

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO Magistrada: ROCÍO ARAÚJO OÑATE
--

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00317-01AV-RAO
Demandante: PABLO BUSTOS SÁNCHEZ
Demandado: **MUSA ABRAHAM BESAILE FAYAD**
Naturaleza: Pérdida de Inestidura

Asunto: *Apelación. Fallo de segunda instancia que confirma el decreto de la pérdida de la investidura*

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a continuación expongo las razones por las que aclaro mi voto en el vocativo de la referencia.

Aunque comparto el sentido del fallo, considero necesario profundizar en las razones probatorias por las cuales llego a la convicción de que en el presente asunto se encuentra acreditado, más allá de la duda razonable, la incursión del ex congresista en la causal de tráfico de influencias, tanto en el factor objetivo como en el subjetivo.

Para efectos metodológicos abordaré los siguientes tópicos: 1. Antecedentes del proceso de pérdida de investidura 2. Elementos que configuran la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado 3. Caso concreto.

1. Antecedentes del proceso

1. La génesis de este proceso se deriva de las actuaciones que realizó el congresista Besaile Fayad para obstruir la justicia, con el fin de que en la investigación penal que se adelantaba contra él en la Corte Suprema de Justicia, por delitos relacionados con la “parapolítica”, no se ordenara su captura y se decretara la preclusión de la investigación.

2. La sentencia de primera instancia decretó la pérdida de investidura del ex congresista, al encontrar acreditado que el congresista uso indebidamente sus influencias para lograr que el magistrado instructor, solicitara la renuncia

del magistrado auxiliar que en su despacho estaba a cargo de la investigación penal y la mantuviera detenida y estática hasta que la misma prescribiera.

3. El recurso de apelación controvierte que no se probó, más allá de la duda razonable, que Musa Besaile hubiera traficado influencias, pues no quedó acreditado que hubiera ejercido influjo psicológico ni que hubiera invocado su calidad de congresista ante ningún funcionario público.

2. Elementos que configuran la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado

4. Trafica influencias el servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer.

5. El tráfico de influencias tiene los siguientes cuatro elementos para su configuración:

- Que el agente sea un servidor público, esto es, una persona que esté vinculada con el Estado en forma permanente, provisional o transitoria.
- Que dicho servidor haga uso indebido de influencias derivadas del ejercicio de su cargo o función, es decir, que aproveche la calidad de servidor público para ejercer determinadas influencias por fuera del deber, el cual, por virtud de la calidad de servidor público, se finca en la defensa del interés público y general.
- Que el uso de la indebida influencia se dé en provecho del mismo servidor que la ejerce o en provecho de un tercero, pues en ambos casos se privilegia el interés particular sobre el interés público y la administración sufre la afectación de su imagen ante la ciudadanía en general.
- Que la utilización indebida de la influencia se ejerza para que otro servidor del Estado haga u omita un acto propio de sus funciones, esto es, que esté dentro del resorte de su cargo.

3. El caso concreto

El ex congresista Musa Abraham Besaile Fayad incurrió en tráfico de influencias debidamente comprobado

6. El acuerdo de tráfico de influencias está probado más allá de la duda razonable, con los testimonios de los abogados Gustavo Moreno y Luis Ignacio Lyons, pues éstos dan cuenta de que su condición de congresista, investigado por la Corte Suprema de Justicia, la condición de congresista investigado, fue la que llevó al señor Musa Abraham Besaile Fayad a buscar la forma de interferir en la investigación en su contra, concretamente, de influir en el magistrado sustanciador de la investigación penal para que no expidiera la orden de captura y decretara la preclusión de la investigación en su contra o terminara con decisión inhibitoria.

7. Dichos testimonios y la propia declaración rendida por el ex congresista, corroboran con consistencia que Musa Besaile en forma directa y activa, acordó pagar dinero al abogado Gustavo Moreno y al ex magistrado Ricaurte, amigo cercano del magistrado instructor Gustavo Malo, para lograr la obstrucción de la justicia en la que estaba empeñado.

8. Este comportamiento encaja con la descripción típica de la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias, porque el servidor público – Congresista de la República-, aprovechó su investidura para actuar en provecho propio y en detrimento del interés general de la justicia.

9. Su conducta consistió en aprovecharse de su posición como congresista para ejercer de manera indebida influencias en el magistrado encargado de instruir la investigación. Lo hizo por intermedio del abogado Gustavo Moreno y del ex magistrado Ricaurte, a quienes les pagó por ello. Esto se deduce de las siguientes pruebas testimoniales y documentales:

9.1 **Noticia criminal**¹ proveniente de un proceso de la justicia estadounidense, al recibir copia de la transcripción de una llamada telefónica interceptada entre el abogado Luis Leonardo Pinilla Gómez y el

¹ Expediente. Cuaderno 4. Prueba trasladada del proceso penal Rad. 27700.

exgobernador de Córdoba Alejandro Lyons Muskus, de la que se sigue que el exsenador Besaile Fayad negoció con el abogado Luis Gustavo Moreno Rivera el pago de dinero para favorecerse en un proceso penal.

Ese pago tenía por propósito que, con la intervención del exmagistrado Francisco Ricaurte Gómez, se detuviera la orden de captura que esa Corporación libraría contra Besaile Fayad, con ocasión del proceso penal Rad. 27700, y se dilatará ese trámite al punto de lograr la prescripción de la acción penal.

9.2 Testimonios de Alejandro José Lyons Muskus, Luis Ignacio Lyons España y Luis Gustavo Moreno Rivera², quienes coincidieron en que el ex congresista recibió una información, según la cual, por el avance de la investigación penal de la Corte Suprema de Justicia, se expediría una orden de captura en su contra, de modo que para evitarla, decidió pagar dos mil millones que convino con 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 ante la Corte Suprema de Justicia.

9.3 Testimonio de Luis Gustavo Moreno Rivera³, quien sostuvo que junto con los ex magistrados Francisco Ricaurte Gómez, José Leonidas Bustos Martínez y el magistrado Gustavo Malo Fernández se organizaron para favorecer los intereses de unos congresistas con procesos penales en la Corte Suprema de Justicia, a cambio de dinero.

9.4 Para precisar los detalles de cómo se dio la negociación con Besaile Fayad, Moreno Rivera aseguró que el exmagistrado Francisco Ricaurte, con quien tenía una oficina de abogados, le comunicó que recibiría una llamada de un senador, porque tenía conocimiento sobre una posible orden de captura por un proceso que se tramitaba en la Corte Suprema de Justicia, hecho que comentó a su amigo, el abogado Luis Leonardo Pinilla Gómez y este, a su vez, a Lyons España.

9.5 Testimonio de Luis Ignacio Lyons España⁴, quien en el mismo sentido declaró conocer que los congresistas pagaban a cambio de favorecimientos en las investigaciones o procesos penales que se adelantaban contra ellos; lo que a su vez se corrobora porque este último abogado conocía la actuación 27700, por ser el defensor de Besaile Fayad, y según lo declarado por Gustavo Moreno, fue Lyons España quien sugirió el cobro de 2000

² Expediente. Cuaderno 4, grabación, Rad. 50969.

³ Ídem

⁴ Expediente. Cuaderno 4, grabación, Rad. 50969.

millones de pesos por la “intervención” en la investigación, suma de dinero que coincide con el dinero que el exsenador reconoció haber pagado, precisamente, al tener la noticia de la inminente orden de captura (Cuaderno 4, grabación, Rad. 50969).

9.6 Los vínculos entre Moreno Rivera, Luis Leonardo Pinilla y Luis Ignacio Lyons, a quien conoció a través de Pinilla, **están documentados**, pues, al rendir testimonio en la Corte Suprema de Justicia, Moreno Rivera aportó copia del **contrato por el que tomó en arriendo una oficina, negocio en el que Lyons España le sirvió de codeudor** (Cuaderno 4, grabación, Rad. 50969).

9.7 Alejandro José Lyons Muskus, quien conocía a Besaile Fayad porque ambos tenían la condición de líderes políticos del departamento de Córdoba y estuvo reunido con el ex congresista en marzo de 2015, cuando coincidieron en un restaurante de Bogotá, declaró que tuvo conocimiento del arreglo entre el exsenador Besaile Fayad y el abogado Moreno Rivera y del monto entregado por el congresista, porque el exsenador le pidió dineros provenientes de actos de corrupción en el departamento de Córdoba, con el propósito de evitar su captura (Cuaderno 4, grabación, Rad. 50969).

10. La estrategia de influencia usada por Musa Besaile, consistió en utilizar la cercanía de Ricaurte con Malo para obtener información de la investigación y dar participación a Gustavo Malo del dinero pagado por Musa Besaile a Moreno y Ricaurte, para que en su calidad de magistrado instructor adoptara las decisiones, realizara las actuaciones u omitiera las correspondientes para favorecer la situación del congresista. **Así lo acreditan las siguientes pruebas:**

10.1 **Testimonio de Moreno Rivera**⁵, quien destacó la intervención del exmagistrado Ricaurte Gómez, en tanto tenía una relación directa con el magistrado Gustavo Malo Fernández, señalando “[...] *para nadie es un secreto la amistad asidua con el magistrado titular Gustavo Malo y la información que él [Ricaurte Gómez] tenía de los procesos era porque se la suministraba directamente el doctor Gustavo Malo [...]*”.

Explicó que para tener control sobre la suerte de la investigación, el exmagistrado Ricaurte Gómez dispuso que él -Moreno Rivera- actuara como defensor suplente del exsenador y que Lyons España continuara como defensor principal y solicitara la práctica de pruebas para dilatar el trámite.

⁵ Ídem.

Así mismo, afirmó que producto del arreglo con Besaile Fayad, el magistrado Malo Fernández desvinculó de su despacho al magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez Casas, pues se volvió incómodo para el propósito de dilatar la investigación, aunado a que había sugerido la necesidad de librar la orden de captura contra el exsenador. Dijo que aunque el exmagistrado auxiliar no tenía competencia para tomar, ni proferir providencias, sí estaba empeñado en construir una hipótesis sobre la responsabilidad penal de Besaile Fayad por sus vínculos con grupos armados ilegales.

En cuanto a la dilatación o paralización del trámite de la investigación penal, explicó que para que *“esta durmiera el sueño de los justos”* se requería de la intervención del magistrado Malo Fernández, pues este tenía el poder de decisión sobre el asunto y por esta razón Besaile Fayad, en su afán de exigir resultados que favorecieran su situación en la investigación, pidió entenderse directamente con quien podía acceder al magistrado sustanciador, esto es, el exmagistrado Ricaurte Gómez y no con quienes estaban desprovistos de injerencia alguna sobre ese funcionario.

10.2 Constancia de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el acta de inspección judicial realizada a la investigación penal⁶, que dan cuenta de la designación de Moreno Rivera como defensor suplente y de la solicitud de pruebas por parte de la defensa principal de Besaile Fayad, el abogado Luis Ignacio Lyons España, y de la paralización del trámite, pues ni se libró la orden de captura ni se avanzó en la instrucción durante el lapso en que Moreno Rivera estuvo como apoderado suplente del congresista.

10.3 Testimonio rendido el 6 de septiembre de 2017 por el exmagistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, José Reyes Rodríguez Casas, quien declaró que estuvo encargado de los procesos por “parapolítica” de los senadores Julio Manzur Abdala y Musa Besaile Fayad, por ello, informaba al magistrado sustanciador Malo Fernández, semanalmente o quincenalmente, los avances de la investigación.

Señaló que después de la vacancia judicial de 2014 a 2015, sugirió la captura de Manzur Abdala -como en efecto ocurrió- y avanzó en la investigación para que se tomara la misma decisión frente a Besaile Fayad. No obstante, como el magistrado Malo Fernández pidió la renuncia a varios miembros de su equipo de trabajo, pero sólo aceptó la suya, finalmente la orden captura no se profirió (Cuaderno 4, grabación, Rad. 50969).

⁶ Expediente. Cuaderno 4, prueba trasladada del proceso penal 27700.

11. Con los hechos probados, es claro que la influencia indebida que ejerció Musa Abraham Besaile Fayad, lo fue en uso de su investidura y se materializó en una estrategia jurídica para paralizar la investigación y obtener la renuncia del magistrado auxiliar que estaba a cargo directo de la instrucción, quien estaba convencido de que existía mérito suficiente para dictar orden de captura contra el congresista.

12. De igual manera, quedó acreditado que Gustavo Malo aceptó poner en marcha la estrategia procesal urdida; para tal efecto pidió la renuncia de todo su equipo de trabajo y solamente aceptó la de su magistrado auxiliar y recibida la solicitud de pruebas prevista como mecanismo para tornar inactiva la investigación, la aceptó y dejó paralizado el trámite de la misma.

13. Bajo este panorama, también se concretó el ingrediente subjetivo de la causal de tráfico de influencias, referido a la obtención por parte del congresista, de cualquier beneficio derivado del ejercicio de funciones del servidor público que conoció del asunto, pues éste puede tener como fin último una actuación acorde con el ordenamiento jurídico, pero también una acción de carácter ilegal o incluso delictiva.

14. En consecuencia, como al magistrado instructor Gustavo Malo se le pidió paralizar la investigación con miras a que prescribiera, el uso indebido de las influencias por parte del congresista, en este caso, implicó la comisión de delitos. Entonces, con independencia de que Besaile Fayad incurriera en otras conductas punibles, es claro el menoscabo del principio de moralidad que rige el servicio público en general y el servicio a la administración de justicia en particular.

15. Conforme con todo lo anterior, la demostración de los elementos subjetivos del tráfico de influencias no se relaciona con la acreditación de supuestos o eventos síquicos que determinen si el servidor fue influenciado o no. Por contrario, el influjo psicológico se establece a través de los hechos objetivamente probados en el proceso.

16. De suyo, en este caso, el congresista sí ejerció influencias indebidas para que el magistrado de la Corte Suprema de Justicia Gustavo Malo, conductor de la investigación penal que se adelantó en su contra, pues a través del ex

magistrado Ricaurte, amigo personal y cercano del servidor judicial, paralizara la investigación.

17. Así las cosas, para que el tráfico de influencias se configure no resultan relevantes los intereses, motivaciones o mecanismos psicológicos que hayan impulsado el obrar ilícito del congresista o del servidor influenciado, sino aquello que demuestra que los ingredientes objetivos y subjetivos del tráfico de influencias, concurren en la actuación del congresista.

18. De lo anterior se colige que, con independencia de los medios utilizados por el congresista para lograr el tráfico de influencias en pro de su beneficio, y de que tales medios fueran lícitos o ilícitos, la causal se configura en el presente asunto porque se acreditó lo siguiente:

18.1 Musa Abraham Besaile Fayad tenía la calidad de congresista para el momento en que se produjeron los hechos.

18.2 Por razón de su cargo y la potencialidad que éste conlleva, influyó indebidamente en otro servidor público -el magistrado de la Corte Suprema de Justicia Gustavo Malo-, y en relación con un asunto que estaba bajo su conocimiento y decisión -la investigación penal que se le seguía al congresista por delitos asociados a la parapolítica-.

18.3 Dado que la conducta del congresista no estuvo mediada por el cumplimiento de deber jurídico alguno, ni cualquier otra circunstancia o precepto permisivo que justifique o torne lícita su conducta o ajustada a derecho, y que era persona capaz al momento en que realizó el comportamiento antijurídico, tuvo pleno conocimiento y comprensión de la ilicitud de sus actos y se determinó de acuerdo a dicha comprensión.

El tráfico de influencias se acreditó con fundamento en las siguientes pruebas:

19. Las propias actuaciones del expediente contentivo de la investigación penal 27700 y los testimonios de Gustavo Moreno, Luis Ignacio Lyons y el entonces magistrado auxiliar Reyes, prueban plenamente que Musa Besaile logró: i) que Gustavo Malo pidiera la renuncia de todo su equipo y aceptara sólo del magistrado auxiliar que llevaba la instrucción hacia la expedición de

la orden de captura en su contra ii) Gustavo Malo paralizara la investigación a partir de una solicitud de pruebas presentada por parte de la defensor suplente del Senador, Gustavo Moreno.

20. Los testimonios de los abogados Lyons y Moreno, así como lo declarado por el propio Musa Besaile, prueban, sin lugar a dudas, que éste se reunió con el abogado Gustavo Moreno y con el ex magistrado Ricaurte, quien previo a la reunión, le expresó al primero que se reunirían con “un congresista”.

21. Estos mismos testimonios y la declaración señaladas anteriormente, prueban que Besaile Fayad fue quien le solicitó a Gustavo Moreno, reunirse directamente con el magistrado que tenía la capacidad de decisión en la investigación, en la medida en que su deseo e intención era no sólo evitar que se expidiera la orden de captura sino que se dictara una decisión inhibitoria.

22. Así, se acreditó no sólo la ilicitud de los intereses particulares que tenía el congresista en la investigación penal sino también que, fue en su calidad de congresista que se hizo a los medios necesarios para obstaculizar la debida administración de justicia, en favor de sus intereses personales.

23. Este comportamiento dista del esperado de un congresista y se aparta del esperado de cualquier servidor público, pues pone de presente su participación activa, consciente y predeterminada hacia un fin: influir en quien tenía la potestad de dirigir y ordenar la investigación penal en forma favorable para él, de manera que usando su investidura, apoyado en dinero e intermediarios, logró que la orden de captura no fuera expedida y que la investigación se mantuviera estática.

La insuperable coacción ajena alegada por el apelante

24. En cuanto al cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada en la sentencia objeto de esta aclaración de voto, para que se configure la insuperable coacción ajena, considero que ninguno de los tres elementos que la configuran se encuentra probado en el expediente, así:

24.1 No hubo actos constrictivos graves, ejercidos intencional e ilícitamente por otra persona, hacia Musa Besaile. Las pruebas testimoniales dan cuenta de que es coherente, consistente y verosímil lo declarado por los abogados Lyons y Moreno, en tanto coinciden en afirmar

que Besaile fue quien buscó la manera de influir en la investigación, y no que éste hubiera sido abordado o constreñido para tal efecto.

24.2 En este mismo sentido se observan los testimonios de los señores Franklin Germán Chaparro, exalcalde de Villavicencio, condenado por sentencia penal, también dijo que aunque Moreno Rivera lo buscó para ofrecerle sus servicios, no medió coacción alguna para su aceptación, y el del ex congresista Manzul Abdala y su hijo, quienes afirman que en forma alguna recibieron coacción del abogado Moreno cuando les informó de la posibilidad de pagar para influir en sus investigaciones penales.

24.3 No es posible tener por acreditada la **actualidad de la coacción**, pues no se probó por el desinvestido, a quien corresponde la carga probatoria de los descargos, que el constreñimiento hubiera sido un elemento presente en la relación de tráfico de influencias que logró establecer con el ex magistrado Ricaurte y por intermedio de este con el magistrado instructor de la causa.

24.4 De esta manera, es posible determinar con certeza que no hubo ningún constreñimiento hacia Musa Besaile. Cosa distinta es que el Senador considerara como amenaza inminente la posible expedición de orden de captura en su contra por delitos de parapolítica y actuara ilegalmente para evitarla.

24.5 Finalmente, como no se reúnen los dos anteriores, no es posible hablar de **insuperabilidad de la coacción**, pues dicha coacción, en realidad, no existió.

25. Por contrario, se probó que el ex congresista tuvo una actuación activa y dinámica para conseguir los medios con los que influyó psicológicamente al magistrado instructor de su investigación, con el propósito de evitar decisiones en su contra, lo que en efecto logró.

En los términos señalados dejo presentada mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada