

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP351-2022

Impugnación especial No. 57437

Acta No. 159A

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

I. VISTOS

Se resuelve la impugnación especial interpuesta por la defensa del excongresista Bernardo Miguel Elías Vidal, contra el fallo de única instancia SP436-2018, rad. 51833, proferido el 28 de febrero de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que lo condenó, en sentencia anticipada, como autor de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público.

II. HECHOS

Así fueron reseñados por la Corporación en la providencia que se examina en sede de impugnación especial:

«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

brasileño, 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, Curumaní (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 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 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 (...).»

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. Trámite de única instancia

El exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal, más conocido como «El ñoño», fue investigado por la Sala Tercera de Instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de una denuncia formulada por la Unión de Veedurías Nacionales y/o Carlos Cárdenas, contra varios miembros del Congreso de la República⁴, actuación que se siguió bajo el radicado No.49592.

En el referido asunto, el 28 de febrero de 2017 se profirió apertura de investigación previa, que concluyó el 9 de agosto siguiente con apertura de instrucción. En consecuencia, se ordenó la vinculación del procesado mediante indagatoria y con esa finalidad fue librada orden de captura en su contra, que se hizo efectiva. La indagatoria tuvo lugar los días 11, 14 y 15 de agosto de 2017.

La situación jurídica del procesado se resolvió el 23 de agosto de 2017 con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de 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 Penal⁵.

El 23 de noviembre de 2017 se declaró cerrada la investigación, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de reposición, pero el 4 de diciembre del mismo año, antes de que adquiriera firmeza la decisión de cierre, el procesado manifestó acogerse a sentencia anticipada respecto de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público, por los que cursa esta actuación⁶.

El 13 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, en la cual Bernardo Miguel Elías Vidal aceptó cargos por los delitos de tráfico de influencias de servidor público y cohecho propio, en concurso material heterogéneo, con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.9 del Código Penal («la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio»), acorde con la imputación fáctica transcrita.

En consecuencia, se 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 por estos delitos. La entonces Sala Tercera de Instrucción mantuvo el conocimiento sobre los delitos de concierto para delinquir agravado y lavado de activos, que no fueron objeto de aceptación de cargos, así como el poder de disposición sobre la privación de la libertad del procesado⁷.

Le negó los mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la pena y de prisión domiciliaria, y se abstuvo de resolver sobre la responsabilidad civil derivada de las conductas punibles objeto de condena. Adicionalmente, ordenó dar cumplimiento a lo dispuesto en el acápite de «otras determinaciones», donde se indicó que para la ejecución de la condena la actuación se enviaría al reparto de los juzgados de ejecución de penas de Bogotá.

Cumplido el trámite de publicidad de la sentencia y libradas las comunicaciones de rigor, el duplicado de la actuación fue remitido para reparto a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y el original pasó al archivo de la Corte.

3.2. Trámite de impugnación especial

El 10 de febrero de 2020, mediante decisión AP393-2020, rad. 51833, la Sala de Casación Penal habilitó oficiosamente al excongresista Bernardo Miguel Elías Vidal para interponer

impugnación especial contra la condena anticipada de única instancia, teniendo en cuenta que su caso guardaba identidad sustancial con los que dieron origen a los fallos de la Corte Constitucional C-792 de 2014 y SU-373 de 2019. El 4 de marzo de 2020, la defensa radicó de recurso de impugnación.

IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA

4.1. La Sala a quo, luego de aludir a las condiciones personales del exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal, se refirió al trámite de aceptación de cargos, para destacar que su «naturaleza y consecuencias» le fueron informadas al procesado de manera amplia y suficiente, con inclusión de un «espacio para la reflexión y aclaración de inquietudes», previo a la ratificación de su decisión.

Reiteró que en dicha actuación «se respetaron las garantías fundamentales que le asisten al procesado y que éste manifestó su consentimiento de manera libre, voluntaria, asesorada y debidamente informada» de aceptar responsabilidad penal por los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público.

4.2. En cuanto a la prueba que soporta la «certeza de la conducta punible y (...) la responsabilidad del procesado», reseñó las declaraciones rendidas por los señores Eleuberto Martorelli, Otto Nicolás Bula Bula, Gabriel Alejandro Dumar Lora, José Ignacio Burgos y Federico Gaviria Velásquez, para sostener que «apreciadas en conjunto», «surgen puntos de contacto que convergen hacia» el aforado, permitiendo su corroboración incriminatoria, así:

4.2.1. Eleuberto Martorelli, Subdirector de Operaciones de ODEBRECHT en Colombia desde enero de 2013, reconoció que contrató a Otto Nicolás Bula Bula para la agilización del proyecto del tramo Ocaña-Gamarra y su incorporación a la concesión Ruta del Sol II, como en efecto ocurrió, mediante otrosí No. 6.

4.2.2. Otto Nicolás Bula Bula, manifestó que aunque los contratos de comisión de éxito con ODEBRECHT «fueron firmados en 2016 con fecha de 2013, la realidad fue diferente a la que en ellos aparece consignada», pues dicha multinacional requería de su ayuda ante las comisiones de presupuesto del Congreso de la República y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, presidida por Luis Fernando Andrade Moreno, para lograr la contratación de la construcción del tramo Ocaña-Gamarra como una adición a la concesión Ruta del Sol II.

También expuso haber comentado la situación al entonces Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, quien le manifestó «que tenía acceso» a Luis Fernando Andrade Moreno.

Por las gestiones para la contratación del tramo Ocaña-Gamarra, como adición a la concesión Ruta del Sol II, se fijó una comisión del 4% del valor del contrato, pretensión a la que accedió Eleuberto Martorelli, en condición de Subdirector de Operaciones de ODEBRECHT en Colombia.

De este porcentaje se acordó el 2% para Bernardo Miguel Elías Vidal y su grupo, y el 0.5% para Otto Nicolás Bula Bula. Los medios escogidos para entregar la comisión fueron:

(i) Un contrato ficticio por 10.000 millones de pesos, celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol y el Consorcio SION, este último 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 realmente entregadas al entonces Senador Bernardo Miguel Elías Vidal o a la persona que él indicara, con excepción de 400 millones de pesos recibidos por Otto Nicolás Bula Bula.

(ii) Contrato con el Consorcio SION «en unión temporal con una empresa española», por 7.500 millones de pesos.

(iii) Una suma aproximada de 800 millones de pesos, girada por la empresa Consultores

Unidos de Panamá, que fue entregada por Otto Nicolás Bula Bula a Bernardo Miguel Elías Vidal «en el apartamento de éste».

También manifestó haber servido de intermediario entre Luis Fernando Andrade Moreno y Eleuberto Martorelli, quienes se reunieron 3 o 4 veces en el apartamento del congresista Bernardo Miguel Elías Vidal y otras tantas en la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

Otro servicio que dijo haberle prestado a ODEBRECHT fue «conseguirle un socio estratégico» para obtener una carta de crédito y participar en el proceso contractual para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena. Para tal efecto, junto con el excongresista Bernardo Miguel Elías Vidal, les presentaron a la firma portuguesa AFA VÍAS.

Estas afirmaciones, de acuerdo con lo argumentado por la Sala a quo, encuentran corroboración en las manifestaciones de Gabriel Alejandro Dumar Lora y José Ignacio Burgos.

4.2.3. Gabriel Alejandro Dumar Lora narró que el contrato entre el Consorcio Construcción Ruta del Sol – CONSOL y SION, fue ficticio, porque la construcción del hito San Alberto-La Lizama, kilómetros 10 a 20, nunca se realizó, sino que fue utilizado, por solicitud de Otto Nicolás Bula Bula, para «canalizar» unos recursos.

Precisó que cuando CORFICOLOMBIANA le giraba los dineros, previa presentación de factura y acta de obra ficticia, los retiraba en efectivo y, por indicación de Otto Nicolás Bula Bula, se los entregaba al exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal «en los sitios que él (...) dijera», en su casa en Sahagún – Córdoba, en la casa de los suegros del congresista en Sincelejo – Sucre, o «en la finca del tío de éste».

Además, que en marzo de 2014 el porcentaje del anticipo (20%) «se lo reclamaban con urgencia», porque era época electoral y requerían el dinero para la campaña «Santos Presidente», mientras el 80% restante lo entregó el año siguiente, en la misma forma.

Aseguró que, en conversaciones con Bernardo Miguel Elías Vidal, éste le manifestó que los recursos eran producto de una gestión ante la ANI y ante diferentes entes estatales para la contratación del tramo Ocaña-Gamarra, e igualmente, que el congresista sabía que los recursos procedían del Consorcio Construcción Ruta del Sol – CONSOL.

4.2.4. José Ignacio Burgos, quien laboró en la unidad de trabajo legislativo del entonces Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, expuso que por solicitud de Otto Nicolás Bula Bula «cambió, en el Banco de Colombia de Unicentro, 6 o 7 cheques, cada uno por 100 millones de pesos». Le entregó el efectivo a este último, quien lo guardó en un maletín y ambos se dirigieron al apartamento del Senador, y allí, mientras José Ignacio Burgos permaneció en la sala, Otto Nicolás Bula Bula ingresó al estudio y luego salió sin el maletín.

4.2.5. Federico Gaviria Velásquez, empleado de ODEBRECHT, quien en declaración jurada ante la Fiscalía «genéricamente convalidó en su exposición ante la Corte», informando que Otto Nicolás Bula Bula también le colaboró, junto con el exsenador 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 suma de dos (2) millones de dólares, y además «relató lo concerniente a las gestiones para el otrosí correspondiente al tramo Ocaña-Gamarra».

4.3. La Sala a quo aludió igualmente al testimonio de Luis Fernando Andrade Moreno, presidente de la ANI, quien expuso el interés de Bernardo Miguel Elías Vidal en el proyecto del tramo Ocaña-Gamarra de la Ruta del Sol II y lo señaló de haber presentado a la firma portuguesa AFA VÍAS, que estaba interesada en participar en el proyecto de recuperación de la navegabilidad del río Magdalena y otros proyectos de infraestructura.

Informó de la necesidad que tenía «de mantener buenas relaciones con los congresistas», en concreto, con el entonces Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, porque hacía parte de la Comisión Tercera del Senado, «encargada de aprobar el presupuesto» de rentas y gastos de

la Nación.

V. LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

La defensa solicitó modificar el fallo condenatorio contra Bernardo Miguel Elías Vidal en relación con, (i) la calificación jurídica de la conducta, (ii) la individualización de la pena, y (iii) la rebaja por aceptación de cargos.

5.1. En relación con la calificación jurídica de la conducta argumentó que la condena no debió emitirse por el delito de cohecho propio, sino por cohecho impropio. Como argumentos, expuso:

En la definición de situación jurídica y en el acta de formulación y aceptación de cargos fueron relacionados hechos con relevancia penal que se enmarcan en el delito de cohecho impropio. La Corte, al adecuar la conducta típica como cohecho propio, evitó valorar el elemento subjetivo del tipo penal y se enfocó en el verbo rector recibir dinero o utilidad, aspecto que no es el único a tener en cuenta.

La valoración de este elemento subjetivo debe enfocarse en determinar «el para qué» recibió el funcionario público la remuneración o la promesa remuneratoria, según lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia⁸. Dicha circunstancia es la llamada a tener en cuenta para determinar si la persona incurrió en uno u otro de los referidos tipos penales.

En los hechos de este caso, las gestiones por las que el exsenador habría recibido dinero de particulares se concretaron en agilizar trámites contractuales mediante la «presión sutil» a servidores públicos encargados de dichas funciones, mediante debates de control político. Dicha labor se enmarca en el ejercicio de sus funciones de «requerir a las autoridades a realizar actos propios de su cargo» y así materializar los principios de eficacia y celeridad que rigen las actuaciones públicas.

En las referidas condiciones, la Sala de Juzgamiento no debió aprobar la aceptación de cargos ni dictar fallo condenatorio por el delito de cohecho propio, sino por cohecho impropio, así haya reconocido voluntariamente su responsabilidad penal por la primera de estas conductas, pues lo cierto es que el cargo por el que fue condenado no corresponde con la realidad fáctica, ni se aviene con las pruebas recaudadas⁹.

5.2. En lo que respecta a la individualización de la pena, asegura que la Corte, si bien debía ubicarse dentro de los dos (2) cuartos medios de movilidad, «como efectivamente lo hizo», «...violó los principios de legalidad, razonabilidad y non bis in ídem al efectuar un aumento injustificado dentro de los cuartos medios de movilidad...». Esto, por cuanto no cuantificó el segundo y tercer cuarto, sino que los utilizó «como una unidad inescindible», para realizar allí los incrementos por gravedad de la conducta, daño real o potencial, intensidad del dolo y necesidad de la pena.

De este irregular proceder se desprende «un primer yerro trascendente», con efectos en la dosimetría de la pena, pues, dependiendo el número y naturaleza de las circunstancias genéricas y concurrentes de punibilidad, varía el cuarto medio que debe seleccionarse.

En este caso, correspondía seleccionar el segundo cuarto de movilidad y no el tercero, pues se indicó que confluía la circunstancia de menor punibilidad de carecer de antecedentes penales y la de mayor punibilidad del numeral 9º del artículo 58 del Código Penal, de posición distinguida en la sociedad del procesado, por el cargo de Senador de la República.

Además, la dignidad que ostentaba para la época de los hechos fue el «elemento principal» a tener en cuenta para acreditar la configuración de los delitos por los que se acogió a sentencia anticipada, por tanto, resulta violatorio del non bis in ídem valorar de nuevo dicha condición para dar por acreditada la circunstancia de mayor punibilidad por su posición distinguida en la sociedad.

El a quo incurrió igualmente en una irregularidad violatoria del non bis in ídem al valorar

doblemente los elementos estructurales de los tipos penales cuya responsabilidad fue reconocida y las circunstancias de incremento de la pena base de la mayor o menor gravedad de la conducta y necesidad de la pena establecidas en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000¹⁰.

Estos reproches, según los parámetros del referido artículo 61, «ya habían sido ponderados y utilizados, bien para configurar alguno de los requisitos dogmáticos estructurales correspondientes a los dos delitos aceptados o para estructurar la circunstancia de mayor punibilidad enrostrada, es decir, la posición distinguida en la sociedad, consagrada en el numeral 9º del artículo 58» del Código Penal.

Solicita, entonces, redosificar la pena para ubicarla en el mínimo del segundo cuarto, es decir, 60 meses y 1 día para el delito de tráfico de influencias de servidor público y 57 meses y 1 día por el de cohecho impropio. Adicionalmente, mantener el mismo incremento por el concurso de conductas, esto es, a la base de 60 meses y 1 día, incrementar 28 meses y 16 días «(correspondientes a la mitad de la sanción individualizada por el cohecho impropio)», para un total de 88 meses y 17 días de prisión.

Como pretensión subsidiaria, «en caso que se mantenga la condena por el delito de cohecho propio», pide redosificar la pena para ubicarse en el segundo cuarto de movilidad del referido delito, que serían 69 meses y 1 día de prisión, aumentado en 30 meses por el concurso «(correspondientes a la mitad de la sanción individualizada por el cohecho impropio)», para una pena total de 99 meses y 1 día de prisión.

5.3. Finalmente, en cuanto a la rebaja de pena por aceptación de cargos, el a quo contrarió el criterio jurisprudencial vigente para cuando ocurrieron los hechos del proceso (2012 a 2016), que permitía la concesión del 50% de rebaja por aceptación de cargos en casos de sentencia anticipada (art. 40, L. 600/00). Pero al procesado se le aplicó una rebaja de la tercera parte (1/3) prevista en el inciso 4º de la referida norma, en aplicación del cambio

jurisprudencial instituido en la sentencia SP14496-2017, rad. 39831, conocida como «el caso Nule».

El fundamento para no reconocerle la rebaja del 50% «parte de un yerro jurídico», al considerar que el allanamiento a cargos de la Ley 906 de 2004 «para nada es asimilable» con la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000. Pero lo cierto es que, la propia jurisprudencia de la Corte ha terminado por equiparar estas dos figuras, volviendo a su «posición doctrinal de vieja data», como lo hizo en la decisión SP1785-2019, rad. 55124.

Así, «resulta necesario analizar el precepto que se encontraba vigente para el momento en que se consumaron las conductas delictivas imputadas y si la misma es más favorable que la normatividad vigente»¹¹, en garantía de los principios de favorabilidad, igualdad y legalidad, por tratarse de un tránsito de precedente jurisprudencial «relativo a la afectación del derecho a la libertad».

Solicita, por tanto, conceder al procesado el 50% de rebaja de pena, en garantía al derecho a la igualdad y no discriminación, en consonancia con la jurisprudencia que ha dictado la Corte Constitucional sobre estos derechos de rango superior¹².

VI. CONSIDERACIONES

6.1. De la competencia

El Acto Legislativo 01 de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la [Constitución Política](#) para incorporar en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, con el fin de garantizar la doble conformidad judicial. El artículo 3° del referido cuerpo normativo, que modificó el artículo 235 constitucional, estableció:

«Artículo 3°. Modificar el artículo 235 de la Constitución Política, el cual quedará así:

(...)

4. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

(...)

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 de la sentencia 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 los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares.

(...).»

A partir de la entrada en vigencia de este acto legislativo y de la expedición del fallo de unificación de la Corte Constitucional SU-373 de 2019, la Sala ha venido garantizando el derecho a la doble conformidad de los aforados condenados por la corporación en única instancia, bajo específicas condiciones, permitiéndoles impugnar la decisión ante un juez diferente del que impuso la condena.

En el caso concreto, la impugnación se propone contra una sentencia dictada en única instancia antes de la entrada en vigencia del acto legislativo, en virtud de la habilitación oficiosa del recurso por parte de la Sala, dispuesta mediante decisión AP393-2020, rad. 51833, del 10 de febrero de 2020, lo que permite el pronunciamiento de fondo sobre los motivos de disenso expuestos por el impugnante.

6.2. De la impugnación especial propuesta por la defensa del excongresista Bernardo Miguel Elías Vidal

La Sala resolverá los argumentos del recurso en el mismo orden propuesto por el impugnante, así, (i) la calificación jurídica de la conducta, (ii) la individualización de la pena, y (iii) la rebaja de pena por aceptación de los cargos.

6.2.1. La calificación jurídica de la conducta

La defensa solicita proferir condena por el delito de cohecho impropio y no por el de cohecho propio imputado en el pliego de cargos y en la sentencia SP436-2018, rad. 51833.

En virtud de este instituto procesal, el procesado, después de rendir declaración de indagatoria y hasta antes de la clausura del ciclo investigativo, puede pedir que se dicte fallo condenatorio en su contra por los delitos objeto de la imputación, a cambio de obtener una rebaja de la tercera parte (1/3) de la pena a imponer.

Optar por esta figura implica para el procesado renunciar al adelantamiento del juicio, al derecho de contradicción frente a los aspectos incluidos en el acta de aceptación de cargos y, por obvias razones, al de impugnación de los mismos.

De la misma manera, pero a contrario sensu, el procesado podrá impugnar los temas de la sentencia no incluidos en el acuerdo, que por disposición legal debe definir el juez, como la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes.

El artículo 40 de la Ley 600 de 2000, que regula la figura en estudio, dice en lo pertinente,

[...] Contra la sentencia procederán los recursos de ley, que podrán interponer el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Ministerio Público; el procesado y su defensor respecto de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes. La parte civil podrá interponer recursos cuando le asista interés jurídico para ello. [Negrillas fuera del texto].

En alusión a estas limitaciones legales, la Sala ha dicho que la defensa material y técnica carece de legitimidad para cuestionar los aspectos que han sido objeto de la aceptación, por ausencia de interés jurídico para hacerlo, porque una vez suscrita el acta de aceptación de cargos causa vigencia el principio de irrevocabilidad (Cfr. AP7441-2016, rad. 48691; SP095-2020, rad. 51795, entre otras).

Este principio prohíbe al procesado desconocer o discutir los contenidos del arreglo, bien porque de manera directa manifiesta la voluntad de deshacer lo pactado, o cuando «a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos», para citar solo unos ejemplos: Cfr. SP mar. 29 de 2000, rad. 11105, AP mayo 16 de 2007, rad. 27350, AP oct. 17 de 2012, rad. 39984, AP7441-2016, rad. 48691 y AP5185-2018, rad. 53730, entre muchas otras.

Dichas limitaciones al derecho de contradicción se mantienen frente al ejercicio simultáneo del derecho constitucional a la doble conformidad, porque, aunque la materialización de esta garantía implica tener la posibilidad de controvertir de manera amplia los componentes fácticos, probatorios y jurídicos de la primera condena, su cuestionamiento deja de tener sentido cuando los mismos, previamente, de manera libre y voluntaria, han sido aceptados por el procesado.

Así lo ha sostenido la Sala en otras oportunidades, en las que ha explicado que la posibilidad de discutir de manera amplia los temas de la primera condena, en función de la realización de la garantía de doble conformidad, no implica desconocer las normas legales que limitan los aspectos de la impugnación en fallos dictados en el marco de la justicia premial (Cfr. SP095-2020, rad. 51795).

En el presente caso, la defensa técnica solicita a la Sala degradar la calificación jurídica de la conducta de cohecho propio (artículo 405, L. 599/00) a cohecho impropio (artículo 406, ejusdem), por considerar que el delito que se tipifica, de acuerdo con los contenidos fácticos de la imputación y el acta de aceptación de cargos, es el del segundo precepto.

En concreto, asegura que los dineros recibidos por el exsenador lo fueron para que agilizará trámites procesales mediante la «presión sutil» a los funcionarios encargados de dichas funciones, lo cual se enmarca en el supuesto fáctico «por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones», que integra la descripción típica del artículo 406.

Esta pretensión resulta impertinente en el marco de la impugnación, porque, (i) comprende un aspecto que fue objeto de aceptación de cargos por parte del procesado, (ii) escapa a los temas que pueden ser impugnados de acuerdo a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y (iii) desconoce el principio de irretractabilidad.

Tampoco se advierte que en el trámite surtido o en el acuerdo firmado se hayan desconocido las garantías fundamentales. La actuación indica que el exsenador aceptó los cargos de manera libre, consciente, voluntaria, asesorada y debidamente informada, razón por la cual no es posible sostener que hubiese sido inducido en error o que su decisión hubiese estado afectada por otros vicios.

También permite establecer, sin dificultades, que la adecuación de la conducta en el tipo penal que describe el cohecho propio encuentra amplio respaldo en los medios de prueba aportados a la actuación y que los cuestionamientos que se formulan por dicho motivo carecen totalmente de fundamento.

Los medios de conocimiento recaudados evidencian que Bernardo Miguel Elías Vidal recibió dinero para «gestionar» que la adición que se proyectaba realizar a la concesión vial Ruta del Sol II fuera adjudicada a la empresa ODEBRECHT, es decir, para incidir indebidamente en un proceso de contratación estatal, conducta que no es posible calificar como un acto propio de su cargo o de sus funciones.

Si bien el excongresista integraba la Comisión Tercera del Senado, encargada de «aprobar el presupuesto» de rentas y gastos de la Nación, entre los cuales se encuentran los de obras de infraestructura, lo cierto es que su labor dentro del plan criminal estaba dirigida -

esencialmente- a intervenir ante otros funcionarios para agilizar distintos procesos contractuales, a cambio de la entrega de millonarias sumas de dinero.

Así se dejó consignado en el acta de aceptación de cargos y se ratifica con el contenido de las distintas pruebas testimoniales practicadas en la actuación, las cuales informan de dicha intervención en los contratos de, (i) estabilidad jurídica para la ejecución del proyecto Ruta del Sol II, suscrito el 31 de diciembre de 2012, (ii) recuperación de la navegabilidad del río Magdalena, suscrito el 13 de septiembre de 2014, y, en (iii) la aprobación del CONPES y el CONFIS, para lograr el cierre financiero del Otrosí No. 6, suscrito el 14 de marzo de 2014 (para el mejoramiento del corredor vial denominado «Transversal Río de Oro-Aguaclara-Gamarra» – Ruta del Sol II).

Por tanto, resulta ingenuo sostener que estos actos no son contrarios a sus deberes oficiales como Senador de la República, como si participar en un entramado delictivo para direccionar la adjudicación indebida de contratos y obtener parte de los dineros destinados para el cumplimiento de los mismos, prevaleciéndose de su investidura, sea propio de su actividad funcional.

En consecuencia, se desestima esta censura.

6.2.2. La individualización de la pena

A juicio del recurrente, la Sala a quo, al dosificar la pena, debió seleccionar el segundo cuarto de movilidad y no el tercero, porque además de estarse frente a la circunstancia de mayor punibilidad referida a la posición distinguida del exsenador en la sociedad, también concurre la de menor punibilidad de ausencia de antecedentes penales.

Igualmente plantea vulneración del principio non bis in ídem, porque el cargo de Senador fue el «elemento principal» para declarar acreditados los delitos por los que el procesado aceptó responsabilidad penal, condición que igualmente fue determinante para imputar la

circunstancia de mayor punibilidad. Además, que los elementos estructurales de los tipos penales fueron valorados doblemente, al tenérseles también en cuenta en el análisis de la mayor o menor gravedad de la conducta y la necesidad de la pena del artículo 61 del código penal.

6.2.2.1. En relación con la primera de estas inconformidades, la Sala advierte que la primera instancia, al asumir el proceso de dosificación de la pena, dividió el ámbito punitivo de movilidad de los delitos imputados en cuartos, «uno mínimo, dos medios y uno máximo», como lo ordena el encabezado del artículo 61 de la Ley 599 de 2000:

«Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciado dividirá el ámbito de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo [...]»

Posteriormente, precisó que al exsenador «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”» y que paralelamente concurría a su favor la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55.1 del Código Penal, por la carencia de antecedentes penales.

Teniendo en cuenta que confluían dos circunstancias de naturaleza distinta, explicó que proseguía aplicar el inciso 2º del citado artículo 61 del Código Penal, según el cual:

«El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.»

«Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos» [Negrilla fuera del texto]

Como puede observarse, es claro que los ámbitos de movilidad en los que el juez puede actuar, son realmente tres: (i) el cuarto mínimo, (ii) los dos cuartos medios, y (iii) el cuarto máximo, pues el legislador quiso que cuando confluyeran circunstancias agravantes y atenuantes, el juez tuviera un mayor campo de acción, por eso los conglobó, para que pudiera moverse entre el máximo del primer cuarto y el mínimo del último cuarto.

Esta interpretación ha sido la que históricamente la Sala ha acogido, por consultar el contenido y teleología de la norma, pues si el legislador hubiera querido manejar los cuartos segundo y tercero de manera independientes, habría fijado las condiciones a cumplir para ubicarse en cada uno de ellos, pero no lo hizo. Sobre el particular, ha dicho en forma reiterativa:

«...a pesar de que el método para obtener el ámbito punitivo de movilidad ordena dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 61 sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad: el primero, conformado con el cuarto mínimo, “cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva”, el segundo, con los dos cuartos medios “cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva” y, el tercero, con el cuarto máximo “cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”».

Obtenidos esos tres tramos de movilidad, el inciso 3º del artículo 61 ídem dispone que el juzgador impondrá la pena dentro del cuarto o cuartos que corresponda (...). [Negrillas del texto] (Cfr. CSJ SP, 30 nov. 2006, rad. 26227, AP, 29 sept. 2010, rad. 34939, SP, 9 oct. 2013, rad. 39462, y SP6699-2014, rad. 43524 -entre otras-).

Entonces, contrario a lo expuesto por el recurrente, el trámite de individualización de la pena no distingue entre los cuartos de movilidad segundo y tercero. Así que, carece de fundamento sostener que el cuarto medio a seleccionar varía «dependiendo el número y naturaleza de las circunstancias genéricas y concurrentes de punibilidad», pues lo cierto es

éstos conforma un solo parámetro de movilidad.

Por tanto, no se advierte incorrección alguna en el procedimiento de individualización de la pena privativa de la libertad llevado a cabo en la sentencia impugnada.

6.2.2.2. En cuanto a la segunda de las inconformidades planteadas por la defensa en este acápite, referida a la violación del principio non bis in ídem por la condición de servidor público del procesado, de la cual, según se afirma, se hicieron derivar dos consecuencias jurídicas, (i) como elemento calificador del sujeto activo de la conducta y, (ii) como circunstancia de mayor punibilidad por su posición distinguida que en la sociedad, se imponen algunas precisiones.

Las condiciones que se exigen para ser sujeto activo de la conducta son distintas de las que definen la agravante prevista en el artículo 58.7 del Código Penal. Para ser sujeto activo basta ser servidor público, conforme a la definición traída por el artículo 20 del Código Penal¹³, con independencia de la importancia del cargo que se desempeñe o el poder que se derive del mismo.

Mientras que para ser destinatario de la agravante se requiere que el sujeto agente tenga «una posición distinguida en la sociedad», derivada del cargo, de la posición económica, de su ilustración, del poder que ostenta, del oficio o ministerio a los que sirve, como lo precisa el numeral 9º del artículo 58 del Código Penal¹⁴, lo cual es totalmente distinto.

Es más, ni siquiera se exige para la imputación de la agravante, ser servidor público, puesto que la norma utiliza la expresión «cargo», que en una de las acepciones del diccionario de la real academia significa «dignidad, empleo u oficio»¹⁵, ocupaciones que no solo pueden ejercerse en el sector público, sino también en el sector privado o en el religioso. Y los otros supuestos fácticos que enlista la norma, son predicables igualmente de particulares y de otras categorías de personas.

Esto, para significar que la agravante opera con independencia de la condición de servidor público y que cuando se imputa al sujeto agente que exige esta condición para la tipificación de la conducta, no basta sostener que es servidor público, porque esto, de suyo, no acredita el supuesto fáctico de la agravante.

En consecuencia, a efectos de la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad será necesario evidenciar, (i) que la preminencia del cargo que ocupa o de la investidura que ostenta le otorga una posición distinguida en la sociedad, y (ii) que esta especial condición incidió en la realización de la conducta delictiva, elementos sin los cuales la agravante no procede.

No es, por tanto, como lo plantea la defensa, que la imputación de la agravante a quien se le exige tener la condición de servidor público para ser sujeto agente de la conducta punible, vulnere el principio non bis in ídem por doble valoración, por cuanto, como se ha explicado, su estructuración presupone el cumplimiento de unos presupuestos adicionales que no todo servidor público cumple, particularidad que hace que el debate en torno a su procedencia se traslade al terreno fáctico probatorio.

Por tener relevancia para el caso, resulta importante recordar lo expuesto por la Corte en la decisión SP 4250-2015, rad. 39156, sobre los motivos que justifican la imputación de la agravante derivada de la posición distinguida que el servidor público ocupa en la sociedad:

«i) esa alta posición implica para quien la ostenta una obligación adicional que debe impelerlo, por sí misma, a una mayor contención frente al delito, derivada de poseer medios económicos, sociales y culturales suficientes para servir de estímulo negativo a cualquier tipo de inclinación delictuosa;

ii) es mayor el acento lesivo del delito, dado que precisamente su materialización por quien recibió la confianza del ciudadano o el Gobierno, deslegitima ante la comunidad a la institución, a más que representa, en términos de prevención general, un factor reprochable

en grado sumo, que obliga a una condigna sanción, aquí representada en la causal y sus efectos.»

En el presente asunto, al procesado Bernardo Miguel Elías Vidal le fue imputada en la providencia que resolvió su situación jurídica la circunstancia de mayor punibilidad «por la posición distinguida que ocupa el procesado en la sociedad, dada su condición de congresista» (Cfr. CSJ AP5391-2017, rad. 49592), la cual fue replicada en el acta de formulación y aceptación de cargos y en el fallo objeto de impugnación. En la imputación fáctica se aludió de distintas maneras a dicha posición para el momento de los hechos y la circunstancia de haberle permitido cumplir de manera efectiva su accionar delictivo.

Por consiguiente, es claro que su imputación no derivó de la circunstancia abstracta de ser servidor público, sino de ser congresista, concretamente Senador de la República, un cargo de elección popular de la más alta dignidad y responsabilidad en el marco de la rama legislativa del poder público que, por su importancia, determinaba que el procesado fuera considerado una persona importante, respetable y distinguida a nivel general. De allí que la censura por indebida aplicación de la misma, carezca de fundamento.

6.2.2.3. La defensa también alega que en el trámite de individualización de la pena se contrarió el principio non bis in ídem, porque en la ponderación de los aspectos previstos en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, se tuvieron doblemente en cuenta los elementos estructurales del tipo penal de cohecho propio.

El referido precepto ordena que delimitados «el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena», el juzgador deberá ponderar los siguientes aspectos al fijar el monto de la pena aplicable: «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».

En el presente caso, como ya se indicó, la Sala a quo seleccionó los cuartos medios para dosificar la pena de cada uno de los delitos objeto de juzgamiento, cuyo ámbito de movilidad delimitó así: cohecho propio: 69 meses y 1 día a 87 meses. Tráfico de influencias: 60 meses y 1 día a 84 meses. Luego justificó de la siguiente manera la decisión de apartarse de los extremos mínimos para imponer una pena mayor:

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. [Subrayas fuera del texto]

Como puede verse, la argumentación se circunscribió a los criterios de dosificación relacionados en el referido inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, sin que se advierta que en ella se haya incurrido en doble valoración por invocación simultánea de aspectos o circunstancias del tipo penal que puedan considerarse incorporados en la tasación abstracta de la pena.

Adicionalmente, de la motivación que acompaña el incremento, se establece que en ella se

alude insistentemente a la mayor afectación del bien jurídico de la función pública y el mayor disvalor de las acciones típicas por la posición que el procesado ostentaba y las expectativas sociales que se derivaban de ella, aspectos que no hacen parte de la descripción típica de las conductas.

Se trata valoraciones propias de su gravedad, de la intensidad del dolo y de la necesidad de un mayor rigor punitivo frente al descrédito que representó para las instituciones su actuar delictivo, que el precepto prevé como fuentes del incremento punitivo. De allí que el reparo carezca por completo de fundamento.

6.2.3. La rebaja por aceptación de cargos

El recurrente sostiene que la Sala a quo contrarió el criterio jurisprudencial que se hallaba vigente para la fecha de los hechos del proceso, que permitía el otorgamiento del 50% de rebaja por aceptación de cargos, debido al cambio jurisprudencial contenido en la sentencia SP14496-2017, rad. 39831, sept. 27 de 2017, conocida como «el caso Nule», lo que ocasionó que la rebaja solo fuera de la tercera parte (1/3), en aplicación del inciso 4º del artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

Con el fin de dar respuesta a este cuestionamiento, se torna necesario reproducir lo que se dijo sobre el particular en el acta de formulación y aceptación de cargos y luego en la sentencia. En la primera, se consignó:

«(...) 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 (...)» [Negrillas y subraya fuera del texto]

En el fallo recurrido (SP436-2018, rad. 51833), en torno al mismo aspecto, se dijo:

«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.» [Subraya y negrilla fuera del texto]

Lo primero que debe decirse alrededor de este cuestionamiento, es que el procesado carece de interés para formularlo, por tratarse de un aspecto que fue informado, debatido y excluido en el acuerdo, con el consentimiento expreso del procesado, situación que lo inhabilita para reintentar su reconsideración, en virtud del principio de irretractabilidad que acompaña los acuerdos suscritos en el marco de la justicia premial.

Ahora bien, en el presente asunto la solicitud de acogimiento a sentencia anticipada fue presentada por el Senador el 4 de diciembre de 2017. La audiencia de formulación y aceptación de cargos tuvo lugar el 13 de diciembre siguiente. Ambos actos se presentaron

después del cambio de jurisprudencia cuya aplicación se invoca, materializado en sentencia SP14496-2017, radicado 39831, del 27 de septiembre de 27 de 2017, es decir, dos meses antes.

Esto hacía inaplicable la tesis anterior invocada, por haber sido ya recogida cuando el procesado decidió acogerse a la sentencia anticipada y porque aceptó las nuevas condiciones, de las cuales fue suficientemente informado. En torno al punto, la Sala ha hecho las siguientes presiones, que ahora se reiteran:

«...no existe duda que el principio de favorabilidad de la ley penal más favorable no admite ninguna excepción, sea porque la ley vigente al momento de cometer el delito es más favorable que la posterior que determina una respuesta punitiva más gravosa, o porque la posterior a la ejecución de la conducta traza un tratamiento penal más benigno.

Acerca de ese tema no hay discusión. El problema que se debe resolver es si al aplicar la misma ley —la vigente tanto para el tiempo de ejecución de la conducta y para el momento de resolver la situación que se juzga— se puede desconocer el principio de favorabilidad, cuando al decidir el caso se aplica una jurisprudencia que no estaba vigente cuando se cometió la conducta, pero si cuando se suscita el hecho procesal jurídicamente relevante.

La respuesta es negativa. Primero, porque en el diseño constitucional del sistema de fuentes, la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación de la ley (Artículo 230 de la [Constitución Política](#)). Segundo, porque ese principio, sin desconocer la importancia del precedente judicial, supone que la jurisprudencia no es equiparable a la ley en sus efectos, aun cuando se acepta que no puede ser retroactiva y, tercero, porque como ocurre incluso en discusiones relacionadas con el tránsito de leyes, lo que determina su aplicación en casos como el que ahora se analiza, implica precisar cuál es la interpretación judicial vigente cuando se produce el hecho jurídicamente relevante.

Según lo expresado, la jurisprudencia llamada a regir el caso es la vigente al momento de

allanarse a los cargos, que es en términos de la teoría del proceso el hecho procesal jurídicamente relevante, entendido como la exteriorización de la voluntad de aceptar los cargos, petición que se manifestó conforme al estado del arte dominante para el instante en que se realizó la solicitud» [Subraya y negrilla fuera del texto] (Cfr. AP4884-2019, rad. 54954 y SP287-2022, rad. 55914).

La pretensión de la defensa que se aplique el referido precedente, se traduce realmente en una solicitud de cambio de tesis, que desde luego la Sala no acoge, pues su postura, ahora consolidada, viene siendo reiterada en consecutivos pronunciamientos:

Esta tesis se mantuvo hasta la SP del 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, retomando la tesis de la SP del 23 de agosto de 2005, Rad. 21954, que allanamiento y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, según lo define la ley. A partir de esa premisa consideró que siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, sea que se trate de allanamiento o preacuerdo, se requiere reintegrar el 50% del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, en concordancia con lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.» [Negrilla fuera del texto] (Cfr. AP4884-2019, rad. 54954 y AP504-2020, rad. 55166, (Cfr. SP287-2022, rad. 55914, feb. 9 de 2022).

El presente cargo, por lo expuesto hasta ahora, tampoco prospera.

7. Ante la falta de prosperidad de los motivos que sustentaron el recurso de impugnación especial, se confirmará la decisión impugnada.

8. En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia SP436-2018, rad. 51833, proferida por esta Corporación el 28 de febrero de 2018, mediante la cual condenó al exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal, más conocido como «El ñoño», como autor de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público.

SEGUNDO. Contra la presente decisión no proceden recursos.

TERCERO. Remítase copia de la presente decisión al Juzgado 21 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, autoridad encargada de la vigilancia de la pena en este asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 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.
- 3 En adelante Contrato Navelena.
- 4 C.O. No. 1, fl. 1 y ss.

5 C.O. No. 9, fl. 1 y ss.

6 C.O. No. 13, fl. 185.

7 El juzgamiento por dichos cargos tuvo lugar ante la Sala Especial de Primera Instancia, dentro del radicado No. 52892.

8 Citó los radicados CSJ No. 20403 y 48679.

9 Como sustento citó la sentencia de la Corte Constitucional C-425 de 1996.

10 Como respaldo, citó en extenso las sentencias CSJ SP9225-2014, rad. 37462, y SEP00111-2019, rad. 51711.

11 Como respaldo a este argumento, citó el auto CSJ AP 22 jul. de 2011, rad. 36926.

12 Como respaldo a este argumento, citó en extenso, entre otras, las decisiones de la Corte Constitucional C-006 de 2017, C-250 de 2012, C-671 de 2014, T-478 de 2015 y T-030 de 2017.

13 Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la [Constitución Política](#).

14 Artículo 58. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

(...) 9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

15 <https://dle.rae.es/cargo> (2)