



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

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado Ponente

AEP00121-2019

Radicación N° 00094

Aprobado mediante Acta No. 88

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento elevada por el defensor del aforado, doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.

ANTECEDENTES:

1. El 29 de noviembre de 2017, la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes profirió auto de acusación contra el doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a secreto o reserva, por hechos relacionados con el

denominado por los medios de comunicación "*cartel de la toga*", auto aprobado en plenaria celebrada el 25 de abril siguiente.

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

3. Avocada por competencia la etapa de juicio y surtido el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, esta Sala, en interlocutorio AEP00058-2019, resolvió la situación jurídica del procesado, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

4. Estando las diligencias al despacho en espera de continuar la audiencia de juzgamiento, se allegó por la defensa memorial mediante el cual solicita la revocatoria de la medida de aseguramiento, por haber desaparecido los fines constitucionales en que se fundamentó, asunto que ocupa la atención de la Sala.

FUNDAMENTO DE LA SOLICITUD

Solicita la defensa del acusado se revoque la medida de aseguramiento impuesta mediante interlocutorio del 13 de mayo de los corrientes, advirtiéndole que la motivación de la Sala en punto de la posible obstrucción a la justicia no solo ha

desparecido, sino que nunca existió, pues en su sentir, tal argumento fue *"utilizado sin haberse comprobado la realidad fáctica del tema"*, en especial, porque varias de las declaraciones que relaciona -y que afirma fueron rendidas antes de la fecha en que se resolvió situación jurídica-, señalan lo contrario.

Así, reseña que verificó en distintos radicados donde se ha cuestionado la supuesta pérdida de un informe de policía judicial, relacionado con interceptaciones telefónicas del abonado utilizado por Álvaro Ashton Giraldo y en la que se advertían comunicaciones con Francisco Ricaurte, conforme con las cuales se demuestra que dicho informe nunca se perdió.

Si bien se trata de declaraciones no surtidas dentro de este proceso, aclara que resultan pertinentes, pues las obtuvo del proceso que se sigue en contra de Francisco Ricaurte a través de su abogado defensor, por lo cual deben tenerse como prueba sobreviniente al proveído en el que se resolvió la situación jurídica de su prohijado. Advierte además que -en todo caso- la inspección a la carpeta administrativa 110016000102201700352¹ fue ordenada por la Sala como prueba oficiosa en audiencia preparatoria, ignorando las razones por las cuales a la fecha no se ha practicado la mencionada diligencia.

¹ Radicación del proceso adelantado contra Francisco Javier Ricaurte.

Aunado a lo anterior, refiere que en la declaración de José Reyes Rodríguez Casas ante esta Sala, el testigo dejó claro que ese informe nunca se perdió y que fue entregado junto con el expediente completo al magistrado auxiliar Raúl Alfonso Gutiérrez Lozano, circunstancia a la que también refirió en declaración rendida en el juicio que se adelanta contra Francisco Javier Ricaurte en el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá, donde de una forma más precisa y amplia hizo absoluta claridad sobre este punto.

De otro lado, frente al criterio de peligro futuro para la comunidad, indica que su defendido no está ejerciendo como Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por manera que -afirma- no existe peligro funcional de continuación de la actividad delictiva, amén de que durante el tiempo que lleva detenido preventivamente no se tiene noticia que esté incurso en otra presunta conducta punible, circunstancia que desvirtúa el argumento invocado por la Sala para imponerla, en la medida en que el pronóstico de peligro futuro no opera actualmente para su defendido.

Añade que es un hecho notorio y público que la supuesta organización criminal que se denominó *el cartel de la toga*, en caso de haber sido cierta, hoy ya no existe, pues todos sus presuntos integrantes están hoy desvinculados de la rama judicial, o en su defecto, no ejercen la profesión de abogados, por lo cual -concluye- esa justificación ha perdido vigencia.

En tal sentido, reseña que Francisco Ricaurte enfrenta el juicio en su contra en libertad, al igual que Alfredo Bettín Sierra, quien celebró un acuerdo con la Fiscalía al que esta Sala impartió aprobación. El ex magistrado Camilo Tarquino y el ex magistrado auxiliar Camilo Ruiz fueron imputados, pero no se les cobijó con medida de aseguramiento, por no ser necesaria, al igual que a Luis Ignacio Lyons. Los ex senadores Álvaro Ashton y Musa Besaile se acogieron a la JEP, José Leonidas Bustos ya no ejerce como Magistrado y, finalmente, Luis Gustavo Moreno y Leonardo Pinilla están actualmente privados de su libertad.

En consecuencia, indica, no se puede seguir predicando la supuesta vinculación del doctor MALO FERNÁNDEZ a una organización criminal, por manera que, desde su punto de vista, el concepto de peligro futuro ya no tiene vigencia.

En cuanto a las supuestas injerencias de GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ en diversas entidades del Estado, invoca una serie de derechos de petición que elevó como defensor de Yara Milena Malo Benítez, hija del acusado, conforme con los cuales estima desvirtuadas las relaciones *que le habrían permitido ubicar personas de su entera confianza en cargos claves del ente investigador*, parafraseando los argumentos exhibidos por la Sala al imponer la medida restrictiva.

En el mismo sentido, respecto al nombramiento en diversos cargos de la rama judicial de sus alumnos y amigos cercanos, entre los que la Sala mencionó a Javier Enrique

Hurtado Ramírez, José Luis Robles Toloza, Guillermo José Martínez y Camilo Andrés Ruíz, refiere que ninguno de ellos labora actualmente en la Corte Suprema de Justicia y que, en su momento, fueron colaboradores del enjuiciado en razón a la confianza que le inspiraban, lo cual no es contrario a la ley, pues hacía parte de sus facultades como nominador y se trata de cargos de libre nombramiento y remoción.

Finalmente, critica que la legislación colombiana contemple el peligro para la comunidad como un fin necesario para imponer detención preventiva, en tanto se trata de un fin de la pena que, al aplicarse antes de una sentencia condenatoria, no solo quebranta la presunción de inocencia, sino que, al apoyarse en los criterios de reiteración delictiva, alarma social u otro similar, implica un juicio de culpabilidad anticipado.

En este orden, refiere que el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce la procedencia de la privación de la libertad como medida cautelar únicamente ante la existencia de riesgos de naturaleza procesal (peligro de fuga y obstaculización), tal como lo señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Peirano Basso vs. Uruguay* (informe 35-07), conforme con el cual, *“se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho...”*

De manera similar, afirma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una profusa jurisprudencia que, progresivamente, ha delineado los límites de la prisión preventiva, proscribiendo de manera expresa su aplicación a partir de causas irrelevantes procesalmente y que respondan a finalidades atribuidas a la pena, como lo son la prevención especial o general, argumento que acompaña de citas del documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas* y del informe denominado *Uso Abusivo de la Prisión Preventiva en las Américas*, a partir de los cuales concluye que la legislación colombiana está en contravía del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, particularmente, respecto del control de convencionalidad.

En memorial adicional allegado vía correo electrónico, la defensa del doctor MALO FERNÁNDEZ adicionó la solicitud previamente radicada, en el sentido de aclarar que la revocatoria versa sobre los dos fines constitucionales que se tuvieron en cuenta para imponer la detención preventiva, afirmando que tiene el convencimiento de que esta Sala carecía de competencia para imponer medida de aseguramiento, razón por la cual instauró acción de tutela que a la fecha no se ha resuelto, por lo que *"sigue vigente la supuesta competencia que se invoca en la providencia de 13 de mayo de 2019"*, lo que permite dar trámite a esta petición sin perjuicio de los resultados de la mencionada acción constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

A su vez, el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal de 2000, establece que durante la instrucción, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, el funcionario judicial revocará la medida de aseguramiento cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen, mientras que en la etapa del juicio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que ello resulta viable cuando la medida no es imprescindible para garantizar los objetivos superiores señalados (sentencias C-774/01 y CSJ SP, Nov. 23 de 2016, rad. 35691, esta última reiterada en CSJ AP, 1º jun. 2017, rad. 43263).



Ahora bien, la medida preventiva requiere para su revocatoria, del mismo estándar probatorio legalmente exigido para su imposición, esto es, el de la inferencia razonable. Así, debe verificarse si los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenidos aún soportan la probable autoría o participación del imputado en el delito que se investiga y su no comparecencia, el peligro que comporta su libertad para el cabal ejercicio de la justicia o el riesgo que ello implica para la comunidad.

De ahí que, ha sostenido la Sala de Casación Penal de esta Corporación:

*Le corresponde al funcionario judicial, al pronunciarse sobre la solicitud de revocatoria de una medida de aseguramiento, **constatar que los requisitos establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 han efectivamente desaparecido y que esa conclusión encuentra fehaciente respaldo en el poder suasorio de la nueva evidencia.***

La específica caracterización de esa exigencia merece un detenido estudio, en razón de su incidencia en el caso concreto.

*La revocatoria de la medida de aseguramiento exige que **el medio suasorio sobreviniente sea de tal entidad, que lleve al servidor judicial a considerar que los presupuestos que otrora existían como fundamento para privar de la libertad a la persona han desaparecido.***

*La exigencia de novedad de los elementos probatorios para solicitar la revocatoria no debe ser entendida, desde un cariz frío y formalista, como la identificación con una fecha posterior de acopio y/o práctica, sino que resulta necesario comprenderlo como una **característica sustancial, inherente a la evidencia, por virtud de la cual se allega a la actuación un contenido distinto y diferente a aquel que ya obraba en ésta.***



Es decir, se está ante un medio con la fuerza necesaria para derruir los fundamentos de la medida de aseguramiento, bien sea porque descarta la autoría o participación o responsabilidad del imputado o porque acredita que ningún fin constitucionalmente legítimo es perseguido. En caso contrario, si no se logran dichos propósitos y la convicción sobre las circunstancias fácticas permanece razonablemente inalterable no procederá la revocatoria, en tanto la nueva información carece de la aptitud y suficiencia para desdibujar las deducciones que edificaron la restricción de la libertad.

Con esa orientación, es claro que no se trata de una segunda valoración de las evidencias que justificaron la adopción de la medida, como si impropriamente se surtiera el análisis de un recurso de apelación, sino de la exigencia sustancial insoslayable de presentación de un medio demostrativo apto e idóneo para desvirtuar la inferencia razonable de autoría o la necesidad concreta de la medida por ausencia de finalidad constitucional que llevó a decretarla. (CSJ SP10944-2017, Rad. 47850).

2. En el presente asunto, el defensor del procesado solicita se revoque la medida de aseguramiento, argumentando que los fines constitucionales que en su momento justificaron la imposición de la medida de aseguramiento, perdieron vigencia, a ese argumento se circunscribirá la Sala en su análisis.

Pues bien, para la Corporación, las circunstancias valoradas para dar por acreditados los fines constitucionales llamados a cumplir por la medida de aseguramiento impuesta a GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ no han variado, por manera que las razones que llevaron a concluir su necesidad, urgencia, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad se mantienen, atendiendo los criterios previstos en los artículos

355 de la Ley 600 de 2000, y 310 a 312 de la Ley 906 de 2004², aplicables a este caso por favorabilidad.

En efecto, al momento de definir la situación jurídica del acusado, esta Sala consideró que la restricción de la libertad se advertía necesaria para evitar la obstrucción a la justicia y en protección de la seguridad de la sociedad.

En relación con el primero de los aludidos criterios, con fundamento en la prueba legal y oportunamente allegada a la actuación, advirtió la Sala el episodio relacionado con la presunta sustracción de unos informes de interceptación de comunicaciones del proceso radicado 39768 seguido contra Álvaro Ashton, según se ventiló en la audiencia celebrada el 21 de septiembre de 2017 dentro de la radicación 1100600010201700352 adelantada por estos mismos hechos contra Francisco Ricaurte³, informes de cuya existencia y contenido se tuvo noticia en estas diligencias a través de los testimonios de Luis Gustavo Moreno Rivera y José Reyes Rodríguez Casas, premisa fáctica a partir de la cual se concluyó:

En este orden, existe la posibilidad de obstaculización de la actividad procesal y probatoria, pues del relato de los testigos y las circunstancias anteriormente relatadas, esto es, la existencia de las conversaciones interceptadas entre Ashton y Ricaurte y la sustracción de los informes respectivos del cuaderno reservado del expediente 37968, permiten inferir la posibilidad que la desaparición de ese material probatorio lo haya sido a expensas del aquí

² Al respecto CSJ AP3515-2017 y CSJ SP 6 abr. 2016, Rad. 44655, entre otros.

³ Incorporada a estas diligencias mediante informe de policía judicial 10-115634 de octubre 20 de 2017 Folio 166, C.O. 2 Comisión de Investigación y Acusación- Cámara de Representantes.

procesado, debido no solo al vínculo fraternal de MALO FERNANDEZ con el allí directamente involucrado (Ricaurte), sino porque de hacerse públicas las conversaciones –como pretendió José Reyes Rodríguez Casas-, hubieran puesto en riesgo la existencia misma de la organización.

En otras palabras y reiterando que se trata de una conclusión en sede de probabilidad de verdad -no de certeza-, razonablemente se infiere que quien tenía los medios y la motivación para sustraer los informes de interceptación –por sí o por interpuesta persona- era el aquí procesado⁴.

Según refiere la defensa del doctor MALO FERNANDEZ, consultado el acervo probatorio en distintos radicados donde se ha cuestionado la pérdida del referido informe de policía judicial, se demuestra que éste nunca se perdió, tal como lo afirmó José Reyes Rodríguez Casas en su declaración ante esta Sala y, con mayor precisión, en el juicio que se adelanta contra Francisco Ricaurte en el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá.

No obstante, los denodados esfuerzos argumentativos que exhibe el señor defensor, debe partir la Sala por afirmar que los elementos de convicción legal y oportunamente arrimados a la actuación con posterioridad a la imposición de la medida de aseguramiento, no sustentan los presupuestos fácticos en que fundamenta el decaimiento de los fines constitucionales de la medida de aseguramiento.

En primer término, porque no es cierto que José Reyes Rodríguez Casas, en la declaración rendida recientemente en el juicio, hubiera afirmado que el informe de interceptaciones

⁴ CSJ AEP00058-2019, Rad. 00094,

nunca se perdió, aserto que resulta de una lectura parcial del contenido de la prueba testimonial, en la que aquél indicó que el informe *"finalmente como que no se perdió"*, y explicó que tiempo después de haber renunciado a su cargo, recibió comunicación telefónica en la que le preguntaban por un informe de interceptaciones del radicado 39768 que aparecía en los cuadernos reservados, ante lo cual el testigo manifestó que no se preocuparan, que si no obraba en el expediente era posible recuperar los audios respectivos en el Sistema Esperanza, como en efecto sucedió según se aprecia en el citado expediente y en las copias que del mismo obran en la radicación 51161, abierta contra Ashton Giraldo por la presunta comisión del delito de cohecho⁵.

Al respecto huelga aclarar que, si bien para el testigo Reyes Rodríguez Casas los informes de interceptación *no se perdieron*, en tanto el contenido de los mismos fue recuperado, el supuesto fáctico valorado por la Sala fue la presunta sustracción del informe de los cuadernos reservados del expediente 39768, circunstancia acreditada con diversos medios de convicción en esta actuación, valoración que hasta este momento resulta intangible.

Así, a folio 63 del cuaderno No. 1 del expediente 51161⁶, obra la declaración jurada rendida por Anyela Marcela Moreno Rodríguez, investigadora del CTI de la Fiscalía General de la Nación, dentro del radicado 110016000102201700352 el 6 de

⁵ Copias que reposan como prueba trasladada obtenida mediante sendas inspecciones adelantadas en la JEP los días 16 de septiembre y 5 de noviembre de los corrientes.

⁶ Cuaderno Anexo original No. 40.

septiembre de 2017, en la que al ser interrogada sobre la falta de un informe en el cuaderno reservado de interceptaciones manifestó que para ella no era posible establecer si hacía falta algún informe, por cuanto éstos los entregaba directamente el analista al magistrado auxiliar, pero aporta copia de algunos de los que encontró en su archivo personal, en los que advierte la existencia de comunicaciones entre Álvaro Ashton y Francisco Ricaurte.

Dentro del citado radicado y en la misma fecha, obra declaración jurada de Oscar Humberto Álvarez Muñoz⁷, analista de la sección de control telemático del CTI, a quien se le puso de presente el cuaderno reservado preguntándosele en concreto por una orden de prórroga de interceptación que no contaba con soporte en informe parcial previo, momento en el cual indicó que esa prórroga tenía como sustento un informe de 2 de diciembre de 2013, mismo que afirmó *“no lo veo en los documentos que usted me acaba de entregar”*, el cual manifestó tenía guardado en una memoria *usb* de la cual hizo entrega en la misma diligencia, dejándose por la Fiscal la siguiente constancia: *“Dentro de estos documentos aplicado el motor de búsqueda con el radicado se encuentran 12 documentos, el que ocupa el puesto 1 y está titulado “REPORT A NOV-29 RAD 39768”, documento que al leerse tiene 25 páginas, numerado con el 1062 de diciembre 2 de 2013”*.

De este mismo informe hizo entrega física el testigo, documento en el cual aparece una anotación manuscrita en la

⁷ Folio 105, cuaderno anexo No. 40 que contiene documentos allegados en inspección al radicado 51161, adelantada el 5 de noviembre de 2019 en la JEP.

que se lee: "recibí Dic 3/13, 9:30 AM", documento que contiene 1 folio y 24 folios más numerados de la página 2 a la 25, contentivos de síntesis de comunicaciones interceptadas, los que afirma entregó a la Corte Suprema.

En el mismo sentido, se tiene la declaración mediante certificación jurada rendida por el magistrado Eugenio Fernández Carlier⁸, a quien correspondió la actuación 39768 tras la denominada regionalización de las investigaciones en el seno de la comisión de apoyo a la investigación, implementada a mediados de 2014.

Conforme con esta, el 3 de octubre de 2017, con ocasión de un reporte que le presentó el magistrado auxiliar Felipe Corredor, se enteró que del informe que según el investigador Álvarez Muñoz entregó al entonces magistrado auxiliar José Reyes el 3 de diciembre de 2013, solo obraba en el cuaderno respectivo un folio, sin la síntesis de las conversaciones que allegó con posterioridad. Ello determinó que se compulsaran copias ante la Fiscalía y la Procuraduría para lo de su competencia, y se dispuso: *"recibirles declaración a los investigadores de policía judicial Anyela Marcela Romero Rodríguez y Óscar Álvarez Muñoz, para constatar la información dada en medios de comunicación acerca del extravío de los informes o interceptación de comunicaciones... Con base en las informaciones ofrecidas por los testimonios de los investigadores Anyela Marcela Romero Rodríguez y Óscar Álvarez Muñoz se*

⁸ Folio 172, cuaderno anexo No. 41

ordenó la reconstrucción de los informes y audios que no obren en el expediente, lo que ya se hizo en su totalidad".

Conforme lo anterior, es claro que dentro del cuaderno reservado de interceptaciones no obraba el informe relacionado por el investigador Álvarez Muñoz, pues así lo indica no solo su dicho, sino las labores adelantadas por la Sala de Casación para su reconstrucción, diligencias acreditadas, además, con el informe del magistrado auxiliar Felipe Corredor al que alude el doctor Fernández Carlier, que obra a su turno en el folio 8 del cuaderno anexo No. 20, el cual contiene los documentos obtenidos en inspección judicial practicada al radicado 39768 en la JEP.

En este orden, el supuesto de hecho que afirma la defensa desapareció sigue vigente, asunto que desde luego deberá dilucidarse cuando emprenda la Sala la labor de valoración conjunta de la prueba, razón por la cual –entre otras razones– se dispuso oficiosamente la declaración de los mencionados funcionarios del CTI y que está pendiente aún de recaudarse, pero que de manera alguna permite descartar anticipadamente su ocurrencia y, menos aún, adelantarse el valor probatorio que merecen en esta etapa procesal, so pena de incurrir en causal que impida a los integrantes de la Sala pronunciarse de fondo sobre la responsabilidad del procesado.

Ahora bien, en cuanto al peligro futuro para la comunidad, la calificación de las conductas atendiendo su gravedad y modalidad, aunadas a la concurrencia de las

circunstancias previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, condujeron a la Sala al pronóstico de que en libertad pondría en peligro a la comunidad, análisis que se mantiene porque no ha arribado prueba con posterioridad que enerve sus fundamentos.

Sobre este aspecto discurrió la Sala:

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

Para ello, téngase en cuenta que los actos de corrupción a que presuntamente doblegó su voluntad el aquí acusado, lo fueron durante el tiempo que desempeñó la máxima magistratura de la jurisdicción ordinaria en la especialidad penal, haciendo uso – además – de la información privilegiada a la que tenía acceso por virtud de las funciones delegadas, pervirtiendo el ejercicio de tan alta dignidad para favorecer a quienes estuvieran en la capacidad de pagar las altas sumas de dinero que se cobraban, con el propósito deleznable de someter la jurisdicción a los intereses particulares de quienes eran objeto de indagación penal por la Corte Suprema de Justicia.

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

Tampoco puede pasarse por alto, que se trata de un funcionario que, en virtud de la alta dignidad encomendada, le era exigible rectitud, honestidad, honradez y moralidad en todas sus actuaciones públicas y privadas, además de la idoneidad y probidad que el

ejercicio mismo del cargo le imponía, facultado como lo estaba para investigar, acusar y juzgar a los aforados constitucionales y legales que hubieran incurrido en violación al ordenamiento jurídico penal. Tales atribuciones son incompatibles con la más mínima sombra de duda sobre la transparencia, pulcritud y rectitud en que debe ejercerse la investidura y, de presentarse, impiden la consecución de los fines esenciales del Estado: la vigencia de un orden justo y la recta y eficaz impartición de justicia (art. 310, Ley 906 de 2004).

En este orden, sin mayor esfuerzo se advierte que la motivación expuesta por la Sala permanece incólume, en tanto ninguna de las pruebas practicadas con posterioridad al auto que resolvió la situación jurídica del acusado ha desvirtuado la trascendencia, entidad y lesividad objetiva advertida en las conductas imputadas.

A la par con el análisis necesario sobre la gravedad y modalidad de las conductas punibles atribuidas a GUSTAVO MALO FERNANDEZ, la Sala consideró –en los términos del numeral 1º del artículo en cita- como probable su vinculación con una organización criminal en los siguientes términos:

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

Ahora, al menos preliminarmente, de las pruebas se infiere razonablemente que GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ hacía parte de esa estructura, por tratarse del titular del despacho en el que se adelantaban las actuaciones de Musa Besaile y Álvaro Ashton

en las que Luis Gustavo Moreno confesó haber cobrado -a nombre de la organización- altas sumas de dinero, para lo cual habría hecho uso de la información que con ese propósito le entregaba MALO FERNANDEZ a Francisco Ricaurte, relativa a la inminente apertura formal de instrucción y la emisión de órdenes de captura.

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

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

De igual manera, la Sala también encontró acreditada de forma preliminar la posible continuación de la actividad delictiva, en cuanto "el propósito criminal de la organización de la cual se señala hace parte el aquí acusado, consistía precisamente en manipular actuaciones judiciales en beneficio de quienes eran objeto de persecución penal, para lo cual hacían uso de información sometida a reserva sumarial y que aún posee el aquí acusado, en relación con procesos que estuvieron bajo su dirección y que están surtiendo su trámite en esta Corporación".

Por ello, se advirtió en el proveído que resolvió la situación jurídica del aquí procesado:

Es que, si bien el doctor MALO FERNANDEZ se encuentra actualmente suspendido de su cargo por virtud de la aprobación de

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

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

(...)

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

Ninguno de los hechos advertidos en la motivación de la Sala han desaparecido con alguna prueba nueva, pues su probable vinculación con organizaciones criminales hace parte precisamente de la conducta desvalorada que se le censura y por la cual se le acusó como presunto autor del punible de concierto para delinquir, situación que no se altera porque, ante el escándalo suscitado y las investigaciones penales adelantadas con ocasión del mismo, los presuntos miembros

de la organización hayan sido apartados de sus cargos en la rama judicial o se hayan visto precisados a abandonar el ejercicio de la profesión.

Contrario a ello, es necesario advertir que los medios de convicción arrimados a la actuación confirman que, en efecto, en al menos dos investigaciones previas adelantadas por el despacho del aquí procesado se pagaron altas sumas de dinero para obtener decisiones favorables a los allí investigados, situación que lleva insita la *probabilidad* de que el acusado esté involucrado en los hechos que se investigan, dada su condición de magistrado sustanciador en los casos en que se acreditó que ello aconteció.

Lo propio sucede con la continuación de la actividad delictiva, pues, como se dijo en su momento, la organización criminal de la que se señala hacía parte el acusado hacía uso de información sometida a reserva sumarial, misma a la cual tuvo acceso MALO FERNANDEZ en los procesos bajo su dirección.

Bajo este panorama, es claro que aún existe la posibilidad de que el procesado haga uso de la información privilegiada a la que tuvo acceso hasta el mes de septiembre de 2017, en varios procesos en curso ante esta Corporación, razón por la cual persiste la necesidad de mantener al acusado sujeto a la medida restrictiva, pues impide arribar a un pronóstico favorable a sus intereses sobre el peligro que puede representar su libertad para la comunidad.



Ha de advertirse, además, que en los términos del numeral 2º del precitado artículo 310 del Código de Procedimiento Penal de 2004, también concurre contra las pretensiones de la defensa el criterio relacionado con el número de delitos imputados y su naturaleza, que como se vio, comprende los punibles de concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a secreto o reserva.

La gravedad y modalidad de los delitos por los que se procede y la pena a irrogar en caso de que el doctor MALO FERNANDEZ sea vencido en juicio, se reitera, *"son indicativas de las gravosas consecuencias que el juicio de reproche acarrea en el caso concreto, circunstancias que valoradas conjuntamente con la posibilidad de obstaculización de la actividad probatoria permiten afirmar la necesidad y urgencia de la detención preventiva"*.

Así las cosas, contrario al parecer de la defensa, no se ha allegado elemento de convicción o se ha practicado prueba sobreviniente que desvirtúe las consideraciones de esta Sala en punto de la medida restrictiva de la libertad, mismas que fueron ratificadas integralmente en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de esta misma corporación.

No sobra advertir, tal y como se dijera al momento de imponer la medida cuya revocatoria predica la defensa, que la misma deviene en idónea para alcanzar la finalidad protectora

de los fines constitucionales invocados, a la par que necesaria, ante la ausencia de otras medidas menos restrictivas de derechos fundamentales que permitan alcanzar los fines ya señalados, ante la *"posibilidad latente de que se siga afectando la administración de justicia y la escala y magnitud del entramado de corrupción aquí investigado"*, circunstancias que evidencian un riesgo concreto que aún persiste y que no se puede precaver con ninguna de las medidas no privativas de la libertad contempladas en la ley.

Finalmente, frente a los reclamos de la defensa por la no práctica de la inspección judicial a la que alude, ha de advertirse que de las varias inspecciones decretadas ya se han evacuado las relacionadas con los expedientes 39768 y 61161, adelantados contra Álvaro Ashton por concierto para delinquir y cohecho, respectivamente, al igual que las de los radicados 27700 y 52196 contra Musa Besaile Fayad por los mismo delitos, quedando pendiente únicamente la anunciada al radicado 110016000102201700352 seguido contra Francisco Javier Ricaurte, diligencia que se adelantará en la medida en que la apretada agenda del Despacho lo permita.

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

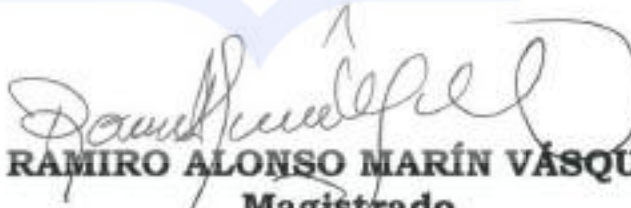
RESUELVE:

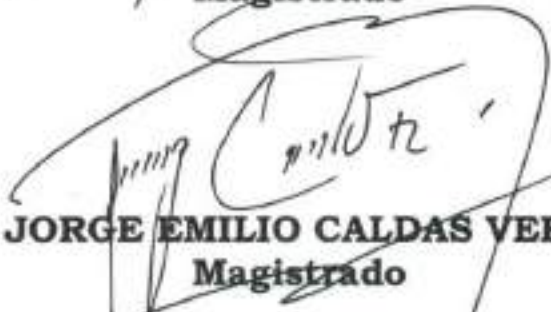
DENEGAR la solicitud de revocatoria de la medida de

aseguramiento de detención preventiva deprecada por la
defensa de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ, conforme
las razones expuestas en la parte motiva.

Contra esta decisión proceden los recursos de reposición
y apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario