fines constitucionales de la medida de aseguramiento, tras transcribir apartes de las sentencias C-805 de 2002 y C-774 de 2001, así como el contenido de las normas pertinentes de la ley 600 de 2000, concluye la defensa que no es necesario imponer medida de aseguramiento al magistrado MALO FERNANDEZ.

Así, frente al riesgo de fuga o no comparecencia, señala que desde el 3 de octubre de 2017, fecha en que tuvo lugar la indagatoria, el procesado *"a (sic) permanecido dentro del contexto de su arraigo personal, laboral, familiar y social esto es un referente objetivo de que nunca ha intentado huir a este asunto ni ningún otro"*. En sentir de la defensa, ello demuestra que GUSTAVO MALO FERNANDEZ ha comparecido ante la administración de justicia siempre que se le ha requerido y ha estado atento al proceso penal, circunstancias indicativas de que no media riesgo de fuga.

Aunado a lo anterior, afirma que si bien la gravedad de las conductas endilgadas y la eventual pena a irrogar están relacionadas directamente con el riesgo de no comparecencia, la razón de su análisis *“descansa en saber si la persona ha dado muestras objetivas que (sic) va a comparecer durante el tiempo que dura la actuación penal, para tener la administración de justicia un pronóstico serio, que podrá cumplir la sentencia en caso de resultar condenado”*, análisis que estima favorable a su defendido, *“quien ha dado todas las muestras de querer comparecer”*.

Sobre el mismo presupuesto, advierte que la libertad es un derecho fundamental y su privación debe ser excepcional, por lo que invoca la aplicación favorable del contenido del artículo 312 de la Ley 906 de 2004, conforme con el cual, para decidir sobre la eventual no comparecencia, además de la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, ha de valorarse la falta de arraigo en la comunidad y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.

En relación con el arraigo, afirma que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ tiene su arraigo familiar y personal en la ciudad de Bogotá, donde reside hace varios años con su familia, mantiene una casa de habitación en el barrio Manga de la ciudad de Cartagena, de donde es oriundo y donde trabajó por más de 23 años como magistrado del Tribunal Superior de ese distrito judicial.

En este orden, concluye, el procesado no tiene ninguna intención de huir o fugarse, siempre va a comparecer ante la

justicia y está debidamente acreditado su arraigo profesional, familiar y social. Tampoco ha sido sancionado penal o disciplinariamente durante su vida laboral, por lo que carece de *“antecedentes de todo orden”*.

En cuanto al fin de protección a la comunidad, señala que no es posible afirmar que el doctor MALO FERNANDEZ *“va a continuar con la actividad delictiva”*, para lo cual nuevamente invoca por favorabilidad los criterios que regulan el fin de protección a la comunidad definidos en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, *“con la aclaración que el único aspecto en común de este fin entre la Ley 600 y la 906 es la continuación de la actividad delictiva”*. Consecuentemente, advierte que solo tendrá en cuenta el referente contenido en el numeral 1° del artículo 310 en cita (continuación de la actividad delictiva), por cuanto los demás contemplados en el mismo artículo no los contempla la Ley 600, *“luego entonces por vía de favorabilidad no hay identidad para aplicarse de un sistema procesal a otro”*.

En concreto, indica que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ fue separado de su labor como magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde el 3 de abril de 2018, mediante decisión adoptada en Sala Plena por esta Corporación y que, en razón de la ratificación por el Senado de la acusación proferida en su contra por la Cámara de Representantes, se encuentra suspendido del cargo.

En este orden, el doctor MALO FERNANDEZ no ejerce actualmente funciones jurisdiccionales, razón por la cual estima que *“no existe ninguna probabilidad que (sic) se le pueda*

endilgar que va a continuar presuntamente con la actividad delictiva de la cual se le hacen cargos”.

Reitera que el número de delitos por los cuales se acusó a MALO FERNANDEZ no pueden ser un referente para sustentar el fin de protección a la comunidad, en tanto la Ley 600 no lo contempla como tal y, por el contrario, el párrafo adicionado al artículo 308 de la Ley 906 de 2004 mediante el artículo 2° de la Ley 1760 de 2015, establece que la calificación jurídica provisional no puede en sí misma ser determinante para inferir el riesgo de obstrucción a la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o la probabilidad de no comparecencia.

A continuación, cita -sin desarrollo argumental alguno-, una serie de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que afirma no se aceptó la protección a la comunidad o la sociedad “*como fin necesario para la detención preventiva*”, censurando que la Corte Constitucional no los tuviera presente en sentencia C-469 de 2016. Afirma, además, la postura constante y uniforme de la CIDH, en el sentido de que la detención preventiva solo procede en los supuestos relacionados con el riesgo de fuga y la obstaculización de la justicia.

En relación con este último presupuesto, indica que los motivos fundados en que debe sustentarse la posible actividad del imputado encaminada a entorpecer el ejercicio probatorio del Estado, no pueden ser otros que los elementos probatorios que así lo indiquen de forma directa, pues solo se justifica

privar de la libertad al acusado cuando esa actividad de entorpecimiento sea objetiva y tenga un grado de contundencia tal, que implique la urgencia y necesidad de la medida cautelar.

Entonces, continúa, si los motivos fundados no indican con suficiencia y razonabilidad la posible obstrucción de la acción de la justicia, una medida con dicho fin sería desproporcionada. Se exige que los motivos sean graves y fundados, con el fin de que se acompañe con el criterio de la aplicación excepcional de la privación de la libertad.

Por ello, aduce que *“no cualquier asunto o escaramuza se le puede considerar entorpecedora de la actividad probatoria del Estado”,* sino que se requiere *“sopesar cuál actividad se va a entorpecer, por ejemplo si se trata de un testimonio, un informe pericial, si se va a sobornar un testigo, o por el contrario el testigo corre peligro en su vida o los familiares de éste, cada situación merece un estudio ponderado, y no que se hagan manifestaciones subjetivas para justificar la obstrucción probatoria”.*

Añade, al respecto, que brilla por su ausencia prueba que indique inclinación alguna de obstrucción probatoria por parte del procesado, quien ha observado un comportamiento transparente y respetuoso a lo largo de la actuación, limitando su intervención a la defensa legítima de sus intereses, sin perturbar la recolección de pruebas o la actividad procesal.

Concluye que, en el caso concreto, no se acredita ninguna circunstancia que sustente la urgencia de la detención preventiva, a la luz de los fines constitucionales analizados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Competencia.

El artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, que modificó el artículo 235 de la Constitución Política, atribuye a la Corte Suprema de Justicia la competencia para juzgar al Presidente de la República -o a quien haga sus veces- y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174 ídem, previo el procedimiento establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 175 Superior, para lo cual *“la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia”*.

Por su parte, el artículo 2° del Acto Legislativo dispone que *“en el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena”*, para lo cual, *“los Magistrados de las Salas Especiales solo tendrán competencia para conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia en las condiciones que lo establezca la ley”* (énfasis fuera de texto).

A su turno, en relación con los juicios especiales que se siguen ante el Congreso de la República contra los altos funcionarios del Estado, el artículo 468 de la Ley 600 de 2000 asigna de forma exclusiva a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la facultad de imponer medidas de aseguramiento y variar la calificación jurídica.

En consecuencia, es competente esta Sala Especial para definir la situación jurídica de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ, por tratarse de un alto funcionario del Estado (artículo 174 C. Política) acusado por delitos comunes o que comportan penas distintas a la pérdida del empleo o cargo público, en los términos de los numerales 2° y 3° del artículo 175 ídem y 449, inciso 2°, de la Ley 600 de 2000.

2. Instituto procesal de la definición de situación jurídica.

La definición de situación jurídica es la oportunidad procesal que contempla el estatuto adjetivo de 2000, para que el funcionario judicial determine si el sindicado debe afrontar el proceso bajo el rigor de la privación de la libertad. Con dicho fin, el artículo 354 del citado ordenamiento procesal dispone que, una vez vinculado el sindicado a la actuación mediante indagatoria o declaración de persona ausente, se definirá su situación jurídica en aquellos eventos en que resulte procedente la detención preventiva, en los términos del artículo 357 *ídem*.

En este orden, la medida de aseguramiento procede bien

cuando el delito tiene prevista pena mínima de prisión igual o superior a cuatro (4) años, ora cuando éste se encuentra incluido en el listado previsto en el numeral segundo del mismo artículo, o cuando en contra del sindicado esté vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga adscrita pena de prisión.

Se requiere, además, que *«aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso»*, siempre y cuando no exista elemento probatorio indicativo de que el procesado pudo haber actuado incurso en alguna causal de ausencia de responsabilidad (artículo 356 *ibidem*).

Finalmente, acorde con los artículos 3 y 355 de la Ley 600 de 2000 y las orientaciones trazadas por la Corte Constitucional en sentencia C-774 de 2001, la imposición de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad está supeditada a la necesidad de garantizar uno cualquiera de los siguientes objetivos: (i) asegurar el eventual cumplimiento de la pena o la comparecencia del sindicado al proceso, (ii) la preservación de la prueba, evitando que obstaculice la labor de la administración de justicia; y (iii) la protección de la comunidad, impidiendo la continuación de la actividad delictiva; postulados que se afianzan en la *prevalencia del interés general*, como axioma fundante del Estado colombiano, en cuyo desarrollo explica el precepto del artículo 2º de la Carta Política y por el cual, busca el fin esencial de *“asegurar la convivencia pacífica”* de la comunidad.

En el presente asunto se estructura la primera hipótesis, en tanto los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción por los que fue acusado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ contemplan una pena mínima de cinco (5) años², y el último de los punibles señalados, además, está enlistado en el numeral 2° del artículo 357 de la Ley 600 de 2000. Siendo ello así, se impone a la Sala abordar el análisis de las condiciones de orden sustancial, procesal y constitucional requeridas para dictar medida de aseguramiento.

2.1. Presupuestos procesales.

De conformidad con el inciso 2° del artículo 332 del código procesal de 2000, la definición de situación jurídica exige, como condición previa, la vinculación formal del procesado a la actuación penal a través de indagatoria o, en su defecto, mediante la declaratoria de persona ausente, siempre que se reúnan los requisitos para ésta.

Este presupuesto se encuentra más que satisfecho pues, según se advierte del expediente allegado a esta Sala, GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ fue escuchado en indagatoria por el representante investigador el 3 de octubre de 2017 (fl. 3, C.O.2, Comisión de Acusaciones), en virtud de lo cual, se encuentra legalmente vinculado al proceso.

Además, como la instrucción, en este caso, por mandato constitucional y legal concierne a la Cámara de

² Se toma como referente los límites punitivos sin el incremento general de penas contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Representantes, y el artículo 468 de la Ley 600 de 2000 asigna la atribución exclusiva y excluyente a la Sala de Casación Penal de imponer la medida de aseguramiento a los altos funcionarios del Estado, es en la etapa de juicio en la que se debe proceder a ello, y no en el sumario como ocurre en el trámite ordinario

2.2. Presupuestos sustanciales.

A voces del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal que rige esta actuación, para la imposición de la medida de aseguramiento se requiere que de las pruebas oportunamente allegadas al proceso, surjan por lo menos dos indicios graves que comprometan la responsabilidad del procesado y que, con fundamento en el mismo caudal probatorio, no sea posible inferir que aquél actuó al amparo de una causal excluyente de responsabilidad.

Sobre este requisito la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en interlocutorio AP2398-2017 (Rad. 48965), emitido en el proceso adelantado contra un ex magistrado de la Corte Constitucional, concluyó que habida cuenta que la acusación proferida en aquél asunto por la Cámara de Representantes requería un grado de conocimiento mucho más exigente que el necesario para dictar medida de aseguramiento, emitida aquella, quedaba relevada la sala de analizar si concurrían los presupuestos sustanciales para la medida cautelar, limitando así el debate a la acreditación del cumplimiento de los fines constitucionales.

Dijo así la Sala de Casación Penal en la citada decisión:

“La Cámara de Representantes acusó al doctor... por el delito de concusión, decisión que exige para su adopción estándares probatorios mucho más altos que los requeridos para dictar medida de aseguramiento, pues requiere que esté demostrada la ocurrencia del hecho delictivo y que exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del procesado (artículo 397).

Esta mayor exigencia probatoria, releva a la Sala de tener que realizar escrutinios con el fin de determinar si concurren los presupuestos para imponer la medida, pues entiende que si la Cámara de Representantes encontró reunidos los estándares de conocimiento exigidos para proferir acusación, aspecto que a la Sala no le es permitido discutir en virtud de la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, también están los exigidos para dictar medida de aseguramiento” (Énfasis fuera de texto).

En efecto, tratándose de decisiones con propósitos claramente diferenciables y que corresponden a etapas diversas de la actuación penal, tanto la medida de aseguramiento como el pliego de cargos implican la acreditación -en mayor o menor medida- del compromiso criminal del encartado.

En este orden, si la acusación demanda no solo la demostración del hecho sino la existencia de medios de convicción que indiquen, en el grado de probabilidad, la responsabilidad del sindicado -confesión, testimonio creíble, documento, peritación o indicios graves-, con mayor razón ha de afirmarse que la prueba recaudada es suficiente para imponer medida pues, para esta última, basta con la concurrencia de plurales indicios que apunten a la probabilidad de responsabilidad, grado de conocimiento menos estricto.

Lo anterior, además, porque tal como se concluyó en el antecedente jurisprudencial en cita, a la Sala no le es posible discutir si en este caso se reúnen los requisitos para acusar, pues de hacerlo, se afecta el principio de separación de las funciones de instrucción y acusación -deferidas por la Constitución y la ley a la Cámara de Representantes-, de las de juzgamiento atribuidas a esta Sala.

Con todo, es de advertir que la prueba en que se sustentó el pliego de cargos hasta ahora no ha sido desvirtuada, ni se advierten transgresiones flagrantes y directas de garantías fundamentales que den al traste con el llamamiento a juicio, como pudiera ser la falta pura y simple de motivación o una motivación tan contradictoria que la haga ininteligible y obstaculice seriamente los derechos de contradicción y defensa, en cuyo caso procedería la nulidad de la actuación procesal, pero jamás puede interferirse la función judicial tanto constitucional como legalmente adjudicada a la Cámara de Representantes, so pretexto de que esta hizo valoraciones

probatorias erróneas, cuando en verdad son distintas a las propuestas por la defensa.

2.3. Presupuestos constitucionales.

La detención preventiva tiene por finalidad asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad y las víctimas, según se desprende del numeral 1° del artículo 250 de la Constitución Política y del inciso 2° del artículo 3° de la Ley 600 de 2000.

El artículo 355 *idem* condiciona la medida de aseguramiento, a la necesidad de “*garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria*”.

A su turno, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión CSJ AP, 6 Abr 2016, Rad. 44655, sostuvo:

Pese a que la presente actuación se rige bajo la égida de la Ley 600 de 2000, la Sala no puede desconocer que en pacífica jurisprudencia se ha sostenido la aplicación favorable de lo normado en la Ley 906 de 2004 para procesos tramitados bajo el anterior código de procedimiento, indicando que resulta procedente cuando, además de la sucesión de leyes en el tiempo y el tránsito o

[Handwritten signature]

coexistencia de las mismas se cumplen tres requisitos: «i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, ii) que respecto de aquellas se predique similares presupuestos fáctico-procesales, y iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable»³

Y, es claro que en las dos normas coexistentes está regulado el instituto jurídico en estudio, bajo similares presupuestos, como lo ha establecido la Corte en AP7414 de 2005, así:

«La detención preventiva representa la más contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de las personas; no obstante, el legislador de 2000 y 2004 la autorizó en orden a garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, fijándole unos precisos objetivos: (i) garantizar el éxito de la investigación, (ii) asegurar la presencia del procesado a la actuación y, particularmente, a la ejecución de la sentencia, en el evento de que llegare a ser condenado (...)
Es evidente que la Ley 906 de 2004, en la determinación de los fines que se persiguen con la imposición de las medidas de aseguramiento, coincide con aquellos dispuestos en la Ley 600 de 2000.

Dicho de otra forma «el régimen de las medidas cautelares de carácter personal en la Ley 906 de 2004 es prácticamente el mismo –salvo que quien las dice no es el fiscal, sino el juez de garantías–, pues probatoriamente se exige la construcción de una inferencia razonable acerca de la responsabilidad y demostrar el cumplimiento de los excepcionales fines de la

³ En CSJ AP, 8 Feb 2012, Rad. 33379, entre otras.
Página 26 de 43

medida de aseguramiento, frente a conductas investigables de oficio cuya pena mínima es de cuatro años (artículos 308, 309 y 310 y 312-2)»

Además, con el estudio de la imposición de la medida de aseguramiento, bajo esos criterios más favorables no se resquebraja el sistema procesal aplicable para el caso.

Así debe tenerse en cuenta que el artículo 307 de la Ley 906 de 2004 contempla medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, las cuales, a voces del artículo 315 de la misma obra, modificado por el artículo 28 de la Ley 1142 de 2007, proceden cuando el mínimo de la pena prevista fuera inferior a 4 años de prisión.

Así mismo, la Ley 1760 de 6 de julio de 2015, modificó el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, en tanto que estableció que para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad, «solo podrán imponerse cuando quien las solicita prueba, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento» y adicionó que la calificación jurídico provisional no será en sí misma determinante para inferir el cumplimiento de los fines que orientan la imposición de una medida de aseguramiento.

Conforme al criterio citado, abordará la Sala el estudio de la procedencia de la medida de aseguramiento conforme los presupuestos contemplados en la Ley 906 de 2004, norma más favorable a los intereses del procesado.

[Handwritten signature and checkmark]

El artículo 308 del estatuto procesal de 2004 faculta al juez con función de garantías para decretar la medida de aseguramiento, cuando ésta se muestre necesaria bien para evitar la obstrucción a la justicia, ora cuando la libertad del imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o resulte probable que no comparecerá el proceso o no cumplirá una eventual sentencia, sin que la calificación jurídica provisional sea, en sí misma, determinante para inferir la necesidad y urgencia de la medida, en los términos del párrafo adicionado por el artículo 2° de la Ley 1760 de 2015.

Frente al primero de los presupuestos, la obstrucción a la justicia se entiende acreditada cuando *“existen motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación”* (artículo 309 de la Ley 906 de 2004), circunstancias que justifican la privación de la libertad o la imposición de alguna otra medida restrictiva, ante la necesidad de preservar la prueba en el proceso penal (CSJ AP 16 Feb. 2010, Rad. 32792).

Con fundamento en este requisito, advierte la Sala que de la prueba legal y oportunamente allegada a la actuación, se tiene conocimiento del episodio relacionado con la sustracción de los informes de interceptación ordenada en el proceso contra

Álvaro Ashton, en el que el monitoreo de varias líneas celulares utilizadas por el aforado arrojó como resultado conversaciones entre este y Francisco Ricaurte, en las que -al parecer- se evidenciaba la negociación para evitar la apertura de instrucción.

Según se ventiló en la audiencia celebrada el 21 de septiembre de 2017 dentro de la radicación 1100600010201700352, NI 30411, adelantada por estos mismos hechos contra Francisco Ricaurte y en que se sustentó la medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra⁴, el informe que contenía las interceptaciones fue sustraído del cuaderno reservado que hacía parte del expediente 39768.

La existencia de esas interceptaciones y de su contenido, altamente incriminatorio para Francisco Ricaurte y, por lo mismo, nefasto para el propósito criminal de la organización, es confirmada en estas diligencias por Moreno Rivera, quien señaló que por intermedio de Ricaurte se enteró que José Reyes Rodríguez Casas había mencionado esas conversaciones a otro magistrado de la Sala de Casación Penal (distinto de su entonces jefe), lo cual, según el mismo testigo, causó gran molestia a Ricaurte y fue uno de los hechos que propició la salida del magistrado auxiliar de la Corte Suprema.

El episodio, además, es confirmado por Reyes Rodríguez, quien en su declaración refiere que en el proceso de Ashton

⁴ Incorporada a estas diligencias mediante informe de policía judicial 10-115634 de octubre 20 de 2017 Folio 166, C.O. 2 Comisión de Investigación y Acusación- Cámara de Representantes.



había unas interceptaciones en las que Francisco Ricaurte se comunicaba con el allí procesado y que, coincidentalmente, por esa misma fecha (segundo semestre de 2014) MALO FERNANDEZ le había pedido un informe escrito del estado de ese proceso.

En este orden, existe la posibilidad de obstaculización de la actividad procesal y probatoria, pues del relato de los testigos y las circunstancias anteriormente relatadas, esto es, la existencia de las conversaciones interceptadas entre Ashton y Ricaurte y la sustracción de los informes respectivos del cuaderno reservado del expediente 37968, permiten inferir la posibilidad que la desaparición de ese material probatorio lo haya sido a expensas del aquí procesado, debido no solo al vínculo fraternal de MALO FERNANDEZ con el allí directamente involucrado (Ricaurte), sino porque de hacerse públicas las conversaciones -como pretendió José Reyes Rodríguez Casas-, hubieran puesto en riesgo la existencia misma de la organización.

En otras palabras y reiterando que se trata de una conclusión en sede de probabilidad de verdad -no de certeza-, razonablemente se infiere que quien tenía los medios y la motivación para sustraer los informes de interceptación -por sí o por interpuesta persona- era el aquí procesado.

Por otra parte, el peligro futuro para la comunidad (artículo 310 Ley 906 ídem), exige, además del análisis sobre la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena

imponible⁵, valorar: “1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.

A la luz de éstos, parte la Sala de reafirmar que los hechos objeto de la presente actuación, según la probabilidad establecida en la acusación, comportan una inusitada gravedad, no solo atendiendo el número plural de delitos imputados, sino en especial, por tratarse de conductas que, de acuerdo a la investigación, afectaron en forma real, efectiva y tangible la administración de justicia y, por esta vía, las bases del Estado de Derecho.

Para ello, téngase en cuenta que los actos de corrupción a que presuntamente doblegó su voluntad el aquí acusado, lo fueron durante el tiempo que desempeñó la máxima

⁵ En sentencia C-1198 de 2008, la Corte Constitucional, declaró condicionalmente exequible el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de “al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 *ibidem*”, criterio acogido por el legislador en la Ley 1760 de 2015, que en su artículo 3° dispuso que a la valoración de la gravedad y modalidad de la conducta punible debía concurrir uno cualquiera de los supuestos adicionales contemplados en los numerales 1-7 del mismo artículo.

magistratura de la jurisdicción ordinaria en la especialidad penal, haciendo uso –además– de la información privilegiada a la que tenía acceso por virtud de las funciones delegadas, pervirtiendo el ejercicio de tan alta dignidad para favorecer a quienes estuvieran en la capacidad de pagar las altas sumas de dinero que se cobraban, con el propósito deleznable de someter la jurisdicción a los intereses particulares de quienes eran objeto de indagación penal por la Corte Suprema de Justicia.

Se trata, en consecuencia, de comportamientos –así vistos provisionalmente– sumamente lesivos para el conglomerado social, que afectaron la justicia y que, no sobra advertirlo, generaron una crisis institucional, por involucrar actos de corrupción en las más altas esferas de la rama judicial, lo que –sin duda– conllevó la pérdida de la confianza del público en la administración de justicia y pusieron en tela de juicio a los funcionarios de todo nivel del poder judicial.

Tampoco puede pasarse por alto, que se trata de un funcionario que en virtud de la alta dignidad encomendada, 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, facultado como lo estaba para investigar, acusar y juzgar a los aforados constitucionales y legales que hubieran incurrido en violación al ordenamiento jurídico penal. Tales atribuciones son incompatibles con la más mínima sombra de duda sobre la transparencia, pulcritud y rectitud en que debe ejercerse la investidura y, de presentarse, impiden la

consecución de los fines esenciales del Estado: la vigencia de un orden justo y la recta y eficaz impartición de justicia (art. 310, Ley 906 de 2004).

Más allá de la gravedad y modalidad de las conductas enrostradas a MALO FERNANDEZ -por sí solas insuficientes para entender satisfecho el peligro para la comunidad-, dada la naturaleza misma del comportamiento reprochado, debe darse por acreditado como probable su vinculación con organizaciones criminales (num. 1º, art. 310, Ley 906 de 2004).

Recuérdese que, en efecto, a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ se le censura hacer parte de un entramado criminal encargado de manipular actuaciones judiciales en distintos niveles de la administración de justicia, incluyendo al menos dos casos en que los allí investigados pagaron exorbitantes sumas de dinero para evitar la apertura de investigaciones formales y la expedición de órdenes de captura en su contra, dentro de procesos de competencia de la Sala Penal de esta Corporación, circunstancias plenamente acreditadas en la actuación con las declaraciones de Luis Gustavo Moreno, Luis Ignacio Lyons España y Musa Besaile Fayad.

Ahora, al menos preliminarmente, de las pruebas se infiere razonablemente que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ hacía parte de esa estructura, por tratarse del titular del despacho en el que se adelantaban las actuaciones de Musa Besaile y Álvaro Ashton en las que Luis Gustavo Moreno confesó haber cobrado -a nombre de la organización-

altas sumas de dinero, para lo cual habría hecho uso de la información que con ese propósito le entregaba MALO FERNANDEZ a Francisco Ricaurte, relativa a la inminente apertura formal de instrucción y la emisión de órdenes de captura.

En efecto, como magistrado sustanciador, MALO FERNANDEZ era el único que podía cumplir con los compromisos adquiridos por el grupo, dilatando las diligencias previas en que –según testimonio de José Reyes Rodríguez Casas- era inminente abrir investigación, testigo que, además, asegura fue esta y no otra la razón por la que se exigió su renuncia por el magistrado MALO FERNANDEZ.

Este hecho es corroborado por Luis Gustavo Moreno en su declaración, conforme con la cual, la presencia del magistrado auxiliar Reyes Rodríguez en la Comisión de Apoyo a la Investigación, a cargo de las investigaciones de parapolítica, no le convenía a los propósitos de la organización y, precisamente por eso, uno de los compromisos adquiridos por Musa Besaile a cambio de los \$2.000.000.000 de pesos que pagó, fue la salida del magistrado auxiliar, promesa que solo podía cumplir el aquí procesado.

También encuentra la Sala acreditada de forma preliminar la posible continuación de la actividad delictiva (num. 1, art. 310, Ley 906 de 2004). Recuérdese, al efecto, que el propósito criminal de la organización de la cual se señala hace parte el aquí acusado, consistía precisamente en manipular actuaciones judiciales en beneficio de quienes eran

objeto de persecución penal, para lo cual hacían uso de información sometida a reserva sumarial y que aún posee el aquí acusado, en relación con procesos que estuvieron bajo su dirección y que están surtiendo su trámite en esta Corporación.

Es que, si bien el doctor MALO FERNANDEZ se encuentra actualmente suspendido de su cargo por virtud de la aprobación de la acusación en su contra, acaecida el 13 de diciembre de 2018, y la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia lo relevó de sus funciones jurisdiccionales y administrativas el 20 de septiembre de 2017, hasta esta fecha tuvo acceso a información confidencial de los procesos a su cargo. Así, el pronóstico que a futuro debe hacerse en punto de la posible continuación de la actividad delictiva no lo favorece, pues nada impediría que eventualmente haga uso de dicha información con los mismos protervos propósitos.

Se trata de un riesgo actual y concreto, sustentado en su formación de abogado y en los vínculos que aún conserva en la rama judicial, donde por años ejerció la función nominadora propia de su investidura y la cual utilizó para situar en cargos claves a personas de su entera confianza, además de las influencias y poder que ostentaban tanto MALO FERNANDEZ como los demás miembros de la organización, que les permitió permear la administración de justicia y la función pública en general, como la propia Fiscalía General de la Nación y el Fonade, entidades en que según las investigaciones que se adelantan en la justicia ordinaria (proceso contra Francisco Ricaurte), ejercían sus influencias mediante cuotas burocráticas.



Ahora bien, del poder y alcance de esta organización dan cuenta los testimonios de los ya mencionados Rodríguez Casas y Gustavo Moreno, en los cuales se expusieron los vínculos de MALO FERNANDEZ con el Fonade, entidad en la que –según el dicho de su antiguo magistrado auxiliar- al parecer ubicó a uno de sus judicantes, Osvaldo Madariaga, atendiendo su relación cercana con el entonces director de la entidad, Alfredo Bula Dumar y cuyo hermano, Carlos Andrés Bula Dumar, se desempeñó como auxiliar judicial ad honorem en su despacho, esto último, acreditado con la certificación que con dicho fin expidió la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia.

Acorde con lo expuesto por Luis Gustavo Moreno Rivera y se desprende, además, de lo referido por Leonardo Pinilla en los audios allegados a esta actuación, los tentáculos de la organización se extienden a la Fiscalía General de la Nación, donde contaban con la colaboración de Alfredo Bettin Sierra y Raúl Acero, para la época fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, entidad en la que también fue nombrado Alfredo Bula Dimar tras su salida del Fonade y donde fue ubicada la abogada Alexandra Arévalo, quien pasó de ser profesional especializada del despacho de MALO a ser investigadora del CTI al servicio de la comisión de apoyo a la investigación de la Corte Suprema de Justicia, donde según Ana María Erazo y el magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez, decía ser recomendada de MALO FERNANDEZ.

De igual manera, según lo afirmado por Luis Gustavo Moreno Rivera en sus múltiples declaraciones ante la Cámara

de Representantes y la Sala de Casación Penal de esta Corte, su vinculación inicial con la Fiscalía General de la Nación, como asesor del entonces fiscal Eduardo Montealegre Lynet, lo fue por injerencia de Francisco Ricaurte y José Leonidas Bustos, quienes le consiguieron ese contrato de prestación de servicios para que con los honorarios cubriera los gastos que demandaba la oficina que compartía con Ricaurte al norte de Bogotá.

Así las cosas, se infiere el poder que tenía la organización para ubicar a personas de su entera confianza en cargos clave del ente investigador, hechos que incluso involucran a una de las hijas del aquí acusado, Yara Milena Malo Benítez, a quien se investiga por cobrar a funcionarios y empleados de la Fiscalía un porcentaje de su salario como contraprestación a sus nombramientos en distintos cargos de la planta de la Fiscalía General de la Nación.

También se encuentra acreditado, esta vez, con los testimonios de los empleados al servicio del despacho de MALO FERNANDEZ en la Sala Penal de esta Corte, que desde ese cargo nombró como colaboradores suyos a personas de su círculo más íntimo, antiguos empleados y ex alumnos suyos, tales como Javier Enrique Hurtado Ramírez, José Luis Robles Tolosa, Guillermo José Martínez y Camilo Andrés Ruiz.

Este último, magistrado auxiliar de su despacho y de quien se sabe, con fundamento en los testimonios de los magistrados auxiliares José Reyes Rodríguez Casas e Iván Andrés Cortes Peña, fue visto en un concurrido restaurante del

centro de Bogotá en compañía de Bernardo Elías y Musa Besaile, personas sujetas a varias investigaciones en esta Corporación. Incluso, por la misma época, la Sala emitió un auto inhibitorio a favor de Besaile Fayad en un proceso por homicidio, el cual fue sustanciado y proyectado por el mencionado magistrado auxiliar y quien, a su vez, es investigado por -presuntamente- recibir dinero de Nilton Córdoba Manyoma, hechos igualmente relacionados con el escándalo del llamado cartel de la toga.

De otro lado, el requisito de impedir la continuación de la actividad delictual, según criterio jurisprudencial, no se limita a evitar que se continúe cometiendo el mismo tipo de delito, como lo cree la defensa, sino que se continúe delinquiendo o atentando contra cualquier bien jurídico legalmente protegido. De ahí, precisamente, que el examen que impone el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 remite a un pronóstico sobre el peligro que pueda representar la libertad del procesado para la comunidad.

Por lo anteriormente expuesto, pese a que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ ha afrontado de forma personal la investigación adelantada en su contra, mostrando así inalterada la voluntad de comparecer al llamado de la justicia, y que los elementos de juicio indican la existencia de una red social y familiar consolidada, criterios en virtud de los cuales el riesgo de fuga resulta poco probable, para la Sala, la gravedad y modalidad de los delitos por lo que se procede y la pena a irrogar en caso de que el doctor MALO FERNANDEZ resulte vencido en juicio, son indicativas de las gravosas

consecuencias jurídicas que el juicio de reproche acarrea en el caso concreto, circunstancias que valoradas conjuntamente con la posibilidad de obstaculización de la actividad probatoria permiten afirmar la necesidad y urgencia de la detención preventiva.

Esta medida de aseguramiento, a su turno, se advierte proporcional, pues **(i)** es idónea para alcanzar la finalidad protectora de la actividad probatoria y de la comunidad, evitando la incursión en nuevas conductas punibles por parte del procesado, **(ii)** es necesaria, ante la ausencia de otras medidas menos restrictivas de derechos fundamentales, que permitan alcanzar los fines señalados en el numeral anterior y **(iii)** es proporcional en sentido estricto, pues ante la urgente necesidad de salvaguardar los intereses constitucionales mencionados y frente a la magnitud y alcance de los hechos investigados, la afectación provisional de la libertad del procesado mientras se le juzga, se fundamenta en asegurar una recta y eficaz administración de justicia, así como la protección del conglomerado social.

Por la misma gravedad de la conducta, la Sala estima que el riesgo para los bienes jurídicos en juego no puede afrontarse con la sola reclusión domiciliaria, la cual se advierte de bulto insuficiente para garantizar los fines constitucionales cuya necesidad de protección se advirtió en párrafos precedentes. Así, se reitera, la posibilidad latente de que se siga afectando la administración de justicia y la escala y magnitud del entramado de corrupción aquí investigado, dan cuenta de un riesgo concreto que se cierne sobre el cabal desarrollo procesal

y probatorio de esta actuación, riesgo que no se puede precaver con la detención domiciliaria, menos restrictiva de la libertad personal y por lo mismo, más permisiva en relación con la posibilidad de afectación de la prueba y continuación de la actividad delictiva, por lo que la detención preventiva habrá de cumplirse intramuros.

3. Otras determinaciones.

El artículo 150 de la Ley 270 de 1996 contempla:

“Artículo 150. Inhabilidades para ejercer cargos en la Rama Judicial. No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial:

(...)

3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.

(...)

Parágrafo. Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquellos respecto de los cuales surgiere inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”.

Por su parte, el artículo 53 de la misma disposición señala:

“Artículo 53. Elección de magistrados y consejeros. *Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado proveer las vacantes que se presenten en la respectiva Corporación, de listas superiores a cinco (5) candidatos, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Estos Magistrados no son reelegibles y tomarán posesión ante el Presidente de la República”.*

En concordancia con lo anterior, el numeral 1º del artículo 131 ídem, determina:

“Artículo 131. Autoridades nominadoras de la rama judicial. *Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:*

1. Para los cargos de las Corporaciones: Las respectivas Corporaciones en pleno (...).”

Con fundamento en preceptos transcritos y por tratarse de una de las hipótesis contempladas como inhabilidad sobreviniente para ejercer cargos en la Rama Judicial, una vez en firme la presente determinación, se remitirá copia de lo aquí dispuesto a la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de que se decida lo pertinente por la Sala Plena de esta Corporación, dada su condición de nominadora según lo dispuesto en los artículos 53 y 131, numeral 1º, de la Ley 270 de 1996.

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

RESUELVE:

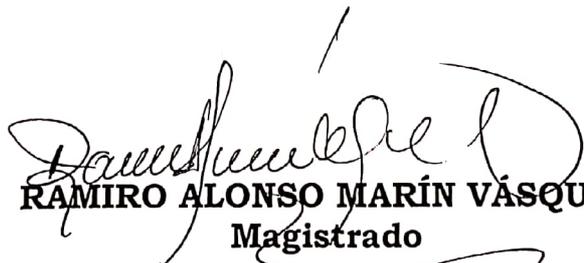
Primero.- **Decretar** medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, en contra de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ, como presunto autor de las conductas punibles de concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a secreto o reserva, conforme lo expuesto en precedencia.

Segundo.- **Expedir** la orden de captura correspondiente.

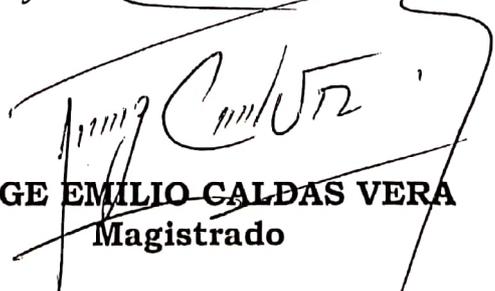
Tercero.- En firme, **remitir** copia de esta decisión a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para los fines previstos en la parte motiva.

Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario