República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP621-2018
Radicación 51482
(Aprobado Acta No. 72)

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

En atención a que LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA, ex Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, aceptó los cargos que como autor de los delitos de concusión y utilización indebida de información privilegiada le formuló la Fiscalía, procede la Corte a dictar sentencia, una vez realizada la audiencia de individualización de pena.

HECHOS:

Mediante Resolución del 30 de septiembre de 2016, expedida por el Fiscal General de la Nación, LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA fue nombrado Fiscal Delegado ante el

Tribunal Superior de Distrito, asignado a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, cargo en el cual se posesionó el 6 de octubre siguiente y ejerció hasta el 28 de junio de 2017.

De conformidad con el artículo 19 del Decreto 016 de 2014, en la referida Dirección Nacional tenía, entre otras, las funciones de "*Dirigir y coordinar las investigaciones según los lineamientos de priorización, organizar y adelantar comités técnico-jurídicos de revisión de las situaciones y los casos, identificar y delimitar situaciones y casos susceptibles de ser priorizados y suministrar al Director de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas la información de las investigaciones adelantadas en su dependencia*".

Fiscales adscritos a la Dirección Nacional regentada por MORENO RIVERA tenían a su cargo investigaciones por la posible comisión de delitos contra la administración pública y otros bienes jurídicos en el Departamento de Córdoba, tales como los casos matrices sobre el tratamiento a enfermos de hemofilia y la contratación con recursos provenientes de las regalías.

A su vez, en la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte se adelantaban sendas investigaciones contra Alejandro Lyons Muskus, ex Gobernador de Córdoba (2012-2015) por su vinculación con los casos ya mencionados.

En desarrollo de sus funciones, LUIS GUSTAVO MORENO coordinó y solicitó información de las citadas investigaciones y participó en comités en los cuales se reportaban los avances y proyecciones de los expedientes.

En el mes de noviembre de 2016, MORENO RIVERA, a través de un emisario suyo, el abogado Leonardo Pinilla Gómez, le comunicó a Alejandro Lyons que a cambio de dinero y dada su condición de Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, estaba en condiciones de ayudarle obstruyendo las investigaciones que contra él estaban en curso.

Luego, en febrero de 2017, LUIS GUSTAVO MORENO tuvo conocimiento de la información ofrecida por Maximiliano García Bazanta y Jesús Eugenio Henao Sarmiento en el marco de una solicitud de principio de oportunidad que promovieron ante una Fiscalía adscrita a la Unidad Nacional bajo su dirección, en orden a declarar contra Lyons Muskus en el caso relacionado con las regalías de Córdoba.

Entonces, en los meses de febrero y marzo de 2017, GUSTAVO MORENO y Leonardo Pinilla le informaron a Alejandro Lyons que tenían acceso a lo expuesto confidencialmente por los mencionados testigos, pidiéndole por la copia de las declaraciones $100.000.000 y una suma adicional para ayudarle en el proceso con la elaboración de una estrategia defensiva.

De otra parte, el 15 de marzo y el 20 abril de 2017 se realizaron en la Fiscalía, Comités Técnico-jurídicos dentro de los casos priorizados en las jornadas *Bolsillos de Cristal*, a los cuales asistió LUIS GUSTAVO MORENO, oportunidad en la que los fiscales refirieron que en los casos Puente Valencia y Coliseo Happy Lora, se advertía la posible comisión de delitos de celebración de contratos y peculado por apropiación, en el primero, y peculado por apropiación, en el segundo, por parte del ex Gobernador Lyons Muskus.

El 9 de mayo el Fiscal General de la Nación anunció que a Alejandro Lyons le serían imputados cerca de 20 delitos relacionados con los recursos provenientes de regalías.

El 26 del mismo mes, el abogado Pinilla viajó a Estados Unidos y se reunió con Lyons Muskus en Doral Florida, manifestándole que su captura era inminente, pero que LUIS GUSTAVO ROMERO se encargaría de desacreditar los testimonios de cargo.

A su vez, del 11 de abril al 5 de junio de 2017, MORENO RIVERA suministró a los medios de comunicación datos sobre Alejandro Lyons, que no eran de conocimiento público, sino que extraía del proceso adelantado contra Jesús Eugenio Henao Sarmiento, en procura de presionar al

ex Gobernador de Córdoba para que pagara el dinero exigido.

IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se trata de LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA, nacido en Barranquilla el 23 de agosto de 1981, identificado con la cédula de ciudadanía 80.166.975, tarjeta profesional de abogado 164.533, ex Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 12 de mayo de 2017, se recibió en la Fiscalía General de la Nación un anónimo que sugería revisar las relaciones entre LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA, el Gobernador de Córdoba Alejandro Lyons y el abogado Leonardo Pinilla, anunciando que en próximos días los dos primeros se reunirían en Estados Unidos con fines ilegales, motivo por el cual se dispuso la correspondiente indagación.

El 14 de julio siguiente ante un Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, la Fiscalía imputó a LUIS GUSTAVO MORENO la comisión de los delitos de concusión y utilización indebida de información privilegiada, con circunstancias de mayor punibilidad establecidas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal, sobre lo cual manifestó allanarse, pero antes había referido que era objeto de presiones indebidas por parte de un funcionario de la Fiscalía, motivo por el cual el Magistrado no aceptó el allanamiento al considerar que no se trataba de una decisión voluntaria, libre y espontánea del imputado.

El 19 de julio de 2017, MORENO RIVERA radicó en la Fiscalía copia de un escrito dirigido a esta Sala, en el cual manifestó: "*Acepto los cargos de concusión y utilización indebida de información privilegiada, que me fueron imputados*".

El 18 de octubre siguiente la Fiscalía presentó escrito de acusación, imputando al procesado los referidos delitos y en sus anexos, aportó el "*ACTA DE ALLANAMIENTO A CARGOS*" suscrita por el procesado, su defensor y el ente acusador.

Entonces se dispuso llevar a cabo audiencia de formulación de acusación, que se realizó el 11 de diciembre de 2017, en la cual la Fiscalía reiteró los cargos formulados y LUIS GUSTAVO MORENO aceptó libremente su comisión. Acto seguido se impartió aprobación integral al

allanamiento y se surtió la audiencia reglada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Se acordó con la Fiscalía que el porcentaje de rebaja punitiva en razón del allanamiento sería del máximo establecido en la ley y que la pena debía tasarse en el límite inferior del segundo cuarto para las tres sanciones derivadas del delito de concusión, así como la pérdida del empleo y la multa por el sistema de unidad con relación al punible de utilización indebida de información privilegiada.

En la misma oportunidad la defensa solicitó se concediera al procesado la rebaja de la mitad de la sanción imponible, pues fue en la audiencia de formulación de imputación que se allanó libre y voluntariamente a los cargos formulados por la Fiscalía, circunstancia indebidamente analizada por el Magistrado que presidió dicha diligencia. Al respecto, la Fiscalía manifestó que debía otorgarse el máximo de rebaja de pena, según considerara la Corte si el allanamiento en la audiencia de imputación fue válido, o únicamente ocurrió efectivamente en la audiencia de formulación de acusación.

Por su parte, el abogado de las víctimas estuvo de acuerdo con la solicitud de la defensa, no así el Ministerio Público por considerar que si el allanamiento ocurrió en la audiencia de formulación de acusación, no en la de imputación, la rebaja de pena debía ser de hasta una tercera parte, no hasta la mitad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Competencia.

La Sala es competente para proferir el fallo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 32 de la Ley 906 de 2000, por tratarse del juzgamiento adelantado contra un ex Director Nacional de Fiscalía, acusado por la Fiscalía Delegada ante esta Corporación por actos realizados con ocasión del ejercicio de su cargo.

2. El delito de concusión.

En este asunto se ha imputado a LUIS GUSTAVO MORENO la conducta de solicitar dinero a Alejandro Lyons Muskus, primero a través de su emisario, el abogado Leonardo Pinilla Gómez (noviembre de 2016) y luego él directamente junto con su enviado (febrero, marzo y mayo de 2017), en orden a obstruir las investigaciones adelantadas en su contra en la Fiscalía General de la Nación, valiéndose para ello de su importante investidura y ubicación en el esquema jerárquico de dicha entidad, como Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción.

Para infundir mayor temor en su víctima y conseguir su ilegal propósito económico, MORENO RIVERA le indicó que dos personas privadas de la libertad por hechos vinculados a las regalías de Córdoba, esto es, Maximiliano

García Bazanta y Jesús Eugenio Henao Sarmiento, estaban procurando un principio de oportunidad a cambio de declarar todo cuanto sabían sobre su responsabilidad penal en su condición de Gobernador de Córdoba, respecto del tema de las regalías.

Adicional a ello, aprovechando el acceso que tenía a información confidencial suministrada en los Comités Técnicos a los que asistía en ejercicio de sus funciones, entregó a medios de comunicación datos orientados a conseguir que Lyons Muskus accediera a su petición dineraria.

Como viene de verse, se advierte que tal imputación fáctica, como lo destacó la Fiscalía en el escrito de acusación, se corresponde con los elementos estructurales del delito de concusión.

En efecto, según lo ha señalado la jurisprudencia[1], dicho comportamiento precisa de: a) Sujeto activo calificado; b) abuso del cargo o de las atribuciones; c) la ejecución de cualquiera de los verbos: constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas; y d) relación de causalidad entre el acto del servidor público y la entrega o promesa de dar el dinero o la utilidad indebidos.

a. El sujeto activo debe ser un servidor público que abuse del cargo o de sus funciones. Tiene lugar cuando al

[1] CSJ SP, 27 oct. 2014. Rad. 34282.

margen de los mandatos constitucionales y legales concernientes a la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública, constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer una cosa.

La arbitrariedad puede referirse solamente al cargo del que está investido, caso en el cual es usual su manifestación a través de conductas por fuera de la competencia funcional del agente, posición aceptada por la jurisprudencia atendiendo la incontrovertible ofensa sufrida por la administración pública. En suma, es susceptible de realización por los servidores públicos que en razón de su investidura o de la conexión con las ramas del poder público, pueden comprometer la función de alguna forma.

Cualesquiera sea la modalidad ejecutada por el autor, es indispensable que la víctima actúe determinada por el temor derivado de fuerza moral (constreñimiento) que infunde idóneamente el funcionario en razón de su investidura oficial o por la inducción a entregar determinada dádiva.

b. Constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas presión sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad, sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas. Puede revelarse a través de palabras, actitudes o posturas, la ley no exige una forma precisa de hacerlo.

Inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a alguien a que efectúe determinada acción; y solicitar es pretender, pedir o procurar obtener alguna cosa. El resultado se obtiene por medio de un exceso de autoridad que va oculto, en forma sutil, en el abuso de las funciones o del cargo; el sujeto pasivo se siente intimidado, cohibido porque si no hace u omite lo pedido, puede resultar perjudicado por el agente.

El constreñimiento tiene lugar por el uso de medios coactivos que subyuguen el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas abiertas mediante un acto de poder en procura de conseguir la entrega o promesa de dar lo ilegalmente pretendido por el autor de la concusión.

Es necesaria la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, la cual será efectivamente vulnerada o amenazada con el acto ilegal de constreñir, inducir o solicitar, por resultar resquebrajada su estructura y organización, generando en la colectividad la sensación negativa de deslealtad, improbidad y deshonestidad, contraria a sus principios y fines constitucionales.

Para su consumación basta con la exigencia, no requiere que el desembolso se cause, o que efectivamente se prometa la entrega del objeto o la dádiva, por tratarse de un punible de mera conducta.

c. Por promesa se concibe el ofrecimiento de un beneficio futuro. El dinero o la utilidad deben ser indebidos, esto es, no tener causa o título legítimo alguno.

Tanto la promesa como la entrega de dinero pueden tener como destinatario al propio funcionario o a un tercero, particular o servidor público.

Es presupuesto indispensable del delito de concusión que pueda deducirse, además de los elementos referidos, el abuso del cargo o de las funciones, esto es, que el servidor se margine de las normas constitucionales y legales que rigen su función, a las cuales debe obediencia, es decir, aquellas que organizan y diseñan estructural y funcionalmente la administración pública[2].

El agente actúa en un plano de superioridad derivado de su cargo o funciones públicas, respecto de la víctima, con base en el cual le solicita, la induce o constriñe a darle o prometerle una prestación que no debe.

Advertido lo anterior, encuentra la Corte que en este asunto el proceder fáctico imputado a LUIS GUSTAVO MORENO recoge los presupuestos definidos por el legislador para el delito de concusión, en cuanto, es claro que abusando de su condición de servidor público como Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, exigió a Alejandro Lyons, dinero a cambio de entorpecer las actuaciones judiciales que se adelantaban en su contra, para lo cual emprendió una serie de comportamientos, ya referidos, orientados a atemorizar a la víctima a fin de que cediera a sus pretensiones.

Lo expuesto está demostrado, entre otros elementos materiales probatorios y evidencias, con la información suministrada por David Olesky, Agente Especial Supervisor

[2] CSJ SP, 3 jun. 2009. Rad. 29769.

de la DEA (fol. 133 a 135 c. 1) al Investigador del CTI Giovanni Gutiérrez, así como con lo declarado por Yasmani Cepero, Agente Especial de la DEA, sobre lo expuesto por Alejandro Lyons en contra de GUSTAVO MORENO y Leonardo Pinilla (fol. 28 a 36 c. 2), además de las copias de actas correspondientes a múltiples cómites técnicos de seguimiento a los cuales asistieron fiscales adscritos a la Unidad Anticorrupción dirigida por MORENO RIVERA. También se cuenta con la transcripción de llamadas legalmente interceptadas entre el abogado Pinilla y Alejandro Lyons, en las cuales el primero refiere el poder y la posibilidad de intervención calificada del Fiscal GUSTAVO MORENO (fol. 70 a 78 c. 3) en atención a su cargo y sus vínculos con otros funcionarios judiciales.

Se tiene la declaración de Alejandro Lyons rendida en Miami al Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia (fol. 92 a 103 c.3), en la cual da cuenta de la forma en que fue abordado directamente por GUSTAVO MORENO o a través de un emisario suyo, para solicitarle dinero con ocasión de los procesos que en su contra se adelantaban por irregularidades administrativas cuando se desempeñó como Gobernador del Departamento de Córdoba.

3. El delito de utilización indebida de información privilegiada.

En este caso se acusa a MORENO RIVERA de haber utilizado en provecho suyo, esto es, con la finalidad de exigir dinero al procesado Lyons Muskus, la información privilegiada a la que tenía acceso en razón de su cargo como Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, como ocurrió con las declaraciones de Maximiliano García Bazanta y Jesús Eugenio Henao

Sarmiento, privados de la libertad por hechos vinculados a las regalías de Córdoba, quienes estaban procurando un principio de oportunidad a cambio de exponer todo cuanto sabían sobre la responsabilidad penal del ex Gobernador de dicho departamento.

Además, también por su importante cargo tuvo acceso a la información confidencial suministrada en los Comités Técnicos, que le sirvió para entregarla a los medios de comunicación con el propósito de amedrentar a Alejandro Lyons y presionarlo para que accediera a su ilegal petición económica.

Dicha conducta corresponde al delito de utilización indebida de información privilegiada, por el cual fue acusado (artículo 420 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1288 de 2009).

Así pues, tal punible requiere[3]: a) Sujeto activo cualificado: Servidor público en su calidad de empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública. b) Que haya accedido a la información con ocasión de su cargo, no en razón de su conocimiento privado. c) Que utilice la información en propósitos ajenos a los comunes y ordinarios para los cuales está destinada, con la finalidad de conseguir beneficio que, por ejemplo, puede ser económico, profesional, laboral, etc., para sí o para un tercero. d) Como se encuentra dentro del capítulo octavo que trata "*de los abusos de autoridad y otras infracciones*", supone un proceder ajeno a la Constitución, la ley y los reglamentos que determinan la función pública ejercida. e)

[3] Cfr. CSJ AP, 11 nov. 2009. Rad. 32501.

Que la información no sea conocida públicamente, pues ello tornaría inane la protección del bien jurídico de la administración pública.

Efectuadas las anteriores precisiones, constata la Corte que en este caso LUIS GUSTAVO MORENO actualizó el supuesto de hecho del delito comentado, pues, aprovechando por fuera del marco legal, constitucional y reglamentario, su carácter de servidor público (Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción), utilizó la información privilegiada a la que tenía acceso para presionar a Alejandro Lyons Muskus a fin de que le entregara un dinero, como se acreditó con los ya señalados elementos materiales probatorios y evidencias, esto es, la información de David Olesky y Yasmín Cepero, Agentes Especiales de la DEA, así como las copias de actas correspondientes a múltiples cómites técnicos de seguimiento a los que asistieron fiscales adscritos a la Unidad Anticorrupción dirigida por MORENO RIVERA.

También, con la declaración de Alejandro Lyons rendida en Miami al Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia sobre el conocimiento que GUSTAVO MORENO tenía acerca de los procesos adelantados en su contra con ocasión de su cargo como Gobernador del Departamento de Córdoba.

Resta señalar, que también el acusado adecuó su comportamiento a las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

La primera, "*La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica,*

ilustración, poder, oficio o ministerio", pues dentro de la escala jerárquica de la Fiscalía General de la Nación reglada en la Resolución 0467 del 1° de abril de 2014, vigente para cuando LUIS GUSTAVO MORENO asumió el cargo como Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, dicha dependencia correspondía a los más altos organismos directivos de la entidad.

La segunda, "*Obrar en coparticipación criminal*", pues como se ha establecido, especialmente con las informaciones de los referidos agentes de la DEA, para la comisión de los delitos investigados LUIS GUSTAVO MORENO contó con la eficaz asistencia de su amigo personal, el abogado Leonardo Pinilla Gómez.

En suma, encuentra la Corte que la acusación formulada por la Fiscalía está suficientemente acreditada dentro de las diligencias y recoge los supuestos de hecho definidos por el legislador para los delitos de concusión e indebida utilización de información privilegiada, con la concurrencia de las referidas circunstancias de mayor punibilidad.

4. Del allanamiento a cargos y la rebaja de pena

Establecido que el allanamiento a cargos por parte del acusado encuentra soporte en el recaudo probatorio, corresponde a la Corte dilucidar si, como lo solicitó la defensa y el mismo procesado, es procedente otorgarle la rebaja de pena hasta la mitad dispuesta en la ley para cuando tal aceptación tiene lugar en la audiencia de imputación, o bien, la rebaja de hasta una tercera parte establecida si ocurre en la audiencia preparatoria.

Es pertinente señalar que el allanamiento a cargos, como especie del derecho penal premial, se orienta a asegurar la economía procesal, hacer efectiva la justicia material, sancionar eficaz y ciertamente al responsable, reducir la carga misional del aparato judicial y a la par, descongestionar el sistema penal.

Dicho mecanismo supone que el imputado o acusado acepta unilateralmente los cargos formulados por la Fiscalía, renunciando a un juicio público sin dilaciones injustificadas, al interior del cual podría ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra, bien sea contrainterrogando testigos o controvirtiendo otros medios de convicción, o inclusive con la posibilidad de aportar elementos probatorios en orden a desvirtuar los que obren en su contra.

En consecuencia, la manifestación del imputado o acusado, según sea el caso, debe exteriorizarse y formalizarse en alguna de las tres precisas oportunidades previstas en la ley, esto es, en la formulación de imputación, la audiencia preparatoria o el inicio de la audiencia del juicio oral.

La aceptación consciente y voluntaria de la adecuación típica imputada, así como de la responsabilidad, se rige por los principios de irretractabilidad, preclusividad y progresividad de las actuaciones, en virtud de los cuales, una vez se avala o aprueba el allanamiento no habrá lugar al arrepentimiento del sujeto pasivo del procedimiento.

Para una mejor comprensión de la decisión que se adoptará, es pertinente recordar que pese a declarar ajustada a derecho la imputación de la Fiscalía por ser clara y precisa, el Magistrado de control de garantías del Tribunal de Bogotá no aprobó el allanamiento a cargos expresado por MORENO RIVERA, en cuanto consideró que no era libre y espontáneo, pues el procesado adujo ser objeto de presiones por parte de un funcionario de la Fiscalía que amenazaba con una orden de captura en contra de su esposa.

Al analizar el desenvolvimiento de dicha audiencia se advierte que inicialmente el Fiscal precisó los hechos, señaló su carácter antijurídico y formuló la imputación jurídica, aludió al alcance de un posible allanamiento y a la prohibición dispuesta para el indiciado de enajenar bienes sujetos a registro.

Luego, MORENO RIVERA solicitó al Fiscal le precisara cuándo fue que pidió el dinero a Lyons Muskus, contestándole el Delegado que primero fue a través del abogado Pinilla, y después fueron ambos en Bogotá, estando en una camioneta.

El Magistrado preguntó a LUIS GUSTAVO MORENO sobre su estado de conciencia, comprensión y sanidad, a lo cual respondió que aceptaría los cargos por la presión indebida de un funcionario de la Fiscalía que amenazaba con una orden de captura en contra de su cónyuge, quien

no estaba involucrada en los hechos investigados. También dijo que nunca pidió dinero a Alejandro Lyons, pues fue éste quien lo ofreció a través del abogado Pinilla Gómez y que recibió 3.000 dólares en un contexto diverso al señalado por la Fiscalía.

Es importante señalar, que hasta ese momento de la diligencia, MORENO RIVERA no había sido interrogado acerca de si se allanaba o no, al punto que el Magistrado le señaló que aún no se le había preguntado por la aceptación de los cargos formulados y le recomendó hablar con su defensor, aduciendo el mismo indiciado que asumía las consecuencias y que no alegaría en el futuro un vicio del consentimiento.

Entonces, el funcionario le preguntó si aceptaba los cargos formulados por la Fiscalía, a lo cual respondió simple y llanamente: "*Acepto*". Su defensor señaló que la aceptación no era producto de constreñimiento sino de su voluntad y por ello, debía impartirse legalidad.

Por su parte, el Ministerio Público dijo que los cargos fueron claros y como el doctor MORENO RIVERA los entendió y aceptó, debía aprobarse el allanamiento.

La Fiscalía advirtió que como LUIS GUSTAVO MORENO dijo que se allanaba por amenazas a su esposa, no era libre.

MORENO reiteró que aceptaba de manera consciente y voluntaria los hechos y que si bien Lyons Muskus lo presionó, la Fiscalía no apreció las pruebas sobre el particular y volvió a expresar que se allanaba a los cargos y consecuencias, pese a que los hechos no ocurrieron en la forma que fueron planteados en la imputación, oportunidad en la cual el defensor reiteró su petición de legalizar el allanamiento.

Luego de un receso, el Magistrado declaró ajustada a derecho, precisa y clara la imputación, pero no aprobó el allanamiento por no tratarse de una aceptación libre, además de que el indiciado tenía reparos respecto de los hechos y su adecuación típica, en cuanto alegó que no se trató de una concusión sino de un cohecho, de manera que no medió un consentimiento informado.

Notificada en estrados la anterior determinación, la Fiscalía y la Procuraduría no realizaron observaciones, pero el procesado interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación. El defensor señaló que su asistido hizo manifestaciones emotivas ajenas a esa audiencia, quería allanarse, quedaría en un limbo y era necesario "*verificar en frío la voluntad de su allanamiento*".

Más tarde, el Presidente de la audiencia precisó que su decisión sólo tenía recurso de reposición, no de apelación y entonces, el defensor solicitó se repusiera la improbación del allanamiento, MORENO RIVERA insistió en que

voluntariamente aceptó la imputación, debidamente informado, y que de no aprobarse su aceptación de cargos se le privaría de una rebaja punitiva superior al diferirse para otra fase procesal.

En el mismo escenario la Fiscalía sugirió que LUIS GUSTAVO MORENO explicara si las amenazas limitaron su voluntad, destacando que el allanamiento no consiste únicamente en aceptar las consecuencias punitivas. El Ministerio Público adujo que el incriminado había sido ambiguo sobre los hechos, luego no era posible aprobar su aceptación de cargos. MORENÓ RIVERA rogó se le reconociera su "*derecho al allanamiento*".

El Magistrado de control de garantías reiteró que si la aceptación de cargos obedeció a las presiones de la Fiscalía respecto de vincular al proceso a su esposa, no se trató de una decisión libre y por ello, no era viable reponer la no aceptación del allanamiento.

En la última parte de la audiencia GUSTAVO MORENO solicitó la nulidad de lo actuado en orden a salvaguardar sus derechos y garantías. La Fiscalía no realizó comentario alguno, la Procuraduría dijo que no había quebranto de garantías. El defensor manifestó que su asistido se dejó llevar por la emotividad en su primera intervención, pero luego expresó su voluntad de allanarse libremente, de modo que debían garantizarse sus derechos y racionalizar la administración de justicia.

El Magistrado consideró que por no darse los presupuestos para invalidar la actuación, no procedería a ello. Notificada esta determinación, el procesado insistió en que se aceptara el allanamiento y el defensor manifestó que debía retrotraerse la actuación al principio, pues no se contaba con el reposo que en ese momento tenían.

El funcionario se limitó a señalar que si las circunstancias no habían variado, no había necesidad de reconsiderar lo decidido.

Del anterior recuento pormenorizado de las vicisitudes de la audiencia de imputación puede colegirse lo siguiente:

(i) Con anterioridad a cuando fue preguntado formalmente sobre si aceptaba o no los cargos imputados por la Fiscalía, LUIS GUSTAVO MORENO refirió encontrarse presionado por un funcionario de dicha entidad que amenazaba con capturar a su esposa, que nunca solicitó dinero a Lyons Muskus y los hechos no ocurrieron en la forma descrita en la imputación.

(ii) Cuando el Magistrado de control de garantías lo interrogó acerca de la imputación, contestó: "*Acepto*", sin más observaciones sobre el particular.

(iii) A lo largo de la audiencia de imputación y luego de que el Magistrado no aprobara el allanamiento por considerar que MORENO RIVERA no era libre y no estaba

suficientemente bien informado, el procesado fue reiterativo en que aceptaba los cargos encontrándose ajeno a cualquier presión.

(iv) No se acreditó dentro de la actuación que fuera cierto que un funcionario de la Fiscalía ejerció presión sobre LUIS GUSTAVO MORENO y menos que ella hubiera tenido la aptitud de determinarlo a aceptar los cargos. Por el contrario, él mismo se percató que su "*dicho de paso*" estaba comprometiendo indebidamente sus beneficios punitivos y fue enfático en insistir sobre la aprobación del allanamiento pues había aceptado libremente su responsabilidad.

(v) Considera la Corte que no se aviene con el respeto por la autonomía de las personas que pese a declarar una y otra vez su libertad de decisión en orden a aceptar los cargos imputados, el Estado decida no creerle a MORENO RIVERA, sin contar con más elementos de juicio que un comentario realizado en un momento anterior a cuando fue interrogado sobre el particular.

(vi) Se exige que el allanamiento a cargos sea libre, voluntario, suficientemente informado, consciente, espontáneo, incondicional, exento de vicios esenciales del consentimiento y respetuoso de derechos y garantías, no en beneficio del Estado, sino para asegurar y proteger al sujeto pasivo de la acción penal, evitando que por coacción, error o ignorancia acepte la responsabilidad derivada de una

imputación fáctica y jurídica que conllevará un fallo condenatorio.

(vii) Cuando con posterioridad al allanamiento se alegan vicios del consentimiento, corresponde al juez abrir un espacio previo a su pronunciamiento de fondo, en el cual se discuta el tema y, más importante aún, el imputado y su defensor efectivamente prueben que lo aducido tuvo lugar, pues, expresamente la norma demanda del postulante demostrar que el vicio o la violación sucedieron, caso en el cual, si la misma no se acredita y apenas obedece a la simple manifestación del imputado, ha de proseguir el funcionario con el trámite propio de la sentencia –eso sí, evaluando que tampoco se vulneran el principio de legalidad y la presunción de inocencia, como dispone el inciso tercero del artículo 327 de la Ley 906 de 2004[4]—.

Por lo expuesto, si se exige prueba para la invalidación del allanamiento, también será necesaria para demostrar presión sobre el imputado y si no la hay, como en este caso, debe tenerse el allanamiento como libre y espontáneo y disponer su aprobación.

El 19 de julio de 2017, LUIS GUSTAVO MORENO radicó en la Fiscalía copia de un escrito dirigido a esta Sala, en el cual manifestó: "*Acepto los cargos de concusión y utilización indebida de información privilegiada, que me*

[4] CSJ SP, 13 feb. 2013. Rad 40053.

fueron imputados" y el 18 de octubre de 2017 la Fiscalía presentó escrito de acusación, en el cual imputó al procesado los referidos delitos y en sus anexos, aportó el "*ACTA DE ALLANAMIENTO A CARGOS*" suscrita por MORENO RIVERA, su defensor y la Fiscalía.

Entonces se dispuso llevar a cabo audiencia de formulación de acusación, que se realizó el 11 de diciembre de 2017, en la cual la Fiscalía reiteró los cargos formulados y LUIS GUSTAVO MORENO aceptó libremente su comisión. El Magistrado Ponente dispuso un receso para que se acordara con la Fiscalía el porcentaje de rebaja punitiva en razón del allanamiento, conviniendo que sería del máximo establecido en la ley, en atención a la actitud procesal y colaboración del acusado.

La Corte impartió aprobación integral al allanamiento y se surtió la audiencia reglada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, en cuyo marco la Fiscalía señaló que en atención a las condiciones individuales, familiares y sociales de LUIS GUSTAVO MORENO, esto es, la ausencia de antecedentes, tratarse de un abogado joven que rápido escaló posiciones al parecer por mérito propio, pero finalmente se desvió, y teniendo en cuenta la concurrencia de las causales de mayor punibilidad, debía tasarse la pena en el límite inferior del segundo cuarto para las tres sanciones derivadas del delito de concusión.

Respecto del punible de utilización indebida de información privilegiada debe imponerse la pérdida del empleo, multa por el sistema de unidad y otorgarle la máxima rebaja posible en razón del allanamiento, pero disponer que la prisión sea descontada en forma intramural.

El abogado de Alejandro Lyons, reconocido como víctima, manifestó estar de acuerdo con lo expuesto por la Fiscalía.

El Ministerio Público señaló que debe tenerse en cuenta el daño ocasionado a la administración de justicia y el impacto social, pero también el ánimo de colaboración. No se opuso al límite, salvo si se trata de hasta una tercera parte, en cuanto por el momento procesal en el cual se produjo la aceptación de responsabilidad, ya no es posible rebajar la pena hasta la mitad.

LUIS GUSTAVO MORENO resaltó que desde el primer momento ha colaborado con la justicia, ha tenido una sanción moral y está en curso su extradición a los Estados Unidos.

Por su parte, el defensor aseveró que su asistido es un individuo comprometido con la sociedad, padre de familia, a quien el destino le jugó una mala pasada, aceptó su responsabilidad y se encuentra arrepentido. Encontró adecuada la propuesta de la Fiscalía y planteó se

reconociera la rebaja de la mitad de la pena, en cuanto el allanamiento a cargos efectivamente ocurrió en la audiencia de imputación, pero el Magistrado de control de garantías no comprendió bien lo ocurrido en dicha diligencia.

Finalmente solicitó le sea concedida prisión domiciliaria a su asistido y que permanezca privado de su libertad en el mismo lugar en el cual se encuentra recluido.

Considera la Sala que en virtud del principio constitucional de la buena fe, en cuanto no hay elementos de juicio dentro de la actuación para acreditar que antes o durante la audiencia de formulación de la imputación LUIS GUSTAVO MORENO fuera objeto de presiones capaces de determinarlo a aceptar la comisión de unos delitos no cometidos por él, o bien, que producto de la desinformación o la ignorancia se allanó a cargos –recuérdese que se trata de un abogado penalista con vasta experiencia sobre el particular— y en respeto por su autonomía personal, se impone tener como cierto cuanto reiteradamente expresó en dicha diligencia realizada ante un Magistrado de control de garantías del Tribunal de Bogotá, en el sentido de que en verdad aceptaba libre, consciente y de manera informada la imputación formulada por la Fiscalía.

Al reconocerse que realmente el allanamiento a cargos tuvo lugar en el marco de la audiencia de imputación, se impone reconocer a LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA una rebaja de la mitad de la pena imponible, según lo establece

el inciso 1 del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y lo acordado con la Fiscalía.

5. Individualización de la pena.

Sea lo primero señalar que desde la sentencia proferida por esta Sala[5] contra Miguel y Francisco Nule Velilla y otros, se concluyó que el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre Fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal en procura de obtener beneficios punitivos, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004, sin que se trate de una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del imputado o acusado sin contraprestación ninguna, motivo por el cual en el escrito de acusación, además del deber de acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos en la norma citada, se debe incluir el acuerdo de las partes sobre las consecuencias jurídicas de la conducta objeto de imputación (porcentaje de rebaja punitiva dentro de los márgenes establecidos, monto preciso de las penas, procedencia o improcedencia de conceder subrogados penales o penas sustitutivas).

Definido en este asunto que de conformidad con el inciso 1 del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en razón del allanamiento a cargos en la audiencia de imputación debe

[5] CSJ SP, 11 nov. 2017. Rad. 39831.

concederse a MORENO RIVERA una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible y que en la audiencia de formulación de acusación realizada el 11 de diciembre de 2017, la Fiscalía y el procesado convinieron que el porcentaje de rebaja punitiva sería del máximo establecido en la ley, en atención a su actitud dentro de este trámite y su colaboración, procede la Sala a efectuar las contabilizaciones del caso.

En tal cometido se tiene que en la referida audiencia la Fiscalía señaló que por las condiciones individuales, familiares y sociales de LUIS GUSTAVO MORENO, esto es, la ausencia de antecedentes, tratarse de un abogado joven que rápido escaló posiciones al parecer por mérito propio, pero finalmente se desvió y teniendo en cuenta la concurrencia de las causales de mayor punibilidad, debe tasarse la pena en el límite inferior del segundo cuarto para las tres sanciones derivadas del delito de concusión.

5.1. Punibilidad por el delito de concusión.

De conformidad con el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, dicho punible tiene una pena de prisión de 96 a 180 meses, multa de 66.66 a 150 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 6.66 años a 12 años (144 meses).

Respecto de la pena de prisión el sistema de cuartos queda así:

Primer cuarto	**Cuartos medios**	**Último cuarto**
96 – 117 meses	117 meses 1 día – 159 meses	159 mes 1 día – 180 meses

Según lo convenido con la Fiscalía, por el delito de concusión corresponde una pena de 117 meses y 1 día de prisión, que debe ser disminuida en la mitad en razón del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, quedando en **58 meses y 15 días de prisión**.

La pena de multa (artículo 39 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011) por no aparecer como sanción principal única sino como *acompañante* de la de prisión, no se rige por lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal, sino por el sistema de cuartos establecido en el artículo 61 del mismo ordenamiento y queda así[6]:

Primer cuarto	**Cuartos medios**	**Último cuarto**
66.66 smlm – 87.49 smlm	87.49 smlm – 129.21 smlm	129.21 smlm – 150 smlm

De acuerdo con lo acordado con la Fiscalía, la pena de multa se tasa en 87.49 salarios mínimos, que al rebajarse en la mitad por el allanamiento se cuantifica en **43.74 salarios mínimos legales mensuales**.

[6] Cfr. CSJ SP, 24 ene. 2007. Rad. 23518.

La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas corresponde a los siguientes cuartos de movilidad[7]:

Primer cuarto	**Cuartos medios**	**Último cuarto**
80 meses – 96 meses	96 meses 1 día – 118 meses	118 meses 1 día – 144 meses

De conformidad con lo pactado con la Fiscalía, esta pena se tasa en 96 meses y 1 día, que al ser rebajada por la aceptación de cargos en la imputación **se contabiliza en 48 meses (4 años)**.

5.2. Punibilidad por el delito de utilización indebida de información.

La referida conducta (artículo 420 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1288 de 2009), tiene pena de multa y pérdida del empleo o cargo público.

5.2.1. La sanción pecuniaria, por ser principal y no estar atada a la pena de prisión, debe ser tasada conforme a las reglas del artículo 39 del Código Penal, no por el sistema de cuartos[8], esto es, en unidades de multa, atendiendo la capacidad económica del condenado, para lo cual deben tenerse en cuenta sus "*ingresos promedio, en el último año*".

[7] Cfr. CSJ SP, 3 jun. 2009. Rad. 29769 y CSJ SP, 7 sep. 2011. Rad. 36134.
[8] Cfr. CSJ SP, 24 ene. 2007. Rad. 23518 y CSJ SP, 28 abr. 2015. Rad. 36784.

Al respecto ha señalado la Sala[9] que como el legislador no aclaró desde cuando se cuenta el "*último año*", es decir, si "*para calcularlo es el de la ocurrencia del hecho o el de fijación de la sanción*", se entiende "*que debe ser este último por ser el que más se ajusta a la realidad económica actual del llamado a pagarla*".

Considera la Corte que es necesario revaluar tal postura, pues si el principio de legalidad se caracteriza esencialmente porque la definición de las conductas contenidas en los supuestos de hecho de los tipos penales y las penas establecidas como consecuencia, deben ser previas a la comisión de la conducta punible, no se aviene con tal inteligencia del principio disponer que la pena de multa progresiva en unidades, dependa de la situación económica del sentenciado dentro del último año contado a partir del fallo de condena, pues en tal caso la pena pecuniaria no sería establecida de forma preexistente sino posterior al hecho.

Pero además, debe recordarse que es precisamente la preexistencia de las penas la que se erige en instrumento para cumplir con la función de prevención general negativa de la sanción (artículo 4 del Código Penal), en el entendido de que una vez se promulga la ley y entra en vigencia, opera la presunción de conocimiento de la norma, por vía de la cual se consigue que el ciudadano decida si adecua su comportamiento al supuesto de hecho objeto de sanción por

[9] CSJ SP, 28 abr. 2015. Rad. 36784.

parte del Estado y asuma sus consecuencias punitivas o, por el contrario, se abstenga de hacerlo.

Como argumento en favor de la nueva postura de la Sala se tiene que para garantizar el principio de seguridad jurídica debe contabilizarse el referido año desde la fecha de comisión del comportamiento delictivo y no desde el fallo de condena, pues entonces surgiría como nuevo interrogante, desde cuál sentencia? La de primer grado, la de segunda instancia o la de casación? cuando lo cierto es que entre una y otra pueden transcurrir no solo meses sino hasta años, situación que haría poco menos que imposible delimitar el "*último año*" señalado en el artículo 39 del Código Penal, como lapso para evaluar la situación económica del sentenciado. No en vano se tiene definido que al tasar la multa en salarios mínimos legales *vigentes*, debe tenerse en cuenta el año de comisión del delito, no la fecha de la sentencia de condena.

En suma, en procura de asegurar el principio de legalidad (preexistencia de las penas), así como el principio de seguridad jurídica, la expresión "*último año*" contenida en la norma citada, debe contarse hacia atrás desde el día en que se cometió la conducta.

Definido lo anterior y en orden a tasar la pena de *multa progresiva* en unidades, se tiene, que si del 11 de abril al 5 de junio de 2017, GUSTAVO MORENO suministró a los medios de comunicación datos sobre Alejandro Lyons,

que no eran de conocimiento público, sino que extraía del proceso adelantado contra Jesús Eugenio Henao Sarmiento, en procura de presionar al ex Gobernador de Córdoba para que pagara el dinero exigido, a partir de esta última fecha deben establecerse sus "*ingresos promedio, en el último año*".

En tal cometido se cuenta con la certificación del Jefe del Departamento de Administración de Personal de la Fiscalía General de la Nación, que obra en la actuación[10], en la cual indica que LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA percibía mensualmente en su condición de Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción la suma de $23.103.671, es decir, que desde el 6 de octubre de 2016, fecha de su posesión, hasta el último día de comisión del delito de utilización indebida de información privilegiada, 5 de junio de 2017, percibió, por lo menos, la suma de $184.829.368, de manera que si en virtud del Decreto 2209 del 30 de diciembre de 2016, para el año 2017 el salario mínimo legal mensual se estableció en $737.717, ello quiere decir, que el acusado percibió en el año anterior a la comisión del referido punible 250 salarios mínimos legales.

Como de conformidad con el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, la unidad de multa será de tercer grado para quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a 50 salarios mínimos legales mensuales, es

[10] Fol. 93. Cuaderno principal No. 1.

claro que MORENO RIVERA se encuentra dentro de este rango, de modo que la unidad de multa equivale a 100 salarios mínimos legales mensuales y la multa derivada de la comisión del delito de uso indebido de información privilegiada oscilará entre una y 10 unidades de multa.

Entonces, de acuerdo con los criterios de determinación de la pena pecuniaria establecidos en el artículo 39 del Código Penal, encuentra la Sala que el daño producido, en especial al bien jurídico de la administración pública, denota suma gravedad, pues como lo destacó el Ministerio Público, debe tenerse en cuenta el impacto social en cuanto la comunidad percibe que un funcionario de alto rango dentro de la escala jerárquica de la Fiscalía General de la Nación, a quien precisamente en razón de su cargo le fueron confiadas las investigaciones contra la corrupción, se apartó de su labor misional, para, por el contrario, aprovechar el conocimiento que de temas confidenciales le brindaba su empleo y utilizarlos en su propio beneficio de índole ilegal.

Con relación a la intensidad de la culpabilidad se tiene que el juicio de reproche individualizado sobre el acusado es de gran entidad, pues no se trató de una persona urgida que en el desespero por satisfacer sus necesidades básicas decidió delinquir, sino de un funcionario del más alto nivel en la Fiscalía, con un buen ingreso salarial, que estando en condiciones de ajustarse a derecho, decidió utilizar su cargo en beneficio ilegal propio, es decir, que lejos de soportar

factores exógenos que lo llevaran a delinquir, decidió dentro de su libre albedrío vulnerar el bien jurídico de la administración pública.

Desde luego, es natural que un revés como el que está pasando LUIS GUILLERMO MORENO, comporte, de una parte, dejar de percibir su remuneración, en cuanto el 28 de junio de 2017 le fue aceptada su renuncia y, de otra, debe asumir además de sus gastos ordinarios como la educación de su hija, los que implica el ejercicio de su defensa, no únicamente en esta actuación, sino en otras incluyendo la que se surte en Estados Unidos, por la cual fue solicitado en extradición por la Corte del Distrito Sur de Florida y la Sala rindió concepto favorable el 29 de noviembre de 2017.

Conforme a lo expuesto, considera la Corte que la pena pecuniaria debe ser tasada en dos unidades de multa de tercer grado, esto es, en el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que al rebajarse a la mitad en razón del allanamiento a cargos, se cuantifica en **una unidad de multa, es decir, en 100 salarios mínimos legales mensuales.**

Debe puntualizarse que la *multa progresiva* en unidades no puede ser acumulada a la *multa acompañante* impuesta en razón del delito de concusión, entre otras razones, porque la primera puede ser amortizada a plazos o con trabajo, atendiendo las condiciones económicas del penado (Numerales 6 y 7 del artículo 39 del Código Penal),

mientras que la *multa acompañante* a la de prisión, cuyos límites se encuentran establecidos en cada tipo penal y por ende no pueden ser modificados por voluntad de las partes, ni siquiera por virtud de la situación económica del sancionado, no puede ser amortizada con trabajo, so pena de infringir el principio de legalidad del delito y de las penas[11].

5.2.2. También en razón del delito de utilización indebida de información privilegiada, debe serle impuesta a LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA la pena de **pérdida del cargo público que como Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción** tenía para cuando cometió el referido comportamiento.

Es necesario señalar que contrario a lo dispuesto por esta Sala en otra oportunidad[12], para la imposición de esta pena no interesa si el sentenciado ocupa o no el cargo público con ocasión del cual cometió el delito sancionado, o si se encuentra en otra actividad oficial, pues debe resaltarse que de acuerdo con el artículo 45 del Código Penal, "*La pérdida del empleo o cargo público, además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial*", inhabilitación que no opera si la sanción no es impuesta.

---

[11] Cfr. CSJ AP, 11 sep. 2013. Rad. 41617. Reiterada en SP, 28 abr. 2015. Rad. 36784. CC C-185/01.
[12] CSJ SP, 28 abr. 2015. Rad. 36784.

Con esta tasación de las penas se avala lo acordado entre Fiscalía y acusado. También se tienen en cuenta los argumentos del apoderado de víctimas y parcialmente los de la representante del Ministerio Público, relacionados con la trascendencia de los hechos imputados a MORENO RIVERA, el daño real creado y la intensidad de la culpabilidad.

En síntesis, se impondrá a LUIS GUSTAVO MORENO, condenado a partir del allanamiento a cargos en la audiencia de imputación, como autor penalmente responsable de los delitos de concusión y utilización indebida de información privilegiada con la concurrencia de dos causales de mayor punibilidad, prisión de 58 meses y 15 días, multa acompañante de 43.74 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cuando cometió la conducta, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 48 meses, multa progresiva como sanción principal por una unidad de multa (100 salarios mínimos legales mensuales) y pérdida del cargo público como Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción.

6. Necesidad y función de la pena.

Encuentra la Corte que respecto de MORENO RIVERA no se advierte la presencia de circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas con incidencia

en la comisión de los punibles analizados, que impusieran la disminución de las penas establecidas para los delitos por los que se procede.

Por el contrario, sus especiales y privilegiadas condiciones personales, sociales y profesionales ya destacadas al momento de tasar la pena, vale decir, ser abogado, profesor universitario, conferencista, autor de textos jurídicos, además del importante cargo que ocupaba cuando cometió los delitos investigados, paradójicamente encargado de dirigir en la Fiscalía a nivel nacional la lucha contra la corrupción, precisan de una respuesta punitiva ejemplarizante y severa, tal como lo solicitó el Ministerio Público, en procura de que la sociedad y, en especial, los funcionarios judiciales, tengan la certeza de que el crimen no paga.

Desde luego, también con la imposición de la pena se cumple con su función de prevención especial negativa, en el sentido de persuadir al mismo condenado para que no vuelva a incurrir en los comportamientos objeto de sanción, además de la función de prevención especial positiva que, a partir del tratamiento penitenciario, lo conducirá a interiorizar los valores sociales de honestidad, pulcritud y probidad inherentes a nuestro Estado, de modo que en su momento estará preparado para su reinserción en la comunidad.

7. Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad.

No es procedente conceder a LUIS GUSTAVO MORENO la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues la sanción privativa de libertad es superior a 4 años, de manera que no se encontraría satisfecho el requisito objetivo señalado en el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014. Además, el inciso 2 del artículo 32 de la misma legislación, que modificó el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000 dispone que no procederá dicho subrogado penal para "*quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración pública*", como ocurre en este asunto con los delitos investigados.

Tampoco es viable la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural por razones similares a las anteriores, pues de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 se procede por el delito de concusión cuya pena mínima es de 8 años de prisión y además, por tratarse de comportamientos dolosos contra la Administración Pública, quien los comete se encuentra expresamente excluido de dicha sustitución, según lo dispone el inciso 2 del artículo 32 de la citada normativa.

No se advierte la presencia de alguna de las circunstancias regladas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, referidas a que el acusado sea mayor de 65 años, se trate de una persona a la

que le falten 2 meses o menos para el parto, que esté en estado grave por enfermedad, dictaminado por perito oficial; ni se ha aducido y menos demostrado, la condición de padre cabeza de familia, circunstancias que al tenor del inciso 3 del artículo 68 A, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, permitirían la sustitución de la ejecución de la pena.

8. Otras determinaciones.

Como LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA no cumple con las exigencias dispuestas por el legislador para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, tendrá que comenzar a descontar la sanción privativa de la libertad una vez sea puesto a disposición de las autoridades colombianas por parte de las de Estados Unidos, es decir, una vez se defina su situación en el juicio que adelanta la Corte del Distrito Sur de Florida por delitos federales de "*concierto para delinquir, fraude y lavado de dinero*", en atención a que actualmente se encuentra privado de su libertad en razón de la solicitud de extradición formulada por tales conductas, para lo cual se librarán las respectivas comunicaciones.

Para el recaudo de la multa acompañante, se dispone comunicar esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

9. Acerca de la doble instancia.

Si bien mediante Acto Legislativo 01 del 18 de enero del año en curso, se modificaron los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política para implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria, advierte la Sala que como en dicha normativa no se incluyó una disposición transitoria mientras se implementan las salas especiales de instrucción y juzgamiento allí creadas, la lógica de las cosas y argumentos de razón práctica imponen señalar que la Corte seguirá con la competencia para juzgar en única instancia a los funcionarios aforados hasta que tenga lugar la referida implementación, pues en este momento no es viable surtir tales impugnaciones en cuanto, como es sabido, nadie está llamado a lo imposible y tampoco pueden paralizarse las actuaciones, cuando lo cierto es que hay una legislación definida y por ahora vigente[13].

Si los cargos de los funcionarios competentes para conocer en primera y segunda instancia de los procesos contra aforados conforme al referido Acto Legislativo de 2018 hoy no han sido implementados, la Corte mantiene su competencia, en cuanto resulta obvio que respecto de tales destinatarios de la ley penal no pueden existir vacíos o lagunas en el tiempo para su investigación y juzgamiento.

[13] Cfr. CSJ AP, 7 feb. 2018. Rad. 37395.

10. Declaración final.

La Corte no puede dejar pasar esta oportunidad para expresar su perplejidad ante comportamientos como los juzgados, en los que un funcionario de alto nivel dentro de la estructura jerárquica de la Fiscalía General de la Nación, precisamente encargado de luchar contra la corrupción, defraudó tan hondamente la credibilidad del conglomerado social en sus funcionarios e instituciones, en especial, en las encargadas de administrar justicia.

No hay duda que la corrupción a todos los niveles mina los pilares de cualquier Estado. Hoy y desde hace tiempo, Colombia se ve enfrentada a tan grave flagelo, circunstancia que impone no aflicción, amedrentamiento o pesimismo de los ciudadanos y sus autoridades, sino conductas decididas a erradicar aquello que de ninguna manera puede ser consustancial a la sociedad.

La novedosa nominación que apareció en la Carta Política de *servidores públicos* no fue casual, se corresponde con el trabajo misional de quienes desempeñan facultades especiales y regladas al servicio de los habitantes del país, no para beneficio propio o de terceros, sino para asegurar la vigencia y la vivencia del contrato social acordado en la Constitución Política.

La corrupción crea desequilibrio entre quien actúa correctamente y quien no lo hace, conduce a la insatisfacción

del que cree en las reglas y es defraudado, da lugar a reacciones contrainstitucionales en un desesperado intento por acceder de forma ilegítima a aquello que es negado por los cauces ordinarios, tiene un efecto multiplicador en cuanto no únicamente lesiona derechos individuales o intereses privados, sino derechos de todo el conglomerado social, que no por difusos son inexistentes.

Por estas y muchas más razones, especialmente la restauración de la decencia, le corresponde a los poderes públicos, pero sobre todo al judicial, con actuaciones entusiastas y firmes contra los corruptos que arruinan el bienestar social, retornar la credibilidad de la ciudadanía en sus instituciones, injustificadamente resquebrajadas por la ocurrencia de conductas criminales como las aquí juzgadas.

La Rama Judicial en su mayor parte está conformada por funcionarios y empleados comprometidos, diligentes, responsables, éticos, valientes y honestos. A ellos es el llamado que hace la Corte. Nos ha correspondido, una vez más, probar con el ejercicio de nuestras funciones en el marco de la ley, que somos el poder moral de la nación.

Los que se pusieron al margen, los que hicieron un negocio personal de ese pilar fundamental que es la justicia en una democracia, como fue el caso del procesado LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA, y los que aún ocultos venden la función y le causan desprestigio y deslegitiman a un poder

judicial históricamente heroico, deben paulatinamente ir siendo excluidos por efecto de la acción combinada de una ciudadanía ética que no cede a las tramas ilegales y denuncia, y de una administración de justicia que en medio de las más duras pruebas ha demostrado que cuenta con la gallardía de reconocer la deshonestidad de algunos de sus miembros y de reaccionar rápidamente sin contemplación.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. **DECLARAR** penalmente responsable a LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA como autor de los delitos de concusión y utilización indebida de información oficial privilegiada cuya comisión libremente aceptó (artículos 404 y 420 del Código Penal).

2. **CONDENAR** a LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA a prisión de 58 meses y 15 días, multa acompañante de 43.74 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cuando cometió la conducta, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 48 meses, multa progresiva como sanción principal por una unidad de multa

(100 salarios mínimos legales mensuales) y pérdida del cargo público como Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción.

3. NO CONCEDER a MORENO RIVERA la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

4. DISPONER que LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA comience a descontar la pena de prisión, una vez se defina su situación en el juicio que adelanta la Corte del Distrito Sur de Florida, para lo cual se librarán las respectivas comunicaciones.

5. COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para efecto del recaudo de la multa acompañante impuesta.

6. LIBRAR las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, según lo establecido en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004.

7. REMITIR esta actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Reparto que corresponda, para lo de su cargo, una vez en firme esta sentencia.

Contra este fallo no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Salvo voto

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

PERMISO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Salvo voto parcial

EYDER PATIÑO CABRERA

Salvo voto

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

RADICADO 51482

PROCESADO: LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA.

DELITO: Concusión y otro.

PROVIDENCIA: Sentencia, Acta 72 de 7 de marzo de 2018.

De manera respetuosa, me permito exponer las razones que me determinaron a salvar parcialmente el voto respecto de la decisión adoptada por la Sala en el proceso de la referencia, en lo que atañe a la decisión mayoritaria de inaplicar el Acto Legislativo No. 01 del 18 de enero de 2018 en lo relativo a resolver este asunto por la vía de la primera instancia y negar, además, la doble instancia (apelación) contra la sentencia condenatoria proferida, garantías a las cuales tiene derecho el doctor LUIS GUSTAVO MORENO RIVERA.

1. Actuación de la Sala.

El proceso penal contra el doctor LUIS GUSTAVO MORENO llegó al estado de sentencia anticipada por preacuerdo en los delitos por los que se le condenó después de que fuese promulgado el Acto Legislativo No. 01 del 18 de enero de 2018.

1. Vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

El 18 de enero de 2018, fue promulgado el Acto Legislativo No. 01 de 2018, con lo cual entró a regir en el ordenamiento jurídico colombiano, pues esa es la única condición que se establece para su vigencia en el artículo 4° ibídem, así como en los textos constitucionales y el código civil que regulan el trámite, aprobación, vigencia y aplicabilidad de los Actos Legislativos.

2. Contenido del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

El Acto Legislativo No. 01 de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política e implementó, por esa vía, la doble instancia en los procesos que, hasta ese momento, tramitaba esta Corporación en *única instancia* contra los Congresistas y otros aforados constitucionales. Adicionalmente, consagró –para aforados como para no aforados - la denominada garantía de doble conformidad judicial, consistente en la posibilidad de impugnar la primera sentencia de condena.

Para el cumplimiento de ese fin, la reforma constitucional creó dos Salas Especiales al interior de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la de instrucción y la de juzgamiento.

A la Sala de Instrucción le corresponde investigar a los aforados, entre ellos, los congresistas y ex congresistas, estos últimos, por delitos cometidos en desarrollo o con ocasión de sus funciones.

A la Sala de Juzgamiento le compete juzgar en primera instancia a los aforados constitucionales.

El Acto Legislativo estableció la apelación contra las sentencias proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia y, además, la posibilidad de impugnar otras decisiones judiciales, en este último caso, con la reserva de hacerse «conforme lo señale la Ley».

Por su parte, el artículo 2° del Acto Legislativo desarrolló el artículo 186 de la Constitución Política, que establece la competencia privativa de la Corte Suprema de Justicia para investigar y detener a los Congresistas, en estas condiciones, incorporó en el artículo 234 Superior que en las investigaciones adelantadas contra aforados constitucionales deben estar garantizadas la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena.

Sobre los Congresistas, en particular, el artículo 3° - que modificó el 235 de la Carta -, asignó a la Corte Suprema de Justicia las funciones de investigar y juzgar a los miembros del Congreso y resolver a través de la Sala de Casación Penal, los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones dictadas por la Sala Especial de Primera Instancia.

3. Constitucionalidad del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

Los aforados constitucionales son no solamente los juicios contra los congresitas, el Presidente de la República y los

Magistrados de las Altas Cortes, también lo son los fucionarios a los que se referie el artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó el artículo 235 de la C.P.

La doble instancia también procede contra los aforados legales cuya investigación y acusación está radicada en la Fiscalía por las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 y el juicio venía adelnantándose en única instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, supuesto este que corresponde al caso del presente proceso seguido contra el doctor GUSTAVO MORENO RIVERA.

3.1 De acuerdo con el artículo 4° de la Carta Política, «la Constitución es norma de normas». De ahí que, por lo tanto, «en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

Para garantizar la supremacía constitucional y la indemnidad de la jerarquía normativa así consagrada, el texto Superior atribuyó a la Corte Constitucional «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución», labor para cuyo cumplimiento le confirió, entre otras, las siguientes funciones:

> *1.Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
> *(...)*
> *4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
> *(...)*
> *8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por*

su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Del tenor de los citados preceptos normativos se desprende que, en principio, el control concentrado de constitucionalidad que ejerce el aludido tribunal respecto de *actos reformatorios de la constitución* – entre ellos, los Actos Legislativos - está circunscrito a la verificación de los requisitos de procedimiento de creación normativa previstos en la Carta para ello, mientras que, en relación con las *leyes*, la labor de contrastación comprende tanto aquellos requisitos procedimentales, como la evaluación del contenido *material* de la norma y su conformidad con el texto constitucional.

Ahora bien, la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional ha sostenido que el control de los *actos reformatorios de la constitución,* y en particular de los Actos Legislativos, no sólo comporta la revisión de las exigencias procedimentales en sentido estricto – debates, publicidad, quórum, entre otras -, sino también la verificación de las normas de *competencia* para reformar la Constitución, pues éstas hacen parte integrante de aquéllas.

El Congreso de la República, conforme lo prevé el artículo 374 de la Carta, está facultado para *reformar* la Constitución Política – a través de Actos Legislativos -, pero no para *sustituirla,* esto es, para cambiarla por una radicalmente distinta[1], porque esa competencia corresponde con exclusividad al constituyente primario. En ese entendido, si un determinado Acto Legislativo, en lo sustancial, no conlleva una simple reforma sino un verdadero relevo del texto constitucional, habrá

[1] Sentencia C – 1200 de 2003.

de concluirse que el Congreso ha excedido su competencia y ese acto, por consecuencia, debe ser retirado del ordenamiento jurídico[2].

De acuerdo con ese desarrollo jurisprudencial, entonces, la revisión de un Acto Legislativo debe agotar, si éste ha de tenerse por ajustado a la Carta, i) la comprobación de haber cumplido con los requisitos procedimentales pertinentes, y ii) la de haberse proferido con apego a la competencia atribuida por el texto constitucional al Congreso. Para este último control, resulta indispensable verificar el contenido del acto reformatorio, pues sólo así es posible discernir si comportó una sustitución del texto Superior[3], y, en particular, establecer cuál es el eje definitorio de la Constitución que ha resultado subrogado[4].

3.2 Entiendo que el control difuso de constitucionalidad - la excepción de inconstitucionalidad - no fue contemplado por el constituyente respecto de Actos Legislativos[5] y, por lo mismo, que corresponde a la Corte Constitucional, con exclusividad, la valoración sobre la posible sustitución de la constitución que pueda derivarse de la promulgación de un Acto Legislativo.

Sin perjuicio de ello, las consideraciones consignadas en precedencia adquieren relevancia de cara al criterio mayoritario del que me aparto, pues, preliminarmente, estimo necesario hacer claridad en cuanto a que, al entender del suscrito Magistrado, no existen razones objetivas para inferir que el Acto

---

[2] Sentencia C – 551 de 2003.
[3] Sentencia C – 427 de 2008.
[4] Sentencia C – 332 de 2017.
[5] Tal como se desprende del tenor del artículo 4 Superior, según el cual "en todo caso de incompatibilidad **entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica**, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Legislativo No. 01 de 2018 pueda derruidro uno o más de los elementos de identidad sustancial de la Carta Política.

El constituyente primario, al aprobar la Carta Política de Colombia, estableció en el artículo 186:

> *De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito, deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma Corporación.*

Es indiscutible que la voluntad del constituyente primario en cuanto a la estructura del Estado para administrar justicia en relación con los Congresistas, fue acogida, respetada y acatada por el Acto Legislativo No. 01 de 2018, el que dejó la competencia de los procesos penales contra los Representantes a la Cámara y Senadores, en la Sala de Casación Penal, sólo que, para respetar garantías fundamentales, para ajustar el ordenamiento jurídico a los estándares de justicia internacional y a la sentencia C – 792 de 2014, creó una Sala de Instrucción y una Sala de Juzgamiento.

Sobre los supuestos anteriores, no es ajustado al contenido del Acto Legislativo ibídem, afirmar que éste creó una nueva estructura judicial para el país, en estricto sentido, lo que hizo fue desarrollar el mandato contenido en el original artículo 186 de la Carta Política y la sentencia C-792 de 2014, así como de todos los textos superiores que consagran las garantías penales y los pronunciamientos de la justicia internacional que imponen a los estados la consagración y respeto por tales princicios-garantías en los procesos penales.

Adicionalmente a lo dicho, agréguese que el aludido Acto Legislativo reconoció, en los procesos criminales adelantados contra Senadores y Representantes a la Cámara, así como los demás aforados constitucionales y legales juzgados antes por la Corte en única instancia, las garantías de separación de las funciones de instrucción y juzgamiento, doble instancia de la sentencia e impugnación de la primera condena[6], y reconoció también la garantía de la doble conformidad de la primera condena respecto de aforados y personas sin fuero[7], supuestos que no fueron discrecionalidad del legislador, sino imposiciones de estándares de justicia internacional y de decisiones de la Corte Constitucional colombiana, como la contenida en la sentencia C – 792 de 2014.

De lo expuesto se advierte, de una parte, que la mencionada reforma constitucional **mantuvo en la Corte Suprema de Justicia la facultad de investigar y juzgar a los miembros del Congreso y de los demás aforados constitucionales,** con lo cual no se produjo una variación sustancial, sino simplemente instrumental o procedimental, ni se contravino la lógica subyacente a la institución foral; de otra, que dicho Acto Legislativo simplemente otorgó a los Congresistas investigados **garantías procesales fundamentales ya existentes para no aforados,** y reconoció universalmente una más – la doble conformidad de la primera condena – **lo cual simplemente refleja el acatamiento a mandatos de justicia internacional[8] y el fallo C – 792 de 2014, decisión esta que dada su naturaleza, por Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1994) es de**

---

[6] Artículo 2°.
[7] Artículo 3°.
[8] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5°; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 nov. 2012, caso Mohamed versus Argentina.

obligatorio acatamiento por todas las autoridades nacionales.

Los dicho en el párrafo anterior es aplicable en idénticas condiciones para los aforados legales de juzgmiento atribuido a la Sala de Casación Penal (ayer en única y hoy en primera instancia).

Desde esa óptica, entonces, es la opinión del suscrito Magistrado, el Acto Legislativo No. 01 de 2018 lejos de suscitar cuestionamientos sobre posibles vicios de competencia en su promulgación que pongan en entredicho su conformidad con la Carta Política, implicó no una sustitución sino un desarrollo para materializar garantías constitucionales y supraconstitucionales, que ponen al Estado Colombiano como ejemplo de una justicia que no se hace de cualquier manera, sino concediendo derechos y garantías de doble instancia no solamente a algunos ciudadanos sino a todos con igual trato jurídico.

Desde luego, estas afirmaciones sólo tienen admisibilidad y aplicación, a partir de la promulgación del Acto Legislativo No. 01 de 2018, no respecto de situaciones jurídicas en procesos consolidados antes del 18 de enero de ese año, dado que en el ordenamiento jurídico interno de rango constitucional, no estaban autorizadas la doble instancia y la doble conformidad, la primera para los aforados constitucionales y algunos aforados legales, y el segundo mencanismo para todos los colombianos.

4. Aplicabilidad del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

El artículo 4° del Acto Legislativo No. 01 de 2018 reza:

El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

El precepto indica que la reforma constitucional está en vigor y, por ende, debe ser aplicado, pero para definir el alcance de esta última afirmación es menester establecer cuáles son las disposiciones que resultan contrarias al Acto Legislativo No. 01 de 2018.

El artículo 4° del Acto Legislativo en mención, establece una derogatoria tácita - *deroga todas las disposiciones que le sean contrarias* -, pues no indica específicamente los textos que pierden vigencia.

En los casos de derogatoria tácita, se debe proceder como lo disponen los artículos 71 y 72 del Código Civil y el tercero de la Ley 153 de 1887, en consonancia con lo indicado en el artículo 9° de esta última, pues en estos eventos es la regla de interpretación judicial la que permite determinar la vigencia temporal de un contenido normativo, para superar el tránsito de legislación. Así lo tiene dicho la Corte Constitucional, en sentencia C – 353 de 2015:

No obstante, cuando la derogatoria es tácita, ya sea por la expedición de una norma posterior que es contraria a la anterior o por la entrada en vigor de una regulación integral sobre la misma materia, ***es necesario, vía interpretativa determinar si ha operado este fenómeno****. En tal caso, si la norma en juicio continúa prestando efectos jurídicos es imperativo realizar el análisis correspondiente, pues la denominada carencia actual de objeto o substracción de materia no siempre debe conducir a una decisión inhibitoria, pues en el evento en que la norma cuestionada haya perdido su vigencia formal, es probable que, desde el punto de vista material, la misma*

siga produciendo efectos jurídicos o, lo que es igual, continúe proyectándose ultractivamente.

En aplicación de los criterios expuestos, considero que el Acto Legislativo No. 01 de 2018 tiene consagraciones de garantías de naturaleza constitucional y por ende, de aplicación inmediata, y otras regulaciones cuya exigibilidad se sometió a reserva legal y por tanto hay que atenerse a lo que la legislación existente determine o a falta de ésta, por la regulación que a futuro se haga en Ley posterior.

Son de orden superior y, por lo tanto, de aplicación inmediata para situaciones consolidades con posterioridad al 18 de enero de 2018, dado que se derogan las normas que le sean contrarias, sin posibilidad de subsistir estas últimas, las garantías relacionadas con la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, el derecho de los aforados constitucionales y legales de juzgamiento por la Sala Penal de la Corte, a una doble instancia a través de la apelación de la sentencia que se profiera, y la doble conformidad judicial de la primera sentencia condenatoria.

Son de reserva legal y, por lo tanto, su aplicación depende de la forma como esté regulada la materia en la Ley actualmente vigente o la que se profiera a futuro, asuntos como el rito del proceso para instruir o juzgar, incidentes procesales, impedimentos, recusaciones, notificaciones, practica de pruebas o la impugnación de decisiones distintas de la sentencia (artículo 2° del artículo 235 de la Carta Política), entre otros.

Los aforados constitucionales y los aforados legales de juzgamiento por la Sala Penal de la Corte, por regla general, se

investigan y juzgan por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a excepción de los Congresistas y los funcionarios sometidos a la competencia de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, quienes son investigados y juzgados por el trámite de la Ley 600 de 2000, tal y como se dispuso en el artículo 533 de la Ley 906 ibídem.

El trámite de la apelación de las sentencias tiene regulación expresa en la Ley 600 de 2000 y en la Ley 906 de 2004, los cuales deben ser aplicados frente a las situaciones reguladas por el Acto Legislativo No. 01 de 2018. El mandato constitucional creó la apelación de los fallos proferidos contra aforados constitucionales, no sólo en el artículo 2° del Acto Legislativo No, 01 de 2018, al prever la «doble instancia de la sentencia», sino también en el inciso 3° del artículo 1° ibídem, al precisar que «contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación» y, además, allí mismo se indicó la autoridad que debía resolver, «su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia».

Obsérvese cómo está creado el recurso de apelación contra la decisión de categoría de sentencia, su procedimiento está regulado en las Leyes 906 de 2004 y 600 de 2000, y la Sala que debe resolver el asunto existe jurídicamente, la de Segunda Instancia de la Corte Suprema de Justicia. Ello significa que, al obrar la Sala actual en primera instancia y proferir el fallo, se debe admitir la procedencia de la impugnación por vía de apelación y las personas que deben fungir como Magistrados de segunda instancia, por corresponder a las mismas personas que profiren el fallo en primera instancia (institución), han de ser

sustituidos por conjueces, que en su condición obran como sala de segunda instancia.

Ahora bien, huelga aclarar, que los conjueces, confomre a la Ley Estatuttaria de la Administración de Justicia y los Estatutos Proceales Penales, es una institución que opera no solamente para situaciones de impedimento, sino también por la afectación del quorun de los magistrados para decidir por cualquier motivo (enfermedad, muerte, no posesión del que deba funfgitr como titular).

Por ejemplo, en una acción de revisión, cuando un Magistrado del Tribunal es nombrado Magistrado de la Sala de Casación Penal y le corresponde un asunto que falló en primera instancia en el Tribunal de origen y los demás Magistrados de la Corte no pueden resolver porque profirieron el fallo de casación en ese asunto, lo resuelven los conjueces. La Sala existe jurídicamente, sus miembros están impedidos o los magistrados no pueden fungir. La Corte ha designado conjueces en esos casos.

La apelación de decisiones distintas a la sentencia no fue sometida a reserva legal, porque mientras no se legisle sobre la materia debe aplicarse la ley 600 de 2000 y 906 de 2004, que regulando la apelación contra autos, no establece ese recurso para tales desiciones en los procesos de competencia de la Sala de Casación Penal, régimen que se aplicaría, como se dijo, mientras una disposición no determine lo contrario.

Se crearon las Salas de Primera y Segunda Instancia y la de Instrucción, y sus competencias fueron expresamente

reguladas por el Acto Legislativo No. 01 de 2018. Jurídicamente las Salas Especiales existen, pero materialmente operan a través de la actual Sala de Casación mientras se proveen los cargos correspondientes en propiedad.

El procedimiento sugerido es el que se ha aplicado cuando se crea una competencia para un juez de denominación y categoría diferente a los que venían conociendo de un trámite (asuntos del Juzgado Penal del Circuito a conocimiento de Jueces Penales del Circuito Especializados creados).

La facultad jurisprudencial a la que alude la sentencia C – 353 de 2015, ya citada, permite interpretar el artículo 234 de la Carta Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, en su inciso sexto, en el sentido que que está prohibida la asignación de asuntos a las Salas Especiales de los que correspondan a la Sala de Casación Penal, pero no la interpretación de la regla contraria. En otras palabras, la prohibición es para el traslado de competencias de la Sala de Casación Penal a las Salas Especiales, no lo inverso, por lo cual la Sala actual sí puede cumplir funciones propias de las Salas Especiales, desde luego, mientras se posesionen sus magistrados. Esta es la regla jurisprudencial que en este momento aplica con criterio mayoritario la Sala de Casación Penal, porque admite que mantiene la competencia para investigar, instruir y juzgar.

Lo dicho, significa que mientras se posesionan los Magistrados de las Salas Especiales, la Sala de Casación Penal actual, en virtud de lo ordenado en el Acto Legislativo No. 01 de 2018 y por la interpretación dada al artículo 2°, los Magistrados actuales asumen los procesos en el estado en que se encuentren

para cumplir la función a que alude el A.L. 01 de 2018, esto es, si el proceso está en preliminares o investigación, la Sala fungirá como Sala de Instrucción; si el expediente está en trámite de Juzgamiento, lo hará como Sala de Primera Instancia; y si está conociendo en segunda instancia, lo hará en esta condición y lo harán, acatando el trámite y las particularidades procesales que surjan de lo regulado por el Acto Legislativo y el código procesal aplicable.

El Acto Legislativo 01 de 2018, en consonancia con el artículo 9° de la Ley 153 de 1887, de manera perentoria elimina la vigencia de los textos de las Leyes 906 de 2004 y 600 de 2000 que admitían los procedimientos penales y las sentencias penales de única instancia, así como la exclusión de la apelación del fallo y de la doble conformidad de la primera condena. Por tanto, quedan vigentes las disposiciones que regulan los procesos de primera instancia y segunda instancia, con apelación de la sentencia que se profiera y la impugnación especial (doble conformidad judicial).

La apreciación que se hace del Acto Legislativo No. 01 de 2018 para atribuirle el alcance de conllevar la suspensión de las investigaciones que actualmente adelanta la Corte durante el tiempo que tome la implementación de las Salas Especiales no es admisible, porque resultaría violatoria de las garantías fundamentales de los procesados – entre ellas, el acceso a la administración de justicia y el derecho a obtener una resolución célere de sus respectivos casos -, y desconocería que, conforme lo tiene discernido la Corte Constitucional, la administración de justicia es un derecho público esencial que debe prestarse de

manera continua e ininterrumpida [9] , por lo que esa interpretación comprometería el interés general. Reafirma todo lo anterior el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, al establecer que «los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia».

5. Conclusión.

En síntesis, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe continuar conociendo de las investigaciones y juzgamientos penales contra aforados constitucionales y aforados legales de juzgamiento de la Sala Penal de la Corte, dándoles un trámite de primera instancia y admitiendo el recurso de apelación contra la sentencia proferida, así como también acatando el trámite de la impugnación por doble conformidad judicial contra la primera condena. Esa es la justicia que se debe administrar para todos los colombianos a partir del Acto Legislativo No. 01 de 2018, el que hizo regulaciones en las que están comprometidas garantías fundamentales, el interés público, el respeto por los fallos de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No puede permitirse la inseguridad y el caos jurídico, menos los señalamientos de justicia que se puedan endilgar a las decisiones que pongan fin a los procesos penales por no tramitarse la apelación contra las sentencias.

Por eso, me parece que mi propuesta es la menos traumática frente a las otras posturas presentadas en la Sala y

[9] Sentencia T – 1222 de 2004.

que no comparto y que corresponderían a que, i) la Corte no debe proferir sentencia en los procesos contra aforados constitucionales porque no tiene competencia para hacerlo, o ii) como opina la mayoría de la Sala, que debe actuar y fallar en única instancia, sin atender el Acto Legislativo No. 01 de 2018, mientras se posesionan los Magistrados de las Salas Especiales.

Ha de señalarse que mientras no se cumpla con la garantía de la doble instancia, la sentencia proferida en este asunto no adquiere firmeza jurídica con todas las consecuencias que de ello se deriva.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

Fecha ut supra