

PRUEBA TRASLADADA – Requisito de validez / PROVIDENCIAS JUDICIALES – Carácter de prueba documental / INTERROGATORIO DE PARTE – Exigencias legales / TESTIMONIOS ANTE NOTARIO – Necesidad de ratificación

De conformidad con el artículo 174 del CGP, las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. También pueden ser valoradas cuando son allegadas a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquella, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación (...) las providencias son pruebas documentales legalmente admisibles y valorables de hechos (...) El artículo 203 del CGP exige que el interrogatorio de parte sea recibido bajo la gravedad del juramento. Como la versión libre y la indagatoria que Musa Abraham Besaile Fayad rindió en la investigación penal Rad. n°. 50969 no cumplen esta exigencia no se valorarán, conforme a los artículos 325 y 337 de la Ley 600 de 2000. (...) El artículo 188 del CGP establece que los testimonios rendidos, ante notario o alcalde, sin citación de la persona contra quien se aducen en el proceso, destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, deben ser ratificados conforme al artículo 222 del mismo precepto, en caso contrario el testimonio no tendrá valor

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 174 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 203 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 188 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 222

TRÁFICO DE INFLUENCIAS COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Reiteración / TRÁFICO DE INFLUENCIAS – Elementos de estructuración

La causal de desinvestidura de tráfico de influencias se configura cuando un congresista antepone su investidura frente a un servidor público, quien bajo el influjo de la dignidad parlamentaria, realiza una actividad que no adelantaría de no ser por la calidad de quien lo solicita. De modo que se produce una relación en la que el congresista, gracias a su investidura, influye en el otro servidor en el sentido de la decisión que aquel le solicita (...) La verificación de la causal de desinvestidura se da por los siguientes elementos, que deben aparecer demostrados en el proceso de desinvestidura de forma concurrente: (i) Que la persona que ejerce la influencia tenga o haya tenido la calidad de congresista, que se adquiere a partir de la posesión en el cargo; (ii) que se invoque esa calidad ante el servidor público y se ejerza sobre este un 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 o dádiva, con las salvedades o excepciones que la LOC establece en cuanto a las gestiones de los congresistas en 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 donde el servidor público tenga competencia o la vaya a tener, pues esa es la razón por la que el congresista aborda al servidor

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183 NUMERAL 5

INVOCAR CALIDAD DE CONGRESISTA COMO ELEMENTO DE ESTRUCTURACIÓN DE LA CAUSAL DE DESINVESTIDURA – No requiere relación jerárquica

El segundo elemento para configurar la causal de desinvestidura consiste en que el congresista invoque su condición ante un servidor público y ejerza un influjo sobre este, que lleve al servidor a realizar la actividad solicitada por el congresista, sin que sea relevante la relación jerárquica entre uno y otro funcionario.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183 NUMERAL 5

TESTIMONIO DE OÍDAS – Mérito probatorio

Sobre el mérito probatorio del llamado testimonio de oídas, se ha considerado que para evitar que los hechos le lleguen alterados, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos: i) Las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii) las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii) la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; iv) la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado. Asimismo, se ha señalado que para efectos de analizar la contundencia del testimonio de oídas, cobrará particular importancia el hecho de que la declaración del testigo se coteje con el resto del acervo probatorio, para efectos de determinar la coincidencia de tal declaración con los aspectos fácticos que reflejen los demás medios de prueba legalmente recaudados

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 211

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – independencia frente al proceso penal

[L]a Sala advierte que el proceso de desinvestidura es diferente del proceso penal, pues su análisis recae en el proceder del congresista frente a las normas constitucionales y legales que regulan su función y establecen sus calidades para acceder al cargo (artículos 179 a 184 CN y 279 a 300 LOC) y no respecto de normas cuya infracción implica una sanción penal. Precisamente, por esta razón la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 296 LOC, que disponía como requisito previo para decretar la desinvestidura por las causales de indebida destinación de dineros públicos (art. 183.4 CN) y tráfico de influencias debidamente comprobado (art. 183.5 CN), una sentencia penal condenatoria. (...) Ahora bien, por mandato de los artículos 234 y 235.4 CN la Corte Suprema de Justicia tiene la competencia para investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República, pues estos tienen la condición de aforados. En la medida en que Musa Abraham Besaile Fayad gozaba de ese fuero como congresista, su investidura se convirtió no solo en un elemento para ejercer su influencia sobre su investigador -el magistrado Malo Fernández-, sino en una condición necesaria para ello, pues únicamente dicho magistrado -como integrante de la Corte Suprema de Justicia- tenía la competencia para instruir la investigación penal rad. n°. 27700

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 180 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 181 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 182 /

CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA –
ARTÍCULO 184 / ARTÍCULO 296 – LEY 5 DE 1992

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA veintiséis ESPECIAL DE DECISIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicado número: 11001-03-15-000-2018-00317-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SÁNCHEZ

Demandado: MUSA ABRAHAM BESAILE FAYAD

La Sala decide la solicitud de pérdida de investidura presentada por Pablo Bustos Sánchez contra el exsenador Musa Abraham Besaile Fayad.

SÍNTESIS DEL CASO

Se solicita la desinvestidura del excongresista Musa Abraham Besaile Fayad, porque se asegura que el exsenador pagó un soborno para detener una orden de captura que se libraría en su contra y dilatar un proceso penal que le sigue la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, se afirma que, a cambio de dinero, influyó ante unos servidores públicos para que adicionaran la construcción de la carretera entre Ocaña y Gamarra al contrato de concesión de la Ruta del Sol II.

ANTECEDENTES

I. Lo que se solicita

El 30 de agosto de 2017, Pablo Bustos Sánchez formuló solicitud de pérdida de investidura contra el congresista Musa Abraham Besaile Fayad, por incurrir en la causal de tráfico de influencias debidamente comprobado (artículo 183.5 CN). De manera subsidiaria, invocó las causales de indebida destinación de dineros públicos (artículo 183.4 CN) y de violación al régimen de inhabilidades e

incompatibilidades por gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderado ante estas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno (artículos 180.2 y 183.1 CN).

En apoyo de su pretensión, adujo que el entonces senador Besaile Fayad entregó, por conducto del abogado Luis Gustavo Moreno Rivera, un soborno de dos mil millones de pesos para que se detuviera la orden de captura que se iba a dictar en su contra y se dilatara el proceso penal que le sigue la Corte Suprema de Justicia por nexos con grupos armados ilegales (“parapolítica”).

Agregó, como otra circunstancia para decretar la desinvestidura, que el congresista influenció a las directivas del Instituto Nacional de Concesiones (INCO), hoy Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), y a otras autoridades para que adicionaran la construcción de la carretera entre Ocaña y Gamarra al contrato de la concesión de la Ruta el Sol II, mejoraran las condiciones económicas del concesionario con el incremento de la tarifa y la instalación de dos casetas nuevas de peaje. Sostuvo que como contraprestación, el congresista recibió un soborno de la constructora Odebrecht -integrante del Consorcio de la Ruta del Sol II-, que se pagó a través de unos contratos simulados.

II. Trámite procesal

El 31 de agosto de 2017, el Consejero Ponente **admitió** la solicitud de desinvestidura y ordenó notificar a las partes y al Ministerio Público. El 12 de septiembre de 2017, la Secretaría General de la Corporación notificó por aviso al congresista. El 17 de octubre de 2017, antes de decidir sobre las pruebas pedidas, el Consejero Ponente **requirió** al solicitante para que informara las direcciones de citación de los testigos. El 30 de octubre de 2017, se **decretaron las pruebas**. El 14 de noviembre de 2017, el Consejero Ponente **aplazó** la práctica de testimonios, pues la Corte Suprema de Justicia no había trasladado unas pruebas. El 1 de diciembre de 2017, **conminó** al congresista para que designara apoderado.

El congresista, por medio de apoderado, en un escrito extemporáneo de **contestación**, se opuso a la solicitud de desinvestidura. Sostuvo que como los hechos narrados por el solicitante no tienen sustento probatorio y corresponden a apreciaciones subjetivas, que se pretenden fundamentar sin rigor alguno en unos

artículos de prensa, la causal de desinvestidura principal y las subsidiarias alegadas no se probaron, ni se configuraron.

Argumentó que el exsenador no pagó soborno alguno, sino que el abogado Luis Gustavo Moreno Rivera lo extorsionó con la exigencia de dinero, so pena de que la Corte Suprema de Justicia ordenara su captura con ocasión del proceso penal que le sigue por “parapolítica”. Indicó que el solicitante no concretó cómo el excongresista supuestamente ejerció influencias en las autoridades que decidieron la adición del contrato de concesión de la Ruta del Sol.

El 16 de enero de 2018, el Consejero Ponente **envió el expediente** de desinvestidura a la Secretaría General del Consejo de Estado, en cumplimiento del artículo 23 de la Ley 1881 de 2018. El 5 de febrero de 2018 el expediente **regresó** al Despacho del Consejero Ponente, en cumplimiento del párrafo del artículo 1 del Acuerdo n°. 11 de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado. El 7 de febrero de 2018, el Consejero Ponente fijó fecha para la **práctica del testimonio** de Luis Gustavo Moreno Rivera, diligencia que se aplazó, pues, el 13 del mismo mes, el congresista lo **recusó** con apoyo en las causales 2 y 12 del artículo 141 del CGP. El 8 de mayo de 2018, la Sala **declaró infundada** la recusación.

El 16 de mayo de 2018, el Consejero Ponente fijó para el 23 siguiente la **práctica del testimonio** del abogado Moreno Rivera, pero la diligencia se suspendió por la extradición del testigo a los Estados Unidos de América. El 21 de mayo de 2018 **ofició** a la Procuraduría General de la Nación para que remitiera copia del proceso disciplinario contra el congresista Besaile Fayad. El 31 del mismo mes, esa entidad respondió que no podía remitir los documentos solicitados por falta de papel para las copias. El 6 de junio de 2018, el Consejero Ponente **insistió** al Procurador General de la Nación sobre la necesidad de que se remitiera las pruebas ordenadas, solicitud que se atendió el 20 de junio de 2018. El 30 de julio y el 8 de agosto de 2018 fijó para los días 16, 17 y 21 siguientes las audiencias de otros testimonios. Como algunos testigos no asistieron, porque el solicitante no los citó o porque el INPEC no trasladó a los declarantes que estaban privados de la libertad, **ofició** a la Corte Suprema de Justicia para que remitiera copia de la investigación que sigue contra el excongresista por los supuestos sobornos que recibió de la constructora Odebrecht, pues allí también declararon los testigos pedidos por el solicitante. También, **decretó una prueba** solicitada por el agente

del Ministerio Público. Después de varios requerimientos, el 9 de octubre de 2018, la Corte Suprema de Justicia remitió la copia de esa investigación.

El 13 de noviembre de 2018, el Consejero Ponente **corrió traslado** de las pruebas allegadas al proceso y **concluyó** la etapa probatoria. El 27 de noviembre de 2018 **fijó** para el 5 de diciembre siguiente la celebración de la audiencia pública de desinvestidura. Como el agente del Ministerio Público y el apoderado del excongresista solicitaron un aplazamiento, el Consejero Ponente fijó la diligencia para el 14 de diciembre de 2018. El apoderado del exsenador pidió otro aplazamiento, que se negó el 10 de diciembre de 2018, no obstante la audiencia se **reprogramó** para el 30 de enero de 2018, por la vacancia judicial y en cumplimiento del término previsto en el artículo 13 de la Ley 1881 de 2018.

En la fecha señalada se celebró la **audiencia pública**, asistieron el solicitante, el apoderado del excongresista y el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado. Los intervinientes allegaron por escrito sus intervenciones. El solicitante reiteró los fundamentos de su petición y agregó que se debía remitir copias del testimonio de Roberto Prieto Uribe a la Fiscalía General de la Nación, pues el testigo -a su juicio- faltó a la verdad en su declaración.

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado conceptuó que se decretara la pérdida de investidura. Explicó que el excongresista Besaile Fayad incurrió en la causal de desinvestidura de indebida destinación de dineros públicos, porque usó unos dineros provenientes de actos de corrupción en la contratación de servicios de salud por la Gobernación del departamento de Córdoba con los que pagó el soborno, que confesó haber entregado para evitar una orden de captura con ocasión de un proceso que le sigue la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado del exsenador sostuvo que los hechos no tienen relación con la función congresal de Besaile Fayad y que su juzgamiento corresponde a la justicia penal, que está adelantando las investigaciones pertinentes, pero como no se ha proferido sentencia que declare la responsabilidad penal del excongresista, este mantiene la presunción de inocencia. Adujo que, si bien no procede una prejudicialidad en este asunto, debe tenerse en cuenta que la controversia escapa al ámbito del proceso de desinvestidura. Afirmó que el excongresista fue víctima de la extorsión de un particular, el abogado Moreno Rivera, que no ha pagado

soborno alguno y, por ello, no ha incurrido en las causales alegadas por el solicitante. Alegó que como ninguna de las pruebas trasladadas de las investigaciones contra los servidores involucrados con Odebrecht involucra a Besaile Fayad, tampoco podría decretarse la desinvestidura.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción contencioso administrativa, como guardiana del orden jurídico, conoce de la solicitud de pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas de elección popular, según los artículos 104 y 143 del CPACA. La Sala Especial de Decisión n°. 26 del Consejo de Estado es competente para decidir la desinvestidura en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 y 237.5 de la Constitución Política y 2 de la Ley 1881 de 2018.

La acción procedente

2. La acción de desinvestidura es el medio de control idóneo para estudiar la conducta de los miembros del Congreso de la República, en los términos de la Ley 1881 de 2018.

La legitimación en la causa

3. Las partes se encuentran legitimadas, pues el solicitante es un ciudadano que, con arreglo a los artículos 40 de la CN, 2 de la Ley 1881 de 2018 y 143 del CPACA, tiene un claro interés jurídico sustancial y como Musa Abraham Besaile Fayad fue congresista, es pasible de este medio de control conforme a lo dispuesto por el artículo 183 superior, en consonancia con el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

II. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si el excongresista incurrió en la causal de tráfico de influencias debidamente comprobado (art. 183.5 CN). Si no se

configura esa primera causal de desinvestidura, se debe establecer si incurrió en alguna de las causales subsidiarias, es decir, por indebida destinación de dineros públicos (art. 183.4 CN) o por gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderado ante estas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno (artículos 180.2 y 183.1 CN).

III. Análisis de la Sala

4. El artículo 21 de la Ley 1881 de 2018 remite al CPACA y en subsidio al CGP en los aspectos no regulados. La Sala estudiará el asunto conforme al artículo 281 del CGP, porque el asunto no lo regula el CPACA, y decidirá la desinvestidura en consonancia con los hechos aducidos por el solicitante y sin extenderse a otras situaciones que son objeto de las investigaciones penales que se trasladaron como prueba a este proceso [congruencia del fallo].

Como una de las circunstancias que adujo el solicitante para la desinvestidura se fundó en el pago que supuestamente hizo el excongresista por dos mil millones de pesos para evitar la orden de captura que libraría la Corte Suprema de Justicia, pero 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 circunscribirá a lo indicado en la solicitud (f. 5-8, c. 1). No obstante, se advierte que el presunto origen ilícito de esos dineros es objeto de investigación penal.

5. Las investigaciones penales Rad. n°. 11001-02-04-000-2017-001345-00 (50969) y Rad. n°.11001-02-04-000-2017-02093-00 (51721), el proceso penal Rad. n° 11001-02-04-000-2018-00356-00 (52196) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el proceso disciplinario Rad. n°. IUS E-2017743832-IUC-D-2017-1004671 de la Procuraduría General de la Nación, todos seguidos contra el excongresista Besaile Fayad, serán valorados como pruebas trasladadas, en los términos del artículo 174 del CGP, porque en esas actuaciones el exsenador es parte y las pruebas allí practicadas le son oponibles, porque se realizaron con su audiencia.

La copia de la investigación penal Rad. no. 49592, adelantada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contra otro congresista, remitida como anexo de la investigación Rad. n°. 51721, no será valorada como prueba

trasladada, porque el exsenador Besaile Fayad no estuvo vinculado y como las pruebas allí practicadas se realizaron sin su audiencia no le son oponibles.

De conformidad con el artículo 174 del CGP, las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. También pueden ser valoradas cuando son allegadas a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquella, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación¹.

6. Como las providencias son pruebas documentales legalmente admisibles y valorables de hechos, las resoluciones judiciales y disciplinarias proferidas en las investigaciones penales Rad. n°. 50969 y n°.51721, en el proceso penal Rad. n° 52196 y en el proceso disciplinario Rad. n°. IUS E-2017743832-IUC-D-2017-1004671 serán valoradas²

7. El artículo 203 del CGP exige que el interrogatorio de parte sea recibido bajo la gravedad del juramento. Como la versión libre y la indagatoria que Musa Abraham Besaile Fayad rindió en la investigación penal Rad. n°. 50969 no cumplen esta exigencia no se valorarán, conforme a los artículos 325 y 337 de la Ley 600 de 2000.

8. La declaración extrajuicio de José Miguel Ramírez Gómez sobre el supuesto préstamo de dinero que hizo al excongresista Besaile Fayad para pagar el dinero presuntamente exigido por el abogado Moreno Rivera no se valorará, pues no fue ratificada en el trámite de la investigación penal Rad. n°. 50969, ni en el proceso de desinvestidura. El artículo 188 del CGP establece que los testimonios rendidos, ante notario o alcalde, sin citación de la persona contra quien se aducen en el proceso, destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, deben ser ratificados conforme al artículo 222 del mismo precepto, en caso contrario el testimonio no tendrá valor.

Tampoco se dará valor probatorio a la declaración de Musa Abraham Besaile

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de abril de 2004, Rad. 13067 [fundamento jurídico 1].

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2007, Rad. 24844 [fundamento jurídico 3.3.3.2].

Fayad, ante un notario de Sahagún, en la que afirmó la presunta extorsión que le hizo Luis Gustavo Moreno, pues no se ratificó en los términos del artículo 188 inc. 3 del CGP.

Hechos probados

9. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, en relación con el supuesto soborno que el excongresista Besaile Fayad pagó para que se detuviera una orden de captura en su contra y se dilatara el proceso penal que la Corte Suprema de Justicia sigue por (“parapolítica”) -proceso con Rad. n°. 27700-, se demostraron los siguientes hechos:

9.1 Musa Abraham Besaile Fayad se postuló y fue elegido senador de la República, avalado por el Partido Social de la Unidad Nacional-Partido de la U para los períodos constitucionales del 20 de julio de 2010 al 19 de julio de 2014 y del 20 de julio de 2014 al 19 de julio de 2018, y tomó posesión del cargo en las respectivas sesiones de instalación del Congreso, según da cuenta la certificación del Secretario General del Senado n°. SGE-CS3362-2018 y la copia de las Gacetas del Congreso n°. 505 de 2010 y n°. 416 de 2014 (f. 538 a 570, c.3).

9.2 El 22 de noviembre de 2017, la Mesa Directiva del Senado de la República suspendió en el ejercicio de la investidura a Musa Abraham Besaile Fayad, de conformidad con el artículo 277 de la Ley 5 de 1992-LOC, según da cuenta copia de la Resolución n°. 092 de esa fecha (f. 50 a 52, c. 5, investigación Rad. n°. 50969).

9.3 El 15 de agosto de 2017, el Fiscal General de la Nación informó al Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, en esa fecha, un Fiscal Delegado ante esa Corporación encargado de la investigación Rad. n°. 11001-60-102-2017-00177, en el marco del acuerdo de cooperación bilateral entre Colombia y los Estados Unidos de América, recibió un medio de conocimiento recolectado en el proceso Federal n°. 17-20516 del que se evidencia posibles irregularidades por la intervención de los exmagistrados José Leonidas Bustos y Francisco Ricaurte Gómez en una investigación que la misma Corte sigue contra Musa Abraham Besaile Fayad, por nexos con grupos armados ilegales.

Al traslado de la noticia criminal proveniente del proceso Federal, se adjuntó la

transcripción de una conversación telefónica entre Luis Leonardo Pinilla Gómez y el exgobernador de Córdoba Alejandro Lyons Muskus, en la que se menciona que el exsenador Besaile Fayad, a través de Luis Gustavo Moreno Rivera, pagó un soborno de dos mil millones de pesos para detener una orden de captura, según da cuenta copia del Oficio n°. 02957 del Fiscal General de la Nación y de la constancia de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (f. 1 a 7 y 16, c. 1, investigación Rad. n°. 50969).

9.4 El 25 de agosto de 2017, la Sala de Instrucción n°. 2. de la Corte Suprema de Justicia abrió investigación previa, a la que se asignó el Rad. n°. 50969, para determinar la existencia del ilícito, ordenó unas pruebas y la versión libre del excongresista Besaile Fayad (f. 22, c. 1, investigación Rad. n°. 50969).

9.5 Al momento de la apertura de la investigación preliminar Rad. n°. 50969, la Corte Suprema de Justicia adelantaba el proceso Rad. n°. 27700 contra Musa Abraham Besaile Fayad, como presunto responsable del delito de concierto para delinquir por vínculos con grupos armados ilegales (“parapolítica”).

El asunto entonces estaba a cargo del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández y en su trámite participó, entre otros, el exmagistrado auxiliar José Reyes Rodríguez Casas. Como apoderados del excongresista actuaron Alejandro José Lyons Muskus, quien renunció al poder el 24 de junio de 2011; Luis Ignacio Lyons España, quien siguió con el mandato judicial y, en memorial del 21 de septiembre de 2015, designó como abogado suplente a Luis Gustavo Moreno Rivera, a quien se le reconoció personería el 24 de noviembre siguiente. En el lapso en que Lyons España y Moreno Rivera actuaron como defensores de Besaile Fayad solicitaron la práctica de unas pruebas. El 30 de septiembre de 2016, el abogado Moreno Rivera renunció como suplente, según da cuenta las constancias de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el acta de inspección judicial al proceso n°. 27700 (f. 9, 36 a 50, c. 1 y f. 52, c.2, investigación Rad. n°. 50969).

9.6 El 12 de septiembre de 2017, la Sala de Instrucción n°. 2 de la Corte Suprema de Justicia remitió copia de la investigación rad. n°. 50969 a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, pues, conforme a las pruebas allí practicadas, el magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández podría estar comprometido en los hechos objeto de esa investigación, según da cuenta copia

de esa providencia (f. 15, c. 2, investigación Rad. n°. 50969).

9.7 El 25 de septiembre de 2017, la Sala de Instrucción n°. 2 de la Corte Suprema de Justicia abrió instrucción y ordenó la vinculación formal de Musa Abraham Besaile Fayad, pues estimó que el indiciado podría ser responsable de los delitos de cohecho por dar y peculado por apropiación y ordenó capturarlo para la indagatoria, según da cuenta copia de esa providencia. La captura se hizo efectiva el 5 de octubre siguiente (f. 106 a 108 y 250 a 264, c. 2, investigación rad. n°. 50969).

9.8 El 11 de octubre de 2017, Musa Abraham Besaile Fayad al solicitarle a la Sala de Instrucción n°. 2 de la Corte Suprema de Justicia que se abstuviera de imponerle medida de aseguramiento, afirmó que el exmagistrado Francisco Ricaurte Gómez lo contactó en septiembre de 2014 y que le recomendó al abogado Luis Gustavo Moreno Rivera para que asumiera su defensa en el proceso Rad. n°. 27700.

Sostuvo que, por sugerencia de su entonces apoderado Luis Ignacio Lyons España, se reunió en varias oportunidades con el abogado Moreno Rivera. En un encuentro llevado a cabo antes de la Semana Santa de 2015, ese abogado le exigió el pago de dos mil millones de pesos para distribuirlos entre su “equipo”, al que pertenecía el entonces magistrado José Leonidas Bustos, al efecto, lo coaccionó con una supuesta orden de captura que se libraría en su contra, tal como le sucedió unos meses antes al congresista Julio Manzur Abdala, privado de la libertad por el mismo proceso de “parapolítica”, por ello, aceptó entregar esa cantidad de dinero, según da cuenta el memorial que contiene la solicitud (f. 37 a 54, c. 3, investigación Rad. 50969).

9.9 El 13 de octubre de 2017, la Sala de Instrucción n°. 2 de la Corte Suprema de Justicia definió la situación jurídica de Musa Abraham Besaile Fayad, consideró que podría ser responsable del delito de cohecho por dar y presunto interviniente en el ilícito de peculado por apropiación, por ser beneficiario de unos dineros provenientes de actos de corrupción en la Gobernación de Córdoba y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, decisión que fue confirmada por la misma Sala, el 2 de noviembre de 2017, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor del exsenador Besaile Fayad, según da cuenta copia de esas providencias (f. 102 a 119, c. 3, y f. 50 a 68, c. 4, investigación Rad. n°.

50969).

9.10 El 1 de febrero de 2018, la Sala de Instrucción n°. 2 de la Corte Suprema de Justicia acusó al exsenador Besaile Fayad como autor del delito de cohecho por dar u ofrecer y como interviniente del delito de peculado por apropiación, decisión confirmada en providencia del 16 del mismo mes, según da cuenta copia de esas providencias (f. 74 a 97 y 117 a 120, c. 6, investigación n°. 50969).

9.11 El 21 de mayo de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia celebró la audiencia preparatoria del juicio al excongresista Besaile Fayad y denegó la solicitud de nulidad de esa actuación interpuesta por la defensa (f. 77 a 91, c. 7, proceso Rad. n°. 52196).

Primera causal de desinvestidura invocada: Tráfico de influencias debidamente comprobado

10. El artículo 183.5 de la Constitución, retomado por el artículo 296.5 de la Ley 5 de 1992, Orgánica del Congreso-LOC, prevé que los congresistas perderán su investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado. La causal de desinvestidura de tráfico de influencias se configura cuando un congresista antepone su investidura frente a un servidor público, quien bajo el influjo de la dignidad parlamentaria, realiza una actividad que no adelantaría de no ser por la calidad de quien lo solicita. De modo que se produce una relación en la que el congresista, gracias a su investidura, influye en el otro servidor en el sentido de la decisión que aquel le solicita³.

La verificación de la causal de desinvestidura se da por los siguientes elementos, que deben aparecer demostrados en el proceso de desinvestidura de forma concurrente: (i) Que la persona que ejerce la influencia tenga o haya tenido la calidad de congresista, que se adquiere a partir de la posesión en el cargo; (ii) que se invoque esa calidad ante el servidor público y se ejerza sobre este un 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 o dádiva, con las salvedades o excepciones que la LOC establece en cuanto a las gestiones de los congresistas en favor de sus regiones y (iv) que el beneficio

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de noviembre de 2000, Rad. n°. AC-11349 [fundamento jurídico 2].

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 donde el servidor público tenga competencia o la vaya a tener, pues esa es la razón por la que el congresista aborda al servidor⁴.

Presupuesto uno de la causal

11. Para la época de los hechos Musa Abraham Besaile Fayad había tomado posesión del cargo y tenía la condición de senador, pues en septiembre de 2014 - cuando inició las conversaciones con el exmagistrado Francisco Ricaurte Gómez sobre la suerte de la investigación Rad. n°. 27000 que se encontraba en conocimiento del magistrado Gustavo Malo Fernández- y hasta el 30 de septiembre de 2016 -cuando el abogado Gustavo Moreno Rivera renunció al poder como abogado suplente en esa actuación- Besaile Fayad siempre ejerció como congresista. De hecho, la suspensión de la función congresal se ordenó a partir del 22 de noviembre de 2017, esto es, después de acontecidos los hechos en controversia [hechos probados 9.1, 9.2 y 9.8]. Se cumple así el primer presupuesto de la causal de desinvestidura.

Presupuesto dos de la causal

12. El segundo elemento para configurar la causal de desinvestidura consiste en que el congresista invoque su condición ante un servidor público y ejerza un influjo sobre este, que lleve al servidor a realizar la actividad solicitada por el congresista, sin que sea relevante la relación jerárquica entre uno y otro funcionario.

La Corte Suprema de Justicia inició la investigación penal Rad. 50969, dictó medida de aseguramiento y llamó a juicio al excongresista Besaile Fayad por la noticia criminal 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 exgobernador de Córdoba Alejandro Lyons Muskus, de la que se sigue que el exsenador negoció con el abogado Luis Gustavo Moreno Rivera el pago de un soborno. 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

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de julio de 1996, Rad n°. AC-3640 [fundamento jurídico párr. 6].

del proceso penal Rad. n°. 27700, y se dilatara ese trámite al punto de lograr la prescripción de la acción penal [hechos probados 9.3, 9.4, 9.5 y 9.8].

Cuando Besaile Fayad inició las “negociaciones” con Moreno Rivera y Ricaurte Gómez para incidir en la suerte de la investigación penal Rad. n°. 27700, ese proceso se encontraba en el Despacho del magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Gustavo Malo Fernández y el magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez Casas tenía a cargo el trámite. Como defensores del exsenador Besaile Fayad habían intervenido, primero, Alejandro José Lyons Muskus y, después del 24 de junio de 2011, Luis Ignacio Lyons España, que designó como defensor suplente a Moreno Rivera, que tuvo esa condición hasta el 30 de septiembre de 2016 [hecho probado 9.5].

13. 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].

14. Luis Gustavo Moreno Rivera, en su declaración, sostuvo que junto con los exmagistrados 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, según da cuenta el testimonio del 19 de septiembre de 2017, Rad. n°. 50969, c. 4, grabación. En el mismo sentido Luis Ignacio Lyons España declaró conocer la existencia de esas peticiones de dinero a los procesados a cambio de favorecimientos. Lo mismo afirmó Besaile Fayad al pedir a la Corte Suprema de Justicia que se abstuviera de imponerle medida de aseguramiento, en el memorial del 11 de octubre de 2017 [hecho probado 9.8].

Aún más, 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 del entonces 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. Como este último conocía la actuación Rad. n°. 27700 por ser el defensor de Besaile Fayad, fue quien sugirió el cobro de 2000 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 (c. 4, grabación, Rad. n°. 50969).

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 (c.4, grabación, Rad. n°. 50969).

Por su parte, 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 exsenador le pidió dineros provenientes de actos de corrupción en el departamento de Córdoba, pues tenía que pagar un dinero porque lo iban a capturar (c. 4, grabación, Rad. n°. 50969).

El testimonio de Lyons Muskus también merece credibilidad y es verosímil, por el conocimiento mutuo con Besaile Fayad, pues ambos tenían la condición de líderes políticos del departamento de Córdoba y porque se fundamenta en un encuentro directo que tuvo con el excongresista en marzo de 2015, cuando coincidieron en un restaurante de Bogotá. El relato del testigo sobre los hechos es detallado, coherente, preciso, espontáneo y no se contradice con lo probado en el proceso de desinvestidura, ni con las pruebas trasladadas de la investigación Rad. n°. 50969.

En cuanto a cómo se logró influir en el trámite de la investigación Rad. n°. 27700, Moreno Rivera destacó la intervención del exmagistrado Ricaurte Gómez, pues él tenía una relación directa con el magistrado Gustavo Malo Fernández y destacó que “[...] 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 [...]” (c. 4, grabación, Rad. n°. 50969).

Asimismo, Moreno Rivera explicó que para tener control sobre la suerte de la

investigación Rad. n°. 27700, 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. Estas manifestaciones concuerdan con la constancia de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el acta de inspección judicial a la investigación Rad. n°. 27700, que dan cuenta de la designación de Moreno Rivera como defensor suplente y de la solicitud de pruebas por parte de la defensa de Besaile Fayad [hecho probado 9.5].

Moreno Rivera también 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 Rad. n°. 27700, aunado a que había sugerido la necesidad de librar la orden de captura contra el exsenador. Indicó 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 (c. 4, grabación, Rad. n°. 50969).

El testimonio de Moreno Rivera merece credibilidad, pues como participó de las negociaciones y ejecución del “acuerdo”, que llevó a que se modificara la suerte de la investigación Rad. n°. 27700, tuvo conocimiento directo, completo y exacto de quiénes intervinieron y cómo incidieron en el trámite de esa investigación. Las afirmaciones del testigo son claras, completas y espontáneas respecto de los hechos descritos y son coherentes con la prueba documental del proceso de desinvestidura, de conformidad con los numerales 2 y 3 del artículo 221 del CGP.

15. En el mismo sentido de lo dicho por Moreno Rivera [num. 14], el exmagistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, José Reyes Rodríguez Casas, 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. Puso de presente 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. Agregó que, 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 (declaración del 6 de septiembre de 2017, c. 4,

grabación, Rad. n°. 50969).

Estas declaraciones merecen credibilidad, pues provienen de quien estuvo a cargo del trámite de la investigación contra Besaile Fayad por sus vínculos con grupos ilegales y, por ello, conoció directamente los hechos. Además, las manifestaciones del testigo son claras, completas y exactas (numerales 2 y 3 del art. 221 del CGP) y concuerdan con los hallazgos de la inspección judicial a la investigación Rad. n°. 27700 [hecho probado 9.5].

16. Respecto de la dilatación del trámite de la investigación Rad. n°. 27700, Moreno Rivera resaltó 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 (cfr. c. 4, grabación, Rad. n°. 50.969). Esta afirmación también concuerda con los hechos que están probados, a saber, el conocimiento de todos los implicados sobre el avance de la investigación Rad. n°. 27700 que llevaría a que se profiriera orden de captura contra Besaile Fayad [num. 13]; las negociaciones entre el entonces senador con Ricaurte Gómez y Moreno Rivera y el pago de dos mil millones de pesos [hecho probado 9.8]; la desvinculación del magistrado auxiliar encargado de la investigación [num. 15] y la dilatación misma 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 de Besaile Fayad [hecho probado 9.5].

La declaración de Moreno Rivera, además, llevó a que la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 12 de septiembre de 2017, remitiera copias de la investigación Rad. n°. 50969 a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, porque los medios de conocimiento allí recaudados permitían inferir que el magistrado Malo Fernández presuntamente estaría involucrado en las negociaciones, en el pago del soborno y en la alteración del trámite de la investigación Rad. n°. 27700 [hecho probado 9.6].

17. El excongresista Besaile Fayad ha sostenido que no consintió el pago del soborno, sino que Luis Gustavo Moreno Rivera lo coaccionó con la amenaza de

una inminente orden de captura que se libraría en su contra, circunstancia que le generó un temor, que se reforzó con la privación de la libertad del excongresista Manzur Abdala a inicios del año 2015, en el marco de la investigación Rad. n°. 27700. Asimismo, ha insistido en que no fue parte del ilícito cometido por Moreno Rivera y su “grupo”, sino que fue víctima de ese proceder, como lo corroboran los testimonios de su hermano John Moisés Besaile Fayad y su cónyuge Milena Flórez Sierra, que obran en la investigación Rad. n°. 50969.

Sobre las declaraciones invocadas por el excongresista en su defensa, la Sala estima pertinente señalar que como los testigos son de oídas, esto es, que su conocimiento no es directo, sino que responde a lo que Besaile Fayad les comentó sobre la supuesta coacción, se impone indagar por las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance, conforme al artículo 221.3 del CGP.

Sobre el mérito probatorio del llamado testimonio de oídas, se ha considerado que para evitar que los hechos le lleguen alterados, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos: i) Las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii) las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii) la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; iv) la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado. Asimismo, se ha señalado que para efectos de analizar la contundencia del testimonio de oídas, cobrará particular importancia el hecho de que la declaración del testigo se coteje con el resto del acervo probatorio, para efectos de determinar la coincidencia de tal declaración con los aspectos fácticos que reflejen los demás medios de prueba legalmente recaudados⁵.

Analizadas esas declaraciones, se advierte que los vínculos de parentesco y sentimentales con el excongresista afectan la imparcialidad de los testigos y les

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre del 2009, Rad. 17.629 [fundamento jurídico II].

resta credibilidad (art. 211 del CGP). Como los declarantes fundamentan su dicho en lo que el excongresista comentó sobre las circunstancias en que se produjo el pago de los dos mil millones de pesos, su versión de los hechos no aporta elementos de convicción diferentes a lo alegado por el directamente implicado en la entrega del dinero. Además, al cotejar las afirmaciones de esos testigos con las otras pruebas del proceso, no se encuentra coincidencia alguna que respalde la existencia de la coacción.

18. Ahora bien, la versión del excongresista sobre la alegada coacción resulta contradictoria y, más bien, se aduce como pretexto del pago del soborno. En efecto, Besaile Fayad y su defensor Lyons España coincidieron en sostener ante la Corte Suprema de Justicia que las pruebas de la investigación Rad. n°. 27700 no eran suficientes para incriminar al exsenador. Si ambos tenían ese convencimiento, no se entiende cómo el excongresista, sin mayor reparo, cedió ante las supuestas presiones de quien lo coaccionó, máxime cuando contaba con la asesoría de su defensor. Tampoco es serio, ni verosímil que, a pesar de esa supuesta coacción, el abogado de confianza de Besaile Fayad hubiera designado como defensor suplente a Moreno Rivera [hecho probado 9.5].

Es más, el excongresista Julio Manzur Abdala, investigado y privado de la libertad por la investigación Rad. n°. 27700, y su hijo Wadith Manzur declararon que Moreno Rivera, a pesar de que los contactó para ofrecer sus servicios como abogado defensor, no los coaccionó al pago de un soborno con los mismos propósitos de Besaile Fayad y coincidieron en que como esa alternativa ni siquiera la contemplaron, decidieron asesorarse de un abogado defensor para afrontar el proceso penal (c.4, grabación, Rad. n°. 50969). Por su parte, el testigo 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 (c. 4, grabación, Rad. n°. 50969).

Los testimonios de los Manzur y de Chaparro merecen credibilidad, pues dan cuenta del conocimiento directo de los hechos, son claros, precisos y espontáneos en sus afirmaciones y no se contradicen con los hechos probados en el proceso de desinvestidura.

En suma, la versión del excongresista sobre la supuesta coacción de Moreno Rivera no tiene soporte probatorio, ni resulta creíble en la medida en que las

declaraciones consistentes de los testigos Moreno Rivera y Lyons Muskus [num. 14], la llamada telefónica interceptada entre este y el abogado Luis Leonardo Pinilla [hecho probado 9.3] y la coincidencia de lo dicho por esos testigos con las pruebas documentales, llevan a concluir que Besaile Fayad negoció con el exmagistrado Ricaurte Gómez y el abogado Moreno Rivera la intervención e influencia ante el magistrado sustanciador de la investigación n°. 27700, Gustavo Malo Fernández, para que en el trámite de ese proceso se detuvieran las decisiones desfavorables a los intereses del exsenador [num. 15].

No de otra forma se explica que un particular -condición que tenía Moreno Rivera al momento de negociar el pago del dinero con el exsenador- hubiera logrado solo por la fuerza de sus argumentos y su capacidad de constreñimiento que un senador de la República pagara la elevada suma de dos mil millones de pesos para evitar una orden de captura. En realidad, resulta lógico, coherente y ajustado a los hechos probados que Besaile Fayad pagó esa cantidad de dinero, porque tuvo la convicción de que iba a influenciar al magistrado Malo Fernández y con ello cambiar la suerte de la investigación Rad. n°. 27700, como en efecto sucedió.

19. La versión del Besaile Fayad sobre la supuesta coacción que lo llevó a pagar el soborno tampoco lo exculpa, pues como tenía la condición de senador y, por ende de servidor público, al tiempo en que tuvo las tratativas con Moreno Rivera, de haberse presentado el constreñimiento para pagar un dinero, a cambio de detener una orden de captura, antes de “negociar” el monto de lo exigido, debió presentar una denuncia, porque se encontraba frente de un delito y tenía la obligación de informarlo a las autoridades competentes y allegar las pruebas del caso (artículos 417 del CP, 34.24 y 55.7 del CDU vigente en la época de los hechos).

La inminencia de la captura tampoco es una excusa, ni una justificación para el pago del dinero, pues de haber existido esa orden de restricción de la libertad, Besaile Fayad, como cualquier otra persona, tenía el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7 CN) y acatar los mandatos de la Constitución y de las leyes, conforme con los arts. 4° inc. 2, 6 inc. 1 y 95 inc. 2 constitucionales, que retomaron lo dispuesto por los artículos 9 y 18 CC, 56 y 57 CRPM y 66 CCA (hoy 89 CPACA).

20. Las pruebas referidas permiten a la Sala establecer que Musa Abraham Besaile Fayad, en su condición de congresista y aforado ante la Corte Suprema de

Justicia [hecho probado 9.1], negoció con un exmagistrado y un abogado para que estos influyeran en un magistrado de esa Corporación, encargado de la sustanciación de la investigación Rad. n°. 27700 [hecho probado 9.5] y, en efecto, se logró ese influjo, mediante el pago de un soborno [hecho probado 9.8], que llevó a que se detuvieran las decisiones desfavorables al exsenador Besaile Fayad -orden de captura- y se desvinculara al magistrado auxiliar José Reyes Rodríguez Casas del Despacho de Malo Fernández, por ser el principal obstáculo para dilatar esa investigación [num.14 y 15].

21. En la audiencia pública de desinvestidura, el apoderado de Besaile Fayad adujo que los hechos relacionados con el pago de los dos mil millones de pesos no tuvieron relación con la función Congresal de Besaile Fayad, sino que obedecieron a un asunto de carácter personal y que ese hecho no se explica por la función que aquel tenía como senador. También, argumentó que la justicia penal debía encargarse de la investigación y juzgamiento por el pago de ese dinero y que el excongresista conservaba su presunción de inocencia, pues no había sido vencido en juicio.

La Sala no desconoce que, en materia penal, el excongresista Besaile Fayad goza de la presunción de inocencia, conforme al artículo 29 CN, pues como en el proceso Rad. n°. 50969 aún no se ha dictado sentencia, tampoco se ha determinado la responsabilidad penal por los hechos en controversia. No obstante, se advierte que en ese proceso ya se cerró la etapa de instrucción y que por la consistencia y contundencia de las pruebas allí recaudadas el exsenador actualmente se encuentra en juicio [hecho probado 9.11].

Con todo, la Sala advierte que el proceso de desinvestidura es diferente del proceso penal, pues su análisis recae en el proceder del congresista frente a las normas constitucionales y legales que regulan su función y establecen sus calidades para acceder al cargo (artículos 179 a 184 CN y 279 a 300 LOC) y no respecto de normas cuya infracción implica una sanción penal⁶. Precisamente, por esta razón la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 296 LOC, que disponía como requisito previo para decretar la desinvestidura por las causales de indebida destinación de dineros públicos (art. 183.4 CN) y tráfico de influencias

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto de 2003, Rad. n°. 11001-03-15-000-2003-00223-01 [fundamento jurídico V].

debidamente comprobado (art. 183.5 CN), una sentencia penal condenatoria⁷.

Ahora bien, por mandato de los artículos 234 y 235.4 CN la Corte Suprema de Justicia tiene la competencia para investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República, pues estos tienen la condición de aforados. En la medida en que Musa Abraham Besaile Fayad gozaba de ese fuero como congresista, su investidura se convirtió no solo en un elemento para ejercer su influencia sobre su investigador -el magistrado Malo Fernández-, sino en una condición necesaria para ello, pues únicamente dicho magistrado -como integrante de la Corte Suprema de Justicia- tenía la competencia para instruir la investigación penal rad. n°. 27700.

De modo que resulta inverosímil que el pago del dinero que hizo el exsenador para modificar el trámite de la investigación penal Rad. n°. 27700 haya obedecido a una circunstancia personal y separada de su investidura de congresista, por el contrario, precisamente, la condición de aforado de Besaile Fayad lo llevó a emprender las negociaciones con un exmagistrado, quien podía y tenía contacto con su juez natural -el magistrado instructor de la investigación- y por esa circunstancia se explica que el exsenador accedió a pagar dos mil millones de pesos. Dicho en otras palabras, la condición de aforado de Besaile Fayad, en razón de su investidura, fue determinante para se produjera el pago del soborno al juez que lo investigaba y, a su vez, la calidad de congresista de Besaile Fayad resultó definitiva para que el funcionario judicial que instruía la investigación en su contra, tomara decisiones en su favor.

Así la cosas, se reúne el segundo presupuesto de la causal de desinvestidura por tráfico de influencias, porque se probó que el excongresista Besaile Fayad, en ejercicio de su investidura, se sirvió de unos intermediarios con el objeto de influir en el magistrado encargado de una investigación penal en su contra, mediante el pago de una suma de dinero con el fin de evitar una orden de captura y dilatar esa investigación.

Presupuesto tres de la causal

22. El tercer elemento del tráfico de influencias consiste en que el congresista reciba, haga dar o prometer, para sí o para un tercero, dinero o una dádiva, salvo las excepciones previstas por los numerales 6 y 8 del artículo 283 LOC.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-319 del 14 de julio de 1994 [fundamento jurídico tercero].

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 propias palabras “yo quiero hablar con el dueño del circo y no con los payasos” (c. 4, grabación, Rad. n°. 50969).

La declaración del testigo en este punto también merece credibilidad, pues, aunado a su conocimiento directo de los hechos, sus afirmaciones son precisas, espontáneas y serias. Asimismo, guardan coherencia con su relato frente a otros hechos y con lo probado en el proceso de desinvestidura.

El objeto de la influencia ejercida por Besaile Fayad sobre su investigador, el magistrado Malo Fernández, consistió en que en la investigación penal Rad. n°. 27770 se detuvieran las decisiones que le fueran adversas, a saber, la orden de captura y el avance de esa actuación para que “durmiera el sueño de los justos”. De allí que el exsenador, mediante el influjo que ejerció sobre el magistrado instructor de la investigación, a través de intermediarios -Ricaurte Gómez y Moreno Rivera- y del pago de un soborno –dos mil millones de pesos- [hechos probados 9.5, 9.8, num. 14 y 15], logró una dádiva o beneficio personal.

Se encuentra satisfecho el tercer presupuesto de la causal de tráfico de influencias, máxime que lo buscado por Besaile Fayad no se subsumió en las excepciones establecidas por los numerales 6 y 8 del artículo 283 LOC, sino que consistió en obtener del servidor público competente para investigarlo un beneficio personal, esto es, el entorpecimiento de una investigación penal en su contra.

Presupuesto cuatro de la causal

23. El cuarto presupuesto de la causal de tráfico de influencias radica en que el beneficio pretendido por el congresista provenga de un asunto que un servidor público se encuentre conociendo o vaya a conocer, pues esta es la razón que explica que el congresista aborde a ese servidor.

Para detener el avance de la investigación penal Rad. n°. 27700, Musa Abraham Besaile Fayad negoció con unos intermediarios para influenciar al magistrado Malo Fernández, quien era competente para adelantar esa actuación, se valió del pago de un soborno para incidir en la suerte de ese proceso y, con ello, evitó que allí se tomaran decisiones adversas a sus intereses [hechos probados 9.5 y 9.8, num. 14 y 15].

De modo que el cuarto presupuesto de la causal está satisfecho, pues está demostrado que el servidor público sobre el que congresista logró su influjo estaba conociendo de una investigación penal en su contra y fruto de esa influencia logró un beneficio, al evitar una orden de captura y detener el avance de la investigación.

24. Así las cosas, se encuentran cumplidos los presupuestos exigidos para que se configure la causal de desinvestidura de tráfico de influencias debidamente comprobado, prevista por los artículos 183.5 CN y 296.5 LOC. En cuanto al componente subjetivo de configuración de la causal, se destaca que el proceder del exsenador Besaile Fayad, esto es, el negociar con intermediarios y pagar un soborno para que el funcionario encargado de instruir un proceso penal en su contra detuviera los avances de la actuación, no solo es un acto ilegal, sino inadmisibles e injustificables, pues el excongresista estaba en condiciones de afrontar el proceso penal con un abogado de confianza y de hacer uso de los mecanismos de impugnación previstos por el ordenamiento para controvertir las providencias que lo afectarían, bien sea por contrarias a sus intereses o por injustas.

25. Al configurarse la primera causal de desinvestidura de tráfico de influencias debidamente comprobado, porque el exsenador Besaile Fayad pagó un soborno para que se detuviera una orden de captura en su contra y se dilatara el proceso penal que le sigue la Corte Suprema de Justicia por vínculos con grupos armados ilegales, no es necesario que la Sala estudie las causales subsidiarias alegadas por el solicitante, ni los otros supuestos de hecho en los que se sustentó la solicitud de desinvestidura.

26. Finalmente, la Sala no puede dejar de lado que el apoderado del excongresista Besaile Fayad en la audiencia de alegaciones destacó que lo transcurrido en el proceso n°. 50969 y las pruebas allí recaudadas no tienen

relevancia para el proceso de desinvestidura, por tratarse de un asunto penal, sin embargo, sí se valió de las pruebas practicadas en la investigación Rad. n°. 51721 para sustentar la defensa del exsenador. Esa argumentación resulta contradictoria, pues da entender que el Consejo de Estado como juez de la pérdida de investidura debe desestimar lo desfavorable de las pruebas recaudadas y trasladadas de los procesos penales contra Besaile Fayad, pero sí debe acoger lo que resulte favorable de esas investigaciones.

Como el solicitante de la desinvestidura en su intervención en la audiencia pública y en su escrito pidió que se remitiera a la Fiscalía General de la Nación las copias del testimonio rendido por Roberto Prieto Uribe, pues, estima que en esa declaración se pudo cometer una falsedad, se accederá a esa petición.

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,

FALLA:

PRIMERO: DECRÉTASE la desinvestidura de Musa Abraham Besaile Fayad, por la causal prevista por el artículo 183.5 de la CN.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE esta decisión al Presidente del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior para lo de su cargo.

TERCERO: REMÍTASE a la Fiscalía General de la Nación copia del testimonio que rindió Roberto Prieto Uribe en este proceso, conforme a lo pedido por el solicitante.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada en la fecha.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

MILTON CHAVES GARCÍA

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO
Ausente con excusa