



**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA
SP5065-2015**

Con el habitual respeto por la decisión mayoritaria, salvo mi voto parcialmente por los siguientes motivos:

1. De acuerdo con los parámetros legales establecidos para la dosificación punitiva, la Sala ha debido imponer al acusado BERNARDO MORENO VILLEGAS una pena de prisión mayor. En mi criterio, la resultante de ubicarse en el extremo superior del primer cuarto para el delito base de concierto para delinquir y así aumentar otro tanto por razón de los concursantes.

Los motivos no son personales o despóticos, sino que responden a la plena observancia de los criterios señalados en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, tales como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

A mi juicio, con el actuar ilícito del procesado se lesionaron de manera preponderante los bienes jurídicos tutelados por la ley, en especial, la seguridad pública y la intimidad, al tiempo que se afectaron, considerablemente, los derechos de excongresistas, magistrados y exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Entendida la seguridad pública como «*el conjunto de condiciones materiales mínimas para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales*» (CSJ SP, 25 nov. 2008, rad. 26942), surge en esta ocasión una mayor afectación de ese interés jurídico, dado que el acusado, pasando por alto su condición de servidor público, con un alto cargo en la Rama Ejecutiva, la cual le imponía actuar con especial rectitud y transparencia, se asoció a una empresa criminal, en la cual, incluso, desempeñó un papel preponderante, con la deleznable misión de neutralizar, a toda costa, los opositores del gobierno de la época y deslegitimar a la administración de justicia.

Es reprochable, desde todo punto de vista, que esa concertación haya tenido lugar al interior del Estado y que apuntara a atentar contra la institucionalidad del mismo Estado.

Así, atendiendo la gravedad de sus actos, las delicadas consecuencias que de ellos se derivaron y la reiterativa infracción de bienes jurídicos, se imponía, a efectos de cumplir con los fines de prevención general y especial de la pena, imponerle una *sanción más más gravosa*.

2. Por otro lado, aunque en esta oportunidad se satisface el factor objetivo para conceder al señor MORENO VILLEGAS la prisión domiciliaria, no ocurre lo mismo con el subjetivo.

Es que, sorprende negativamente al suscrito que la Sala mayoritaria le otorgue el beneficio en comento bajo el argumento efímero que ella se aconseja para las personas que delinquen por primera vez, cuando en realidad ese no es uno de los criterios que enumeró el legislador para analizar la figura.

Claro, siguiendo el hilo conductor de la sentencia de la cual discrepo, es evidente que en esta ocasión no se está ante alguno de los delitos en ella señalados como excepción para, en esos eventos -delincuentes primerizos-, conceder la prisión extramural, pero sí ante una persona que, como Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se concertó para delinquir en contra de magistrados y exmagistrados del órgano cierre de la jurisdicción ordinaria, excongresistas y periodistas, entre otros.

Parece olvidar la Sala mayoritaria que, precisamente, en reciente ocasión (CSJ SP4250-2015¹), frente a una situación similar, tratándose de otro alto funcionario del gobierno anterior, se hicieron consideraciones completamente distintas para, justamente y con razón, negar la prisión domiciliaria. Transcribo su contenido porque, a pesar de que no la suscribí, dado que no integré

¹ Única instancia con radicado 39156, dentro del proceso seguido contra SABAS EDUARDO PRETELT DE LA VEGA, DIEGO PALACIO BETANCOURT y ALBERTO VELÁSQUEZ ECHEVERRI.



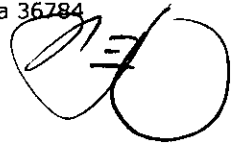
esa Sala, creo que esos fundamentos son plenamente aplicables al caso:

Así las cosas, es claro que en este asunto se satisface el factor objetivo, por cuanto la pena mínima legal del delito de cohecho por dar u ofrecer es de tres (3) años de prisión, es decir, es inferior al tope señalado en la norma citada, de modo que obligado resulta hacer una ponderación de los factores subjetivos.

El alcance de este requisito, ha dicho la jurisprudencia de la Sala, no puede desentender los fines de la pena en cuanto retribución justa y proporcionada a la comisión del delito, de modo que una vez cotejados todos esos factores sea posible concluir que en un caso específico la intensidad de la privación de la libertad en el centro penitenciario pueda menguarse sustituyéndola por el domicilio del condenado.

Siendo ello así, la Sala se ve en la obligación de concluir negativamente acerca de la procedencia de la prisión domiciliaria en este asunto, pues se trata de altos funcionarios de un Gobierno al que sirvieron sacrificando la pulcritud y transparencia del ejercicio de la función pública que a cada cargo le correspondía, ya que abusando del poder que el mismo les otorgaba lograron cambiar el rumbo de un debate legislativo, en el cual, por antonomasia, resulta ser el escenario donde se exponen con solidez y transparencia las ideas, como corresponde en toda democracia.

Lo anterior sirve de elemento para valorar la personalidad de los tres condenados, quienes actuaron mancomunadamente y orientados decididamente a un fin específico: hacer lo que fuera con tal de lograr un cambio institucional que le permitiera al Gobierno de entonces prolongar el periodo constitucional.



Por ello, no resulta posible que ante conductas de tamaña gravedad, la pena de prisión, como respuesta proporcionada y adecuada que al Estado le es obligado imponer, se ejecute en el domicilio, ya que resultaría intolerable ante la sociedad, y esta no entendería cómo personajes de tan alto nivel cultural y social que denotaron un rango ético y moral muy por debajo de lo que de ellos se esperaba y les era exigible, puedan terminar en su domicilio purgando una condena por delitos cometidos en circunstancias tan complicadas, como las que se han demostrado a lo largo de esta sentencia.

Lo anterior, no desconoce sin embargo, que el sustituto en comento implica desde luego una restricción a la libertad personal, aunque sin el rigor pleno del régimen intramural. De ahí que su otorgamiento debe sustentarse en criterios que los principios de prevención general y especial puedan entenderse claramente ante la sociedad para que cumplan su objetivo.

De lo contrario, en eventos como el presente se enviaría un mensaje distorsionado y equivocado, según el cual la importancia de los cargos, en si misma, anticipa un juicio positivo acerca de la personalidad del condenado, cuando, al contrario, este debe emerger como consecuencia de la transparencia de sus actos.

En dicho sentido no está de más señalar que si bien en el asunto que ocupa a la Sala el delito objeto de la condena tiene una pena mínima objetivamente baja² en comparación con el catálogo de conductas punibles que el Código Penal trae en punto de los atentados contra la administración pública, en este caso particular no puede en modo alguno soslayarse, precisamente, que se trató de funcionarios del más alto nivel, como ya se dijo, quienes al interior del propio Gobierno promovieron la corrupción penetrando una Rama del Poder Público, la cual, dentro de una democracia

² Tres (3) años.

seria, debía estar ajena a cualquier tipo de injerencias del Ejecutivo y desarrollar su labor con absoluta independencia.

Ni más ni menos se trató del Estado sobornando al propio Estado para el logro de un cambio constitucional que indudablemente afectó el desarrollo institucional del país y el de todos los ciudadanos colombianos a quienes se les exige respetar la Constitución y las leyes, cuya formación en circunstancias como las comprobadas en este asunto, no pueden generar menos que desconfianza, falta de credibilidad y desobediencia en sus destinatarios.

De modo pues, que para hacer efectivos los fines de prevención general y especial, así como los de resocialización y retribución de los funcionarios condenados, se negará la prisión domiciliaria. (Subrayas fuera de texto).

Debo rescatar, eso sí, que el señor MORENO VILLEGAS estuvo pendiente del proceso penal y atendió los llamados que se le hicieran al mismo, sin embargo, no puede ser ese el factor determinante para otorgar la prisión domiciliaria, dado que constituye un deber de los asociados atender los requerimientos judiciales y no evadir la acción de la justicia.

Es que, adicional a ese aspecto, se hace necesario examinar otros relacionados con el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, los que, en mi parecer, impedían concederle tal sustituto.

Los varios delitos cometidos por el señor MORENO VILLEGAS denotan, como se expuso en precedencia, su propósito claro y directo de deslegitimar a la Corte Suprema de Justicia, de afectar la reputación de sus magistrados y exmagistrados y de contrarrestar, a toda costa, a aquellos que se encontraban del lado contrario al gobierno de la época -excongresistas, periodistas y abogado-.

Su personalidad no puede analizarse solo desde el punto de vista de que enfrentó personalmente el proceso penal, sino de cara a que, pese a ostentar un alto cargo en el gobierno, Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y tener la obligación constitucional de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, y «asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares»³, no tuvo reparo en trasgredir varias veces el ordenamiento penal con la única finalidad de minar la capacidad de acción de los críticos del gobierno de turno, comprometiendo con ello la honorabilidad de la Corte Suprema de Justicia y de las demás víctimas en este proceso, conduciendo así al desequilibrio institucional.

Pasó por alto la Sala mayoritaria que, según el artículo 4 del Código Penal, la pena cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado; y que «[l]a prevención especial y la reinserción social operan en el momento

³ Artículo 2 de la Carta Política.

de la ejecución de la pena». Igualmente, que, en torno a este concreto aspecto, la Corte ha señalado que, tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, se deben tener en cuenta «también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa» (CSJ AP, 28 nov, 2001, rad. 18285). Dijo así la providencia:

3.3.- Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de “retribución justa” puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

3.4.- Igual cosa ocurre con la función de “prevención general”, a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la formula acción - reacción, supuesto - consecuencia jurídica. Ese fin de “prevención general” es

igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobretodo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva).

Por consiguiente, en mi criterio, a BERNARDO MORENO VILLEGAS se le debió negar el sustituto de la prisión domiciliaria y librar la correspondiente orden de captura.

Fecha *ut supra*.



EYDER PATIÑO CABRERA

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, D.C., 29 de abril de dos mil quince (2015).

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

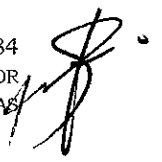
Con el debido respeto por la decisión de la Sala Mayoritaria, los abajo firmantes nos apartamos del fallo en lo atinente al otorgamiento de la prisión domiciliaria al sentenciado Bernardo Moreno Villegas, por los motivos que de manera puntual exponemos a continuación:

El artículo 38 del Código Penal ordena centrar el estudio del factor subjetivo de la prisión domiciliaria en el análisis de la personalidad del sentenciado y la peligrosidad que el mismo pueda representar para la comunidad, aspecto este último que, como lo ha venido reiterando esta Sala¹, claramente se relaciona

¹ *En este sentido son abrumadores los antecedentes que propenden por integrar a la inferencia seria, fundada y motivada del juez, elementos propios de la conducta, cuando quiera que a través de ella se construye el juicio de ponderación sobre el influjo que podría tener en la comunidad y el cumplimiento de la pena.*

Tales aspectos fueron abordados por la Corte en sentido análogo desde hace más de dos lustros en las decisiones 16519/02, 18455/05, 21620/06, 26794/07, 29676/08, 31058/09, 35153/11, 32571/12 y 40159/13, entre muchas otras.

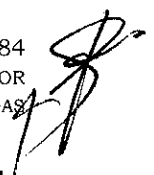
3. Es decir, que no puede asumirse el estudio sobre la viabilidad de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, en términos del art.38.2 en referencia, sin sopesar en cada caso la modalidad y gravedad del delito y sin que a través del mismo logre el juez esa comprensión seria, fundada y motivada, de que no existe la necesidad de cumplir la pena en prisión carcelaria (CSJ SP 9 oct 2013 rad.40536)



con la gravedad de la conducta punible realizada, la cual salta a la vista en el presente caso.

En efecto, el análisis en contexto de los hechos probados en este juicio revela que si bien es cierto Bernardo Moreno Villegas incurrió en delitos sancionados con penas de prisión de no muy larga duración, e incluso alguno de ellos solo admite pena de multa, sin embargo no por ello puede afirmarse que estamos en presencia de punibles de poca gravedad, habida cuenta que fueron cometidos no de manera aislada y ocasional, sino con unidad de designio y en desarrollo de un concierto para delinquir, cuyo propósito central era obtener información útil para neutralizar a los opositores políticos del gobierno de la época y deslegitimar las decisiones de la administración de justicia en su nivel superior, afectando la reputación de los Magistrados de la Corte Suprema encargados de adoptarlas. Adicionalmente, como se explicó en el acápite correspondiente, este procesado se valió de las actividades de inteligencia ilegítimas que estaban ejecutando funcionarios del DAS al interior del alto tribunal, las cuales aprovechó para determinar la comisión del delito de violación ilícita de comunicaciones a efectos de conocer de primera mano las consideraciones y decisiones que se iban produciendo en la Sala Plena de la Corporación.

La personalidad del procesado no puede analizarse al margen de tales acciones y de su desempeño como uno de los más altos funcionarios del poder ejecutivo central, lo cual es indicativo de que pese a que su obligación de actuar conforme a derecho era aún más exigible que al común de los ciudadanos, no tuvo reparo alguno para incurrir en multiplicidad de delitos ligados por la misma finalidad de minar la capacidad de acción de los críticos y opositores del gobierno y afectar la autonomía e independencia de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de

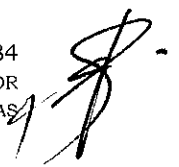


impedir que cumpliera cabalmente su misión constitucional, lo cual redundaría en beneficio de los amigos y simpatizantes políticos del alto gobierno.

Semejante forma de proceder revela con nitidez un ataque frontal a la institucionalidad del país, porque se pretendió romper el equilibrio necesario entre las distintas ramas del poder público, y acallar el derecho de la oposición a expresar libremente sus posturas disidentes, empleando para ello métodos inadmisibles en una democracia y lo que es aún más grave utilizando a los propios agentes oficiales legalmente encargados de preservar la seguridad nacional y la estabilidad del estado de derecho.

La conclusión razonable en este escenario es que si BERNARDO MORENO VILLEGAS siendo servidor público, ostentando una muy importante posición dentro del gobierno nacional y teniendo una imagen y prestigio que cuidar, aun así y consiente de la gravedad de sus actos y de sus delicadas consecuencias, no vaciló en vulnerar en repetidas ocasiones diversos bienes jurídicos penalmente tutelados, probablemente ningún freno inhibitorio tendrá para desatender nuevamente la ley, ahora desde su posición como un ciudadano particular.

Ahora bien, frente al argumento de la defensa del acusado según el cual la prisión intramural ninguna efectividad generaría respecto del fin de prevención especial de la pena, habida cuenta que el procesado jamás volverá a ejercer función pública dada la inhabilidad que le impuso la Procuraduría General de la Nación, debe decirse que la pena no persigue como único objetivo hacer desistir al condenado de infringir nuevamente la ley penal, sino también y en igual grado de importancia, busca la prevención



del delito, objetivo que además de fortalecer la confianza de la comunidad en la eficacia del ordenamiento jurídico, ofrece al conglomerado social mecanismos que desestimulan la realización de conductas punibles como las ejecutadas por el procesado, y en este particular caso, el cumplimiento de la pena de prisión al interior de un centro carcelario comporta un verdadero medio disuasivo del delito y de retribución del daño ocasionado.

No se desconoce que BERNARDO MORENO observó durante el trámite del proceso un comportamiento adecuado, asistiendo a las múltiples diligencias programadas, guardando la debida compostura y respeto para con la Administración de Justicia, pero ello no puede ser argumento suficiente para hacerlo merecedor del sustituto en estudio, en primer lugar, porque su presencia constante en el desarrollo de la actuación es la manera como todo procesado puede ejercer a cabalidad su defensa material, y en segundo término, porque no hizo cosa distinta que cumplir con los deberes que le eran exigibles en su condición de procesado. Lo que ocurre es que en un escenario donde no todos asumen la postura correcta, quien sí lo hace puede resultar digno de reconocimiento.

Adicionalmente, el hecho de que durante el trámite del juicio se le haya revocado a BERNARDO MORENO la detención preventiva no significa que el juez de garantías hubiese considerado que el procesado no requería tratamiento intramural, sino que estimó innecesario mantener la medida de aseguramiento que le había impuesto en protección de las pruebas, pues en ese momento la mayoría de ellas ya se habían practicado o incorporado al proceso.

Finalmente, el que se le hubiera permitido seguir en libertad tras el anuncio del sentido del fallo y hasta que se dictara la correspondiente sentencia, no podía entenderse como un pronóstico favorable para concederle algún beneficio frente a la ejecución de la pena, pues el estudio sobre ese tópico sólo podía hacerse después de surtida la audiencia del 447, donde las partes tuvieron la oportunidad de expresar su criterio acerca de la pena imponible y su forma de ejecución. Y es justamente ahora al emitirse el fallo final, cuando la ley le impone al sentenciador examinar a fondo la naturaleza y modalidad de la conducta juzgada, así como las circunstancias de todo orden del justiciable a efectos de individualizar la pena a que se hace merecedor y la manera como debe cumplirse la misma.

Corolario de lo expuesto, estimamos que la gravedad de las conductas ejecutadas por BERNARDO MORENO VILLEGAS es indicativa de la necesidad de que la pena se cumpla en un centro penitenciario para que se materialicen realmente los fines de retribución justa y prevención general que son propios de toda sanción penal, y que en un caso como éste donde la ofensa social es de tanta connotación, deben prevalecer sobre cualquier otra consideración que solo atienda a la conveniencia y bienestar del infractor.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ

Magistrado