



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Juzgamiento

27. 13

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

SP436-2018

Radicación n.º 51833

Acta n.º 66

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Recibida la presente actuación con acta de formulación y aceptación de cargos, suscrita por los magistrados integrantes de la Sala Tercera de Instrucción y el procesado **Bernardo Miguel Elías Vidal**, se procede a resolver, según lo previsto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

M. 14

HECHOS

La imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos es la siguiente:

(...) el aspecto fáctico de investigación se enmarca dentro de lo que públicamente se conoce como el 'escándalo de corrupción de ODEBRECHT', Multinacional, de origen brasilero, que se interesó en realizar en Colombia obras y proyectos de infraestructura. Para ello, aplicó su política general de entregar millonarios sobornos a funcionarios de distintos niveles y a particulares, a través de los cuales ha logrado su objetivo, esto es, la asignación de contratos oficiales, algunos de ellos en condiciones de especial favorabilidad para la compañía. Dentro de sus estrategias estaba la cooptación de servidores públicos que tuvieran la capacidad de influir en las decisiones atinentes a la asignación y desarrollo de los contratos que pudieran surgir ante las necesidades del país, principalmente en materia vial. En términos simples, la multinacional requería la participación de personas que les permitieran replicar en el país su política de acceso ilegal a la contratación de obras públicas. En este contexto se da la vinculación del senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL. El investigado prestó su concurso al conglomerado económico, con el propósito de consolidar su actividad en el país, con intervención directa ante diferentes entidades y funcionarios, según los requerimientos de cada situación en particular, aprovechando la condición de congresista vinculado a la Comisión Tercera del Senado, encargada de estudiar y debatir el proyecto de presupuesto de rentas y gastos de la Nación -entre los cuales están, por supuesto, los de obras de infraestructura-, así como la Subcomisión de Crédito, encargada de aprobar los empréstitos internacionales y todo lo relacionado con la deuda y crédito público de la Nación. Entre las obras adjudicadas se halla la denominada Ruta del Sol tramo II, comprendida entre los municipios de Puerto Salgar (Cundinamarca) y el corregimiento de San Roque, Curumani (Cesar), para lo cual suscribió el Contrato 001 de 2010, con el entonces Instituto Nacional de Concesiones INCO¹, que tuvo un valor inicial de \$2.094.286.000.000, constantes a 31 de diciembre de 2008. El mencionado contrato 001/10, fue adicionado mediante el Otrosí n.º 6, suscrito el 14 de marzo de 2014, que tenía por objeto el mejoramiento del corredor vial denominado 'Transversal Río de Oro-Aguaclara-Gamarra'², localizado entre los

¹ "Entidad que se transformó en la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, según el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011".

² "En adelante tramo o corredor vial Ocaña-Gamarra".

M 15

municipios de Ocaña, Norte de Santander, y Gamarra, Cesar, por un valor inicial de seiscientos setenta y seis mil ochocientos seis millones novecientos cincuenta y cuatro mil noventa y ocho pesos (\$676.806.954.098.00), pero que finalmente osciló entre un billón cuatrocientos y un billón seiscientos mil millones de pesos. Igualmente, se destaca el contrato para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena³, suscrito el 13 de septiembre de 2014 entre Cormagdalena y la concesionaria Navelena S.A.S. Así mismo, el contrato de estabilidad jurídica suscrito el 31 de diciembre de 2012 entre la Nación-Ministerio de Transporte y la Concesionaria Ruta del Sol II S.A.S., para la ejecución del proyecto Ruta del Sol II. Para la adjudicación de las referidas obras de infraestructura, la aprobación de condiciones favorables a la compañía y la agilización de los trámites contractuales respectivos, los directivos de la Multinacional ODEBRECHT, por intermedio del ex Viceministro de Transportes, Gabriel Ignacio García Morales, el ex senador Otto Nicolás Bula Bula y otros 'lobistas' acordaron la entrega de dinero a varios servidores públicos y congresistas para que se comprometieran a suplir las necesidades de la contratista. Específicamente en lo que concierne al contrato de adición -otrosí n.º 6- el compromiso abarcó la agilización de los trámites respectivos y la inclusión de cláusulas favorables al contratista, atinentes a la autorización de nuevos peajes, el incremento de las respectivas tarifas, la anticipación de vigencias futuras y tasas de retorno, entre otras, y se acordó que estas condiciones fueran contempladas en los documentos CONPES y CONFIS, requeridos para el cierre financiero del contrato. Todo ello, se reitera, a cambio de grandes sumas de dinero. Las sumas acordadas por concepto de 'comisiones o coimas' para este contrato, según se ha establecido en el curso de la investigación, fue del 4% del valor total del mismo, suma que se distribuyó así: 2% para el senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL y su grupo de personas, el 1% para otro congresista y su grupo, el 0.5% para Otto Bula y el restante 0.5% para Federico Gaviria, monto que se pagaría una vez alcanzado el objetivo, es decir, se firmara el contrato adicional y se obtuviera el cierre financiero, lo cual efectivamente sucedió. Igual situación se predica del contrato de estabilidad jurídica, con la diferencia que respecto de ese convenio no se pagó por parte de la multinacional ODEBRECHT un determinado porcentaje como ocurrió frente al Otrosí n.º 6, sino que se acordó entregar una suma determinada, es decir cuatro mil millones de pesos. La forma de pago de las cantidades subrepticamente acordadas se encubrió de distintas maneras. Una parte, a través de una serie de transacciones trianguladas desde cuentas offshore a cuentas de terceros, suministradas por los destinatarios de los pagos, tanto en el exterior como en el país, y otras cantidades, obtenidas mediante la suscripción de contratos simulados entre la concesionaria Ruta del Sol II y subcontratistas, que finalmente fueron entregadas en efectivo y cheques a sus beneficiarios. Respecto al Otrosí n.º 6, el

³ "En adelante Contrato Navelena".

M/16

senador ELÍAS VIDAL asumió la función de agilizar los trámites para sacar adelante en un tiempo récord la adición del contrato en las condiciones económicas favorables exigidas por la concesionaria, lo que le generó dividendos equivalentes al 2% del valor total del mismo, para lo cual, entre otras actividades, interfirió de distintas formas ante el Presidente de la ANI y otros funcionarios gubernamentales competentes para la aprobación del Conpes y el Confis, en orden a lograr el cierre financiero del Otrosí n.º 6. Su rol implicaba, además, lograr que otros congresistas apoyaran las iniciativas de control político, y a través de esos debates se presionaba a los funcionarios que tenían a cargo las decisiones en materia contractual. Igual situación cumplió el senador ELÍAS VIDAL de cara al contrato de estabilidad jurídica, el cual tenía que ser finiquitado antes del 31 de diciembre de 2012, habida consideración que estaba en curso el trámite de una reforma tributaria en la que se prohibía la suscripción de este tipo de contratos, por tanto, la gestión acordada y asumida por el Congresista era fundamental para la Multinacional para lograr su cometido, como en efecto ocurrió, ya que el contrato se suscribió el 31 de diciembre de 2012, como ya se indicó. También en desarrollo de su función dentro de la referida 'empresa criminal', frente al contrato de la concesionaria Navelena S.A.S. (empresa de la organización ODEBRECHT), gestionó reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y Cormagdalena para que permitieran la participación contractual de dichos inversionistas privados y buscar alternativas de financiamiento con el sistema bancario, con el fin de lograr el cierre financiero del contrato, el cual finalmente no se logró porque la trama corrupta de la multinacional fue ampliamente divulgada. El pago de los sobornos se hizo a través del sofisticado sistema de pagos diseñado por la multinacional ODEBRECHT, con la adopción, a nivel nacional, de medidas adicionales. Para tales efectos se utilizaron personas naturales y jurídicas, y se apeló a la suscripción de falsos contratos, intermediarios, empresas de conocidos o familiares y 'correos humanos' encargados de recibir y trasladar el efectivo, todo encaminado a ocultar el origen ilícito y el destino de dichos recursos (...).

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Se inició con fundamento en denuncia formulada por la Unión de Veedurías Nacionales y/o Carlos Cárdenas (fol. 1 cdo. 1), referida a varios miembros del Congreso de la República, entre ellos **Bernardo Miguel Elías Vidal**.

M.17

2. Antes de adoptar cualquier determinación sobre la mencionada noticia criminal, se dispuso establecer la calidad de congresista de los denunciados, y fue así como el Secretario General del Senado de la República certificó que **Bernardo Miguel Elías Vidal**, identificado con la cédula de ciudadanía n.º 78.741.717, fue elegido Senador para los períodos 2010-2014 y 2014-2018, tomó posesión del cargo y para la fecha de la misiva (7 de febrero de 2017) aún se encontraba en ejercicio de sus funciones (fol. 40 y ss. Cdo. 1).

3. Complementada la denuncia con información obtenida de la Fiscalía General de la Nación, el 28 de febrero de 2017 se decidió, por la Sala de Instrucción, abrir investigación previa al Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal** (fol. 167 y ss. Cdo. 1). De su iniciación se dio aviso al imputado (fol. 175 cdo. 1), quien designó defensor de confianza (fol. 214 cdo. 1).

4. La investigación previa concluyó, el 9 de agosto de 2017, con resolución de apertura de instrucción a **Bernardo Miguel Elías Vidal** por los posibles delitos de lavado de activos, concierto para delinquir agravado, cohecho propio, tráfico de influencias de servidor público e interés indebido en la celebración de contratos. En consecuencia, se ordenó su vinculación procesal mediante indagatoria (fol. 245 cdo. 7). Con esa finalidad se libró orden de captura en su contra.

M. 18

5. Materializada la aprehensión, los miembros del CTI de la Fiscalía General de la Nación individualizaron e identificaron al capturado como **Bernardo Miguel Elías Vidal**, conocido con el alias de “El Ñoño”, identificado con la cédula de ciudadanía n.º 78.741.717 de Sahagún (Córdoba), nacido el 7 de noviembre de 1976, hijo de Bernardo Miguel Elías Nader y de Carmiña Vidal, de estado civil casado, Senador de la República. Así mismo, establecieron su arraigo.

Además, efectuaron cotejo dactiloscópico entre las huellas dactilares tomadas en la reseña y las obtenidas del informe de consulta web del cupo numérico 79.747.717, encontrando que se “*IDENTIFICAN ENTRE SÍ*” (fol. 24 cdo. 8).

Por otra parte, comprobaron, mediante consulta a la Policía Nacional, que no tiene registro de anotaciones o antecedentes (fol. 28 cdo. 8), información que luego fue corroborada a la Corte por la Fiscalía General de la Nación, sistema SIAN (fol. 9 y 10 cdo. 10).

6. La vinculación procesal mediante injurada se cumplió los días 11, 14 y 15 de agosto de 2017 (fol. 112, 120 y 150 cdo. 8).

7. La situación jurídica de **Bernardo Miguel Elías Vidal** se resolvió el 23 de agosto de 2017, en el sentido de imponerle la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin

excarcelación, como posible autor de los delitos de concierto para delinquir agravado, lavado de activos, tráfico de influencias de servidor público y cohecho propio, en concurso material heterogéneo, con la causal genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 58-9 del Código Penal (fol. 1 y ss. cdo. 9). Respecto de las conductas de enriquecimiento ilícito de servidor público e interés indebido en la celebración de contratos no se mantuvo la imputación efectuada en la indagatoria.

8. Mediante la Resolución n.º 076 del 24 de octubre de 2017, la Mesa Directiva del Senado de la República decidió: *“Suspende en el ejercicio de la Investidura Congressional al Senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL (...) a partir de la fecha de expedición del presente Acto Administrativo, la cual se extenderá hasta el momento que lo determine la autoridad judicial competente”* (fol. 159 a 161 cdo. 12).

9. Luego de practicadas numerosas pruebas, se dispuso, mediante auto del 23 de noviembre de 2017, declarar cerrada la investigación (fol. 90 cdo. 13).

10. Antes de que dicho proveído adquiriera firmeza, pues contra el mismo fue interpuesto el recurso de reposición, el procesado **Elías Vidal** solicitó el trámite de sentencia anticipada respecto de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público (fol. 185 cdo. 13).

af 20

11. El 13 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia prevista por el artículo 40 de la Ley 600 de 2000. En el curso de la misma se le hizo a **Bernardo Miguel Elías Vidal** la imputación fáctica transcrita al inicio de esta providencia, con la correspondiente imputación jurídica, que fue del siguiente tenor:

Con base en lo expuesto, los elementos probatorios allegados al proceso, no sólo para el momento de resolver la situación jurídica y el análisis allí realizado (providencia de agosto 23 de 2017), sino con posterioridad en el curso de la investigación, los cuales han venido robusteciendo la prueba de cargo, la conducta que se atribuye al doctor BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL, se tipifica para efectos de esta diligencia, como los delitos de: Tráfico de influencias de servidor público (Art. 411) y Cohecho propio (Art. 405), en concurso material heterogéneo, con la causal genérica de agravación prevista en el artículo 58, numeral 9, ídem. (fol. 205 cdo. 13).

El procesado, asistido por su defensora, respondió, frente a los cargos formulados: "SI ACEPTO". (fol. 205 cdo. 13).

Consiguientemente, la Sala de Instrucción dispuso la ruptura de la unidad procesal y la expedición de copias con destino a la Sala de Juzgamiento, para el trámite de la sentencia anticipada, manteniendo el conocimiento de los delitos que no fueron incluidos en el acta de formulación y aceptación de cargos, así como el poder de disposición sobre la privación de la libertad del procesado.

M/21

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

De conformidad con los artículos 186 y 235 de la Constitución Política, aún con las adiciones y modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018, la Corte Suprema de Justicia conoce, en forma privativa, de los delitos que cometan los Congresistas y es la competente para investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República. Es decir, es su juez natural.

Sobre los efectos de las reformas realizadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2018, la Corte sentó el siguiente criterio, que se replica en el presente caso:

El acto legislativo 01 del 18 de enero de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Nacional y creó, al interior de la Corte Suprema de Justicia y con funciones limitadas, Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, encargándole a la Sala de Casación Penal la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones de la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia. (Artículo 2, numeral 6 del Acto Legislativo n.º 01 de 2018).

Se trata de un Acto Legislativo válido. Lo expidió el Congreso de la República y fue promulgado. Eso no significa, sin embargo -ante la ausencia de una regla de transición en esa reforma a la Constitución-, que por el solo hecho de su vigencia se hubiera producido el decaimiento automático de las competencias que ha venido ejerciendo la Sala de Casación Penal y de las cuales la sustrae el Acto Legislativo.

La idea de que la Sala de Casación Penal, sólo por la puesta en vigencia de la reforma, debe cesar las funciones de investigar,

M. 22

acusar y juzgar a los funcionarios a los que la Constitución Política otorgó ese privilegio, es equivocada. Ya la rechazó la Corte en anteriores oportunidades.

Si fueran preexistentes al Acto Legislativo los órganos a los cuales se trasladan las competencias para instruir y juzgar en primera instancia a los aforados constitucionales, lógicamente -a falta de norma de transición- habría absorbido esas funciones desde la promulgación del Acto Legislativo. Pero como es éste el que los crea, resulta absurdo pretender que se detenga la función de administrar justicia en esos casos mientras los poderes públicos correspondientes cumplen con el mandato de implementación de esos nuevos organismos, acción que desde luego está sujeta a trámites constitucionales y legales previos y obligatorios.

Es indudable para la Sala, en consecuencia, que cuenta con competencia en el presente caso. Y que se mantienen plenas a cargo de la Sala de Casación Penal, hasta que entren en funcionamiento las Sala Especiales, las funciones que hasta hoy ha venido cumpliendo y que pasarán a los nuevos dignatarios una vez se posesionen de sus cargos ante el Presidente de la República. (CSJ AP495-2018, 7 feb. 2018, rad. 37395).

Por otra parte, de acuerdo con la imputación fáctica, es evidente que las conductas punibles endilgadas y admitidas tuvieron relación con las funciones que desempeñaba **Bernardo Miguel Elías Vidal** como Senador de la República. Además, si bien la Mesa Directiva de esa cámara le suspendió el ejercicio de la investidura congresional hasta tanto se produzca decisión judicial definitiva, ello no implica la pérdida de la misma.

2. Respeto de las garantías fundamentales.

El procesado es una persona ilustrada, profesional de la ingeniería civil, con especialización en gerencia de la construcción, que llegó a desempeñar la dignidad de Senador de la República y que durante todo el proceso, incluso desde

23

el inicio de la investigación previa, ha contado con permanente defensa técnica.

Convocado a la audiencia de formulación y aceptación de cargos por su propia iniciativa, en dicha audiencia la figura de la sentencia anticipada le fue explicada amplia y suficientemente en cuanto a su naturaleza y consecuencias procesales y punitivas.

Antes de proceder a la exteriorización de la imputación fáctica y jurídica se corroboró el entendimiento de lo expuesto, a lo cual el sindicado respondió: *“Si entiendo, lo tengo todo claro”*.

Finalmente, luego de expresados los cargos en forma fáctica y jurídica, hubo un espacio para la reflexión y aclaración de inquietudes que culminó con la siguiente manifestación de **Bernardo Miguel Elías Vidal**: *“SI ACEPTO”*.

De acuerdo con lo anterior, es indudable que se respetaron las garantías fundamentales que le asisten al procesado y que éste manifestó su consentimiento de manera libre, voluntaria, asesorada y debidamente informada. Es decir, que aquél se encuentra exento de vicios.

3. Prueba para condenar.

Sobre la sentencia anticipada la Corte Constitucional, en la sentencia C-425/96, expuso:

M. 24

Finalmente, cabe anotar que la aceptación de los cargos por parte del implicado en el trámite de la sentencia anticipada, guarda cierta similitud con la confesión simple, por cuanto el reconocimiento que hace el imputado ante el Fiscal o el Juez del conocimiento, de ser el autor o participe de los hechos ilícitos que se investigan, debe ser voluntario y no hay lugar a aducir causales de inculpabilidad o de justificación. En consecuencia, resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.

Pues bien, es evidente que la atribución fáctica realizada a **Bernardo Miguel Elías Vidal** encuentra cabal adecuación en los tipos penales de los artículos 405 y 411 de la Ley 599 de 2000 y que la afirmación de tal acontecer, que fue aceptada por el procesado, además tiene respaldo en los medios de prueba que se enuncian a continuación.

Se trata, en primer lugar, de las declaraciones rendidas por Eleuberto Martorelli, Gabriel Alejandro Dumar Lora, Otto Nicolás Bula Bula y Federico Gaviria Velásquez. La del último de los mencionados, complementada con la versión que suministró a la Fiscalía y que fue incorporada al presente proceso, ya que aunque en su exposición ante la Corte ilustró ampliamente el proceso contractual de la adición correspondiente al tramo Ocaña-Gamarra de la Ruta del Sol II y sus antecedentes, se abstuvo de hacer alusiones personales por estar negociando con la Fiscalía lo concerniente a su colaboración con la administración de justicia.

25

Las anteriores atestaciones tienen en común que sus autores también se encuentran involucrados en los hechos. Por tanto, son objeto de investigación penal y cada uno tiende a defender sus propios intereses. Aun así, apreciadas en conjunto surgen puntos de contacto que convergen hacia **Bernardo Miguel Elías Vidal**. En consecuencia, en esos aspectos terminan corroborándose unas con otras.

En primer lugar, Eleuberto Martorelli, Subdirector de Operaciones de ODEBRECHT en Colombia a partir de enero de 2013, reconoció que contrató a Otto Nicolás Bula Bula para agilizar la concreción del proyecto del tramo Ocaña-Gamarra y tener la certeza de que el mismo fuera incorporado a la concesión Ruta del Sol II, como en efecto lo fue, mediante el otrosí n.º 6.

Por su parte, Otto Nicolás Bula Bula adujo que si bien los contratos de comisión de éxito que aparecen suscritos con ODEBRECHT en realidad fueron firmados en 2016 con fecha de 2013, la realidad fue diferente a la que en ellos aparece consignada.

Según Bula, lo que en verdad aconteció fue que ODEBRECHT requería su ayuda con las comisiones de presupuesto del Congreso de la República y con la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, presidida por Luis Fernando Andrade Moreno, para lograr contratar la construcción del tramo Ocaña-Gamarra como una adición a la concesión Ruta del Sol II.

27.26

Por ende, él le comentó esa situación al Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal**, quien le dijo que tenía acceso a Andrade. Se fijó una comisión del 4% del valor del contrato, pretensión a la que accedió Martorelli. La distribución de ese porcentaje fue, entre otros, 2% para **Elías Vidal** y su grupo y 0.5% para Bula.

Uno de los medios de entrega de esa comisión fue un contrato ficticio por 10.000 millones de pesos, celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol y el consorcio SION, representado por Gabriel Alejandro Dumar Lora, pues las cantidades que fueron giradas a través de CORFICOLOMBIANA como pago de las obras supuestamente realizadas por SION fueron entregadas a **Bernardo Miguel Elías Vidal** o a la persona que él indicara, con excepción de 400 millones de pesos que fueron recibidos por Bula.

Existió otro contrato con SION, en unión temporal con una empresa española, por 7.500 millones de pesos.

Otra parte, aproximadamente, 800 millones de pesos, girados por Consultores Unidos de Panamá, se la entregó Otto Bula a **Bernardo Elías** en el apartamento de éste.

Según Otto Bula, el Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal** sirvió de intermediario entre Andrade y Martorelli, quienes se reunieron 3 o 4 veces en el apartamento del congresista y otras tantas en la ANI.

M. 27

El otro servicio que Bula le prestó a ODEBRECHT fue conseguirle un socio estratégico para poder obtener una carta de crédito y participar en el proceso contractual para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena. Para el efecto, la habían presentado a la firma portuguesa AFA VÍAS.

Lo expuesto por Otto Nicolás Bula Bula aparece corroborado con los dichos de Gabriel Alejandro Dumar Lora y José Ignacio Burgos.

El primero narró que el contrato entre el Consorcio Construcción Ruta del Sol-CONSOL y SION, que fue ficticio porque la construcción del hito San Alberto-La Lizama, kilómetros 10 a 20, nunca se realizó, fue utilizado, por solicitud de Otto Nicolás Bula Bula, para “canalizar” unos recursos.

Esos caudales, una vez le eran girados por CORFICOLOMBIANA, previa presentación de factura y acta de obra ficticia, él los retiraba en efectivo y, nuevamente por indicación de Otto Bula, se los entregaba al Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal**, “en los sitios que él me dijera”: en su casa en Sahagún, en la casa de los suegros del congresista en Sincelejo, en la finca del tío de éste.

En marzo de 2014, el porcentaje correspondiente al anticipo (20%) se lo reclamaban con urgencia porque era época electoral y lo requerían para la campaña “Santos

af 28

Presidente". El 80% restante lo entregó el año siguiente, en la misma forma.

Este declarante dijo que en conversaciones con el Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal** éste le manifestó que esos dineros eran producto de una gestión ante la ANI y diferentes entes estatales para la contratación del tramo Ocaña-Gamarra. También acotó que el Senador **Elías Vidal** sabía que los recursos procedían de CONSOL.

Por otra parte, José Ignacio Burgos, quien laboró en la unidad de trabajo legislativo del Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal**, expuso que por solicitud de Otto Bula cambió, en el Banco de Colombia de Unicentro, 6 o 7 cheques, cada uno por 100 millones de pesos. Luego le entregó el efectivo a Bula, quien lo guardó en un maletín. Acto seguido, ambos se dirigieron al apartamento del Senador **Elías Vidal**. Mientras Burgos permaneció en la sala, Bula ingresó al estudio y luego salió sin el maletín.

Federico Gaviria Velásquez, quien laboró para ODEBRECHT, en declaración jurada ante la Fiscalía, que genéricamente convalidó en su exposición ante la Corte, informó que Otto Nicolás Bula Bula también le colaboró a esa empresa, con el concurso del Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal**, en la concreción del contrato de estabilidad jurídica que fue firmado el 31 de diciembre de 2012, quedando pactado como valor de la gestión la cantidad de 2 millones de dólares.

29

También relató lo concerniente a las gestiones para el otrosí correspondiente al tramo Ocaña-Gamarra.

Por último, Luis Fernando Andrade Moreno, Presidente de la ANI, igualmente sujeto a investigación penal, dio cuenta del interés del Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal** en el proyecto del tramo Ocaña-Gamarra de la Ruta del Sol II y también de que hizo la presentación de una firma portuguesa interesada en participar, entre otros, en el proyecto para recuperar la navegabilidad del río Magdalena.

También ilustró la necesidad que tenía de mantener buenas relaciones con los congresistas. Para el caso del Senador **Elías**, por hacer parte de la Comisión Tercera, encargada de aprobar el presupuesto.

En resumen, las probanzas referidas le brindan sustento a la imputación fáctica. Conjugado ese caudal probatorio con la aceptación libre, voluntaria, asesorada y debidamente informada manifestada por **Bernardo Miguel Elías Vidal** se obtiene la certeza demandada por el inciso segundo del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para dictar sentencia condenatoria, *“de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas”*.

4. **Dosificación punitiva.**

El artículo 405 de la Ley 599 de 2000 establece que quien incurra en cohecho propio será sancionado con prisión

30

de 5 a 8 años (es decir, 60 a 96 meses), multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

A su vez, el artículo 411 ibídem prevé para el tráfico de influencias de servidor público las siguientes penas: prisión de 4 a 8 años (esto es, 48 a 96 meses), multa de 100 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

En el presente caso no se dedujeron circunstancias modificadoras de los límites de las sanciones. En consecuencia, los ámbitos punitivos de movilidad y su división en los cuartos legales son:

Cohecho propio (Art. 405 C.P.)			
	Cuarto mínimo	Cuartos medios	Cuarto máximo
Prisión:	60 a 69 meses	69 meses 1 día a 87 meses	87 meses 1 día a 96 meses
Multa:	50 a 62.5 salarios	62.6 a 87.5 salarios	87.6 a 100 salarios
Inhabilitación:	60 a 69 meses	69 meses 1 día a 87 meses	87 meses 1 día a 96 meses

Tráfico de influencias de servidor público (Art. 411 C.P.)			
	Cuarto mínimo	Cuartos medios	Cuarto máximo
Prisión:	48 a 60 meses	60 meses 1 día a 84 meses	84 meses 1 día a 96 meses
Multa:	100 a 125 salarios	126 a 150 salarios	151 a 200 salarios
Inhabilitación:	60 a 69 meses	69 meses 1 día a 87 meses	87 meses 1 día a 96 meses

31

Al procesado se le dedujo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-9 del Código Penal, “(...) *por la posición distinguida que ocupa (...) en la sociedad, dada su condición de congresista*” (fol. 133 cdo. 9).

Dicha circunstancia, además de haber sido admitida por el procesado, se encuentra demostrada dentro del proceso con la certificación expedida por el Secretario General del Senado de la República, en el sentido que **Bernardo Miguel Elías Vidal**, identificado con la cédula de ciudadanía n.º 78.741.717, fue elegido Senador para los períodos 2010-2014 y 2014-2018 y tomó posesión del cargo en cada una de esas ocasiones (fol. 40 y ss. Cdo. 1). Por tanto, para las épocas de acaecimiento de los hechos se encontraba en ejercicio de sus funciones como congresista.

En este punto debe reconocerse que concurre a su favor la circunstancia de menor punibilidad de que trata el artículo 55-1 del Código Penal, esto es: “*La carencia de antecedentes penales*”, acreditada en autos con informes de la Policía Nacional y de la Fiscalía General de la Nación (fol. 28 cdo. 8; fol. 9 y 10 cdo. 10).

En consecuencia, según lo dispone el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, al sentenciador le corresponde individualizar las penas “*dentro de los cuartos medios*”:

1.32

Cohecho propio (Art. 405 C.P.)			
	Cuarto mínimo	Cuartos medios	Cuarto máximo
Prisión:	60 a 69 meses	69 meses 1 día a 87 meses	87 meses 1 día a 96 meses
Multa:	50 a 62.5 salarios	62.6 a 87.5 salarios	87.6 a 100 salarios
Inhabilitación:	60 a 69 meses	69 meses 1 día a 87 meses	87 meses 1 día a 96 meses

Tráfico de influencias de servidor público (Art. 411 C.P.)			
	Cuarto mínimo	Cuartos medios	Cuarto máximo
Prisión:	48 a 60 meses	60 meses 1 día a 84 meses	84 meses 1 día a 96 meses
Multa:	100 a 125 salarios	126 a 150 salarios	151 a 200 salarios
Inhabilitación:	60 a 69 meses	69 meses 1 día a 87 meses	87 meses 1 día a 96 meses

Los criterios que sirven para hacer tal graduación al interior de los extremos indicados son: “(...) *la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto*” (inciso tercero artículo 61 del Código Penal).

Las dos conductas punibles que se examinan atentan contra la administración pública. Independientemente de la categoría del cargo o dignidad que se ocupe, todo servidor público debe tener una vocación de servicio a la comunidad, que emana de los fines indicados por el artículo 2.º de la Constitución Política, enmarcada siempre dentro de los mandatos constitucionales y legales (artículos 6.º y 123

17.33

ibídem), que en el caso de los congresistas los obliga a actuar, sin excepción, “(...) *consultando la justicia y el bien común* (...)”, por representar al pueblo (artículo 133 de la Carta).

Constituye un resquebrajamiento total de la función pública el que un servidor acepte una promesa remuneratoria y reciba dinero para ejecutar actos contrarios a sus deberes oficiales, así como también que utilice indebidamente las influencias derivadas del ejercicio de su cargo y/o de su función para incidir sobre otro en los asuntos que conoce o va a conocer.

En un caso como el presente ello equivale, ni más ni menos, que a mancillar la dignidad, el cargo y la función, convirtiéndose en un mandadero de una empresa extranjera o multinacional, y poniendo las instituciones públicas al servicio de los intereses de ese capital, con evidente traición al pueblo, cuya representación se ejerce.

Por ende, es muy elevada la gravedad de estos comportamientos, así como también la intensidad de la culpabilidad y la necesidad de la pena para quien, pese a su formación profesional y ascendencia sobre los miembros de la sociedad no se detuvo ante consideraciones como las que se acaban de expresar, sino que, por el contrario, se determinó libremente a alimentar el cáncer de la corrupción. Por tales razones, las penas no pecuniarias se tasan así:

34

Para el cohecho propio, 80 meses de prisión y 80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Para el tráfico de influencias de servidor público, 73 meses de prisión y 80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Es necesario aclarar que por razón de las conductas punibles que se examinan no es aplicable la inhabilitación intemporal prevista por el artículo 122 de la Constitución Política porque aun cuando ambos comportamientos lesionaron el bien jurídico de la administración pública, con ellos no se afectó el patrimonio del Estado. Se trata de delitos de mera conducta que no exigen la producción de un determinado resultado. Además, no se relacionan con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales. No son punibles de lesa humanidad o de narcotráfico. Tampoco se tiene conocimiento de que hayan dado lugar al proferimiento de condena patrimonial en contra del Estado.

Las penas principales precitadas se acumulan jurídicamente mediante la aplicación de las reglas del artículo 31 del Código Penal. De esa forma, partiendo de 80 meses de prisión y de 80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dichos guarismos se incrementan en su mitad, para un total de 120 meses de prisión y 120 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

mf. 35

Para la tasación de la multa, se tienen en cuenta los aspectos previstos en el numeral 3.º del artículo 39 del Código Penal. En ese orden de ideas, se consideran la intensidad de la culpabilidad, ya calificada en párrafos anteriores, y la situación económica del procesado. Este manifestó en su indagatoria que su único ingreso era el salario de Senador de la República, que no tenía bienes a su nombre y que sus obligaciones eran sostener a sus cuatro hijos y un leasing correspondiente a su apartamento, ubicado en esta ciudad. Informes de policía judicial corroboraron que no existen bienes muebles o inmuebles registrados a su nombre y que tiene varias obligaciones financieras y no financieras vigentes (fol. 2 a 81 cdo. 6; 84 a 91 cdo. 7).

En ese orden de ideas, se tomarán los extremos mínimos de los cuartos medios, a saber, 62.6 y 126 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según los artículos 405 y 411 del Código Penal, respectivamente.

De conformidad con el numeral 4º del artículo 39 del Código Penal, las sanciones pecuniarias acompañantes de la prisión se acumulan aritméticamente. Para este caso, se obtiene una sumatoria de 188.6 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Individualizadas las sanciones, procede el estudio de su rebaja por sentencia anticipada que, de conformidad con el inciso tercero del artículo 40 de la Ley 600 de 2000,

36

corresponde a una tercera parte (1/3) sobre el monto determinado por el juzgador.

En memorial fechado 11 de enero del año en curso, el procesado, entre otros asuntos, planteó a la Corte la posibilidad de otorgarle "(...) una rebaja punitiva equivalente al cincuenta por ciento frene a los dos cargos que acepté, (...)" (fol. 10 cdo. 14).

Al respecto, en el acta de formulación y aceptación de cargos, la Sala de Instrucción le advirtió al procesado lo siguiente:

(...) Es cierto que la Corte ha aceptado la aplicación favorable del mayor término de rebaja establecido en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 a casos regulados por la Ley 600 de 2000. Pero como ello se fundamentó en la tesis según la cual el allanamiento a cargos de la Ley 906 de 2004 es asimilable al instituto de la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000. Sin embargo, a partir del fallo del 27 de septiembre de 2017 dentro del radicado 39831, caso Nule, la Corte replanteó dicha postura, para establecer que el allanamiento a cargos de la primera normatividad constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos, y que en tal medida, para su aprobación es necesario el cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 349, lo que significa que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente. Por tanto, no puede esta Sala de Instrucción ofrecer al señor procesado la aplicación de la rebaja señalada en el Art. 351 de la Ley 906 de 2004, pues desconoce las consecuencias que en aplicación del nuevo precedente recaerán sobre los trámites de sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000. Se trata de un tema sobre el cual la Corte no se ha pronunciado de manera específica y por tanto, está al análisis de la Sala de Juzgamiento (...). (fol. 202 vto. y 203 cdo. 13).

mf. 37

Pues bien, en el fallo de casación identificado como CSJ SP14496-2017, 27 sep. 2017, rad. 39831, la Sala Penal de la Corte cambió su jurisprudencia, pues recogió la tesis que le atribuía naturaleza y efectos diversos al allanamiento a cargos y a los preacuerdos en la Ley 906 de 2004. En consecuencia, ratificó su planteamiento primigenio (CSJ SP, 23 ago. 2005, rad. 21954 y CSJ SP, 14 dic. 2005, rad. 21347), según el cual el primero es una especie o modalidad de los segundos. Esto, debido a que es el propio Código de Procedimiento Penal (art. 351) el que se refiere a la aceptación de cargos como un “*acuerdo*” que debe ser presentado al juez de conocimiento.

En el mismo párrafo en el que se concretó la variación jurisprudencial aludida se precisó que ella se hacía “(...) con todas las consecuencias que de ella se derivan (...)” (se subraya), acotación que se acompañó con la cita del proveído CSJ SP, 23 may. 2006, rad. 25300, con lo cual se entiende que se apropian y actualizan las consideraciones allí contenidas, esto es que:

(...) el concepto amplio que siempre ha manejado esta Corte Suprema frente a la aplicación del principio de favorabilidad, no puede conllevar a que, con su pretexto, se pueda invocar, por ejemplo, la aplicación íntegra del nuevo sistema procesal a un caso no cobijado por su vigencia, pues, de un lado, el principio de favorabilidad es predicable de cara a institutos contenidos en uno u otro método de juzgamiento –los contenidos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004– en tanto discurren coetáneamente, y, de otro, la igualdad sólo es predicable frente a individuos que se encuentran en condiciones similares, o mejor expresado, como el fin último de cualquier sistema procesal es el de servir de ámbito de garantía a los derechos del individuo, es claro que cada sistema por sí mismo contiene una estructura interna propia que materializa y desarrolla el catálogo de garantías fundamentales consagradas en la Carta Política.

38

Por lo tanto, no puede perderse de vista que tanto la Ley 600 como la 906 responden a sistemas procesales expedidos por el legislador con arreglo y en desarrollo de normas constitucionales diferentes, por lo que la comparación para establecer cuál de las normas sustanciales coexistentes inserta en alguno de los dos sistemas de juzgamiento que hoy operan en el país resulta más favorable, abarca la necesaria comparación del régimen constitucional dentro del cual fue emitida.

De allí que la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos, la cual, desde ya se advierte, no se consolida en los casos de la aceptación de la imputación en la audiencia de su formulación prevista en los artículos 293 y 351 de la primera normatividad, y la sentencia anticipada regulada en el artículo 40 de la segunda, pues además de que fueron moldeados con arreglo a esquemas constitucionales diferentes, configuran institutos procesales sostenidos en bases filosóficas distintas: aquél en el paradigma del consenso, ésta en el del sometimiento.

(...)

Dentro de esa lógica, surge evidente que la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 y la aceptación de la imputación de la Ley 906 de 2004, no son institutos idénticos, porque pertenecen a sistemas procesales de investigación y juzgamiento diametralmente contrapuestos, lo cual lleva a excluir la pretendida aplicación del principio de favorabilidad que reclama el demandante. (...). (CSJ SP, 23 may. 2006, rad. 25300).

En esta línea de pensamiento, no es posible acceder a lo pretendido por el Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal** en materia de reducción punitiva. De ahí que, por efecto de la aceptación de dos cargos con fines de sentencia anticipada se le reconocerá el monto previsto en el inciso tercero del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, esto es, una tercera parte (1/3) de las penas ya individualizadas para el concurso de conductas punibles, lo que significa que estas quedan cuantificadas en forma definitiva en: 80 meses (6 años 8 meses) de prisión, 125.8 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 80 meses (6 años 8 meses) de

mf. 39

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Cabe agregar que la nueva orientación jurisprudencial acabada de comentar se produjo con anterioridad a la formulación de la solicitud de sentencia anticipada (4 dic. 2017, fol. 185 cdo. 13) y a la celebración de la audiencia en la cual se formularon y aceptaron los cargos (13 dic. 2017, fol. 202 a 206 cdo. 13), acto en el curso del cual se le dio a conocer al procesado, quien luego de adquirir esa información admitió la acusación.

Para finalizar este acápite, debe señalarse que no resulta procedente el otorgamiento de los mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal, contenida en el artículo 68 A del Código Penal, pues su concesión hoy está vedada por dicha norma (con la modificación introducida por la Ley 1773 de 2016) para delitos dolosos contra la administración pública. Así mismo, lo estaba en épocas pretéritas, esto es, según las reformas sucesivamente realizadas por:

- La Ley 1709 de 2014.
- La Ley 1474 de 2011, que hacía referencia a delitos contra la Administración Pública.
- La Ley 1453 de 2011, que prohibía los sustitutos para los casos de cohecho propio.

M. 40

5. Responsabilidad civil derivada de las conductas punibles.

Conforme al inciso final del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, en “(...) *la sentencia anticipada se resolverá lo referente a la responsabilidad civil cuando exista prueba de la existencia de los perjuicios ocasionados*”.

Como este no es el caso, la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto, manteniéndose habilitada la vía civil, según lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 600 de 2000.

6. Otras determinaciones.

Para la ejecución de la condena, la actuación será enviada al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

Se dará cumplimiento a lo previsto por el artículo 472-2 de la Ley 600 de 2000.

También se comunicará lo resuelto a la Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación, para la actualización de sus respectivas bases de datos.

Así mismo, se dará a conocer esta sentencia a la Mesa Directiva del Senado de la República.

Se enviará copia de esta providencia a la Sala de Instrucción n.º 3, con destino al radicado 49592, del cual se originó o desprendió el presente.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, en Sala de Juzgamiento**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **Condenar** anticipadamente a **Bernardo Miguel Elías Vidal**, alias "*El Ñoño*", de las condiciones civiles y personales indicadas en esta providencia, como autor penalmente responsable de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público y, en tal calidad, **imponerle** las penas principales de 6 años 8 meses de prisión, 125.8 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 6 años 8 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

2. **No concederle** a **Bernardo Miguel Elías Vidal** los mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la pena privativa de la libertad y prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal. Por tanto, deberá descontar la prisión impuesta en el establecimiento penitenciario que el

42

INPEC designe para el efecto, una vez sea puesto a órdenes de este proceso.

3. **Abstenerse** de resolver sobre responsabilidad civil derivada de las conductas punibles que motivan la condena penal.

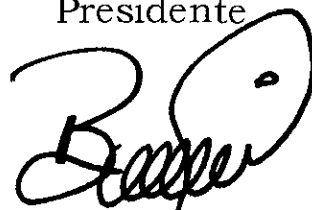
4. Dar cumplimiento a lo dispuesto en el acápite de otras determinaciones.

Contra esta providencia no proceden recursos.

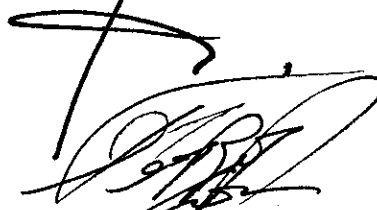
Notifíquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


Presidente

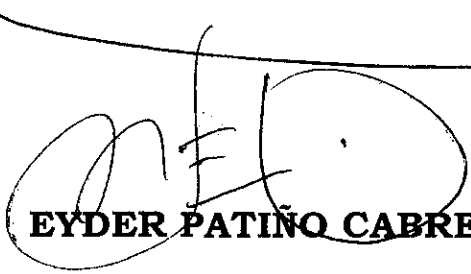


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

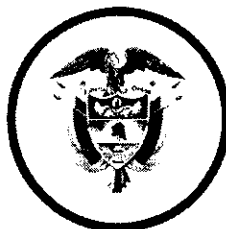

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO


EYDER PATIÑO CABRERA
Salvo voto


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA
SP436-2018, rad. 51833

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

del

49

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 eficaz¹. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada². La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido³. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho⁴. 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*

¹ [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.*

² [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.*

³ [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.*

⁴ [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.*

md
91

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

03/0
91/

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 3º, 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

0210
56,

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*.