



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, 23 de octubre de 2020

Referencia: Hábeas corpus (segunda instancia)
Radicación: 25000-23-36-000-2020-00328-01
Solicitante: Gustavo Enrique Malo Fernández
Demandados: Corte Suprema de Justicia, sala especial de primera instancia y Sala de Casación Penal

Temas: Hábeas corpus como garantía de la libertad personal. Mecanismo subsidiario. Improcedencia para cuestionar las providencias de los jueces penales, en las que razonablemente se niega la petición de libertad

Providencia de segunda instancia

De conformidad con el artículo 7 de la Ley 1095 de 2006, la sala unitaria decide la impugnación formulada por el apoderado judicial de Gustavo Enrique Malo Fernández contra la providencia del 17 de octubre de 2020, dictada por el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, que declaró improcedente la solicitud de hábeas corpus¹.

ANTECEDENTES

1. Hechos y argumentos de la solicitud

Mediante apoderado judicial, el señor Gustavo Enrique Malo Fernández presentó solicitud de hábeas corpus contra la sala especial de primera instancia y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por configurarse un caso de prolongación ilegal de la privación de la libertad. En síntesis, alegó que las providencias del 3 de junio y del 19 de agosto de 2020 incurrieron “*en vía de hecho*”: defecto procedimental absoluto, defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, al contabilizar los términos procesales (artículos 365-5 de la Ley 600 de 2000 y 317-6 de la Ley 906 de 2004).

- **Defecto procedimental absoluto:** el solicitante alegó que la providencia del 3 de junio de 2020 incurrió en “*vía de hecho*”, porque no se puede descontar 64 días calendario (transcurridos entre el 12 de febrero y el 16 de abril de 2020), ya que ese tiempo es atribuible a la administración de justicia²:

¹ El expediente digital fue recibido por el magistrado ponente el 23 de octubre de 2020, a las 8:48 a. m.

² Las siguientes transcripciones se incorporan literalmente, incluso con los errores de redacción.



1. Las fechas para que los testigos comparezcan las definen los señores Magistrados de la Sala Especial, en eso la defensa no tiene ninguna incumbencia y si el señor José Leónidas Bustos no compareció en esas fechas, esta circunstancia no es atribuible a la defensa, por lo cual ese término NO SE LE PUEDE DESCONTAR para negar la libertad peticionada.

2. Solicitar que la prueba testimonial se practique es un legítimo ejercicio del derecho de la defensa y por ende no es una maniobra dilatoria, y más una prueba decretada desde el 15 de mayo de 2019 por la Sala Especial.

3. Los términos que se emplearon para resolver el recurso de reposición que interpuso y sustentó debidamente contra la providencia del 3 de marzo de 2020 (se decretó el testimonio de Camilo Andrés Ruiz como prueba sobreviniente a petición de la Procuraduría), TAMPOCO se le pueden descontar a la defensa técnica y material pues precisamente son términos definidos en la ley procesal (ley 600 de 2000) para tramitar el recurso de reposición (interposición, sustentación, traslados y decisión).

- **Defecto procedimental y defecto sustantivo:** el señor Malo Fernández se refirió al testimonio de Camilo Andrés Ruiz para explicar que su abogado defensor no incurrió en condutas dilatorias, sino que ejerció legítimamente los derechos de defensa y contradicción:

En consecuencia, descontar 14 días atribuibles entre el 29 de abril y el 13 de mayo de 2020 bajo la premisa (ocupó la defensa en el exhaustivo interrogatorio del último testigo las que se calificaron en su momento desproporcionadas); es totalmente contrario al derecho de defensa y por supuesto de espaldas a una interpretación restrictiva en los términos del artículo 295 de la ley 906 de 2004. (VIA DE HECHO) – defecto procedimental y sustantivo.

Otro aspecto que no se puede pasar por alto es reprocharle a la defensa haber solicitado que se trasladara al proceso el interrogatorio que había rendido CAMILO ANDRÉS RUIZ en la Fiscalía general de la Nación para que le aprobaran un principio de oportunidad esto se suscitó precisamente por haberlo aceptado como prueba sobreviniente, lo que ocasionaba necesariamente que la defensa técnica y material conocieran que había dicho el testigo en la fiscalía, en consideración a que la petición de la Procuradora se basaba en las declaraciones rendidas por CAMILO ANDRÉS RUIZ en el órgano acusador y que habían conllevado a la aprobación de un principio de oportunidad, por lo cual si este señor venía a declarar en el Juicio de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ lo más obvio en el contexto jurídico probatorio era conocer sus dichos, pues de que otra manera se le podía interrogar si no es con base en el mismo ya había expresado en otros escenarios.

- **Defecto procedimental y defecto sustantivo:** Gustavo Enrique Malo Fernández manifestó que la presentación de recursos contra las decisiones que niegan pruebas solicitadas no es una causa razonable para descontar días al momento de contabilizar los términos:

No se puede suspender la actuación procesal porque se están resolviendo los recursos de apelación que interpone la defensa frente a las providencias donde le niegan las pruebas solicitadas el recurso de apelación es un ACTO PROCESAL LEGITIMO DE LA DEFENSA, y como tal es la muestra del ejercicio de contradicción, que hace parte de las GARANTÍAS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES definidas en el artículo 8 de la Convención y 29 de la Carta Política de 1991, de lo contrario como se defiende el ciudadano GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ, sino puede apelar las decisiones que toma la Sala especial de juzgamiento cuando le NIEGA las pruebas solicitadas.

Es sin duda una VÍA DE HECHO suspender la actuación durante el tiempo que se emplean para resolver los recursos de apelación y de esa manera afectar el derecho a la libertad provisional, más aún cuando los RECURSOS DE APELACIÓN no se resuelven en los términos que establece la ley procesal, SINO QUE SE DEMORAN MUCHOS MESES en pronunciarse como pasa en este asunto, así se puede evidenciar en el expediente o sumario.



No es una CAUSA RAZONABLE para suspender la actuación o los términos (con respecto a la libertad) porque se están resolviendo los recursos de apelación, con este criterio que se arroja la CAUSA RAZONABLE se violan dos derechos fundamentales:

1. El ejercicio del derecho a la contradicción- defensa.
2. El derecho a la libertad.

La premisa que se utiliza es que si la defensa hizo uso del recurso de apelación entonces carga con EL TIEMPO que se demoró la judicatura en resolver y ese tiempo NO SE LE CUENTA cuando peticione o solicite la libertad.

- **Desconocimiento del precedente:** el señor Malo Fernández citó las providencias del 30 de agosto de 2012, proceso 39804, del 19 de marzo de 2015, expediente 45260, del 13 de febrero de 2013, expediente 40660, y del 8 de mayo de 2020, expediente 301, y alegó que, en el régimen procesal de la Ley 600 del 2000, el juez tiene la obligación de conceder la libertad provisional *“cuando estén superados los términos DE MANERA OFICIOSA, situación que en este caso no se ha dado y se ha convertido en una prolongación ilegal de la libertad, y por el contrario para no conceder la libertad al ciudadano MALO FERNÁNDEZ se ha impuesto en la primera y segunda instancia una regla contraria al principio pro homine, pro libertatis, convirtiendo la detención preventiva en una FORMA DE PENA ANTICIPADA, me refiero a decir que los términos o la actuación están suspendidos durante los tiempos que resuelven el recurso de apelación”*.

En definitiva, en la solicitud de hábeas corpus se explicó:

El doctor Gustavo Enrique Malo Fernández fue privado de la libertad con detención preventiva el día 15 de mayo de 2019 mediante providencia emitida por la Sala Especial de Juzgamiento, es decir desde ese 15 de mayo de 2019 a la fecha de hoy 16 de octubre de 2020 lleva en privación de la libertad producto de la detención preventiva 520 días calendarios.

La primera instancia cuando hizo los descuentos para no conceder la libertad dijo que le descontaba 106 días.

La segunda instancia dijo que le descontaba 148 días.

En conclusión, aceptando los descuentos (que no compartimos) pero en gracia de discusión, se tiene que existe UNA PROLONGACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD del ciudadano GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, pues la causal 5 de libertad señalada en el artículo 365 de la ley 600 de 2000 contempla el derecho a la LIBERTAD si se ha cumplido 12 meses (un año) y no se ha proferido sentencia de primera instancia.

Si aceptamos que estos descuentos son legales tenemos lo siguiente:

1. $520 - 106 = 414$ días calendarios.
2. $520 - 148 = 372$ días calendarios.

Cualquiera de los dos términos que resultan SON SUPERIORES a 12 meses (un año)³, en efecto se da una prolongación ilegal de la libertad y como esto se ha producido sobre la base de unas vías de hecho es viable conceder a libertad por medio del habeas corpus, luego que agoté los recursos y medios ordinarios.

³ Cita original: Causal 5 artículo 365 ley 600 de 2000.



2. Petición

Por lo anterior, Gustavo Enrique Malo Fernández solicitó que se ordenara la libertad provisional, por vencimiento de términos, lo cual, a su juicio, constituye un caso de prolongación ilegal de la privación de la libertad.

3. Intervenciones

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

El magistrado ponente del auto del 19 de agosto de 2020⁴ se opuso a la solicitud de hábeas corpus. En síntesis, explicó que en dicha providencia se verificó la situación jurídica del señor Malo Fernández y razonablemente se concluyó que no se configuró el vencimiento de términos.

Advirtió que *“en el conteo de días que ahora propone el libelista para reclamar la liberación de su prohijado, se incorpora un supuesto de hecho novedoso, como lo es, el tiempo transcurrido desde el momento en que se desató el recurso de alzada a la fecha, situación de la cuál no se advierte que haya postulado ante la autoridad judicial competente petición al respecto”*.

Sala especial de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia

El magistrado ponente del auto el 3 de junio de 2020 también se opuso a la prosperidad del hábeas corpus. En resumen, sostuvo que no se configura un caso de prolongación ilegal de la privación de la libertad, en los términos del artículo 365-5 de la Ley 600 de 2000, pues no es cierto que hubiera transcurrido más de 6 meses, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la audiencia de juzgamiento.

Que, en efecto, en el auto del 3 de junio de 2020, se concluyó que la audiencia de juzgamiento no sólo ya se había iniciado, sino que estaba a punto de finiquitarse y que se encontraba suspendida *“por causa justa o razonable, a la par que por las maniobras evidentemente dilatorias de la defensa”*.

Adicionalmente, se refirió a las dificultades presentadas para el trámite normal del proceso, debido a: (i) la práctica del testimonio de Luis Gustavo Moreno Rivera (privado de la libertad en Estados Unidos); (ii) la recusación presentada por la defensa de Malo Fernández contra los miembros de la sala especial; (iii) la dificultad de obtener la declaración de José Leónidas Bustos, y (iv) al descuento del tiempo que ha llevado tramitar y resolver los recursos interpuestos por la defensa de Malo Fernández, que, si bien hace parte de los derechos de defensa y contradicción, eran presentados antes de cerrar la etapa probatoria, junto con solicitudes extemporáneas de pruebas.

Por último, el magistrado ponente del auto del 3 de junio de 2020 llamó la atención en que Gustavo Enrique Malo Fernández pretende acreditar la falta de maniobras dilatorias y el

⁴ Que resolvió el recurso de apelación contra las decisiones de la sala especial de primera instancia, en las que se denegó la práctica de pruebas (auto del 14 de mayo de 2020) y la petición de libertad por vencimiento de términos (auto del 3 de junio de 2020).



vencimiento de términos con fundamento en la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos regidos por el sistema acusatorio, a pesar de que el proceso penal en cuestión se está tramitando bajo el régimen procesal de la Ley 600:

Lo anterior, por cuanto la causa seguida contra GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ se sigue bajo las ritualidades de la Ley 600 de 2000, sin que sea procedente, en relación con las causales de libertad por vencimiento de términos, la aplicación favorable del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, como expresamente lo descartó la Sala de Casación Penal al resolver el recurso de apelación contra el auto que negó en primera instancia la libertad provisional.

Bajo este panorama, emerge evidente que el propósito de la presente acción constitucional se encamina a obtener de su despacho y por la vía de esta acción excepcional, un pronunciamiento distinto a los ya emitidos por el juez natural, a manera de una tercera instancia o instancia adicional ajena del todo a los presupuestos que exige este mecanismo de protección de la libertad personal.

4. Providencia impugnada

La providencia impugnada, dictada el 17 de octubre de 2020, declaró improcedente la solicitud de hábeas corpus. El *a quo* concluyó que las providencias del 3 de junio y 19 de agosto de 2020 no están viciadas por defecto procedimental absoluto, ni defecto sustantivo, ni desconocieron el precedente, ya que no se configuró el vencimiento de términos que alegó el señor Malo Fernández.

En efecto, el tribunal encontró que, desde la detención del procesado, el 15 de mayo de 2019, hasta el 14 de mayo de 2020, transcurrieron 365 días, *“a los que deben restarse 148 días como causa ‘justa o razonable’ de suspensión de la audiencia, con lo cual, habrían transcurrido 217 días. Sin embargo, está contabilización no incluye los días que tomó la resolución de la apelación, toda vez que la providencia de segunda instancia que resolvió los recursos de apelación fue proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 19 de agosto de 2020, los que igualmente, deberían ser descontados. Aún así, y sin perjuicio de lo que debida el juez natural a la fecha de hoy (17 de octubre de 2020), han transcurrido 59 días más, que sumados a los 217 días da un total de 276 días, lo cual tampoco supera el término para que proceda la libertad provisional del señor Gustavo Enrique Malo Fernández”*.

Por otra parte, el tribunal explicó que el auto del 19 de agosto de 2020 justificó la no aplicación del artículo 317-6 de la Ley 906 y, por tanto, no se advierte que hubiera incurrido en “vía de hecho”. Aún así, el *a quo* dijo que, en gracia de discusión, el término de 300 días tampoco se había superado.

5. Impugnación

El apoderado judicial de Gustavo Enrique Malo Fernández impugnó la sentencia de primera instancia. Fundamentalmente, insistió en los argumentos expuestos en la solicitud inicial, en los términos en que se resumieron anteriormente.

Solicitó que se revocara la providencia impugnada y, en su lugar, se concediera la libertad provisional.



6. Trámite de la impugnación

El expediente fue recibido por el despacho sustanciador el 23 de octubre de 2020, a las 8:48 a. m.

En consecuencia, la providencia de segunda instancia se dicta en los tres días hábiles siguientes, conforme con el artículo 7 de la Ley 1095 de 2006.

CONSIDERACIONES

1. Generalidades del hábeas corpus. Reiteración de jurisprudencia⁵

El artículo 30 de la Constitución Política prevé que el hábeas corpus es un derecho fundamental, cuya protección puede pedirse, ante cualquier autoridad judicial y en cualquier tiempo, por privación ilegal de la libertad o por prolongación ilegal de la privación de la libertad.

La Ley 1095 de 2006 desarrolló el citado artículo 30 y dispuso que el hábeas corpus es, además, una acción constitucional que protege la libertad personal cuando alguien es privado de ella con violación de las garantías constitucionales o legales, o cuando dicha privación se prolonga ilegalmente.

En ese entendido, la «acción de hábeas corpus» está prevista para dos eventos: **(i)** cuando hay privación de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o **(ii)** cuando se prolonga ilegalmente la privación de la libertad.

El primer evento sucede comúnmente cuando se detiene a una persona sin que medie orden de autoridad judicial competente. Y el segundo ocurre cuando la detención, a pesar de que cumplió con todos los requisitos legales, deviene ilegal porque desaparecen las causas que la justificaban o porque se verificó una circunstancia que imponía conceder la libertad. En el último caso, puede suceder que se presente una de las causales de libertad que prevé el artículo 317 CPP⁶ o que exista una circunstancia de excarcelación y que, a pesar de ello, el juez se niegue a otorgar la libertad.

⁵ Respecto de la naturaleza jurídica del hábeas corpus, la sala unitaria reitera la posición fijada, entre otras, en la providencia del 15 de noviembre de 2016, expediente 500012333000201600831-01, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁶ **Artículo 317. Causales de libertad.** Modificado por el art. 30, Ley 1142 de 2007, Modificado por el art. 61, Ley 1453 de 2011, Modificado por el art. 38, Ley 1474 de 2011., Modificado por el art. 4, Ley 1760 de 2015. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.
2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad.
3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento.
4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.
5. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.

NOTA: El Texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-390 de 2014, en el entendido de que salvo que el legislador disponga un término distinto, el previsto en dicho numeral se contara a partir de la radicación del escrito de acusación.



El hábeas corpus, en todo caso, no es un mecanismo alternativo, supletorio o sustituto para debatir las cuestiones propias de los procesos en que se investigan y juzgan las conductas punibles. El hábeas corpus es un medio judicial excepcional de protección de la libertad y de los otros derechos fundamentales que de ahí se derivan, como la vida, la integridad personal y el de no ser sometido a desaparecimiento o a tratos crueles y torturas⁷.

Lo anterior significa que el juez que conoce del hábeas corpus carece de competencia para examinar los elementos propios de la conducta punible, la responsabilidad de los procesados, la validez o valor de persuasión de los medios de convicción, o la labor procesal que desarrolle el funcionario judicial, pues el ejercicio de esta acción sólo permite el examen de los elementos extrínsecos de la medida que afecta la libertad⁸.

En otras palabras, el mecanismo de protección judicial que nos ocupa es extraordinario y no puede utilizarse para sustituir los procedimientos judiciales comunes dentro de los que, necesariamente, deben formularse las peticiones de libertad. Tampoco puede reemplazar los recursos ordinarios de reposición y apelación establecidos como mecanismos legales idóneos para impugnar las decisiones que interfieren el derecho a la libertad personal; ni sirve para desplazar al funcionario judicial competente, y obtener así una opinión diversa —a manera de instancia adicional— de la autoridad llamada a resolver lo atinente a la libertad de las personas.

No obstante, se ha aceptado la procedencia excepcional de la solicitud de hábeas corpus cuando, a pesar de que las cuestiones relativas a la libertad se puedan discutir en el respectivo proceso penal, se adviertan circunstancias especiales que pueden generar un perjuicio irremediable si se espera a que el juez del proceso penal decida sobre la solicitud de libertad⁹.

2. El caso concreto

La sala unitaria anticipa que confirmará la providencia recurrida, por las razones que se exponen enseguida:

Del expediente, se destaca la siguiente información:

- El 29 de noviembre de 2017, la comisión de investigación de la Cámara de

⁷ Así lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-187 de 2006.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en auto de 27 de noviembre de 2006, radicado 26503 y en la sentencia de 11 de diciembre de 2003, radicado 15955.

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 10 de julio de 2008, radicado del proceso 30156. En esa sentencia se concluyó: “*Por regla general ‘a partir del momento en que se impone la medida de aseguramiento, todas las peticiones que tengan relación con la libertad del procesado deben elevarse al interior del proceso penal, no a través del mecanismo constitucional de hábeas corpus, pues, se reitera, esta acción no está llamada a sustituir el trámite del proceso penal ordinario.*”

Ello es así, excepto si como lo reitero la Corte en el auto de junio 26 de 2008, la decisión judicial que interfiere en el derecho a la libertad personal puede catalogarse como una vía de hecho o se vislumbra la prosperidad de alguna de las otras causales genéricas que hacen viable la acción de tutela; hipótesis en las cuales, ‘aún cuando se encuentre en curso un proceso judicial, el hábeas corpus podrá interponerse en garantía inmediata del derecho fundamental a la libertad, cuando sea razonable advertir el advenimiento de un mal mayor o de un perjuicio irremediable, en caso de esperar la respuesta a la solicitud de libertad elevada ante el mismo funcionario judicial, o si tal menoscabo puede sobrevenir de supeditarse la garantía de la libertad a que antes se resuelvan los recursos ordinarios’”.



Representantes profirió acusación contra Gustavo Enrique Malo Fernández, por los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización indebida de asuntos sometidos a reserva.

- Mediante Resolución 001 del 13 de diciembre de 2018, la plenaria del Senado admitió la acusación presentada.
- La sala especial de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia tramita el proceso penal contra el señor Malo Fernández, bajo el régimen procesal de la Ley 600 de 2000.
- El 5 de agosto de 2019, la sala especial instaló audiencia de juzgamiento. Las pruebas del proceso fueron practicadas en sesiones del 6, 14, 26 y 28 de agosto, 25 de septiembre, 2 y 9 de octubre y 27 de noviembre de 2019, 28 de enero, 12 de febrero, 16 y 29 de abril y 13 de mayo de 2020.
- Posteriormente, el señor Malo Fernández solicitó la práctica de pruebas “sobrevinientes”. Y, por auto del 14 de mayo de 2020, la sala especial de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia denegó la solicitud. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación, que fue concedido en el efecto diferido.
- Gustavo Enrique Malo Fernández presentó solicitud de libertad provisional, por vencimiento de términos, que fue resuelta desfavorablemente, por auto del 3 de junio de 2020. La anterior decisión fue recurrida en apelación.
- Por auto del 19 de agosto de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó los autos del 14 de mayo y 3 de junio de 2020.

A continuación, la sala unitaria examinará las providencias del 3 de junio y 19 de agosto de 2020, de cara a la solicitud de hábeas corpus.

Auto del 3 de junio de 2020

1.1. En el auto del 3 de junio de 2020, la sala especial de primera instancia se pronunció sobre la solicitud de libertad, por vencimiento de términos, presentada por el señor Malo Fernández, conforme con el artículo 365-5 de la Ley 600.

Después de citar la norma aplicable, referirse a la jurisprudencia del caso y de detallar los pormenores del proceso penal seguido contra el señor Malo Fernández, el auto del 3 de junio advirtió que la audiencia de juzgamiento se había instalado oportunamente (5 de agosto de 2019) y que, por tanto, no se superó el término de 6 meses a que se refiere el artículo 365-5, ya que la medida de aseguramiento de detención preventiva se impuso el 15 de mayo de 2019.

Además, encontró que existieron ciertas prácticas dilatorias del señor Malo Fernández y su apoderado, para impedir que se instalara la audiencia de juzgamiento, al paso que advirtió que el acusado recusó a los magistrados de la sala especial:



En el presente asunto, el 29 de noviembre de 2017 la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes profirió auto de acusación contra GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y utilización de asunto sometido a secreto o reserva, auto aprobado en plenaria celebrada el 25 de abril de 2018. Remitidas las diligencias a la Comisión Instructora del Senado, en informe final de 29 de noviembre de 2018 se aceptó la acusación y fue admitida por unanimidad en la plenaria del Senado, mediante Resolución 001 de 13 de diciembre de 2018, fecha a partir de la cual se entiende ejecutoriada la acusación, como quiera que contra ésta no procede ningún recurso.

Sin embargo, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 431 de la Ley 600 de 2000, durante el trámite adelantado contra el aquí acusado en el Congreso de la República rigió el principio de libertad.

En este orden, solo hasta que el asunto fue asumido por la Sala -y ante la necesidad de resolver la situación jurídica del procesado en virtud de la naturaleza de los delitos enrostrados-, se procedió en auto de 15 de mayo de 2019 a imponerle a MALO FERNÁNDEZ medida de aseguramiento de detención preventiva, siendo esta la fecha a partir de la cual debe adelantarse la contabilización de términos, por tratarse de aquella en que se materializó la detención preventiva del acusado a expensas de este proceso¹⁰.

Ahora, para iniciar la audiencia de juzgamiento, en auto del 20 de mayo de 2019 se señaló el 19 de junio siguiente. Sin embargo, hacia las 3:46 minutos de la tarde del 18 de junio, la defensa allegó solicitud de aplazamiento de la diligencia, a la que adjuntó manifestación escrita del acusado en la que indicaba que no comparecería a la vista pública. Pese a que dicha solicitud fue denegada por auto de la misma fecha, la diligencia no se pudo adelantar por la no comparecencia del defensor y del procesado, según se dejó constancia en el acta respectiva.

En la misma diligencia, con el propósito de prevenir este tipo de maniobras a todas luces dilatorias por la defensa técnica y material, de antemano se fijaron los días 27 de junio, 16 de julio, 5, 6 y 14 de agosto para adelantar la vista pública, pese a lo cual, el 27 de junio tampoco fue posible iniciar la audiencia de juzgamiento.

En efecto, llegado el día y previo a instalar la diligencia, por la Secretaría de la Sala se dejó constancia que tanto defensor como acusado se negaron a suscribir el acta de notificación del auto de 26 de junio de 2019, mediante el cual la Sala rechazó de plano una solicitud de pruebas presentada por la defensa de forma extemporánea (agotado el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 y finiquitada la audiencia preparatoria). Instalada la audiencia, se informó por el secretario que hacia las 7:30 de la noche anterior, vía correo electrónico, la defensa había remitido solicitud de nulidad, argumentando que no se podía proseguir hasta tanto no se resolviera su solicitud de pruebas, misma a cuya notificación se opuso minutos antes.

Como quiera que esta maniobra, claramente encaminada a entorpecer la diligencia, no rindió sus frutos, habida cuenta que el presidente de la audiencia dispuso que la solicitud de nulidad sería resuelta por auto separado una vez se surtiera su ingreso al despacho y no en la audiencia pública, como lo pretendía el señor defensor, el doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ procedió a recusar a uno de los magistrados de la Sala y su defensor, a los restantes miembros que la componen, siendo necesario surtir el trámite del artículo 108 de la Ley 600 de 2000, circunstancia que dio al traste con el trámite de la diligencia para la cual se había convocado.

Las citadas recusaciones fueron declaradas infundadas por una Sala de Conjuces de esta Corporación en decisión del 22 de julio de 2019. En consecuencia, para la iniciación del juicio, la Sala habilitó las fechas de 5 y 6 de agosto previamente señaladas y adicionó los días 26 y 28 de agosto con el mismo propósito.

¹⁰ Cita original: En la misma fecha se surtió la audiencia preparatoria.



En este orden, no fue sino hasta el 5 de agosto de 2019 que finalmente se inició a la audiencia de juzgamiento con el interrogatorio del acusado. Quiere decir lo anterior, que desde la fecha en que se materializó la privación de la libertad de GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ y el día en que se procedió a su interrogatorio, transcurrieron 81 días calendario, cifra muy inferior a los 180 días (6 meses) que exige la norma como causal habilitante para acceder a la libertad, de los cuales además, un total de 47 días corrieron a cargo de la defensa, habida cuenta de su no comparecencia a la audiencia programada para el 19 de junio y las recusaciones infundadas contra los magistrados de la Sala.

Al encontrar que la audiencia de juzgamiento se instaló oportunamente, esto es, en el plazo del artículo 365-5 de la Ley 600, la sala especial consideró que era *“innecesario abordar el análisis de si, en el presente asunto, ese plazo se amplió o no, por la potísima razón de que la sola circunstancia aludida nos ubica en la hipótesis del inciso segundo del mismo artículo, conforme con el cual, ‘no habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiera iniciado, y ésta se encuentre suspendida por causa justa o razonable (...)”*.

Enseguida, el auto se refirió a las causas que han impedido que culmine la audiencia de juzgamiento (por su pertinencia, se transcribe *in extenso*):

Superados los impases iniciales, se agotó el interrogatorio del procesado el 5 de agosto y se inició la práctica probatoria con el testimonio de Francisco Javier Ricaurte, en cuyo interrogatorio la defensa ocupó las sesiones de 6, 14 y 26 de agosto. Culminado éste, en la última fecha rindió testimonio Luigi José Reyes Núñez, también testigo de la defensa.

Citados los sujetos procesales para continuar el juicio el 28 de agosto de 2019, previo a iniciar el interrogatorio de José Reyes Rodríguez Casas (testigo de la defensa), el profesional del derecho solicitó a la Sala la suspensión de la diligencia hasta tanto no se adelantaran las inspecciones ordenadas a los procesos adelantados por parapolítica contra Álvaro Ashton y Musa Besaile. Pese a que la presidencia de la audiencia le indicó que evacuara el interrogatorio en lo que no dependiera de la prueba documental, la defensa del acusado se negó a ello, lo que obligó a la Sala a variar el orden del cuestionamiento al testigo, quedando pendiente para una fecha posterior el examen por la defensa.

La audiencia continuó el 25 de septiembre con el interrogatorio de Rodríguez Casas por la defensa técnica del acusado, dejándose constancia en el acta del llamado de atención del presidente de la audiencia al acusado, debido a las preguntas repetitivas y sobre temas ya tratados por su apoderado durante el examen del testigo. En la misma diligencia se procedió a la declaración de Ana Marina Erazo Soler (testigo de la defensa), la cual se culmina hasta el 2 de octubre siguiente. En la misma fecha se escucha en declaración a José Luis Robles Tolosa (testigo de la defensa) y se dispone que el 9 de octubre se evacuará el testimonio de Luis Gustavo Moreno (testigo de la defensa).

A pocas horas de dar inicio a la sesión de 9 de octubre, la defensa allegó memorial indicando que para el interrogatorio de su testigo, requería que previo se adelante la inspección que ordenó oficiosamente la Sala, con el propósito de obtener copia íntegra de los soportes entregados por Moreno Rivera en diversas declaraciones ante la Corte.

Tal actitud le valió a la defensa un llamado de atención del presidente de la audiencia, en el que lo conminó a actuar conforme el principio de lealtad procesal, pues como fácilmente puede evidenciarse en esta y otras ocasiones a lo largo del proceso, el abogado implementó como mecanismo defensivo a todas luces dilatorio la presentación de solicitudes de aplazamiento, suspensiones de testimonios y pretensiones probatorias de último momento, generalmente radicadas a escasas horas hábiles de la instalación de la audiencia, en claro detrimento de la eficacia de la administración de justicia y con el innegable propósito de obstruir el normal desarrollo de la actuación procesal.



Pese a ello la Sala dispuso adelantar el recaudo de la declaración de Moreno Rivera, teniendo en cuenta los tortuosos trámites que su disposición implicó para la Corporación, habida cuenta que el testigo está privado de la libertad en los Estados Unidos, por lo que para su conexión virtual a la vista pública debió la Sala activar, por intermedio del Ministerio de Justicia y del Derecho, los mecanismos de cooperación internacional necesarios para obtener la autorización del Departamento de Justicia del país norteamericano.

Por eso, más allá de la discusión que plantea la defensa en punto de si la práctica de ese testimonio en el extranjero amplió o no el término de 6 meses para iniciar la vista pública, argumentos que -no sobra advertir- la Sala no comparte, pues, con independencia de que se trate de una sola prueba y que la misma se haya practicado por videoconferencia, lo cierto es que dada la condición de persona privada de la libertad del testigo, el asunto requirió un trámite dispendioso, que tomó a la Sala varios meses.

En efecto, desde que se ordenara su recaudo en audiencia preparatoria del 15 de mayo, se elaboró la solicitud de cooperación internacional, documento que se radicó en las dependencias del Ministerio de Justicia oportunamente, siendo la intención de la Sala proceder a su recaudo en la primera sesión de audiencia, programada como ya se dijera para el 19 de junio de 2019. Ese documento debió ser traducido al inglés por un traductor oficial, para lo que se requirió elevar una solicitud a la Dirección Nacional de Administración Judicial, con el propósito de que se designara un auxiliar de la justicia y se dispusieran los recursos para su pago.

Radicada la solicitud ante las autoridades colombianas, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos se obtuvo respuesta meses después, siendo necesario aclarar, además, que las fechas en que estaría disponible el testigo fueron fijadas por las autoridades norteamericanas y no por la judicatura, debiendo entonces la Sala ajustarse a los requerimientos de aquellas en cuanto a días y horarios de disponibilidad.

Así las cosas, considera la Sala que, aun cuando no se desplazó por fuera de la sede judicial ningún funcionario para el recaudo de la aludida prueba, ella sí conllevó un desgaste procesal que sin duda consolida la hipótesis de que el tiempo ocupado en su práctica es razonable.

Retomando el recuento procesal, en sesión del 27 de noviembre se interrogó a Osbaldo Manuel Madariaga Archbold, único testigo del Ministerio Público, y se escuchó en declaración a Leonardo Luis Pinilla Gómez, Alfredo Bettín Sierra y Eduardo José Peñaloza González, testimonios decretados oficiosamente por la Sala.

Hasta aquí puede apreciarse que las sesiones de audiencia del 6, 14, 26 y 28 de agosto, 25 de septiembre, 2 y 9 de octubre se ocuparon en evacuar la abundante prueba testimonial de la defensa, a quien en no pocas oportunidades la Sala debió hacer llamados de atención para que se ciñera en su cuestionario a la pertinencia de la prueba, así como para que omitiera preguntas repetitivas o especulativas, debido a los extensos interrogatorios a que sometió a sus testigos.

Para el 9 de diciembre se presentaron dos novedades que impidieron el adelantamiento de la diligencia. De un lado, la Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia informó que el sistema de videoconferencia en la prisión donde está recluido Moreno Rivera había sufrido un daño, por lo que resultaba imposible entablar comunicación con el testigo, situación que llevó al traste con la programación de la Sala para las horas de la mañana, en las que se tenía dispuesto su recaudo.

Sin embargo, para la sesión de la tarde se había citado a Adriana Fernández y Álvaro Ashton, testimonios que fue necesario aplazar debido a que el acusado no fue remitido por las autoridades penitenciarias a causa de padecimientos de salud, mediando la manifestación expresa de MALO FERNÁNDEZ de que era su intención ejercer la defensa material y, por tanto, no renunciaba a su derecho a comparecer a la vista pública, lo que significó su fracaso.

Situación similar ocurrió para la sesión del 12 de diciembre siguiente. Una vez más, en horas previas a la diligencia la defensa radicó solicitud de aplazamiento, la cual se despachó desfavorablemente.



Ante la negativa, el profesional del derecho allegó incapacidad médica del acusado y reiteró que no comparecería a la audiencia, en actitud de franca rebeldía ante lo dispuesto por la Sala.

Por tal razón, en el acta respectiva se dejó constancia por el presidente de la audiencia del desacato -reiterado por demás- de lo ordenado por la Sala, de la falta de justificación para la no comparecencia de la defensa técnica. Finalmente, haciendo uso de las facultades otorgadas por el artículo 142, numeral 2º, y 409 de la Ley 600 de 2000, sancionó al apoderado con amonestación y ordenó requerirlo para que justificara su inasistencia y el desobedecimiento de las ordenes de esta Corporación.

Es de aclarar que si bien con posterioridad allegó constancia de que se encontraba en otra diligencia, ello no justifica la actitud desleal asumida por la defensa y que sin duda prolongó más allá de los causes naturales la accidentada declaración de Luis Gustavo Moreno Rivera, testimonio que paradójicamente fue ordenado a solicitud de dicho sujeto procesal.

Para este estadio procesal y ante la cercanía de la vacancia judicial³¹¹, debió reasumirse la diligencia hasta el 28 de enero del presente año, fecha en la que se recibieron las declaraciones de Humberto Álvarez Muñoz, Anyela Marcela Romero Rodríguez y Álvaro Ashton Giraldo (testigos de oficio).

Finalmente, fue posible culminar el interrogatorio de Moreno Rivera en sesión del 12 de febrero del presente año, al igual que el de Álvaro Ashton y Adriana Fernández Gutiérrez. Al final de la diligencia se cuestionó a la defensa si era su intención insistir en la declaración de José Leonidas Bustos, quien fue citado en varias oportunidades por la Sala obteniendo como única respuesta que se encontraba fuera del país y que solo declararía mediante certificación jurada, posibilidad que negó la Sala en tanto el testigo no tiene la condición de funcionario público.

Frente a dicho requerimiento la defensa indicó que había establecido contacto con el apoderado judicial del doctor Bustos Martínez, quien le habría indicado un supuesto interés en declarar en la presente causa, en virtud de lo cual la Sala dispuso el día 27 de febrero para escucharlo en declaración, citándolo por intermedio de la defensa.

El 26 de febrero el abogado defensor allegó memorial en el que indicó haber comunicado al apoderado de Bustos Martínez la citación para la diligencia, obteniendo como única respuesta la manifestación de que se encontraba fuera del país. En el mismo, insistió en el recaudo de la prueba testimonial y sugirió oficiar a Migración Colombia con el fin de establecer si Bustos Martínez se encontraba en Canadá, como se indicaba en algunas notas de prensa.

Acogiendo la solicitud, la Sala dispuso en autos de 2 y 3 de marzo, respectivamente, oficiar a Migración Colombia y destinar el día 11 de marzo para evacuar el testimonio de Bustos Martínez, misma que tuvo que ser aplazada ante la imposibilidad de ubicar al testigo tantas veces mencionado. Finalmente, en auto del 11 de marzo, se declaró la imposibilidad material de evacuar el testimonio y se señala el 16 de abril siguiente para oír en declaración a Camilo Andrés Ruiz, decretado como prueba sobreviniente a solicitud del Ministerio Público.

El 30 de marzo, la defensa allegó sendas solicitudes, entre ellas, una manifestación de insistencia de la declaración de Bustos Martínez y una solicitud de pruebas, encaminada a obtener prueba documental relacionada con el principio de oportunidad y el preacuerdo celebrado por Camilo Andrés Ruiz con la Fiscalía General de la Nación. Frente a la primera de las peticiones, la Sala le indicó a la defensa que debía estarse a lo resuelto en auto del 11 de marzo. Respecto de la segunda, se admitió únicamente la incorporación del interrogatorio surtido por aquél ante la Fiscalía Tercera Delegada ante esta Corporación en la matriz de colaboración, para cuyo recaudo se dispuso de inspección judicial adelantada, con algunos tropiezos, los días 27 de abril y 11 de mayo.

El interrogatorio de Camilo Andrés Ruiz se prolongó los días 16 y 29 de abril y 13 de mayo, lapso durante el cual la defensa lo examinó exhaustivamente a lo largo de las tres sesiones, por lo que el Ministerio Público se vio precisado a hacer una moción de procedimiento, con el propósito de que la

¹¹ Cita original: Acaecida desde el 20 de diciembre de 2019 y hasta el 10 de enero de 2020, inclusive.



defensa limitara el cuestionario a la pertinencia de la prueba, a lo que accedió la presidencia. Por las mismas razones, al momento de instalar la audiencia del 13 de mayo, el magistrado sustanciador decidió, ante el largo y extenuante interrogatorio de la defensa y su falta de pertinencia, limitar la intervención de la defensa técnica en una hora, otorgando el mismo término para la defensa material, lo que permitió finalmente agotar el examen del testigo.

A la par con lo hasta aquí relatado, el 29 de abril la defensa radicó un extenso memorial en el que solicitaba el decreto, como sobrevinientes, de algo más de 51 pruebas entre testimoniales, documentales y periciales, pretensiones que fueron denegadas por la Sala en auto del 14 de mayo y contra la cual la defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación, lo que necesariamente conlleva a una nueva suspensión de la diligencia, habida cuenta que las pruebas decretadas se han practicado en su totalidad y, en consecuencia, solo restan los alegatos finales, salvo que la segunda instancia revoque o modifique lo decidido en relación con las pruebas denegadas.

Después de narrar los detalles de la audiencia de juzgamiento, la sala especial de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia concluyó que la conducta del apoderado del señor Malo Fernández ha prolongado en el tiempo la audiencia de juzgamiento. Esto es, que no ha finalizado no solo por la inasistencia a las audiencias y las solicitudes de pruebas extemporáneas, *“sino a la abundante prueba testimonial decretada a instancias de la defensa, en cuyo recaudo se ha interrogado hasta la saciedad a los testigos, generando incluso llamados de atención y amonestaciones por la presidencia de la Sala”*.

Fíjese que la sala especial de decisión fue insistente en que la audiencia de juzgamiento estaba instalada, pero que, por razones ajenas a la voluntad del juez, la audiencia no ha podido culminar. De hecho, se alude a que la audiencia está suspendida *“por causa justa o razonable”*.

En definitiva, la providencia del 3 de junio de 2020 encontró que estaba acreditado el “plazo razonable” que exige la excepción a la aplicación de la causal de libertad, por vencimiento de términos. Además, se advirtió que *“GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ lleva algo más de un año privado de la libertad, detención que no se advierte desproporcionada respecto de la eventual pena a irrogar por cuenta del concurso de conductas punibles por los que fue acusado, circunstancias suficientes para denegar la pretensión”*.

A partir de lo anterior, esta sala unitaria considera que la providencia del 3 de junio de 2020, en cuanto resolvió la solicitud de libertad por la causal del artículo 365-5 de la Ley 600, no incurrió en las *“vías de hecho”* que menciona el señor Malo Fernández en la solicitud de hábeas corpus.

En realidad, las *“vías de hecho”* aludidas demuestran que no está conforme con las decisiones de la sala especial de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia y, mediante el hábeas corpus, pretende imponer un criterio jurídico diferente para demostrar que la privación de la libertad se ha prolongado ilegalmente. Tampoco corresponde a esta instancia decidir si el acusado y su apoderado han incurrido en conductas dilatorias.

El hábeas corpus no es la instancia adicional de los procesos en los que el juez natural decide sobre las peticiones de libertad. El carácter excepcional de este mecanismo judicial implica que se debe respetar y privilegiar, como en este caso, las decisiones judiciales



rodeadas de razonabilidad. El simple desacuerdo con las decisiones del juez penal no habilita la competencia restringidísima del juez del hábeas corpus.

1.2. En el auto del 3 de junio de 2020, la sala especial de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia decidió, en virtud del principio de favorabilidad, sobre la petición de libertad invocada con fundamento en el artículo 317-6 de la Ley 906, a pesar de que el proceso contra Gustavo Enrique Malo Fernández se sigue por el régimen de la Ley 600 (por lo pertinente, se transcribe *in extenso*):

Frente a la citada causal, lo primero que hay que advertir es que, contrario al conteo adelantado por la defensa como sustento de su pretensión, el conteo de los 150 días a que alude el numeral 6º del artículo 317 debe adelantarse a partir de la fecha de inicio de la audiencia pública, para el caso, el 5 de agosto de 2019, fecha en que se instaló la audiencia de juzgamiento con el interrogatorio del acusado, y no a partir del 15 de mayo, fecha en que se surtió la audiencia preparatoria.

De igual manera emerge necesario advertir, que en razón a lo dispuesto en el párrafo 1º de la disposición normativa, para el caso el término de 150 días se duplica, teniendo en cuenta que la causa que se sigue contra GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ lo es por actos de corrupción de los señalados en la Ley 1474 de 2011, prorroga que atendiendo la dinámica propia de la Ley 600 de 2000, desprovista del carácter adversarial propio del procedimiento acusatorio, opera oficiosamente y de pleno derecho, conforme se concluyó en decisión CSJ STP 16906-2017, rad. 94564, en relación con la prórroga del término máximo de vigencia de la medida de aseguramiento, consideraciones que resultan igualmente aplicables al objeto de la presente causa.

Así las cosas, el término para acceder a la causal liberatoria en este asunto es de 300 días calendario, contados a partir del 5 de agosto de 2019, previo descuento de los días transcurridos en inactividad procesal con ocasión de las maniobras dilatorias del acusado o su defensor, conforme lo impone el párrafo 3º del mandato legal precitado.

De la aludida fecha hasta hoy (3 de junio de 2020), han transcurrido 324 días calendario, guarismo al que hay necesidad de descontarle 28 días transcurridos entre el 9 de diciembre de 2019 y el 28 de enero de 2020 (sin tener en cuenta la vacancia judicial), habida cuenta que por culpa atribuible a la defensa fracasaron las audiencias programadas para el 9 y 12 de diciembre del año anterior, la cual se reanudó hasta el 28 de enero de los corrientes.

Para el efecto se aclara que, si bien hay constancia de que el 9 de diciembre Luis Gustavo Moreno no podía prestar su declaración por dificultades técnicas en la sala de videoconferencia del establecimiento carcelario en que está recluso, para esa fecha había programados dos testimonios más, cuya práctica se vio perturbada por la manifestación del doctor MALO FERNÁNDEZ en el sentido de no comparecer por quebrantos de salud y no renunciar a su derecho a estar presente en la diligencia.

En cuanto a la audiencia programada para el 12 de diciembre siguiente, contrario a lo manifestado por la defensa en el sentido de que Luis Gustavo Moreno no atendió la diligencia, para esa fecha las dificultades técnicas que habían impedido su declaración el 9 de diciembre ya habían sido superadas, como se advierte del correo electrónico remitido por la Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia el 11 de diciembre, mediante el cual informó a la Sala que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos había dado vía libre a la audiencia programada para el día siguiente en este radicado.

Lo anterior, además, acompasado con la amonestación que en el acta de la misma diligencia se le hiciera a la defensa, ante el abierto desacato de lo ordenado por la presidencia de la Sala al negarle, para esa misma fecha, el aplazamiento de la vista pública, pese a lo cual simplemente no compareció al llamado de la justicia y cuya justificación posterior no es de recibo, en tanto la diligencia a la que afirma asistió en la misma calenda fue fijada con posterioridad y en la misma se había presentado un aplazamiento por la Fiscalía según se advierte de la constancia que adjunta, por



manera que se desconoce si ese aplazamiento era conocido por la defensa con anterioridad a la fecha señalada.

Tampoco han de tenerse en cuenta para el conteo de los términos aludidos, el tiempo transcurrido entre el 12 de febrero y el 16 de abril de 2020 (64 días), que ocupó la Sala en adelantar trámites para la ubicación de José Leonidas Bustos Martínez, bajo la premisa de una supuesta voluntad de declarar que no resulto cierta, como se evidencia en las manifestaciones realizadas por el propio apoderado judicial del arriba mencionado. Ello determinó el fracaso de las diligencias programadas para el 27 de febrero y 11 de marzo con el propósito de despachar la prueba testimonial que, por demás, era el único medio de convicción que para esa fecha estaba pendiente de evacuar previo al cierre de la etapaprobatoria.

Los efectos de tal dilación se surtieron hasta el 16 de abril siguiente, fecha en que se reanudó la diligencia con el propósito de oír a Camilo Andrés Ruiz, declaración ordenada como sobreviviente y en cuyo concontrainterrogatorio ocupó la defensa las sesiones de audiencias de ese día y del 29 de abril y 13 de mayo, excediendo por mucho cualquier criterio de ponderación y proporcionalidad como se dejó constancia en las actas respectivas tanto por el Ministerio Público como por el presidente de la audiencia, en manifiesta actitud dilatoria que por lo mismo, tampoco puede considerarse para efectos de la pretendida libertad, por lo que se descontarán los días transcurridos entre el 29 de abril y el 13 de mayo (14 días).

Es de anotar, además, que para la Sala deviene a su turno en manifiestamente dilatoria del procedimiento la extensa solicitud de pruebas sobrevivientes radicada por la defensa el 29 de abril de los corrientes, mediante la cual pretendía el decreto excepcional de algo más de 50 pruebas documentales, testimoniales y periciales, postulaciones probatorias incluso más extensas que las peticionadas en el traslado del artículo 400 de la Ley 600, mismas que fueron en su integridad despachadas desfavorablemente por versar sobre hechos suficientemente conocidos en la etapa de instrucción y, por tanto, carecer de la nota de novedad exigida para su decreto, por ser abiertamente improcedentes e incluso, por tratarse de prueba que ya obra en la actuación.

Contra esta última decisión y a pesar de la manifiesta impertinencia de lo allí solicitado, fue objeto del recurso de apelación, por manera que a la fecha, la Sala no ha procedido a señalar audiencia para alegar en conclusión, habida cuenta que el cierre del debate probatorio depende de que el aludido recurso prospere o no. El tiempo que ocupará en ello la Sala de Casación Penal, en sentir de esta Sala, tampoco puede contabilizarse para efectos de la libertad por vencimiento de términos, por considerarla injustamente dilatoria del procedimiento como se explicó en el párrafo precedente.

En suma, de los 324 días calendarios contados desde el 5 de agosto de 2019 a la fecha, hay lugar a descontar 106 días, guarismo que resulta de la sumatoria de los 11 días transcurridos desde el 9 hasta el 19 de diciembre de 2019 inclusive, víspera de la vacancia judicial (del 20 de diciembre de 2019 al 10 de enero de 2020); más los 17 días transcurridos entre el 11 y el 28 de enero de 2020; más los 64 días surtidos entre el 12 de febrero y el 16 de abril, lapso en que se debió cancelar las audiencias de 27 de febrero y 11 de marzo para intentar la comparecencia de José Leonidas Bustos Martínez; y finalmente, los 14 días que conforme las constancias de las audiencias de 29 de abril y 13 de mayo ocupó la defensa en el exhaustivo interrogatorio del último testigo, las que se calificaron en su momento de desproporcionadas.

Como se ve, la providencia del 3 de junio de 2020 decidió sobre la petición de libertad, con fundamento en el artículo 317-6 de la Ley 906. En dicho auto, también se detallaron las actuaciones del proceso y se insistió en que la defensa del señor Malo Fernández había incurrido en conductas dilatorias, al paso que presentó solicitud extemporánea de pruebas. Además, se puso de presente la dificultad en recibir los testimonios pedidos por el acusado.

A juicio de la sala unitaria, la anterior decisión no esta viciada por el defecto sustantivo, ni el desconocimiento del precedente, ni el defecto procedimental, pues se advierten



razonados y ponderados los argumentos expuestos para denegar la solicitud de libertad provisional.

Se insiste: el juez del hábeas corpus no es el competente para revisar ni examinar las decisiones de los jueces penales, en punto de las peticiones de libertad.

Auto del 19 de agosto de 2020

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por auto del 19 de agosto de 2020, se pronunció sobre el recurso de apelación frente a la decisión de denegar la petición de libertad del señor Malo Fernández.

2.1. En cuanto a la solicitud de libertad en aplicación del artículo 365-5 de la Ley 600, la sala penal encontró que el plazo de 6 meses se entiende ampliado en 6 meses más “*en razón a la práctica de interrogatorio de Luis Gustavo Moreno decretado en los Estados Unidos de América*”.

Adicionalmente, dicha providencia avaló los argumentos expuestos por la sala de primera instancia, en el entendido de que no solo ya se inició la audiencia de juicio, sino que no ha culminado, debido a “*causa justa o causa atribuible al procesado y su defensor*”. La Corte explicó:

Así, contrario a lo aseverado por el defensor, nada indica que dicha extensión del término obedezca al decretó de una pluralidad de probanzas o que sólo deba contabilizarse el tiempo que demande la práctica de ellas, sino que se da en reconocimiento de la mayor dificultad que ello representa, esto es, el mayor esfuerzo logístico y organizacional por parte de la administración de justicia y de las entidades de los Estados involucrados, lo que hace necesario habilitar un mayor plazo para culminar la labor.

Tampoco, la norma hace distinción en el modo como se recaude o practique la referida prueba, es decir, si es a través de medios virtuales o con desplazamiento de las autoridades colombianas al extranjero, pues en todo caso, se deben activar los mecanismos de cooperación judicial que no sólo demanda, la convocatoria al declarante, sino que el Estado requerido disponga por intermedio de sus agentes, tal declaración, certificando el nombre e identidad de la persona que comparece, para dar certeza de que es la requerida con fines probatorios, facilite los medios técnicos y la ubicación de los testigos para recibirles declaración, garantizando, de esta manera, su intermediación y la de los sujetos procesales con los órganos de prueba.

Es más, de manera concreta en el presente asunto, se verificó que con ocasión de esa sola prueba la Sala de Primera Instancia desplegó una serie de acciones adicionales a las habituales. Así, desde el 7 de junio de 2019 ordenó librar carta rogatoria con destino a las autoridades del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América¹² y sólo después de cuatro meses, fue posible lograr el inicio del testimonio de Luis Gustavo Moreno. Además, que la fijación de la fecha y la hora no se sujetó a la voluntad de las autoridades colombianas sino de la disponibilidad del calendario de la prisión donde se encuentra detenido Moreno¹³.

Lo cual da cuenta que ese sólo testimonio, implicó que el Estado debiera realizar un trámite administrativo interestatal que no puede ignorarse y que justifica la extensión del plazo autorizado legalmente. Así las cosas, no hay duda sobre la aplicabilidad de la ampliación del término inicial por seis meses.

¹² Cita original: Folio 92 del Cuaderno 4.

¹³ Cita original: Folio 158 del cuaderno 5.



Entonces, hecha tal aclaración, se anticipa que esta Corporación participa de los argumentos plasmados por Sala de Primera Instancia en la decisión impugnada, porque no sólo ya se dio inicio a la audiencia de juicio oral, sino que la definición del asunto no ha acaecido debido a causa justa o causa atribuible al procesado y su defensor, sin que el defensor lograra desvirtuar alguno de tales considerandos.

En efecto, el defensor censuró el alcance que de algunas de sus solicitudes le dio la judicatura como maniobra dilatoria, algunas, previas a la instalación del juicio y otras, en curso de este.

En ese sentido, la primera de sus réplicas¹⁴ se dirigió al aplazamiento que se le imputó bajo ese calificativo de la audiencia del 19 de junio de 2019. De este aspecto señaló que no se podía dar ese alcance en tanto dicha solicitud obedeció a compromisos profesionales fijados por la judicatura de manera previa, esto es en el mes de abril, tal y como lo informó en su memorial; sin embargo, deja de lado que la interpretación que de ese acto se dio, obedeció a que justo un día antes la presentó, situación que no resultaba atendible si en cuenta se tiene que desde 20 de mayo de 2019¹⁵ se había fijado tal fecha para dar inicio a la vista pública, es decir, para este momento, si era su interés aplazar la diligencia, bien pudo hacerlo, no obstante, esperó hasta fecha anterior a la cita para manifestar el obstáculo enunciado. Luego, no es que el a quo haya desdicho de las obligaciones que la defensa pueda tener en otros casos, sino de la actitud de comunicar de manera sorpresiva y a pocas horas¹⁶ dicha situación para que se aplazara sin más la diligencia convocada. Luego no encuentra la Sala, defecto en la motivación enunciada en la decisión impugnada.

Ahora, se tiene que programada la vista para los días 27 de junio, 16 julio, 5, 6 y 14 de agosto de ese año, nuevamente la del 27 no se pudo adelantar por las circunstancias debidamente explicadas por el a quo, entre ellas, no sólo el episodio relativo a la negativa de la defensa¹⁷ y el procesado a notificarse del auto del 26 de junio por el cual se rechazó de plano solicitudes probatorias extendidas fuera de término¹⁸, la solicitud de nulidad allegada un día antes de la audiencia, casi a las 11 de la noche¹⁹ y en la cual indicaba que la diligencia no se podía adelantar hasta que resolvieran sus pretensiones probatorias, situación que, para la Sala no representaba dificultad para iniciar el juicio, sino principalmente la recusación que se presentó en contra de la Sala Especial y que fue declarada infundada en auto del 22 de julio de 2019²⁰. De manera que, a instancias de este pedimento, fue que no se comenzó el juicio en esa oportunidad, como tampoco en la siguiente fecha señalada, 16 de julio, sino hasta el 5 de agosto siguiente.

A partir del análisis anterior, la sala penal de la Corte concluyó que *“desde que se materializó la medida de aseguramiento -que no desde la ejecutoria de la acusación, dado que para esta fecha no estaba el implicado privado de su libertad- el 15 de mayo de 2019, hasta el inició el juicio transcurrieron 81 días calendarios de los cuales 47 estuvieron a cargo de la defensa conforme lo explicado”*.

En cuanto a la justa causa o causa atribuible a la defensa para no culminar la audiencia de juicio, la sala penal, después de detallar los pormenores del proceso, encontró que:

(...) aparece que el trámite se ha sujetado a términos regulares y propios del desarrollo de este tipo de diligencias y que aquellos aplazamientos que ocurrieron no fueron debido a un actuar negligente de la Sala en contravía de los términos judiciales, sino a justas causas o maniobras atribuibles a la defensa según fuera reseñado, las cuales, sumaron 148 días correspondientes a:

¹⁴ Cita original: Anunciada A en su escrito

¹⁵ Cita original Folio 4, cuaderno 4 de la Corte

¹⁶ Cita original: Mediante correo allegado sobre las 3:46 de la tarde del 18 de junio de 2019

¹⁷ Cita original: Relacionado en su escrito en los literales E, F y G

¹⁸ Cita original: El recurrente indica se intentó antes de la diligencia.

¹⁹ Cita original: Indica que el correo el 26 de junio de 219 a las 22:49 p.m.

²⁰ Cita original: Folios 65 a 83 del cuaderno 5.



- (i) 47 previos a la instalación del juicio, en razón a su aplazamiento. Esto es, entre el 19 de junio y 4 de agosto de 2019, que corrieron a cargo de la defensa.
- (ii) 28 días, por cuenta del fracaso de la diligencia programada para el 9 de diciembre de 2019 que, si bien inicialmente se puede considerar los tres primeros días a justas causas como los inconvenientes de conectividad y el malestar de salud del procesado acreditado, los 25 restantes sí son achacables a la defensa, conforme con los motivos explicados previamente. Entonces, estos serían, los correspondientes a lapso corrido entre el 9 de diciembre y el 28 de enero, con el descuento respectivo por vacancia judicial.
- (iii) 59 días, causados a consecuencia de la infructuosa pretensión de escuchar en declaración a José Leónidas Bustos Martínez, tiempo que corrió del 13 de febrero al 14 de abril de 2020.
- (iv) 14 días, comprendidos entre el 29 de abril y el 13 de mayo de 2020, por la innecesaria convocatoria de una tercera citación a rendir declaración de Camilo Andrés Ruiz, según se precisó.
- (v) desde el 14 de mayo del 2020, lleva suspendida la actuación, en razón al recurso de apelación contra la negativa a decretar las pruebas solicitadas como sobrevinientes por la defensa.

Por consiguiente, no se ha superado el plazo indicado en el artículo 365, numeral 5, de la Ley 600 de 2000, pues aun cuando desde la detención del procesado, 15 de mayo de 2019 hasta el 14 de mayo trascurrieron 365 días, deben restarse los 148 indicados, para un total de 217 días. Sin que se imponga realizar cuentas adicionales por ahora, en razón a los días que tomó la definición del recurso de alzada contra el auto del 14 de mayo de 2019, los que igualmente deben ser descontados como quiera que a pesar de los reparos que relaciona como «*solicitudes probatorias de la defensa*»²¹, es claro que más allá de las calificaciones que pueda merecer aquella postulación ello impidió la culminación del juicio oral y llevó a la suspensión de la actuación mientras se desata la alzada.

Por último, en relación con los cuestionamientos que eleva el recurrente a diversos llamados de atención que mereció de la Sala de Primera Instancia, o mociones de orden a posturas procesales catalogadas como maniobras dilatorias por el *a quo*, basta decir que dichos requerimientos no significan irregularidad o menoscabo a los derechos del procesado. Al contrario, tales requerimientos corresponden al legítimo deber de adopción de medidas correctivas por parte de los jueces para restringir y conjurar oportunamente actos dilatorios que afecten el diligenciamiento rápido del proceso penal, en los términos que establece el numeral 2º del artículo 142 de la Ley 600 de 2000, que enviste a los servidores judiciales de facultades para: «*Evitar la lentitud procesal, sancionando y rechazando de plano las maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes y así como todos aquellos actos contrarios a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe.*»

La anterior decisión tampoco merece ningún reparo de esta sala unitaria.

En virtud de la apelación presentada por el señor Malo Fernández, contra el auto del 3 de junio de 2020, la Sala de Casación Penal tuvo la oportunidad de estudiar los argumentos relacionados con la petición de libertad (artículo 365-5 de la Ley 600) y, fundamentalmente, estuvo de acuerdo con el criterio expuesto por la sala especial de primera instancia, en punto de que no procede la libertad provisional, por vencimiento de términos.

Desde luego, no corresponde a esta sala unitaria examinar el razonamiento expuesto en la providencia del 19 de agosto de 2020. Basta decir que dicha decisión cuenta con la carga argumentativa necesaria, expuesta a partir del análisis de lo que ha venido ocurriendo en

²¹ Cita original: Capítulo VI de la apelación



el proceso penal que se sigue contra Gustavo Enrique Malo Fernández, en el que, además, se está garantizada la garantía de la doble instancia. Y eso es suficiente para descartar que exista alguna irregularidad que habilite la competencia del juez del hábeas corpus para hacer un análisis distinto, respecto del vencimiento de términos a que se alude en la solicitud.

2.2. La Sala de Casación Penal también se ocupó de la apelación contra la decisión de denegar la petición de libertad, presentada con fundamento en el artículo 317-6 de la Ley 906.

A diferencia de lo decidido por la primera instancia, la Sala Penal señaló que, conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no era procedente resolver la petición de libertad. A su juicio, los artículos 365-5 de la Ley 600 y 317-6 de la Ley 906, regulan presupuestos fácticos distintos, ya que mientras *“el numeral 5° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, fija un término entre la ejecutoria de la acusación y la celebración de la audiencia pública; el numeral 6° del artículo 317 de 2004, comprende únicamente el lapso entre la instalación o inicio del juicio y la audiencia de lectura de fallo”*. La Corte concluyó:

(...) no hay un punto de equiparación de dichos actos procesales en los dos procedimientos, pues, mientras en la Ley 600 de 2000 se prevé el estadio procesal propio de la ejecutoria de la resolución de acusación, en la Ley 906 no, pues la acusación se torna como un acto complejo y de parte no susceptible de recursos y, en similar sentido, el régimen procesal del año 2000 no establece la figura del anuncio del sentido del fallo como si lo hace el del año 2004, siendo entonces improcedente, equiparar la causal de libertad aludida, sin detenerse en la dinámica procedimental propia de cada codificación.

Ahora, si lo pretendido no es confrontar dichas causales sino incluir como causal de libertad al procedimiento de la Ley 600 de 2000, por cuenta del término corrido entre la instalación del juicio y el fallo, ello equivaldría a incluir modificaciones al régimen de libertad por vencimiento de términos que no a lograr una aplicación por favorabilidad.

Lo anterior resulta suficiente para concluir que las causales indicadas son propias de cada sistema de enjuiciamiento penal y por ello, no es procedente su aplicación por favorabilidad en los términos deprecados por la defensa.

En este punto, la sala unitaria considera que la divergencia de criterios entre la Sala especial y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la interpretación, por favorabilidad, del artículo 317-6 de la Ley 906, tampoco habilita la competencia excepcional del juez del hábeas corpus.

La diferencia de criterios frente a la interpretación y aplicación de las normas penales relacionadas con la libertad personal no es una cuestión que corresponda decidir al juez del hábeas corpus, pues no se trata de una instancia adicional del proceso penal, en el que, se repite, el señor Malo Fernández ha gozado de la garantía de la doble instancia.

En todo caso, de existir una razón adicional a las ya estudiadas, el señor Malo Fernández deberá primero presentar la solicitud de libertad, por vencimiento de términos, ante la sala especial de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, si considera que el vencimiento de términos también operó porque no hay lugar a descontar el tiempo transcurrido entre el momento en que se desató el recurso de



apelación contra la providencia del 3 de junio de 2020 y la fecha en que presentó el hábeas corpus, así deberá invocarlo ante el juez de instancia.

Pues bien, la prolongación ilegal de la privación de la libertad a que alude el señor Malo Fernández ha quedado decidida por los jueces de instancia y no se advierte ninguna circunstancia excepcional para la procedencia del hábeas corpus.

Como se anticipó, se confirmará la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la sala unitaria del Consejo de Estado,

RESUELVE

1. Confirmar la providencia impugnada, por las razones expuestas.
2. Notificar a las partes, por el medio más expedito. Luego, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

(Firmado electrónicamente)
Julio Roberto Piza Rodríguez