

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

Radicado N. 51341

Aprobado Acta 098

SP605-2018

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Asunto a decidir

Bajo las previsiones de la Ley 906 de 2004, la Sala emite sentencia contra el ex Gobernador del Departamento de Córdoba, Alejandro José Lyons Muskus, quien celebró preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación, el cual fue aprobado por la Sala en audiencia del pasado 20 de febrero.

I. Síntesis de los hechos

La situación fáctica respecto de la cual el procesado Lyons Muskus aceptó su responsabilidad, es la siguiente:

El acusado Alejandro José Lyons Muskus fue elegido como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período constitucional 2012-2015. Inició en el ejercicio del cargo el 1 de enero de 2012, fecha en la que se posesionó.

De otra parte, en desarrollo del acto legislativo número 5 de 2011, el Congreso de la República expidió la Ley 1530 de 2012, «Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías», en la que a su vez se fijaron las pautas a seguir en la distribución de las rentas generadas por la explotación de recursos naturales no renovables y, a través del fondo de ciencia, tecnología e innovación, se abrieron posibilidades de apoyo financiero a los entes territoriales en esas áreas específicas.

Durante el mandato de Lyons Muskus y con la finalidad de contar con una persona de su confianza que se encargara del manejo exclusivo de los recursos provenientes de regalías que siguiera sus oscuras instrucciones, expidió el Decreto 870 de agosto 3 de 2012, el cual modificó la planta de personal de la Gobernación, creando el cargo de Director Departamental de Regalías en el que el mandatario seccional nombró a Jairo Alberto Zapa Pérez, persona que le había sido recomendada por Mara Graciela Bechara, directiva de la Universidad del Sinú, ya que el señor Zapa Pérez era docente de la institución educativa.

Jairo Zapa Pérez se posesionó en el cargo el mismo día en el que se expidió el acto administrativo que creó el cargo -3 de agosto de 2012- a quien Alejandro Lyons Muskus dio la instrucción de agotar los procesos de contratación de los proyectos que se financiarían con los recursos del fondo de regalías y por los cuales los beneficiarios de los contratos deberían pagarle una comisión del 30% que se repartiría entre el entonces gobernador Lyons Muskus, el senador Musa Besaile y Jairo Zapa Pérez tal como se había acordado previamente de acuerdo con el plan delictivo ideado y dirigido por el propio gobernador.

En últimas y gracias a la coordinación entre Zapa Pérez (asesinado en el mes de marzo de 2014, aproximadamente), Jesús Eugenio Henao Sarmiento encargado de contactar las fundaciones destinatarias de los contratos y Maximiliano García, contratista de la Gobernación, quien en forma amañada ajustó los proyectos para que fueran aprobados por COLCIENCIAS; dicha entidad finalmente avaló diez de ellos, frente a los que el Órgano Consultivo de Administración y Decisión OCAD dio el visto bueno para su ejecución.

De acuerdo con los hechos atribuidos en la imputación, como resultado del pago de las comisiones por los contratos 733, 734, 735, 750, 755 y 682 de 2013, el procesado recibió por concepto de comisiones y por conducto de Zapa Pérez, la suma de \$8.950'000.000, monto en el que se fijó la cuantía del delito de peculado por apropiación.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El anterior recuento fáctico motivó que el 3 de octubre de 2017, ante un Magistrado del Tribunal superior de Bogotá, la Fiscalía le formulara imputación a Lyons Muskus como presunto coautor de los delitos de peculado por apropiación en cuantía de \$8.950'000.000, autor de concierto para delinquir agravado y coautor del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con la concurrencia de las circunstancias genéricas de mayor punibilidad previstas en los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del estatuto represor, por haber recaído la conducta sobre bienes destinados a actividades de utilidad común, la posición del procesado derivada de su cargo como gobernador y obrar en coparticipación criminal, respectivamente.

Los cargos imputados fueron rechazados por Lyons Muskus.

2. Con posterioridad, la Fiscalía solicitó la aplicación de principio de oportunidad para que se suspendiera el ejercicio de la acción penal, frente a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a cambio de la colaboración con la justicia y la devolución de parte del dinero del que se apropió Lyons Muskus, quien se comprometió a entregar la suma de \$4.000'000.000.

3. El principio de oportunidad fue aprobado por el Magistrado de control de garantías, motivo por el que la acción penal en torno a estos dos comportamientos se encuentra actualmente suspendida.

4. El 3 de octubre de 2017 el Fiscal delegado para este asunto, allegó a la Corte una solicitud para que se llevara a cabo audiencia con el objeto de que se impartiera aprobación al preacuerdo celebrado con el procesado en el que éste aceptaba los términos de la imputación fáctica por el delito de concierto para delinquir agravado, a cambio de que se le aplique el mínimo de la pena prevista para el delito de concierto para delinquir simple que resulte luego de tasar la sanción con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1 y 9 del artículo 58 del Código Penal, monto que equivale a cinco (5) años y tres (3) meses de prisión.

5. La audiencia para la verificación de preacuerdo se surtió el pasado 20 de febrero en la que participaron como intervinientes la Contraloría General de la República, el representante de la Gobernación de Córdoba y la Procuraduría General de la Nación.

III. AUDIENCIA DE VERIFICACION DEL PREACUERDO

Luego de escuchados los términos del preacuerdo y la manifestación del acusado en torno a que aceptaba su responsabilidad penal como autor del delito de concierto para delinquir

agravado de acuerdo con los cargos enrostrados desde la imputación, a cambio de que se le impusiera la sanción del concierto para delinquir simple que en las circunstancias particulares del caso se tasó en 5 años y 3 meses, la Corte concluyó que el acuerdo entre defensa y Fiscalía no sobrepasa el margen de negociación que la ley le permite al ente de persecución penal en aras de hacer efectivos los fines de la administración de justicia.

En la mencionada diligencia la Sala consideró que se satisfacen los requisitos establecidos en los artículos 348 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004, para la aprobación del susodicho preacuerdo, más aún cuando el imputado Alejandro José Lyons Muskus aceptó su responsabilidad, en forma libre, consciente y voluntaria.

Por tales motivos, la Sala impartió aprobación a dicho acuerdo de voluntades, referido exclusivamente al delito de concierto para delinquir agravado que por razón del preacuerdo y solo para efectos punitivos, se degrada a simple, el cual está consagrado en el inciso primero (1º) del artículo 340 del Código Penal, bajo las circunstancias genéricas de mayor punibilidad previstas en los numerales 1º y 9º del artículo 58 del Código Penal, y la de menor punibilidad consagrada en el numeral 1º del artículo 55 Ibídem; en esos términos se profiere la sentencia condenatoria.

Se precisó, igualmente, que la restitución dispuesta en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, no es impedimento para avalar el preacuerdo, habida cuenta que el delito de concierto para delinquir es de mera conducta y no obstante que en este caso se concretó el resultado perseguido por la empresa delincuenciales en tanto la apropiación de los recursos públicos se materializó, según el ente acusador, en una cuantía de \$8.950'000.000, tal consecuencia comporta conductas autónomas constitutivas del delito de peculado, hechos por los cuales el acusado está siendo procesado en otra actuación; por tal motivo será en ese trámite en el que se apliquen los mecanismos para obtener la devolución de los recursos del Estado.

Ninguna de las partes se opuso a la aprobación del preacuerdo.

El representante de la Contraloría General de la República consideró que la negociación se encuentra dentro del marco de legalidad que rige los preacuerdos y se advierte la voluntad libre del acusado de declararse responsable de los hechos que se le atribuyen. Empero, el ente de control fiscal manifestó que el dinero que Lyons Muskus se comprometió a devolver no se compadece con el daño ocasionado, no solo material, sino moral para el pueblo de Córdoba que depositó su confianza en el procesado eligiéndolo como la primera autoridad departamental.

Por su parte el delegado del ente territorial perjudicado, departamento de Córdoba, sostuvo que no encontraba motivo para oponerse al preacuerdo, sin embargo, expresó su descontento con que el acusado solo se comprometiera a resarcir los perjuicios en un monto de cuatro mil millones de pesos, frente a los más de ciento trece mil millones, que según el abogado de la Gobernación, es la suma a la que asciende la apropiación de los recursos públicos.

La Procuradora Delegada no manifestó oposición alguna al preacuerdo propuesto por las partes ante la Sala.

IV. Intervención de las partes-Traslado artículo 447

1. La Fiscalía puso de presenten las condiciones personales del procesado de quien dijo ser un abogado prestigioso que ocupó el cargo de elección popular más importante en su región, pero que en ejercicio del mismo fue que cometió el delito.

Solicita que se tenga en cuenta su voluntad de querer colaborar con la justicia, tanto de Colombia como de Estados Unidos.

Frente a la forma de ejecución de la pena de prisión, precisa el acusador que la misma debe ser efectiva e intramural, motivo por el que la expectativa es que una vez el acusado cumpla sus compromisos con la justicia de los Estados Unidos, regrese al territorio nacional a cumplir la pena.

2. La Procuraduría General de la Nación se abstuvo de hacer cualquier acotación.

3. El apoderado de la Contraloría General de la República, manifestó que carece de elementos de juicio para expresar aspectos sobre la personalidad del acusado, razón por la que acoge lo dicho por el ente acusador.

4. Por su parte, el representante de la Gobernación de Córdoba precisó que dado el monto de la sanción y el delito por el que se condena a Lyons Muskus, no es viable ningún tipo de subrogado o sustituto, razón por la que la pena se debe cumplir en forma intramural.

5. El defensor del procesado señaló que no va a solicitar la concesión de subrogados penales dada su clara improcedencia, solo que se tenga en cuenta la importante colaboración de su cliente con la administración de justicia.

Precisa que el acusado aceptó haber cometido el delito de concierto para delinquir agravado, por lo que opera la prohibición contenida en el artículo 68 A del estatuto represor.

Aclara que el motivo por el que Lyons Muskus se encuentra en los Estados Unidos, no obedece a una estrategia de su parte para evadir a la autoridad judicial colombiana, sino que en estos momentos se encuentra colaborando con la justicia estadounidense como testigo en el juicio que ese país adelanta contra Gustavo Moreno y Leonardo Pinilla, siendo esta la razón por la que no podrá regresar a Colombia hasta tanto culmine su colaboración con la justicia de los Estados Unidos.

Otro aspecto sobre el que llama la atención, es que si bien el lugar de reclusión no puede ser objeto de acuerdo, solicita que la Corte destine como sitio para el cumplimiento intramural de la pena, un establecimiento especial que garantice su seguridad.

6. Por último, el procesado manifestó su arrepentimiento y presentó excusas al pueblo cordobés por el daño ocasionado.

Al igual que su defensor, aclara que está en los Estados Unidos cumpliendo un compromiso con la Fiscalía de ese país que demanda su presencia allí, ya que es testigo en juicio federal que se adelanta contra Gustavo Moreno y Leonardo Pinilla.

Solicita que se le permita cumplir la pena en un lugar especial que garantice su seguridad, al igual que se preserve la seguridad de sus tres hijas.

V. CONSIDERACIONES

1. Cuestión Preliminar-Competencia de la Corte

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para conocer del presente asunto y proferir el consecuente fallo, aun proferido el Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la [Constitución Política](#). Así lo ha considerado nuestra Corporación en reiterados pronunciamientos (AP 48.965, Enero 15/18; AP 39.768, Enero 31/18; AP 50.969, Febrero 1/18; y AP 37.395 Febrero 7/18), tras considerar que ante la actual inexistencia material de las nuevas Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento de primera instancia, creadas por dicha reforma pero en espera de su efectiva implementación, no es jurídicamente admisible entender que ha operado el decaimiento automático de las competencias que ha venido ejerciendo la Sala de Casación Penal.

Lo anterior, porque el derecho a la doble instancia no es una creación de la reciente reforma constitucional, sino que ha sido una garantía tradicionalmente reconocida en nuestro sistema jurídico, exceptuada válidamente en aquellos asuntos legalmente asignados al conocimiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, porque siendo ésta el órgano límite o de cierre de la jurisdicción penal ordinaria, sus decisiones necesariamente deben ser de única instancia, sin que esto implique menoscabo de las garantías fundamentales, tal cual lo ha definido la Corte Constitucional en varios pronunciamientos, entre ellos, las Sentencias C-934 de 2006 y SU-811 de 2009, en la primera, se examinó la exequibilidad del procedimiento especial establecido en nuestro país para investigar y juzgar conductas penales atribuidas a los aforados constitucionales y, en la segunda, se avaló la existencia de tal procedimiento de única instancia por ser acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y armonizar con los principales instrumentos internacionales que consagran el principio de la doble instancia.

El estudio efectuado por la Corte guardiana de la Carta Magna, incluyó por supuesto la normatividad pertinente del llamado bloque de constitucionalidad, por lo cual no se vacila en afirmar que las actuaciones adelantadas por la Sala de Casación Penal se ajustan plenamente a los estándares internacionales en materia de derechos y garantías judiciales y respeto a los derechos humanos.

Y ello es así, porque a voces del propio alto tribunal, a cambio de no tener la posibilidad de activar una segunda instancia, los aforados constitucionales cuentan con el privilegio de ser juzgados por un cuerpo plural de Magistrados del más alto nivel de preparación y experiencia, lo que constituye la máxima aspiración de toda persona vinculada a litigios penales.

En consecuencia, ratificamos que mientras no se encuentren en pleno funcionamiento las nuevas Salas Especiales creadas por el Acto Legislativo 01 de 2018, es un deber de la Sala de Casación Penal continuar conociendo de los procesos a su cargo, pues en ningún caso sería razonable paralizar la administración de justicia en la medida que ello desconocería flagrantemente el derecho fundamental que tienen todos los ciudadanos a que se les dispense pronta y cumplida justicia, trátase de víctimas o procesados.

En otras palabras, no resulta admisible interpretación alguna que conduzca a la parálisis en la prestación de un servicio público esencial como lo es la administración de justicia, de lo cual se derivaría severa impunidad y desmotivación general en la lucha contra el delito, todo lo cual desdice claramente de un verdadero Estado de Derecho.

De otra parte, valga aclarar que si bien es cierto, en la actualidad el acusado no ejerce el cargo de Gobernador y, por ende, tampoco se halla cobijado por el fuero constitucional derivado de dicha investidura, es lo cierto que de conformidad con la vigente interpretación del parágrafo del artículo 235 Superior¹, la calidad foral se conserva respecto de las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Tal situación acontece en el caso del procesado Lyons Muskus, quien no obstante haber cesado en el cargo de Gobernador de Córdoba en el año 2015, los hechos que se le atribuyen guardan estrecha relación con la función desempeñada, habida cuenta que se perfeccionaron mientras fungía como tal y en ejercicio del cargo se concertó con varias personas para poner en marcha una estrategia ideada y dirigida por él para lograr la apropiación de recursos provenientes de regalías a los que se hizo a través del pago de millonarias comisiones a su favor.

2. Sustento probatorio para emitir condena

Precisado lo anterior, respecto del grado de conocimiento fijado por la ley procesal penal para que proceda un fallo de responsabilidad, advierte la Sala que además de la manifestación libre y voluntaria del procesado de aceptar su compromiso en los hechos que le fueron enrostrados como sustento fáctico del delito de concierto para delinquir agravado, concurren medios de convicción que confirman que Lyons Muskus fue promotor de un acuerdo criminal para apropiarse de recursos públicos provenientes de las regalías.

En efecto, dentro de los elementos probatorios aducidos por la Fiscalía como sustento del preacuerdo, se halla la declaración de los indiciados ex contratistas, JESÚS EUGENIO HENAO SARMIENTO (fls 4 y ss de la carpeta) y MAXIMILIANO GARCÍA BAZANTA (fls 16 y ss de la carpeta), así como los brindados por el mismo Alejandro José Lyons Muskus, los cuales acreditan que desde el momento en que este último tomó posesión del cargo de Gobernador del departamento de Córdoba, 1 de enero de 2012, y hasta el mes de diciembre de 2015, diseñó un plan criminal para que a su patrimonio ingresaran miles de millones de pesos destinados al desarrollo científico y tecnológico del ente territorial que se subsidiaría con recursos provenientes de regalías.

Para ello se concertó con algunos senadores y los señores JESÚS EUGENIO HENAO SARMIENTO, MAXIMILIANO GARCÍA BASANTA, ALBERTO ZAPA PÉREZ, SAMI SPATH STORINO,

CARLOS PÉREZ, MISAEL HERRERA, HERBETH ELIAS CHAPMAN y MARA BECHARA, entre otros, a quienes daba precisas instrucciones para hacer efectivo el cobro de las comisiones cuyo monto se fijó en un 30% de cada uno de los contratos, el cual debía ser pagado en forma anticipada por cada uno de los contratistas seleccionados para la ejecución de los proyectos. Igualmente, enviaba intermediarios para que recogieran el dinero en efectivo que era empacado en cajas por miles de millones de pesos.

Así lo sostuvo Jesús Eugenio Henao Sarmiento, quien fue beneficiado con la asignación del contrato 734 de 2013, suscrito entre el entonces Director Departamental de Regalías, Jairo Alberto Zapa Pérez, la Corporación Áreas Naturales Protegidas, cuyo representante legal era Henao Sarmiento y la Corporación Nacional de Investigación y Fomento Forestal, dirigida por Luis Enrique Vega González.

En declaración rendida el 6 de abril de 2017, Jesús Eugenio Henao Sarmiento señaló que se reunió con Jairo Zapa, quien actuaba como emisario del gobernador, con el objeto de fijar el porcentaje de la comisión, el cual finalmente se acordó que sería de 38% sobre el valor del convenio, 30% para el Gobernador Lyons Muskus y 8% para Zapa Pérez.

Sin embargo, con posterioridad Henao Sarmiento se reunió directamente con Lyons Muskus, momento en el que se determinó que la comisión sería del 30% sobre \$85.000.000.000, monto aproximando de los convenios suscritos o gestionados por Henao Sarmiento; por tal motivo, el valor que éste debía entregar al burgomaestre era de alrededor de \$25.500'000.000.

De este monto, afirma el testigo, alcanzó a entregar a Lyons Muskus entre cuatro mil y cinco mil millones de pesos, a través de los emisarios que éste le señalaba y de Zapa Pérez que además lo contactó con una amiga suya, gerente de una sucursal del Banco de Occidente de la ciudad de Montería para que ésta aperturara la cuenta a la que se girarían los recursos, al tiempo que permitiera el retiro del dinero en grandes cantidades en efectivo

sin poner traba alguna.

En similares términos depuso Maximiliano García Bazanta, persona que fue vinculada al concierto para ajustar los proyectos presentados por las fundaciones que tenían que ser las adjudicatarias de los convenios y quien luego fue vinculado a la Gobernación a través de una orden de servicios. Este testigo narra todos los pormenores para la asignación de los convenios, así como la estrategia diseñada por el propio Gobernador en asocio de Jairo Zapa para amañar la interventoría y el manejo de los recursos provenientes del fondo de regalías, los cuales por orden del primer mandatario departamental, se consignaban en una cuenta del banco Colpatria de la ciudad de Montería de la que disponía Jairo Zapa, siguiendo instrucciones de Lyons Muskus.

Así mismo, confirma el pago de las comisiones por un monto del 30% para el Gobernador, de lo cual tuvo conocimiento a través de Jairo Zapa, al que además observó llevando las cajas con el dinero en efectivo a la oficina del Gobernador. Por igual declaró que Lyons Muskus directamente le solicitó que le colaborara a uno de los contratistas (CUN), para que se le adjudicara uno de los convenios, pese a que no cumplía con algunos requisitos.

Además tuvo conocimiento acerca de que en uno de los convenios, el suscrito con Mara Bechara de Zuleta, en su condición de representante legal de la Universidad del Sinú, ésta hizo el arreglo del pago de la comisión directamente con el Gobernador, puesto que Jairo Zapa, intermediario en los otros convenios con ese propósito, era la «cuota» de la señora Bechara en todo este entramado criminal.

De los convenios frente a los cuales la Fiscalía sostuvo que el procesado derivó millonarios réditos a título de comisiones y así lo aceptó éste, se encuentran los números 733, 734, 735, 750, 755 y 682 de 2013, todos ellos suscritos por Jairo Zapa Pérez como Director Departamental de Regalías en representación de la Gobernación. Dichos convenios, se discriminan como sigue:

1) El convenio 733 fue celebrado con la Corporación Nacional de Investigación y Fomento Forestal, representada legalmente por Luis Enrique Vega González y la Corporación de Tecnologías Ambientales Sostenibles, dirigida por Juan Agustín Gualdrón Rueda por valor de \$17.300.000.000 con el objeto de «Aunar esfuerzos entre el Departamento de Córdoba, la Corporación Nacional de Investigación y Fomento Forestal y la Corporación de Tecnologías Ambientales Sostenibles para ejecutar las actividades del proyecto “Aplicación de ciencia y tecnología e innovación en carneros para mitigar los efectos del TLC en el Departamento de Córdoba”».

2) Convenio 734 suscrito con la Corporación de Áreas Naturales Protegidas, cuyo representante legal era Jesús Eugenio Henao Sarmiento y la Corporación Nacional de Investigación y Fomento Forestal, representada por Luis Enrique Vega González. El monto del convenio fue de \$51.118.437.596 y tuvo por objeto el de «Aunar esfuerzos entre el Departamento de Córdoba, la Corporación Áreas Naturales Protegidas y la Corporación Nacional de Investigación y Fomento Forestal para ejecutar actividades del proyecto denominado “Investigación sobre el Corredor Agroecológico Caribeño (Córdoba - La Guajira) en la cuenca del río Sinú, Departamento de Córdoba”».

3) Convenio 735, asignado a la Fundación para el conocimiento y desarrollo de la diversidad biótica de Colombia “George Dahl” para el desarrollo del proyecto «Investigación en recursos hidrobiológicos del caribe colombiano», persona jurídica sin ánimo de lucro representada legalmente por Álvaro Hernando Sua Carreño. El valor del convenio fue de \$15.048.000.000.

4) Convenio 750, celebrado entre el Departamento de Córdoba, la Universidad del Sinú, representada legalmente por Mara Bechara de Zuleta y la Fundación para el conocimiento y Desarrollo de la Diversidad Biótica de Colombia “George Dahl”, dirigida por Álvaro Hernando Sua Carreño. El objeto del convenio fue el de desarrollar el proyecto «Desarrollo e Investigación aplicada de un modelo experimental sostenible e innovador en la cadena

productiva de artesanías derivadas de la caña flecha en el Departamento de Córdoba»; el valor fue de \$2.996.831.162.

5) Convenio 755 suscrito con el Departamento de Córdoba y la Universidad del Sinú, representada legalmente por Mara Bechara de Zuleta y la Fundación Conservación y Desarrollo Forestal dirigida por Ella Yolima Hernández Oviedo, con el objeto de «ejecutar las actividades del proyecto denominado investigación y desarrollo aplicado a un modelo experimental para el manejo productivo y sostenible de los sistemas agroforestales en el Departamento de Córdoba», por valor de \$8.078.373.937.

6) Convenio 682, celebrado entre el ente territorial y la Universidad Francisco José de Caldas, representada por Inocencio Bahamón Calderón, con el objeto de «realizar la interventoría jurídica, técnica, administrativa y financiera de los proyectos: 1. Investigación en recursos hidrobiológicos del caribe colombiano; 2. Investigación sobre el corredor agroecológico caribeño (Córdoba-La Guajira) en la cuenca del río Sinú; 3. Aplicación de ciencia tecnología e innovación en carneros para mitigar efectos de los TLC en el departamento de Córdoba», por valor de \$5.741.121.846.

Para la Sala no emerge duda acerca de la materialización del delito de concierto para delinquir agravado a través de la conformación de una compleja y eficaz empresa criminal que claramente fue ideada y dirigida por el entonces Gobernador del departamento de Córdoba, en la que éste dio instrucciones precisas a Jairo Alberto Zapa Pérez, persona a la que encargó específicamente el manejo de los recursos girados al ente territorial por el Fondo Nacional de Regalías, la elaboración de los proyectos que facilitarían la escogencia de los contratistas señalados por el mandatario seccional, la conducción del proceso de interventoría, el recibo de las millonarias sumas de dinero entregadas a título de comisión por los signatarios de los convenios y todas aquellas actividades necesarias para que el dinero llegara a manos del Lyons Muskus.

Resulta tan palmario el dolo en el comportamiento del procesado, que como uno de los pasos necesarios para llevar a cabo su idea criminal, modificó la planta de personal para crear el cargo en el que nombró a su emisario en todo este interregno delictivo, Jairo Zapa Pérez, atendiendo la recomendación que le hizo Mara Bechara, pues se sabía que el «recomendado» iba a cumplir todas las instrucciones que le diera el mandatario y que no se negaría a tomar parte activa en la asociación delincuencia.

Emerge también nítido que la ejecución del plan criminal condujo a la comisión de múltiples comportamientos punibles de los que tomaron parte, no solo el propio Lyons Muskus, sino también los beneficiarios de los convenios y los funcionarios que participaron en el proceso de contratación, adscritos y no adscritos a la Gobernación, incluso particulares que permitieron el libre manejo de los recursos en las cuentas bancarias que deliberadamente se abrieron con el propósito de evitar cualquier tipo de control y facilitar su manejo en efectivo en grandes cantidades.

Del escrutinio del acervo probatorio, resulta evidente la inferencia razonable de autoría de Alejandro José Lyons Muskus en el punible de concierto para delinquir agravado que le fue imputado por la fiscalía, de conformidad con el inciso 3º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, toda vez que de acuerdo con el recuento fáctico que hizo la Fiscalía al formularle imputación, emerge diáfano su liderazgo y coordinación en la empresa criminal que él organizó con el único propósito de apoderarse de recursos públicos como en efecto ocurrió.

Por tanto, concluye la Sala que se dan los presupuestos fácticos para la atribución del punible de concierto para delinquir con la circunstancia agravante imputada por el ente persecutor, puesto que el acusado, en su calidad de Gobernador del departamento de Córdoba, fue el líder de la empresa criminal, no solo por idear los mecanismos con los que sería defraudado el patrimonio del ente territorial a su cargo, sino porque siempre estuvo al frente de la misma, dando instrucciones a sus emisarios para manipular la celebración los

convenios de cooperación a fin de garantizar el pago del 30% del valor de cada uno por concepto de comisión a favor del gobernador y a cargo de las personas jurídicas escogidas para su ejecución.

La empresa delictiva superó la barrera del mero propósito de cometer delitos indeterminados con vocación de permanencia en el tiempo, circunstancia que por sí sola agota el injusto de concierto para delinquir, puesto que arrojó resultados efectivos, obteniéndose la finalidad perseguida, en tanto que el acusado se apropió de aproximadamente nueve mil millones de pesos derivados de las comisiones que los contratistas debieron pagarle para que les asignara los convenios de cooperación.

La apropiación en provecho propio de los recursos se le enrostró al procesado como una autoría en el delito de peculado por apropiación, quedando la acción penal suspendida, dado que en otra actuación procesal adelantada por la Fiscalía, se hizo beneficiario del principio de oportunidad avalado por el Magistrado de control de garantías del Tribunal Superior de Bogotá, tal como se precisó en el recuento de los antecedentes procesales.

2. Pena a imponer

En adelante corresponde consignar las razones por las cuales la pena acordada entre Fiscalía y procesado se ajusta a los parámetros de legalidad previstos en la norma penal sustancial.

La pena acordada que corresponde a la del delito de concierto para delinquir simple, con el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, oscila entre los rangos de 48 a 108 meses de prisión, de donde los cuartos punitivos, se discriminan así: el primero, de 48 a 63 meses de prisión; el segundo, entre 63 meses y 78 meses; el tercero, de 78 meses a 93 meses; y el último, de 93 meses a 108 meses.

Siguiendo los parámetros para la selección del cuarto de movilidad dentro del cual se impondrá la sanción, se tiene que deben ser los cuartos medios, -63 a 93 meses-, toda vez que se atribuyeron circunstancias genéricas tanto de mayor punibilidad, concretamente, las previstas en los numerales 1 y 9 del artículo 58 de estatuto represor, como la de menor, derivada de la carencia de antecedentes penales del acusado (art. 55 numeral 1 del C.P).

En ese orden, la pena mínima a imponer dadas las particularidades de este caso, es decir la sanción prevista para el delito de concierto para delinquir simple, tal cual lo preacordaron el procesado con su defensor y la Fiscalía, es la indicada en el extremo inferior del primer cuarto medio de punibilidad.

Así las cosas, el procesado Alejandro José Lyons Muskus, debe cumplir la pena de 63 meses de prisión, o lo que es lo mismo, 5 años y 3 meses de prisión como autor responsable del delito de concierto para delinquir agravado.

Forma de ejecución de la sanción

Teniendo en cuenta que el acusado, tal y como claramente lo manifestó en audiencia de verificación de preacuerdo, aceptó ser responsable a título de autor del delito de concierto para delinquir agravado en su calidad de promotor y que dicha calificación se corresponde en un todo con los hechos que le fueron atribuidos desde su vinculación al proceso sin que sus circunstancias hayan sido objeto de variación por razón del preacuerdo, resulta aplicable la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal, según la cual, si la condena es por el delito de concierto para delinquir agravado, entre otras conductas, no habrá lugar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena o a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. Por ello, el responsable de este tipo de conducta tiene que cumplir la pena privativa de la libertad intramuralmente.

Este mandato resulta aplicable al aquí acusado, toda vez que el delito de concierto para delinquir se ejecutó durante su ejercicio como Gobernador de Córdoba, entre los años, 2012

a 2015 y la prohibición del artículo 68 A en razón del delito², fue insertada a la normativa penal sustantiva a través de Ley 1709 de 2014, vigente a partir del 20 de enero de ese año, luego modificado por la Ley 1773 de 2016, esta última en la que se mantuvo la restricción en torno al delito por el que se condena a Lyons Muskus.

Por lo anterior, con el fin de hacer efectiva la pena aquí impuesta, por la Secretaría de la Sala se adelantará el trámite respectivo para que Alejandro José Lyons Muskus sea extraditado desde los Estados Unidos.

VI. Otras Cuestiones

1. En respuesta a la principal inconformidad planteada por la Contraloría General de la República y por el apoderado de la Gobernación de Córdoba, relativa a que el daño generado con el comportamiento del acusado no es compatible con los compromisos que adquirió para reparar el daño, es pertinente aclarar que el restablecimiento del derecho en torno a la apropiación de los recursos en los términos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación, está teniendo lugar en otro trámite al generarse la ruptura de la unidad procesal cuando el ente persecutor en ejercicio de sus facultades constitucionales, optó por aplicar el principio de oportunidad frente a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, motivo por el que es en aquel trámite en el que deben postularse las inconformidades en torno a la reparación de los perjuicios y la devolución al Estado de los recursos apropiados.

Adicionalmente, huelga aclarar que el desacuerdo de las víctimas se centra en que el monto de la apropiación corresponde al valor de los convenios suscritos en forma amañada, sin tener en cuenta que los hechos enrostrados al procesado aluden a la apropiación en provecho propio de unos dineros que recibió como comisión en un porcentaje del 30% sobre el monto de los convenios, es decir, hasta el momento no se le ha atribuido la apropiación de recursos públicos a favor de terceros que en este caso, serían las personas que

suscribieron los convenios.

En esa medida, el ente de persecución penal tiene la facultad de investigar si en la ejecución de los diez convenios de cooperación que se aprobaron en cumplimiento del plan criminal soporte del delito de concierto para delinquir agravado, terceros se hicieron a recursos públicos en forma ilegal.

2. De otra parte, la Sala ha sostenido que la Ley 906 de 2004 asigna a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad la competencia para conocer de la fase de ejecución del fallo cuando se trate de condenados que gozan de fuero constitucional y que la segunda instancia corresponde al respectivo juez de conocimiento.

Por tanto, se dispondrá remitir el proceso al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad correspondiente para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONDENAR a Alejandro José Lyons Muskus, de condiciones civiles y personales consignadas en este proceso, como autor del delito de concierto para delinquir agravado, quien por razón del preacuerdo aprobado, se hace merecedor a la pena principal de CINCO (5) AÑOS Y TRES (3) MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

SEGUNDO.- NEGAR al ex Gobernador Alejandro José Lyons Muskus el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme a lo analizado en precedencia.

TERCERO.- NEGAR al citado ex Gobernador Alejandro José Lyons Muskus la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- Con el fin de hacer efectiva la pena aquí impuesta, por la Secretaría de la Sala se adelantará el trámite respectivo para que Alejandro José Lyons Muskus sea extraditado desde los Estados Unidos a Colombia.

QUINTO.- En firme esta providencia, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda, para lo de su cargo. Una vez se materialice la extradición, se determinará el lugar de reclusión.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA

SP605-2018, rad. 51341

Con el habitual respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto porque en esta ocasión la Sala de Casación Penal no ha debido proferir sentencia, toda vez que, al hacerlo, se vulnera el derecho a la doble instancia y a la impugnación de la primera condena. Estas son las razones:

1. La doble instancia tiene una relación íntima con el debido proceso y, obviamente, con el derecho de defensa, en cuanto permite dar mayor eficacia al derecho de acceso a la administración de justicia y al ejercicio de la contradicción.
2. El estándar internacional exige disgregar los funcionarios que investigan de aquellos que juzgan, a la vez que contempla la garantía de impugnar la primera condena (artículos 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Bajo ese orden, lo que se pretende asegurar es que toda persona, que ha sido condenada, tenga la oportunidad de que su proceso sea revisado por una autoridad superior.
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido consistente en sostener que el propósito de la impugnación del fallo es proteger el derecho de defensa y asegurar que la sentencia adversa pueda ser repasada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía. Bajo ese orden, ha considerado que lo esencial es permitir un nuevo análisis de todos los aspectos –normativos, fácticos y probatorios- alegados por el recurrente y que puedan tener repercusión en la decisión.

En torno al canon 8.2 h de la Convención, ha indicado

99. La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz³. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada⁴. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido⁵. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho⁶. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

100. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

4. La Corte Constitucional, en aplicación de cánones convencionales y en observancia de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupó sobre el derecho a la impugnación y a la garantía de la doble instancia, y determinó que son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes que, en algunos casos, pueden coincidir, como ocurre

...en la hipótesis específica en la que, (i) en el contexto de un juicio penal, (ii) el juez de primera instancia (iii) dicta un fallo condenatorio. En este supuesto fáctico, el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y a la inversa, con la previsión de juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación. (Cfr. CC C-792/14).

En la sentencia transcrita, el alto tribunal exhortó al Congreso de la República para que, en el término de un año contado a partir de la notificación de la determinación, regulara integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, y previó que, de no expedirse la regulación por parte del órgano de representación popular, se entendería que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

Transcurrido el plazo, el Congreso de la República no legisló, y tampoco la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pudo asegurar tales garantías. La regla prescrita por la Corte Constitucional era absolutamente imposible de ser verificada por la Corporación, no solo por su naturaleza, órgano de cierre, que, por su organización legal y reglamentaria, carece de superior sino por la ausencia de ley.

5. Solo hasta enero del año en curso, el Congreso de la República expidió el Acto legislativo 01 de 2018, por conducto del cual implementó el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria. Así, respecto de los delitos que cometan los congresistas, creó, al interior de la Sala de Casación Penal, la Sala Especial de Instrucción, encargada de investigar y acusar, y la Sala Especial de Primera Instancia.

En el artículo 1º, incisos 4 y 5, consagró:

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento

corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada.

Más adelante, en el canon 3°, que modificó el 235 de la Carta, señaló:

6. Resolver, a través de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la Ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena, proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de las fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o militares.

6. Así las cosas, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018 el panorama jurídico cambió diametralmente. La doble instancia y la doble conformidad deben ser garantizadas y la Corte Suprema de Justicia, como órgano máximo de la jurisdicción ordinaria, está impelida a asegurar su observancia en aras de demostrar su probidad y rectitud.

7. Por consiguiente, resulta indiscutible que la garantía de la doble instancia contra toda sentencia que profiera la Sala Especial de Primera Instancia y el derecho fundamental a la impugnación de la primera condena, son, no solo reconocidos actualmente por la [Constitución Política](#), sino de aplicación inmediata, como surge del contenido del precepto 4°, según el cual: «El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias», y su publicación en el Diario Oficial tuvo lugar el 18 de enero del año en curso.

La promulgación, según el precepto 52.2 del Código de Régimen Político y Municipal, es el acto de «insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número que termine la inserción».

8. Dado que -lo ha recalcado la Corte Constitucional entre otras, en CC C-757/01- las normas constitucionales son de aplicación inmediata y no requieren «reiteración de su contenido en normas de otra jerarquía para garantizar su efectividad (C.P., art. 4º)», esas disposiciones del Acto Legislativo ya se encuentran vigentes y, por ende, resulta imposible excluir la doble instancia, como lo hizo la Sala en el fallo del cual me aparto.

9. La afirmación antedicha encuentra pleno respaldo en la Ley 153 de 1887, que en el artículo 9 establece: «[l]a Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente». Así mismo, se soporta en los preceptos 40 y 43, que instituyen reglas a aplicar cuando se advierta incongruencia en las leyes, exista oposición entre ley anterior y ley posterior, o frente el tránsito legal de derecho antiguo al nuevo. Su tenor es el siguiente:

Artículo 40. [Modificado por el art. 624, Ley 1564 de 2012]. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Artículo 43. La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.

10. Ahora bien, el acto reformativo de la Constitución no previó disposiciones transitorias en punto de su implementación y en la actualidad no se ha proferido la ley en virtud de la cual se establezca la logística para poner en marcha la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia, como así se reconoce en la sentencia de la cual me aparto. No obstante, a pesar de que tal funcionamiento operativo es imprescindible para garantizar la plena eficacia de la administración de justicia como fin y deber del Estado y que la persona contra la que se procede penalmente tiene derecho a que su actuación se adelante en forma pronta y oportuna, también lo es que ello no puede materializarse atropellando sus derechos constitucionales y legales, máxime cuando en la fecha el Acto Legislativo está rigiendo.

11. A mi juicio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede continuar adelantando las actuaciones que están en curso, pero, de ninguna manera, dictar sentencia condenatoria.

12. En cuanto a lo primero, soy del criterio que en los procesos que actualmente adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en única instancia y que se encuentran en etapa preliminar, instructiva y de juzgamiento –en los que no ha finalizado la audiencia pública-, puede proseguirse con la actuación que corresponda a fin de respetar el debido proceso como derecho fundamental, en tanto, no hacerlo, implicaría paralizar la justicia, máxime cuando, según lo prevé el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 «[l]os jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia».

Debo aclarar que, aunque la disposición transcrita prescribe la obligación de juzgar y podría entenderse implícita la de dictar sentencia, considero que –esta es la razón esencial de mi voto disidente- adoptar fallo viola la Constitución, habida cuenta la imposibilidad de garantizar la doble instancia y el derecho a impugnar la primera condena, que hoy se encuentran consagrados en la Carta.

13. El Juez natural, para proferir sentencia, es, conforme al Acto Legislativo, uno distinto a la Sala de Casación Penal, la cual solo conoce en segunda instancia, no en primera, pues, para el efecto, se instituyó la Sala Especial de Primera Instancia.

14. Las normas procedimentales, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deben leer a la luz del principio de instrumentalidad de las formas (artículo 228 de la Carta Política), es decir, que «su respeto es predicable en cuanto cumple un fin». (Cfr. CC A017/06). Por ende, la sentencia que ha dictado la Sala de Casación Penal conlleva el incumplimiento del fin para el cual fue concebido el Acto Legislativo 01 de 2018.

15. Así que para respetar la garantía de la doble instancia y el derecho fundamental de impugnación de la condena, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha debido abstenerse de proferir sentencia condenatoria, para no incurrir en una extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la [Constitución Política](#)), así la misma sea anticipada, como ocurre en esta ocasión.

Lo anterior porque esa providencia, pese a ser, en principio, compartida en su sentido condenatorio por el procesado, puede ser objeto de controversia en aspectos relacionados con la dosificación punitiva, los subrogados penales y los mecanismos sustitutivos de la pena. Se le estaría cercenando al sentenciado la posibilidad de alegar inconformidad y enseñar, eventualmente, alguna falencia en la labor judicial.

16. Conforme a los razonamientos que preceden, ninguna observación haré respecto del fondo del asunto abordado en la sentencia.

EYDER PATIÑO CABRERA

Fecha ut supra.

1 Parágrafo.- “Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el

ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.”

2 La norma anterior, artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, la cual introdujo este artículo al Código Penal, solo se refería al factor de reincidencia como soporte de la prohibición.

3 [cita inserta en el texto transcrito] Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 161, 164, 165 y 167, y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 88, 89 y 90.

4 [cita inserta en el texto transcrito] Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 158 y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 88.

5 [cita inserta en el texto transcrito] Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161 y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 90.

6 [cita inserta en el texto transcrito] Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 164 y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 90.