



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

COMUNICADO 15-21 SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

CORTE CONDENA A 116 MESES DE PRISIÓN AL EXMAGISTRADO GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., viernes 13 de agosto de 2021. "Colombia como sociedad ha de abandonar la cultura de los atajos para alcanzar cada propósito. Desde la base de la sociedad hasta la cúspide de las altas esferas estatales se debe dar punto final a cualquier manifestación de corrupción, evitando a ultranza ejercer mecanismos ajenos a los legalmente establecidos... La justicia es más que el cumplimiento de una función constitucional, pues entraña un proyecto de vida forjado desde las aulas de las facultades de derecho, donde se provee por la formación de verdaderos juristas, quienes, al ser dotados del poder jurisdiccional, asumen un poder reglado que les permite incidir en los derechos de sus congéneres".

Así se pronunció la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia al condenar al exmagistrado Gustavo Enrique Malo Fernández a la pena de 116 meses y 12 días de prisión, multa de 94.48 salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 127 meses y 17 días.

La sentencia, que lo declara responsable de los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión, y le niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, determinó que Malo Fernández, siendo magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se unió a un grupo delincuencial con vocación de permanencia para ejecutar diversas conductas delictivas que derivaron en la lesión a la expectativa legítima que ampara a todos los asociados frente a las decisiones de las autoridades, especialmente aquellas que provienen del órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria.

Las pruebas recaudadas por la Sala dan cuenta de la materialización del delito de cohecho propio, en tanto el procesado, por intermedio del abogado Luis Gustavo Moreno Rivera y del exmagistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez, negoció la función jurisdiccional a él deferida por la Constitución y la ley, recibiendo la contraprestación ilegal derivada del acto de corrupción.

En primera instancia, la Corte concluyó también que Malo Fernández cometió el delito de prevaricato por omisión pues, con el fin de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos con la organización delincuencial de la cual hacía parte -entre ellos, retirar del cargo al magistrado auxiliar que adelantaba la investigación contra Musa Besaile-, dolosamente adoptó al interior del despacho a su cargo las medidas necesarias para retardar un acto propio de sus funciones, como lo era administrar justicia bajo los parámetros constitucionales y legales, en concreto, omitió tramitar de forma célere y

eficiente las diligencias que se adelantaban contra el ex senador Musa Besaile, teniendo cabal capacidad de cumplir con su deber.

A juicio de la Sala Especial de Primera Instancia, quedó claro que el entonces magistrado se concertó con funcionarios públicos y con particulares para abordar a congresistas -como los exsenadores Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Ashton- contra quienes cursaban indagaciones penales en única instancia en su despacho, a fin de adoptar decisiones contrarias a derecho y afectar el curso normal de las mismas. Ello a cambio de coimas y dádivas.

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

i) En el radicado 27700, seguido contra Musa Besaile por presuntos vínculos con grupos paramilitares, a cambio de dos mil millones de pesos, dilatar la apertura de investigación formal. En dicha causa, además, uno de los compromisos adquiridos por los integrantes del referido grupo fue el retiro del magistrado auxiliar que para la fecha tramitaba la investigación, lo que en efecto ocurrió.

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

De otro lado, en cuanto a los delitos por los cuales fue acusado, la Sala declaró la cesación del procedimiento por utilización de asunto sometido a secreto o reserva, dado que la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes adelantó tal actuación sin que se cumpliera con la condición de procedibilidad exigida por el legislador de mediar querella, debiéndose haber inhibido para proceder por dicho comportamiento al resultar improcedente iniciar la acción penal.

Respecto al delito de prevaricato por acción por el que fue acusado Malo Fernández, la providencia lo absolvió, por considerar que no se reunían los elementos integradores de tal ilícito penal en lo que tiene que ver con la solicitud y aceptación de la renuncia a un magistrado auxiliar. Ello por cuanto, aun si se afirmara que tal actuación resulta formalmente legal como quiera que el nominador cuenta con dicha potestad, pero se torna en ilegal por su motivación, en el delito de prevaricato por acción la resolución, dictamen o concepto debe ser manifiestamente contrario a la ley,

sin que en el caso concreto la ilegalidad del acto que se enjuicia haya resultado evidente u ostensible.

Y es que lo que en su momento se pudo percibir respecto de tal actuación es que: *i)* el nominador solicitó una renuncia a un funcionario de libre nombramiento y remoción (protocolaria, como quiera que tiene la potestad de remover al funcionario); *ii)* el magistrado auxiliar, cuyo cargo es de libre nombramiento y remoción, renunció (pero hubiera podido negarse a ello); *iii)* una vez recibida la renuncia, el nominador profirió el acto administrativo correspondiente, esto es, la aceptación de tal forma de terminación de la relación laboral, tópicos de los cuales no se advierte que tal proceder fuese evidentemente ilegal, pues solicitar la renuncia en este tipo de cargos no es *per se* ilegal.

“La toga, más que un accesorio, indumentaria o prenda de vestir, es insignia de solemnidad, respeto y majestad, no de quien la porta, sino de lo que representa, que no es asunto diferente a administrar justicia. Parafraseando a Montesquieu, el juzgar, tan terrible entre los hombres, debe ser un poder invisible, para que de esta forma se tema a la magistratura, no a los magistrados”, puntualizó la sentencia.

De la decisión mayoritaria, un magistrado de la Sala salvó parcialmente el voto al apartarse de la absolución emitida por el delito de prevaricato por acción, pues estimó que sí se reunían todos sus elementos y el aforado era penalmente responsable de esa conducta. Un segundo magistrado salvó parcialmente el voto al disentir de la condena por el delito de prevaricato por omisión, al considerar que no se habría configurado.

Consulte aquí el contenido completo de la sentencia SEP00082-2021: