



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

- Solicitud : Pérdida de investidura de congresista
- Expediente : 11001-03-15-000-2018-00317-01
- Solicitante : **Pablo Bustos Sánchez**
- Accionado : Musa Abraham Besaile Fayad
- Tema : Pérdida de investidura de congresista por tráfico de influencias
- Actuación : Decide apelación – Ley 1881 de 2018.

Procede la sala plena de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Musa Abraham Besaile Fayad contra la sentencia de 11 de febrero de 2019, proferida por la sala especial de decisión de pérdida de investidura 26 de esta Corporación, mediante la cual le decretó la pérdida de investidura de congresista dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La solicitud (ff. 718 a 735). El ciudadano Pablo Bustos Sánchez acude ante esta jurisdicción a incoar medio de control de pérdida de investidura conforme al artículo 143 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el congresista Musa Abraham Besaile Fayad, por haber incurrido en la causal de tráfico de influencias, prevista en el artículo 183 (numeral 5) de la Constitución Política, o, de manera subsidiaria, por las causales de indebida destinación de dineros públicos del numeral 4 *ibidem*, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrada en el numeral 1 del mismo artículo, o por gestionar en nombre propio o ajeno asuntos ante entidades públicas o ante personas que administren tributos, ser apoderado ante estas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona contrato alguno, al tenor del artículo 180 (numeral 2) de la misma Carta.

1.1.1 Hechos. Relata el peticionario que el demandado, en su condición de senador de la República, confesó haber expresado ante la Corte Suprema de Justicia que pagó dos mil millones de pesos, por medio del abogado Luis Gustavo Moreno Rivera, para manipular decisiones judiciales que se desarrollaban en su contra en esa Corporación, con el propósito de detener la



orden de captura que se iba a proferir y se dilatará el respectivo proceso penal que cursaba en la sala penal por nexos con grupos armados al margen de la ley, en este caso, por la llamada «parapolítica».

Precisa que «dichas coimas.... fueron canceladas en favor del magistrado de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, LEONIDAS BUSTOS. – a quien aquel [Luis Gustavo Moreno] llamaba su “papá” – así como FRANCISCO RICAURTE respecto del proceso por parapolítica que le adelantaba dicha CORTE en su contra, el cual estaba a cargo del magistrado GUSTAVO MALO...» (f. 722); que «MUSA BESAILE ha relatado haber dejado, de tiempo atrás, un documento contentivo de los pagos de sobornos a la justicia el cual puso a disposición de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA» (f. 723).

Agrega que el congresista influyó también sobre los directivos del Instituto Nacional de Concesiones (Inco) y otras autoridades, para lograr que al contrato de concesión de la vía vehicular denominada La Ruta del Sol II, se adicionara la construcción de la carretera Ocaña- Gamarra, se mejoraran las condiciones económicas del concesionario mediante el incremento de la tarifa y la instalación de dos peajes más, para cuyo propósito recibió como contraprestación un soborno de la empresa constructora Odebrecht, integrante del Consorcio La Ruta del Sol II, que le pagó a través de contratos simulados.

1.1.2 Causales de pérdida de investidura invocadas.

Con fundamento en los hechos narrados, acusa al excongresista de haber incurrido en las causales de pérdida de investidura previstas en los numerales 2 del artículo 180 y 1, 4 y 5 del artículo 183 de la Constitución Política, que establecen:

ARTÍCULO 180. Los congresistas no podrán:
[...]

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses
[...]



4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

1.2 Contestación de la solicitud de desinvestidura. El accionado contestó la demanda en forma extemporánea (f. 820), razón por la cual nos abstendremos de pronunciamientos a este respecto.

1.3 La sentencia apelada (ff. 819 a 831). Esta Corporación, mediante sentencia de primera instancia de 11 de febrero de 2019, proferida por la sala especial de decisión de pérdida de investidura 26, decretó la pérdida de investidura del exsenador Musa Abraham Besaile Fayad, únicamente por la causal prevista en el artículo 183 (numeral 5) de la Constitución Política, esto es, por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Para arribar a tal determinación, consideró que solo había lugar a examinar la mencionada causal, debido a que como en los supuestos de hecho invocados por el peticionario relacionados con el pago de dinero para evitar que la Corte Suprema de Justicia le dictara orden de captura, *«no sostuvo que ese dinero presuntamente provino de hechos de corrupción en la contratación de servicios de salud por la Gobernación de Córdoba, el análisis se circunscribe a lo indicado en la solicitud»* (f. 821, dorso).

Así, respecto de la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias, la sala especial de decisión 26 estimó colmados los presupuestos señalados por la jurisprudencia de esta Corporación¹, esto es, que para su estructuración deben concurrir los siguientes: i) que la persona que ejerce la influencia tenga o haya tenido la calidad de congresista que se adquiere a partir de la posesión del cargo; ii) que se invoque esa condición ante servidor público y se ejerza sobre este influjo, que lleva al servidor a realizar la actividad que el congresista pretende, sin que resulte relevante la relación de jerarquía entre el congresista y el servidor público; iii) que el congresista reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero, dádiva, con las salvedades o excepciones establecidas en la ley en cuanto a las gestiones de ellos a favor de sus regiones; y iv) que el beneficio pretendido por el congresista provenga de un asunto que el servidor público se encuentre conociendo o vaya a conocer y que ese beneficio se origine, precisamente, en un asunto en el que el servidor público tenga competencia o la vaya a tener, pues es esa la razón por la que el congresista aborda al servidor.

¹ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso-administrativo, sentencia de 30 de julio de 1996, expediente AC- 3640 (fundamento jurídico, párrafo 6).



La Sala halló demostrado que para la época de los hechos investigados (septiembre de 2014), el demandado tenía la condición de congresista, situación que no discute el señor Besaile Fayad.

Que el exsenador negoció con el abogado Luis Gustavo Moreno Rivera el pago de un soborno con el propósito de que, con la intervención del entonces magistrado de la Corte Suprema de Justicia Francisco Ricaurte Gómez, se detuviera la orden de captura que esa Corporación libraría contra el señor Besaile Fayad dentro del proceso penal 27.700 y se dilatara el trámite hasta lograr la prescripción de la acción penal. El asunto se hallaba en ese momento a cargo del magistrado de la Sala de Casación Penal Gustavo Malo Fernández.

Afirma que «Alejandro José Lyons Muskus, Luis Ignacio Lyons España, Luis Gustavo Moreno Rivera afirmaron que el excongresista recibió una información, según la cual, por el avance de la investigación Rad. n° 27700 se expediría una orden de captura en su contra, de modo que para evitarla, decidió pagar los dos mil millones de pesos que le pidió el abogado Moreno Rivera. Sobre la noticia de la orden de captura y el pago del dinero no existe controversia, pues así lo reconoció Besaile Fayad [hecho probado 9.8]» (f. 825, dorso).

Que el ciudadano Alejandro José Lyons Muskus declaró que tuvo conocimiento del arreglo entre el exsenador Besaile Fayad y el abogado Moreno Rivera y del monto del soborno para evitar la orden de captura; el testigo narró que el excongresista le pidió dineros de la corrupción en el departamento de Córdoba, pues tenía que pagar una suma, porque lo iban a capturar.

Consideró la Sala que el testimonio de Lyons Muskus es creíble y verosímil, puesto que se conocían con el exsenador Besaile Fayad, dada la condición que ambos tenían de líderes políticos del departamento de Córdoba y el relato del testigo resulta detallado, coherente, preciso, espontáneo y no se contradice con lo probado en el proceso de pérdida de investidura, ni con las pruebas trasladadas de la Corte Suprema de Justicia, de la investigación 50.969.

En cuanto a la forma como se logró influir en la investigación penal 27.700, acota que el abogado Moreno Rivera destacó la intervención del exmagistrado Ricaurte Gómez frente al magistrado titular Gustavo Malo, quien le suministraba información del caso al primero, al punto que, según Moreno, el mencionado exmagistrado dispuso que este actuara como defensor suplente



del exsenador y que Lyons España continuara como defensor principal y solicitara la práctica de pruebas para dilatar el trámite, lo que en efecto aconteció, manifestaciones que concuerdan con la constancia expedida por la secretaría de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia y con el acta de inspección judicial practicada al proceso 27.700, en cuanto aparece el abogado Moreno Rivera como defensor suplente y la solicitud de pruebas por parte de la defensa principal del señor Besaile Fayad.

Que también afirmó el testigo Moreno Rivera que, como resultado del arreglo con el congresista Musa Besaile, el magistrado Malo Fernández desvinculó de su despacho al magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, porque incomodaba la dilación del proceso penal y, por el contrario, este había sugerido librar orden de captura contra el exsenador. Que, por tal motivo, el funcionario Malo solicitó de varios de los miembros de su equipo de trabajo que presentaran la renuncia al cargo, pero solo se la aceptó al mencionado magistrado auxiliar, y de esta forma, la orden de captura contra el excongresista no se profirió, *«ni se avanzó en la instrucción durante el lapso en que Moreno Rivera estuvo como apoderado suplente de Besaile Fayad [hecho probado 9.5]»* (f. 827).

Que el exsenador sostiene que *«no consintió en el pago del soborno»* (f. 827), sino que el abogado Luis Gustavo Moreno lo coaccionó con la amenaza de una inminente orden de captura en su contra, lo que le generó temor; que no fue parte del ilícito de Moreno Rivera y su *«grupo»*, sino víctima de ellos, como lo atestiguan su hermano John Moisés Besaile Fayad y su esposa Milena Flórez Sierra, pero para el *a quo* esta afirmación no resulta creíble, en consideración a que los vínculos de parentesco de los testigos afectan la imparcialidad de su dicho, y además, al cotejar las declaraciones de ellos con las demás pruebas del proceso, no existe coincidencia que respalde la alegada coacción y, por otra parte, no es serio, ni verosímil que, pese a la supuesta coacción de Moreno Rivera, el abogado de confianza de Besaile Fayad lo designara al mismo tiempo como defensor suplente.

En fin, concluye la Sala que la condición de aforado del excongresista lo llevó a emprender negociaciones con un exmagistrado, que podía y tenía contacto con el magistrado instructor de la investigación penal que cursaba en su contra y por ello accedió a pagar dos mil millones de pesos y, como consecuencia, el funcionario judicial adoptara decisiones a su favor, de modo que se encuentra satisfecho el tercer presupuesto de la causal de tráfico de influencias.



Que, por otro lado, la conducta no se tipifica dentro de las excepciones del artículo 283 (numerales 6 y 8) de la Ley 5ª de 1992, que permite a los congresistas efectuar gestiones a favor de sus regiones.

En lo que concierne al componente subjetivo de la conducta que dio lugar a la pérdida de investidura del demandado, el fallador de primera instancia aduce que no solo es ilegal, sino inadmisibles e injustificables, puesto que el señor Besaile Fayad, como congresista, estaba en condiciones de afrontar el citado proceso penal a través de abogado de confianza y de ejercer su defensa por medio de los mecanismos legales de impugnación frente a las decisiones que lo afectarían.

Concluye que, de acuerdo con lo probado, no resulta necesario examinar las causales subsidiarias de pérdida de investidura alegadas por el solicitante, ni los demás supuestos de hecho en los que las sustentó.

1.4 El recurso de apelación (ff. 865 a 878). El excongresista Besaile Fayad, por conducto de apoderado, solicita que se revoque la sentencia apelada, puesto que, en su criterio, se profirió «*existiendo duda razonable sobre si fue el exsenador Musa Abraham Besaile Fayad quien acudió ante los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, o si por el contrario fueron estos a través de determinadas personas quienes buscaron al exsenador con el fin de obtener un beneficio económico obstruyendo un presunto proceso penal adelantado por la Corte Suprema de Justicia en contra del señor Musa Abraham Besaile Fayad, en todo caso dicha duda razonable fue resuelta en contra del señor Besaile Fayad*» (f. 871).

Para sustentarlo, aduce que a mediados de 2017 se desató en Colombia el escándalo de corrupción denominado «*el cartel de la toga*», del cual, dice, existen dos teorías: la primera, según la cual algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia manipulaban procesos penales a su cargo y solicitaban altas sumas de dinero de los investigados; la otra, que se extorsionaba a ciertos funcionarios públicos dándoles a entender que existían procesos penales en su contra y, para evitar que les librasen orden de captura, debían pagar gruesas sumas de dinero; que las personas que los abordaban decían tener acceso directo al proceso y podían evitar la emisión de dichas órdenes.

Sostiene el apoderado que el exsenador Musa Abraham Besaile Fayad fue una de las personas víctimas de tales sucesos, «*quien presuntamente pagó la suma de dos mil millones de pesos con el fin de evitar que se emitiera una supuesta*



orden de captura en su contra» (f. 871). Afirma que se estableció que eran los magistrados, por intermedio de terceras personas, quienes coaccionaban a los presuntos investigados con el fin de obtener altas sumas de dinero a cambio de *«entorpecer»* las investigaciones.

Que también se determinó que, con el propósito de generar temor en los presuntos investigados que serían capturados, *«los magistrados involucrados, iniciaban un proceso penal el cual se quedaba en la fase de investigación, de esta manera influían psicológicamente en las personas de quienes pretendían el pago»* (f. 871), lo cual derivó en el fenómeno jurídico denominado *«insuperable coacción ajena»*, que constituye eximente de responsabilidad, pues el hecho de amenazar a una persona con privarla de la libertad con potestad para hacerlo, *«implica confeccionar una situación de peligro; que el hecho de realizar el pago requerido constituye la presunta comisión de un ilícito que pretende evitar un mal mayor que finalmente no puede ser evitado de otra manera»* (f. 872).

Añade que no existe prueba de que el señor Besaile Fayad hubiera invocado la condición de congresista, ni de haber acudido como tal ante funcionario de la Corte Suprema de Justicia para realizar influjo psíquico alguno.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante escrito radicado en esta Colegiatura el 26 de febrero de 2019 (ff. 865 a 878), el excongresista Musa Abraham Besaile Fayad, a través de apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia que decidió la pérdida de su investidura, con el objeto de que sea revocada, previo el decreto de pruebas que solicitó en esta instancia.

El despacho sustanciador admitió la impugnación, mediante auto de 11 de marzo de 2019, y negó, por inoportunas e improcedentes, las pruebas que el apelante pidió en esta instancia (ff. 888 a 890); además, dispuso que se corriera traslado de la decisión al accionante y al Ministerio Público, conforme al artículo 14 (numeral 3) de la Ley 1881 de 2018.

El 28 de mayo de 2019, la sala plena de esta Corporación confirmó la precitada decisión al resolver el recurso de súplica que interpuso, por medio de apoderado, el señor Besaile Fayad contra la determinación de negar las pruebas en segunda instancia (ff. 928 a 9312).



2.1 Concepto del Ministerio Público (ff. 900 a 908). El procurador quinto delegado ante esta Corporación conceptuó en segunda instancia que se debe confirmar la sentencia apelada, por la cual se decretó la pérdida de investidura del demandado.

Frente a la «*duda razonable*» opuesta por el exsenador, dice que «[...] *se supera ante el hecho de que se probó... que el ahora ex congresista canceló una alta suma de dinero con destino a un servidor público, valiéndose de su condición de congresista y en tal virtud aforado, sujeto pasivo de una investigación ante la Corte Suprema de Justicia, para obtener un beneficio por parte del servidor público, para entonces su juez natural, en el trámite adelantado ante dicha corporación [...] de no haberse ostentado esta calidad, otro hubiera sido su juez natural frente a la posible comisión de un delito [...] fue el congresista quien se puso en movimiento y pagó la suma de dos mil millones de pesos, tal como lo aceptó el mismo demandado, para entablar y dilatar el trámite del proceso penal, a tal punto que, en efecto, no fue librada la orden privativa de su libertad dentro de ese proceso*» (f. 905).

Agrega que no es aceptable el argumento del demandando en cuanto afirma que el «*mal mayor*» que aduce no podía ser evitado de otra manera, sino a través del pago del soborno que realizó; es como aceptar que todo aquel contra quien se profiera una orden restrictiva de la libertad se encuentra ante un peligro inminente, que justifica un comportamiento delictivo, como el pago de una suma de dinero a la autoridad para que se abstenga de ejecutarla, razonamiento reprochable y contrario a los principios del Estado social y democrático de derecho. Que para evitar su aprehensión dentro del proceso penal 27.700, el señor Besaile dispuso de manera consiente el pago de dos mil millones de pesos con intermediación de su abogado Luis Gustavo Moreno, cuyo propósito no era otro que perturbar la marcha de la administración de justicia, comportamiento ilegal, inadmisibile e injustificable.

2.2 Solicitud de traslado a la Justicia Especial para la Paz (JEP). El señor Besaile Fayad, en escrito que radicó en esta Corporación el 15 de febrero de 2019 (ff. 835 a 847), reiterado el 10 de mayo del mismo año (f. 925), solicitó el traslado del presente proceso a la JEP y el consejero sustanciador la negó mediante proveído de 10 de junio de 2019 (ff. 940 a 942), contra el que el interesado interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación (ff. 953 a 958).

La sala plena del Consejo de Estado, en auto de 16 de julio de 2019 (ff. 971 a



975), consideró que como la decisión no es pasible de apelación, y de contera, tampoco de súplica, dispuso que el magistrado que dictó el auto recurrido resolviera el recurso de reposición y así lo hizo, a través de providencia de 24 de los mismos mes y año (ff. 982 a 984), en la que no repuso la determinación de negar el envío el expediente a la JEP, y denegó por improcedente el recurso de apelación.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva de los artículos 184 y 237 (numeral 5) de la Constitucional Política, 37 (numeral 7) de la Ley 270 de 1996, 111 de la Ley 1437 de 2011, 2 de la Ley 1881 de 2018 y segundo del Acuerdo 11 de 2018 del Consejo de Estado, la sala plena de lo contencioso-administrativo de esta Corporación es competente para conocer de la presente solicitud de pérdida de investidura en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. La Sala debe resolver si la sentencia apelada fue ajustada a derecho, en cuanto decretó la pérdida de investidura por la causal de tráfico de influencias debidamente comprobado, prevista en el artículo 183 (numeral 5) de la Constitución Política, del exsenador Musa Abraham Besaile Fayad, elegido para los períodos constitucionales 2010- 2014 y 2014- 2018.

Con tal propósito, examinará (i) si existió duda razonable sobre la responsabilidad del demandado y (ii) si se configuró el fenómeno de *insuperable coacción ajena*, como eximente de responsabilidad, según las inconformidades planteadas por el señor Musa Abraham Besaile Fayad en su escrito de alzada.

3.3 Hechos probados. Se hará referencia a las pruebas que guardan relación con el problema jurídico derivado de los cargos invocados en la apelación de la sentencia:

i) El señor Musa Abraham Besaile Fayad fue elegido senador de la República en forma consecutiva para dos períodos constitucionales que abarcaron 2010 a 2018, según consta en la certificación de 13 de septiembre de 2018, expedida por el secretario general del Senado de la República (ff. 538 a 570, c. 3).

ii) Obra en el expediente, como prueba trasladada (en sobre sellado), copia del



proceso penal 50.969² adelantado por la Corte Suprema de Justicia contra el mencionado exsenador *«por el presunto pago de dinero para obtener beneficios en las investigaciones que adelanta esa corporación»*.

A las demás pruebas hará mención la Sala en el momento de resolver los cargos planteados en la apelación de la sentencia.

3.4 Pérdida de investidura de congresista. Generalidades. La sala plena de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado³ la ha definido como una acción pública de linaje constitucional en la que se lleva a cabo *«[...] un juicio de responsabilidad ético y político, que culmina con la imposición de una sanción por la trasgresión del estricto código de conducta previsto para los miembros de las corporaciones representativas que impide en forma perpetua el ejercicio de cargos de elección popular [...]»*; se trata de un *«[...] mecanismo para sancionar conductas contrarias a la transparencia, a la probidad y a la imparcialidad en que pudieran en un momento dado incurrir los miembros de corporaciones públicas de elección popular [...]»*.

Según lo ha reiterado esta Corporación, *«La acción de pérdida de investidura comporta entonces el ejercicio del ius puniendi del Estado con el aditamento que conlleva una sanción de suma gravedad como quiera que limita de manera definitiva el derecho a ser elegido, en ese sentido se hace imperiosa la necesidad de aplicar las garantías propias de los juicios de carácter punitivo sin que se llegue al exceso de vaciar de contenido la figura, lo cual se logra con la adopción de medidas garantistas que se compaginen con las causales de pérdida de investidura y sus especificidades según el caso concreto»*⁴; recordó en esta providencia el fallo de pérdida de investidura de 21 de julio de 2015 de la sección primera de esta Colegiatura, proferido dentro del proceso 2012-00059, en cuanto sostuvo que, *«En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista»*.

² Documentación sometida a reserva legal en los términos de los artículo 14 de la Ley 600 de 2002 y 95 de la Ley 734 de 2002.

³ Sentencia de 3 de abril de 2018, expediente 11001-03-15-000-2017-00328-00.

⁴ Sección primera, sentencia de 3 de noviembre de 2016, M- P. Guillermo Vargas Ayala, expediente 23001-2333-004-2015-00489-01.



En la misma providencia también recuerda la Corporación que *«Siendo la pérdida de investidura una sanción⁵, el juicio que la precede tiene que someterse a las exigencias propias del debido proceso sancionatorio y a los principios que lo gobiernan, en ese sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶ ha precisado:*

“Por tratarse, como ya se dijo, de una acción pública de tipo punitivo, la acción de pérdida de investidura está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad de la causal por la cual se impondría la sanción. Sanción que debe imponerse según los postulados del Estado Social de Derecho y conforme con las reglas del debido proceso. En ese orden, les corresponde tanto al demandante como al Estado acreditar debidamente la existencia de la causal en la que habría incurrido el congresista y la conducta constitutiva de la falta, todo eso dentro de las garantías procesales, se repite, reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales en favor de los sujetos sometidos a un juicio a cargo del Estado”».

De acuerdo con lo expuesto, se infiere que la naturaleza jurídica de la pérdida de investidura es sancionatoria, pero de carácter jurisdiccional, por cuanto hace parte de los medios de control consagrados en el título III del capítulo VII de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011, alusiva a la funciones judiciales de la jurisdicción de lo contencioso- administrativo.

En tal sentido, cuando el congresista incurre en alguna casual de las previstas en el ordenamiento jurídico de pérdida de investidura, la consecuencia jurídica se traduce en sanción, representada en la separación del cargo de elección popular y la imposibilidad a perpetuidad de que vuelva a ser elegido.

3.5 Causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado. Sea lo primero precisar que los numerales 5 de los artículos 183 de la Constitución Política y 296 de la Ley 5ª de 1992⁷,

⁵ En ese sentido la Sala Plena del Consejo de Estado en fallo de 21 de julio de 2016 dado dentro del expediente No. 2014-00843, reiteró la siguiente regla: En resumen: Se trata de un juicio sancionatorio ético y de responsabilidad jurídica, bajo el entendido de la ética mínima⁵ o moral de deber⁵, que el constituyente consagró en la Carta Política, como normas de orden superior –arts. 109, 110, 179 a 186, entre otros- a la manera de un régimen especialísimo que se impone a los congresistas, en razón de la representación política derivada del mandato que les es conferido por voto popular⁵, que se materializa en una genuina responsabilidad jurídica.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de marzo de 2010, expediente 2009-00198 C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁷ «Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes».



consagran como causal de pérdida de investidura de los congresistas, la de tráfico de influencias debidamente comprobado, entre otras, que es por la que se despojó al apelante de la condición de senador, en primera instancia.

Al respecto, esta Corporación ha sostenido que la mencionada causal «[...] *presupone anteponer la investidura de Congresista ante un servidor público, quien, bajo tal influjo psicológico, realiza una actividad que no adelantaría de no ser por la calidad de quien se lo solicita. Consiste en una relación de doble envío en donde el Congresista, gracias a la investidura que posee, crea en el destinatario de su influencia la decisión de realizar el hacer solicitado*»⁸.

En sentencia de 1° de noviembre de 2016⁹, esta Sala reiteró las condiciones indispensables para que se configure dicha causal de pérdida de investidura¹⁰, en los siguientes términos:

[...] la Sala a partir de la Jurisprudencia suficientemente decantada en cuanto a la demarcación conceptual del tráfico de influencias dentro de la acción de pérdida de investidura, se permite reiterar, los cuatro elementos que deberán aparecer demostrados de forma suficiente y concurrente en el proceso, para efectos de configurar la referida causal, así:

“a) Que la persona que ejerce la influencia ostente o haya ostentado la calidad de Congresista de la República, la cual se adquiere a partir de la posesión en el cargo”;¹¹

b) Que se invoque esa calidad o condición ante el servidor público¹², ejerciéndose en todo caso un influjo síquico sobre éste, sin tener en consideración el orden jerárquico existente entre ambos;

⁸ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 28 de noviembre de 2000, radicado AC-11349, C. P. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, expediente 11001-03-15-000-2015-01571-00, C. P. María Elizabeth García González.

¹⁰ Entre otros, mediante fallos de «[...] 8 de agosto de 2001 (Expedientes acumulados El AC-10966 y AC-11274, Consejero ponente doctor Reinaldo Chavarro Buriticá), de 29 de julio de 2003 y 15 de mayo de 2007 (Expedientes PI-00522, PI-2006-01268, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), de 11 de marzo de 2008 (Expediente núm. 2007-01054 (PI), Consejera ponente doctora Susana Buitrago), de 27 de abril de 2010 (Expediente núm. 2009-00935 (PI), Consejero ponente doctor William Giraldo Giraldo), 12 de junio de 2012 (Expediente núm. 2011-01112 (PI), Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), de 4 de septiembre de 2012 (Expediente núm. 2011-00616 (PI), Consejero ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez), de 9 de julio de 2013 (Expediente núm. 2011-01559-00 (PI), Consejero ponente doctor Hernán Andrade Rincón), de 30 de junio de 2015 (Expediente núm. 2013-00115-00 (PI), Consejero ponente doctor Alberto Yepes Barreiro (E)), de 4 de agosto de 2015 (Expediente núm. 2012-00863-00 (PI), Consejera ponente doctora Martha Teresa Briceño de Valencia) y de 1o. de marzo de 2016 (Expediente núm. 2015-01462-00 (PI), Consejero ponente doctor Guillermo Vargas Ayala)».

¹¹ Sentencias de Sala Plena de 21 de febrero de 2012 (Expediente núm. 2011-00497 (PI), Consejero ponente Alfonso Vargas Rincón), de 6 de mayo de dos mil catorce (2014), (Expediente núm. 2013-00865 (PI), Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero) y de 21 de junio de 2016 (Expediente núm. 2013-01258-00 (PI), Consejera ponente María Elizabeth García González).

¹² *Ibidem*.



“c) Que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones contempladas en la Ley 5ª de 1992, en cuanto a las gestiones de los Congresistas en favor de sus regiones”;¹³ y

d) Que el beneficio pretendido por el Congresista provenga de un asunto que el servidor público se encuentre conociendo o haya de conocer”.

Ese presupuesto “a)” exige la calidad cualificada del sujeto activo que pretende traficar las influencias que emanan de su investidura congresional, esto es, que debe acreditarse su condición de Senador o Representante a la Cámara.

En el requisito “b)”, debe observarse plenamente que ante el servidor público, el Congresista haya invocado, antepuesto o recurrido a su condición de tal. Son dos los aspectos fundamentales a tener en cuenta en este punto: lo primero, es que se haya ejercido sobre el servidor un influjo síquico derivado de la condición de Congresista, es decir, que lo que se pretenda de aquél se consiga por la anteposición del cargo de Senador o Representante.

En estos términos, la Sala Plena también ha sostenido que dentro de los requisitos exigidos por la jurisprudencia, para que se estructure el tráfico de influencias, se destaca el influjo psicológico que derivado de la calidad de congresista, se pueda ejercer sobre la persona que deba realizar la actividad que se pretende. Quien influye, ejerce predominio o fuerza moral, valiéndose de su poder, superioridad o fuerza dominante.

El segundo aspecto, radica en que el tráfico de influencias puede darse frente a cualquier servidor público sin consideración al orden jerárquico en que se encuentre, lo cual desecha cualquier tipo de elucubración adicional a la simple constatación de que el influenciado ostente el carácter de servidor público.

En el presupuesto “c)” debe advertirse que el Congresista bien puede solicitarle al servidor público un beneficio en dinero y/o dádiva para sí o para un tercero —excepto si se trata de una gestión a favor de su región en los términos de la Ley 5ª de 1992—, conducta que implica una relación de doble envío, donde el Congresista solicita para recibirlo, darlo o prometerlo y consecuentemente el servidor público accede a ello. Sin embargo, la conducta se configura aún [sic] cuando el servidor público no accede, porque basta la simple solicitud.

Finalmente, en el elemento “d)” habrá que precisar que el referido beneficio pretendido por el Congresista, ya sea en dinero y/o dádiva, tenga su origen en un asunto en donde el servidor público sea o vaya a

¹³ *Ibidem.*



ser competente, es decir, que tenga o vaya a tener el conocimiento del mismo, razón justamente por la cual resulta abordado por el Congresista [negrilla de la Sala].

Del precedente citado se colige que para que se estructure la causal objeto de estudio resulta necesario demostrar que (i) la persona haya sido o sea congresista, (ii) invoque esa condición ante el servidor público, (iii) reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero, dádiva, con las salvedades o excepciones establecidas en la Ley 5ª de 1992, en cuanto a las gestiones de los congresistas en favor de sus regiones, y (iv) con el propósito de obtener un beneficio de un servidor público en algún asunto que este conozca o haya de conocer.

3.6 El caso concreto. Como se precisó en el planteamiento del problema jurídico, los motivos de apelación del señor Besaile Fayad contra la sentencia de primera instancia que decretó la pérdida de su investidura, se centran en que: (i) existió duda razonable sobre su responsabilidad, en el sentido de si fue él quien acudió ante los magistrados de la Corte Suprema de Justicia o si fueron estos, a través de determinadas personas, quienes lo buscaron con el propósito de obtener un beneficio económico para obstruir un presunto proceso penal adelantado por esa Corte en su contra; que, no obstante, esa duda se le resolvió en forma desfavorable; y (ii) fue objeto de *insuperable coacción ajena*, lo cual constituye causal eximente de responsabilidad.

La sala plena de lo contencioso-administrativo de esta Corporación confirmará la sentencia apelada, por las siguientes razones:

3.6.1 Se hallan satisfechos los presupuestos señalados por la jurisprudencia de esta Corporación para la pérdida de investidura del accionado por la causal de tráfico de influencias debidamente comprobado. Artículo 183 (numeral 5) de la Constitución Política. Veamos:

3.6.1.1. Que la persona que ejerce la influencia ostente o haya ostentado la calidad de Congresista de la República, la cual se adquiere a partir de la posesión en el cargo. En el presente caso el demandado no discute la condición de senador de la República que ostentaba en la época de los hechos que dieron lugar al proceso que nos ocupa (2014- 2015). Está probado, además, que fue elegido en forma consecutiva para dos periodos constitucionales continuos que abarcaron 2010 a 2018, por el Partido Social de la Unidad Nacional –



Partido de la U. Para el primer período tomó posesión el 20 de julio de 2010 y para el segundo, el 20 de julio de 2014 (ff. 538 a 570, c. 3).

3.6.1.2 *Que se invoque esa calidad o condición ante el servidor público, ejerciéndose en todo caso un influjo síquico sobre éste, sin tener en consideración el orden jerárquico existente entre ambos. Asegura el apelante que no hay prueba de que «acudió a su condición de Senador de la República ante funcionario de la Corte Suprema de Justicia, realizando actos disuasivos o influjo síquico alguno» (f. 873); que la sanción impuesta fue arbitraria, pues, en su criterio, se le decretó la pérdida de investidura «existiendo duda razonable sobre si fue el exsenador Musa Abraham Besaile Fayad quien acudió ante los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, o si por el contrario fueron estos a través de determinadas personas quienes buscaron al exsenador con el fin de obtener un beneficio económico obstruyendo un presunto proceso penal adelantado por la Corte Suprema de Justicia en contra del señor Musa Abraham Besaile Fayad, en todo caso dicha duda razonable fue resuelta en contra del señor Besaile Fayad» (f. 871).*

Para la Sala, la aludida «duda razonable» no existe. Está demostrado en el expediente que fue la condición de senador investigado por la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso penal 27.700 la razón determinante para que el señor Besaile Fayad acometiera, en forma denodada, la misión de buscar y lograr influir en el magistrado sustanciador del caso, Gustavo Malo Fernández, con el propósito de obstruir la justicia para lograr dilatar el proceso, evitar la orden de captura y procurar la prescripción de la acción penal.

De la condición de legislador aforado eran conocedores y consecuentes todos los protagonistas que participaron en esa «negociación» (el abogado Gustavo Moreno Rivera, el exmagistrado Francisco Ricaurte Gómez y el magistrado Gustavo Malo Fernández), como se establece de la apreciación integral de las pruebas que militan en el expediente, incluida la versión del mismo exsenador Besaile Fayad, rendida ante la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso penal (50.969) por el presunto delito de *cohecho por dar*, en cuanto relata, por ejemplo, que en diciembre de 2014, acompañado de su abogado Luis Ignacio Lyons España, tuvo un encuentro en el hotel Marriot de la calle 73 con carrera octava de Bogotá en torno a su caso con el señor Gustavo Moreno, en el que «...nos saludamos y conversamos y nos dijo esperen unos minutos para que salude al magistrado Francisco Ricaurte... al cabo de unos minutos sale el Dr. Ricaurte, se acerca, conversa con nosotros y **me dice, Senador, me tengo**



que ir, tengo una reunión pero lo dejo en muy buenas manos con el doctor Gustavo Moreno...» (c. 4. grabación expediente 50.969; f. 314, c. 2) [se destaca].

El señor Musa Besaile era conocedor y albergaba la idea de la potencialidad y la probabilidad de influir en el proceso penal por «parapolítica», en su condición de senador investigado, a través de ese censurable «equipo» del que, dice, hacía parte el mismo señor Moreno Rivera y el entonces magistrado de la Corte Suprema de Justicia José Leonidas Bustos, entre otros, lo que le ofrecía mayores probabilidades de «éxito» por la importancia de los actores.

Resulta claro, además, que no actuó contra su voluntad, sino en forma premeditada, puesto que la urdió y la veía como una oportunidad que calculaba y podía aprovechar, dada su condición de senador, por una parte, y por la otra, la de los magistrados, para incidir, con la entrega del dinero, en el trámite del proceso penal 27.700, como en efecto aconteció, al no haberse decretado finalmente la orden de captura en su contra, ni impulsado el proceso, tal como lo declaró el señor Gustavo Moreno el 6 de septiembre de 2017, dentro del proceso penal 50.969 (cuaderno 4, grabación). Queda así demostrado el segundo presupuesto de la causal, amén de los demás fundamentos que se esbozan en apartados siguientes de esta providencia, que lo robustecen.

3.6.1.3 Que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones contempladas en la Ley 5ª de 1992, en cuanto a las gestiones de los Congresistas en favor de sus regiones. Está comprobado en el proceso, y así lo reconoció el señor Besaile Fayad¹⁴, que, en efecto, entregó dos mil millones de pesos para evitar que se emitiera una orden de captura en su contra por parte de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso penal 27.700¹⁵, al punto que en esta instancia lo pretende justificar bajo el pretexto que lo realizó por insuperable coacción ajena y la invoca como eximente de responsabilidad, para cuyo efecto sostiene el apoderado que el exsenador Musa Abraham Besaile Fayad fue una de las víctimas de los sucesos del denominado «*cartel de la toga*» (f. 871), y que por tal motivo «*pagó la suma de dos mil millones de pesos con el fin de evitar que se emitiera una supuesta orden de captura en su contra*» (f. 871), amenaza que le generó, dice, una situación de peligro y «*el hecho de*

¹⁴ Ver folio 759 del cuaderno 4.

¹⁵ Adelantado como presunto responsable del delito de concierto para delinquir, «*por supuestos vínculos con paramilitares de Córdoba durante el periodo comprendido de 1998 a 2005*» (f. 850 dorso y 858, dorso).



999

realizar el pago requerido constituye la presunta comisión de un ilícito que pretende evitar un mal mayor que finalmente no puede ser evitado de otra manera» (f. 872).

Según las pruebas recaudadas, después de varias gestiones, el congresista pactó con quien posteriormente designara como su abogado suplente, Luis Gustavo Moreno Rivera, la entrega de los dos mil millones de pesos, y a través de este se contactó con el exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia Francisco Ricaurte, quien a su vez tenía la posibilidad de influir sobre el magistrado concededor del proceso Malo Fernández y conseguir así la obstrucción que el legislador se proponía, merced al estímulo económico.

Además, tal como da cuenta el Ministerio Público sobre las pruebas que integran el plenario, el propio exsenador, en diligencia de indagatoria ante la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, dentro del proceso 50969¹⁶, manifestó: *«Yo le entregué los recursos a mi abogado [Luis Ignacio Lyons España] y él se los entregó a Moreno [Luis Gustavo Moreno Rivera]» (f. 759, c. 4).*

Por su parte, el señor Luis Ignacio Lyons España también declaró ante la Corte dentro del mencionado proceso 50.969, que: *«En el mes de marzo [de 2015] en 4 entregas recibí los recursos en la hora de la noche y quien recogía los recursos era Gustavo Moreno, quien decía repartirlos entre varios, entre otros a José Leonidas Bustos. La última entrega se hizo antes de semana santa por un monto de 500 millones de pesos y fueron llevados a Gustavo Moreno» (f. 761 dorso).* Se colma así el tercer presupuesto.

3.6.1.4. *Que el beneficio pretendido por el Congresista provenga de un asunto que el servidor público se encuentre conociendo o haya de conocer.* En el caso *sub examine*, la influencia psicológica desplegada por el senador Musa Besaile, estimulada con la entrega del dinero, logró su cometido, puesto que en el marco de ese acuerdo, para tener control de la investigación penal 27.700 (por *parapolítica*), el abogado Moreno destacó la intervención del exmagistrado Francisco Ricaurte por su cercanía con el magistrado Malo Fernández, sustanciador del asunto. En tal sentido, Moreno en la referida declaración ante la Corte Suprema de Justicia el 19 de septiembre de 2017, a la pregunta *«Cuál es el papel que juega el doctor Francisco Ricaurte en esta historia. CONTESTÓ: Él tiene todo el manejo de la información para nadie es*

¹⁶ Como presunto responsable del delito de cohecho por dar (ff.102 a 119, c. 3 y ff. 50 a 69, c. 4)



un secreto de la amistad asidua con el magistrado titular Gustavo Malo y la información que él tenía de los procesos era porque se la suministraba directamente el doctor Gustavo Malo» (f. 760, dorso).

En ese contexto, el mismo testigo Moreno Rivera explicó que, para responder al compromiso con el senador, por instrucción del exmagistrado Ricaurte Gómez, él asumió como defensor suplente de Musa Besaile, y que el abogado principal continuara siendo Luis Ignacio Lyons España, después de lo cual, para dilatar el proceso, solicitaran la práctica de pruebas, estrategias que finalmente se materializaron, pues, como lo certificó la secretaria de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de noviembre de 2015 se le reconoció personería como abogado suplente a Moreno Rivera, que junto con Lyons España solicitaron la práctica de pruebas (f. 9, 35 a 50 c. 1 y f. 52, c. del proceso penal 50.969).

Conforme obra en el expediente, en el proceso penal adelantado por la Corte Suprema de Justicia contra el mencionado exsenador por el presunto delito de *cohecho por dar*, el abogado Moreno Rivera declaró ante la sala de casación penal de esa Corporación al siguiente interrogatorio: *«PREGUNTADO: ¿Qué hizo en concreto el doctor Francisco Ricaurte para cumplir aquello a lo que se había comprometido a cambio de recibir el dinero con el senador Musa Besaile. CONTESTÓ: Se decretaron unas pruebas y empezó el proceso a dormir el sueño de los justos, como no se podía y no se acordó el inhibitorio pues según Pacho habían grabaciones y habían pruebas y según lo que manifestaba Reyes, que mientras ellos estuvieran ahí, eso no iba a pasar; decretar pruebas sí, practicar diligencias y dilatar eso fue el primer compromiso, ya a posteriori el de la prescripción. PREGUNTADO: Ese compromiso que adquirió Francisco Ricaurte se fundamentaba en la información que él tenía originada de dónde: CONTESTÓ: Del doctor Gustavo Malo directamente... [...] PREGUNTADO: Cuáles propósitos en concreto fueron los del arreglo entre el Senador y el exmagistrado Francisco Ricaurte. CONTESTÓ: El senador [Musa Besaile] quería no evitar la captura, sino que se resolviera de una vez su caso precluyéndolo; obviamente eso no era posible, se le explicó a Luis Ignacio [abogado principal] ahí ayudó, que era una decisión de Sala, entonces lo que se acordó fue decretar practicar [sic] pruebas, actividad probatoria y dilatar buscando una prescripción» (c. 4 . grabación expediente 50.969; f. 314, c. 2) [subrayas del texto]¹⁷.*

¹⁷ Ver folio 760 dorso, en el que el Ministerio Público refiere la versión del testigo Gustavo Moreno, rendida el 19 de septiembre de 2017 ante la Corte Suprema de Justicia.



En la misma declaración el abogado Moreno Rivera sostuvo: «primero yo recibí 600 millones de pesos con destino al doctor Francisco Ricaurte, el excedente no sé si lo pagaron o cómo lo pagaron porque ya había una relación directa entre Pacho Ricaurte y Musa Besaile (...) De hecho, cuando yo me siento con el senador Musa ... me refiere a mí que no tiene sentido que se reúna conmigo, que va a hablar directamente con el doctor Francisco Ricaurte, donde se habla de la cercanía directamente con el [del] doctor Francisco Ricaurte con el doctor Gustavo malo [sic] que era quien tenía en su momento el proceso» (ff. 760, dorso y 761) y ante la pregunta a Moreno sobre si «el doctor Gustavo Malo estaba al tanto de la negociación irregular, de la negociación ilegal entre el Senador Musa y Francisco Ricaurte. CONTESTÓ: Sí señor. PREGUNTADO: Porqué (sic) le consta eso a usted. ¿De qué circunstancia CONTESTÓ: Nosotros hacíamos varias reuniones en la casa del doctor Pacho Ricaurte, cumpleaños, fechas importantes» (f. 760, dorso).

La anterior declaración pone en evidencia el tráfico de influencias cada vez más próximo hacia los demás actores del mismo, al punto que el señor Besaile Fayad manifestó a Moreno que ya no tenía sentido reunirse con él, sino que hablaría **«directamente»** con el exmagistrado Francisco Ricaurte Gómez, dada la cercanía de este con el entonces magistrado de la Corte Suprema de Justicia Gustavo Malo Fernández, a cuyo cargo estaba el proceso penal por «parapolítica» sobre el que recaía el influjo, lo que advierte la posición activa del congresista en el cuestionado tráfico de influjos.

Ahora bien, lejos de la inventada coacción, lo que resulta claro es que el señor Besaile, como senador de la República y protagonista activo de ese tráfico de influencias, exigía en forma contundente resultados concretos, como lo puso de presente la sentencia recurrida en el siguiente apartado: «El abogado Moreno Rivera dio cuenta de cómo en el marco de las “negociaciones” con Besaile Fayad, este al tener noticia de las decisiones que podrían tomarse en la investigación por nexos con grupos armados ilegales, exigió resultados como la preclusión del proceso o un auto inhibitorio. Agregó que le explicó que como esas decisiones no las podía tomar el magistrado sustanciador, sino que las debía proferir la Sala, no podían constituir un compromiso factible, circunstancia que causó molestia al exsenador, al punto que demandó entenderse con el exmagistrado Ricaurte Gómez, pues en sus palabras “yo quiero hablar con el dueño del circo y no con los payasos” (C. 4, grabación, Rad. n.º. 50969 [...])» (f. 830). Sobre este hecho no existe controversia en el proceso.



Por otra parte, en solicitud que formuló el señor Besaile Fayad a la Sala de Instrucción 2 de la Corte Suprema de Justicia el 11 de octubre de 2017 (ff. 37 a 54, c. 3) encaminada a que no le emitiera orden de aseguramiento en su contra, le reveló que se reunió **en varias oportunidades** con el abogado Moreno Rivera, lo cual pone en evidencia que, en efecto, promovía de tiempo atrás el acuerdo delictivo, del que resulta cándido creer ahora que se trataba de *coacción* de uno de sus defensores de confianza, cuanto más si aún en esta instancia el excongresista intenta persuadir a la sala plena del Consejo de Estado, al sostener, en el escrito de apelación de la sentencia de primera instancia, que con el pago de los dos mil millones de pesos *«preten[día] evitar un mal mayor que finalmente no [podía] ser evitado de otra manera»* (f. 872).

Se concluye entonces, que por esa vía, el exsenador Musa Besaile, con la participación del abogado Moreno Rivera, el compromiso del exmagistrado Francisco Ricaurte y la actuación del magistrado Malo Fernández, movidos por la entrega del dinero, influyó psicológicamente en la suerte del proceso penal 27.700; así, mientras todos ellos permanecieron en sus posiciones, contra el mencionado legislador no se emitió orden de captura, y, en su lugar, *«Se decretaron unas pruebas y empezó el proceso a dormir el sueño de los justos, como no se podía y no se acordó el inhibitorio pues según Pacho habían grabaciones y habían pruebas y según lo que manifestaba Reyes, que mientras ellos estuvieran ahí, eso no iba a pasar, decretar pruebas sí, practicar diligencias y dilatar...»*, tal como lo declaró Moreno Rivera, en la versión ya referida.

De esta forma se configuran los elementos objetivo y subjetivo del tráfico de influencias por parte del exsenador Besaile Fayad. No de otra manera se explica su conducta, puesto que, si en realidad actuaba contra su voluntad o por coacción de su propio abogado (suplente) y deseaba proceder con respeto y sujeción a la ética parlamentaria y al Estado social de derecho, su obligación constitucional y legal, como legislador de la República y conecedor del orden jurídico, era denunciarlo penalmente y abstenerse de entregar el dinero. Eso es lo esperado y deseado de los buenos ciudadanos, aún en época de crisis. Pero no fue así. Persistió en el deseo consciente de entorpecer la marcha normal de la administración de justicia, en connivencia con los señores Gustavo Moreno Rivera y Francisco Ricaurte para que intervinieran ante el funcionario de la justicia penal, Gustavo Malo Fernández, con la intención de que no fuera privado de la libertad y se precluyera la investigación.



Es más, la influencia del senador hizo posible que, para allanar el camino del propósito perseguido por este, de desviar el proceso penal en su contra por «parapolítica», el entonces magistrado de la Corte Suprema de Justicia Gustavo Malo Fernández pidiera la renuncia a su magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, asignado para sustanciar el caso del señor Musa Besaile; la novedad se produjo en vista de que lo consideraba una piedra en el zapato para efectos de dilatar la investigación, porque el empleado era del criterio de librar orden de captura inmediata al senador, dado que existían fundadas razones legales para ello, de ahí que le solicitara y aceptara la renuncia solo a él, pese a que se la había pedido a todos los servidores de su despacho, para desviar la atención.

Al respecto, el abogado Moreno Rivera, ante la Corte Suprema de Justicia, al interrogatorio sobre si *«Se habló alguna vez de pedirle la renuncia o se habló de la posibilidad de prescindir del magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez. Me puede referir si eso sucedió en qué ambiente sucedió, quién lo dijo? CONTESTÓ: Nosotros tuvimos muchas reuniones no solo en Bogotá, en diferentes escenarios... en los que Pacho [Francisco Ricaurte] decía que había que sacarlo y el doctor Gustavo Malo decía que sí, que había que esperar el momento. Sí. Eso se venía hablando y Pacho estaba detrás de que él saliera [...]. Yo sé que era tarea de él hacer que el doctor Gustavo lo sacara»* (c. 4 . grabacion expediente 50.969; f. 314, c. 2).

Por su parte, sobre este hecho, el magistrado auxiliar Rodríguez Casas también declaró ante la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 2017 dentro del proceso penal 50.969, y al interrogatorio *«Podría indicarnos en qué fecha y de qué modo le comunicó la posible apertura de instrucción contra el senador Besaile al magistrado Gustavo Malo Fernández: CONTESTÓ: Yo le comuniqué a él que el caso tenía esa tendencia, mas o menos en enero, febrero de 2015, pero en julio ya era inminente y él sabía eso estaba inminente porque yo le iba contando todo (sic) [...] PREGUNTADO: Cuáles fueron las razones de fondo del Magistrado Malo Fernández para haber aceptado su renuncia. CONTESTÓ: Considero que por el tema de parapolítica ... yo era una piedra en el zapato para varios casos, yo sentí que me sacaron para que no abriera investigación contra Musa, porque era inminente que lo íbamos a hacer y luego no se hizo [...] En el caso de Musa le dije, esto va pallá, esto es inminente»* (audio de CD)¹⁸.

¹⁸ Versión transcrita igualmente en el folio 762, por el Ministerio Público.



Como se puede observar, todo ello aconteció producto del tráfico de influencias por el accionado, puesto que de otra manera no habrían ocurrido los hechos en el escenario y las circunstancias en que se desarrollaron.

Por último, para esta Sala el solo cuestionamiento que formula el demandado respecto de quién acudió a quién en ese acuerdo patibulario, lleva implícito los siguientes hechos: (i) el reconocimiento de la existencia de un acuerdo sobre tráfico de influencias, que, sin duda, lo compromete, por ser uno de los extremos de esa relación delictiva de doble envío; (ii) que la confabulación se desarrolló entre el entonces senador Musa Abraham Besaile Fayad y magistrados de la Corte Suprema de Justicia; (iii) la aceptación de que ocurrió «a través de determinadas personas»; (iv) la admisión de que el tráfico de influencias estaba determinado por la condición de senador que ostentaba el demandado; y (v) que la desarrollaron «con el fin de obtener un beneficio económico [para los demás involucrados] obstruyendo un presunto proceso penal adelantado por la Corte Suprema de Justicia en contra del señor Musa Abraham Besaile Fayad».

De manera que la «duda razonable», que plantea el apoderado como argumento de apelación, carece de asidero jurídico, y, de acuerdo con lo probado, se torna indiscutible que fue la condición de senador de la República investigado por «parapolítica» la razón cardinal que motivó al señor Musa Besaile a buscar el modo de influir en el respectivo proceso penal, de la forma y con los resultados ya descritos, para obstruir la justicia, comportamiento preordenado que deviene en inadmisibles, por lo que su conducta se adecúa a la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado, consagrada en el artículo 183 (numeral 5) de la Constitución Política.

3.6.2 Inexistencia de insuperable coacción ajena. Sostiene el apoderado del apelante que en el asunto *sub examine* también se determinó que, con el propósito de generar temor en los presuntos investigados que serían capturados, «los magistrados involucrados, iniciaban un proceso penal el cual se quedaba en la fase de investigación, de esta manera influían psicológicamente en las personas de quienes pretendían el pago» (f. 871), lo cual derivó en el fenómeno jurídico denominado «insuperable coacción ajena», que constituye una eximente de responsabilidad, pues, dice, el hecho de amenazar a una persona con privarla de la libertad con potestad para hacerlo, «implica confeccionar una situación de peligro; que el hecho de realizar el pago requerido constituye la presunta comisión de un ilícito que



pretende evitar un mal mayor que finalmente no puede ser evitado de otra manera» (f. 872).

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, de tiempo atrás, nuestro ordenamiento penal acogió como causa de exculpación, disculpa o ausencia de responsabilidad, *la coacción ajena*, siempre que ella sea insuperable (artículo 32.8 del Código Penal), circunstancia que excluye la culpabilidad y, por tanto, la reprochabilidad subjetiva de la conducta prohibida. Así, se ha establecido que hay inexigibilidad penal subjetiva respecto del comportamiento impulsado por el apremio insuperable de un tercero –o vis compulsiva exculpante-, cuando el sujeto pasivo de la coerción conoce y entiende que el acto impelido por la fuerza –física o psíquica (moral)- es ilícito, pero lo ejecuta movido por el constreñimiento grave, intencional, ilícito, inminente o actual e irresistible de otro sujeto¹⁹.

En dicha providencia agregó la Corte:

Con mayor amplitud, la Sala dilucidó en pasada oportunidad (CSJ SP 22 jul. 2009, rad. 27277):

2.1. La insuperable coacción ajena se origina en la acción de un tercero que constriñe la voluntad de otro mediante violencia física o psíquica (o moral), para que ejecute un comportamiento típico de acción o de omisión que sin tal sometimiento no realizaría; en otras palabras, el sujeto activo no goza de las condiciones para gobernar a plenitud su voluntad ya que su libre autonomía está dominada por la compulsión del coaccionador. En esta causal se configura, en primer término, la acción injusta e intencional de quien coacciona para someter a otro, y en segundo, la reacción psíquica del doblegado quien padece los efectos emocionales de la coacción, merced a la cual comete el hecho típicamente antijurídico sin reflejar en él un acto de su verdadera voluntad o su espontaneidad, la exoneración de la culpabilidad se afianza, no en la supresión absoluta de la voluntad, sino en la reducción del ámbito de la libre autodeterminación.

Hay violencia física actual cuando el poder sojuzgador del tercero se manifiesta a través de actos que inciden biológicamente y de manera directa en la víctima de la dominación (por ejemplo, cuando mediante tormento físico se le obliga al comportamiento antijurídico, en este evento la víctima sucumbe o se somete a los designios del tercero para

¹⁹ Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de junio de 2018, M. P. Eyder Patiño Cabrera, expediente SP2430-2018, radicado 45909.



no seguir sufriendo el daño que padece); en cambio, en la violencia psíquica actual, la energía del coaccionador se traduce en maniobras que no alcanzan físicamente al compelido (tal es el caso, por ejemplo, de quien apunta con su arma a otro para que éste accione la suya contra cierta persona, o de aquél al que le retienen un ser querido para obligarlo a que cumpla con el acto ilícito impuesto por el captor).

Las amenazas son ciertamente una modalidad de coacción psíquica o moral, en tanto que consisten en el anuncio serio formulado a otro de un daño injusto, grave e inminente contra un bien legítimo propio (por ejemplo, la vida o el patrimonio económico), o de las personas estrechamente unidas a él. La forma de violencia es la amenaza y su efecto el miedo, no es físicamente perceptible el acto constrictivo porque se obra a través del intelecto con base en la representación mental que hace el compelido del mal que sobrevendrá, de esta manera el coaccionado acepta ejecutar el hecho ilícito impuesto por el coaccionador para no sufrir el perjuicio que éste le pronostica.

Se diferencia, entonces, esa violencia de las otras dos modalidades, en que en aquellas existe una actuación externa, tangible, que vulnera física o psíquicamente al coaccionado obligándolo a ejecutar la voluntad antijurídica del coaccionador, con el fin de no seguir sufriendo el daño que padece o de que cese la maniobra que moralmente doblega su voluntad, en tanto que en ésta el mal no se ha causado, ya que opera por el temor serio y fundado que siente el compelido frente al ulterior agravio de sus bienes, o de personas allegadas a él por especiales motivos, lo cual lo obliga a actuar en el sentido que le indica quien le formula la amenaza para evitar que se produzca el daño advertido.

Importa aclarar que en tratándose de esta causal de ausencia de responsabilidad, para efecto de la culpabilidad, la fuerza física o psíquica (moral) que da forma al acto de coacción, no elimina la facultad de acción, sino que coarta la libertad, sirviendo de instrumento motivador para que otro obre determinado por el apremio del mal injusto y grave que padece, o que sufrirá en un futuro inmediato.

Lo antes precisado permite afirmar que esa causal de inculpabilidad exige reunir los siguientes requisitos:

- a) Configuración de actos constrictivos graves ejercidos intencional e ilícitamente por otra persona;*
- b) Actualidad de la coacción, esto es, que la voluntad del compelido debe ser subyugada como resultado inmediato de la violencia física o*



síquica, o de las amenazas que padece; implica una relación biunívoca: que el constreñimiento esté presente y sea la causa directa del sojuzgamiento del sujeto activo, y

c) Insuperabilidad de la coacción, es decir, que no pueda dominarse o vencerse, que sea irresistible; empero, esa condición normativa fijada en el precepto es relativa, pues para establecerla debe atenderse la gravedad del acto constrictivo, las condiciones personales del coaccionado y las posibilidades de liberarse de la coerción por otros medios, en aras de concluir si un ciudadano común o promedio en esas mismas circunstancias habría actuado igual, pues aunque la ley no exige a sus destinatarios actitudes heroicas en situaciones extremas, tampoco privilegia la cobardía o debilidad del carácter para tolerar que una persona dócilmente se rinda ante la más insubstancial actitud dominadora de otra.

En cada caso corresponde valorar si, observadas aquellas particularidades, el sujeto que alega la coacción exculpante podía y debía contrarrestarla o evadirla para eludir el comportamiento antijurídico que pretendía imponérsele, o si, por el contrario, no le era exigible conducta distinta de la de someterse a la voluntad ilícita del coaccionador; si lo primero, deberá responder penalmente de su acto; si lo segundo, la responsabilidad desaparecerá por falta de culpabilidad. (Subrayas y negrillas no originales)

Conforme a la jurisprudencia en cita, la aludida *coacción ajena*, como causal excluyente de responsabilidad del exsenador Besaile Fayad, opuesta por su apoderado, no se tipifica dentro de **ninguno de los elementos** que la componen, cuanto menos respecto del requisito de haber sido «*insuperable*», lo que, de hecho, torna inadmisibles para la Sala tal disculpa, amén de que, como se explicó en acápites anteriores, el excongresista se ubicó, en forma voluntaria y consiente, en la posición de forjador y promotor del tráfico de influencias que ahora pretende desconocer.

No se demostró la «*Configuración de actos constrictivos graves ejercidos intencional e ilícitamente por otra persona*» contra el exsenador Besaile Fayad. Por el contrario, las pruebas testimoniales analizadas dan cuenta de que fue él quien buscó la manera de influir en el proceso penal que lo incomodaba. Muestra de ello es el testimonio ya referido del abogado Moreno Rivera, quien sobre el comportamiento activo en el tráfico de influencias por parte del exsenador, afirmó: «*De hecho, cuando yo me siento con el senador Musa ... me refiere a mí que no tiene sentido que se reúna conmigo, que va a hablar directamente con el doctor Francisco Ricaurte, donde se habla de la cercanía directamente con el [del] doctor Francisco Ricaurte con el doctor Gustavo*



malo [sic] que era quien tenía en su momento el proceso» (c. 4 grabación en proceso 59.969 ff. 760, dorso y 761); el mismo declarante asegura que el excongresista exigía resultados concretos a su favor: «El senador quería, no evitar la captura, sino que se resolviera de una vez su caso precluyéndolo; obviamente eso no era posible, se le explicó...que era una decisión de Sala, entonces lo que se acordó fue decretar pruebas, actividad probatoria, y dilatar, buscando una prescripción».

Bajo este entendimiento, se concluye que al no estar acreditada *coacción* alguna al señor Besaile Fayad, menos aún es posible predicar los presupuestos de *actualidad*, ni *insuperabilidad* de la misma, en los términos referidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

Por último, tampoco resulta aceptable el pretexto de que tuvo que pagar los dos mil millones de pesos para evitar que dentro del proceso penal que le seguía la Corte Suprema Justicia se le dictara orden de captura porque «[...] finalmente no [podía] ser evitado de otra manera» (f. 872).

Nada más alejado de la realidad y del deber de comportamiento probo, imparcial y transparente que tienen que asumir quienes son elegidos para altísimas dignidades del Estado, como la de congresista de la República, el argumento invocado por el apelante en el sentido de que la única manera de sobreponerse a una eventual orden de captura era influir en los magistrados del caso a través de la entrega de dinero, y que no podía liberarse por otros medios de la amenaza «*insuperable*» de encarcelamiento.

Tal razonamiento deriva en artificioso e inaceptable, menos de un congresista hacedor de las normas jurídicas que regulan la conducta de la sociedad colombiana. Lo correcto y probo es que si se hallaba frente a una investigación penal que podía afectar su libertad personal, tenía el deber legal y constitucional de presentarse ante la justicia, como todo ciudadano dentro del Estado social de derecho y emplear los medios jurídicos de defensa legítimamente establecidos en el orden jurídico, cuánto más si se consideraba limpio de toda culpa.

No puede considerarse que el **proceso penal** por «parapolítica» que involucraba al exsenador constituyera en sí mismo un mal injusto, grave e **insuperable** en su contra, puesto que precisamente está instituido para lograr el esclarecimiento de la verdad de los hechos en el marco de la institucionalidad y, en tal sentido, el Código de Procedimiento Penal preceptúa



Expediente 11001-03-15-000-2018-00317-01
 Accionado: Musa Abraham Besaile Fayad

que «Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley» (artículo 2) y que «La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial» (artículo 10). Con todo, el excongresista optó por acudir a la ilegalidad del tráfico de influencias para perseguir resultados igualmente reprochables.

Sin más consideraciones y bajo una sana hermenéutica jurídica, la Sala arriba a la convicción de que la sentencia apelada, que decretó la pérdida de investidura del exsenador Musa Abraham Besaile Fayad, se debe confirmar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso-administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

FALLA:

- 1.º Confírmase la sentencia de 11 de febrero de 2019, proferida por la sala especial de decisión de pérdida de investidura 26 de esta Corporación, que decretó la pérdida de investidura del exsenador Musa Abraham Besaile Fayad, conforme a la parte motiva.
- 2.º Comuníquese esta sentencia a la mesa directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo, conforme al artículo 15 de la Ley 1881 de 2018.
- 3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sesión de sala plena de la fecha.

AUSENTE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
 Presidente



[Signature]
ROCÍO ARAÚJO OÑATE (AC)

[Signature]
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

[Signature]
SALVO VOTO

[Signature]
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

[Signature]
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

[Signature]
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

[Signature]
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

[Signature]
MARÍA ADRIANA MARÍN

[Signature]
ALBERTO MONTAÑA PLATA

[Signature]
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO (A)

[Signature]
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

[Signature]
ACIAR VOTO

[Signature]
RAMIRO PAZOS GUERRERO

[Signature]
NUBIA MARGORITH PEÑA GARZÓN

AUSENTE
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

[Signature]
JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

[Signature]
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

AUSENTE
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

[Signature]
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

[Signature] *Salvamento*
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (S)

[Signature]
CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA

[Signature]
CARMELO PERDOMO CUÉTER

NICOLÁS YEPES CORRALES
Impedido