

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA**

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado Ponente

SEP 016-2024

Radicación N° 00612

CUI N° 11001024700020220006601

Aprobado Mediante Acta N° 14

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veinticuatro
(2024)

I. ASUNTO

Procede la Sala a dictar sentencia condenatoria anticipada en contra de los señores **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** y **MUSA BESAILE FAYAD**, por los delitos de tráfico de influencias de servidor público e interés indebido en la celebración de contratos, para el primero, y tráfico de influencias de servidor público, para el segundo, ambos en concurrencia con la causal de mayor punibilidad prevista en el artículo 58 numeral 9 del Código Penal.

II. IDENTIDAD DE LOS PROCESADOS

MUSA BESAILE FAYAD, nació en Sahagún (Córdoba) el veintiocho (28) de agosto de 1971, tiene 52 años, identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.050.612, hijo de MUSA ABRAHAM BESAILE JALIFE (Q.E.P.D.) y YOLANDA MARÍA FAYAD MANZUR, de estado civil casado con OLGA MILENA FLÓREZ, padre de tres hijos, de profesión ingeniero civil, especializado en Administración Pública.

BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL, nació en Sahagún (Córdoba) el siete (7) de noviembre de 1976, de 47 años identificado con la cédula de ciudadanía No. 78.741.717, hijo de BERNARDO MIGUEL ELÍAS NÁDER y CARMINIA INÉS VIDAL VERGARA, con tres hermanos, de estado civil casado con ESTEFANÍ MORRIS OLIVARES, es padre de cuatro hijos, de profesión ingeniero civil, especialista en gerencia de construcciones.

III. HECHOS

Tal y como se señaló en las correspondientes actas de formulación de cargos para sentencia anticipada, se extraen del AEI-00307-2022, del día siete (7) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferido por la Sala Especial de Instrucción de esta Corporación, mediante el cual se resolvió la situación jurídica de los mencionados ciudadanos.

La investigación se inició en virtud de denuncia presentada ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el diecisiete (17) de octubre de 2017¹, en la que se indicó:

“Resulta imperativo que Ustedes Honorables Magistrados investiguen los actos de corrupción burocrática y contractual en distintas entidades del Estado, tales como FONADE (...)

El senador BENEDETTI, junto con sus colegas MUSA BESAILE y BERNARDO “ÑOÑO” ELÍAS, recibieron como cuota política el manejo de FONADE, cuya función legal está definida por el Acuerdo 03 de 2004 y el CONPES 3281 de 2004. Y ellos contrariando su deber como servidores públicos destinaron esos millonarios recursos del FONADE para enriquecerse ilícitamente, y le solicito a la Corte Suprema de Justicia que investigue cómo BENEDETTI le vendió los cupos indicativos que le entregó el Gobierno a su íntimo amigo el senador MUSA BESAILE, manejándolos a través del FONADE (...). También BENEDETTI se benefició de las entregas o pagos burocráticos del Gobierno al senador BERNARDO ELÍAS y de los millonarios contratos entregados por FONADE a los integrantes del “Cartel de la Toga” (...).

2. En desarrollo de la investigación se pudo establecer que en el año 2014 el partido de la Unidad Nacional -en adelante Partido de la U- apoyó la reelección de JUAN MANUEL SANTOS CALDERON como Presidente de la República, para el periodo constitucional 2014-2018, en especial aquellos senadores de la costa caribe entre quienes figuraban BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL y MUSA BESAILE FAYAD.

3. En retribución del apoyo recibido, a inicios de 2015, a través del ministro de la Presidencia NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, el gobierno de JUAN MANUEL SANTOS “entregó” al

¹ Fl. 9. C.O 1, contenido del CD, actuación 53176. Archivo denominado: “Cuaderno de la Corte No. 01” Fls. 2 al 14.

Partido de la U el manejo burocrático del entonces FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -en adelante **FONADE**-.

4. Aunque inicialmente la dirección de la entidad fue adjudicada a ALFREDO RAMÓN BULA DUMAR, candidato propuesto por el ex Magistrado FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ, con el apoyo a regañadientes de los exsenadores aquí investigados, en revancha, en mayo de ese año ELÍAS VIDAL propuso como gerente de uno de los proyectos de **FONADE** al señor JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ.

5. A finales de 2016 los procesados, como compromisarios del Partido de la U, lograron recuperar el dominio de la entidad, al proponer y obtener el nombramiento de ARIEL ALFONSO ADUÉN ÁNGEL, quien a su vez designó a JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ -quien había sido desvinculado de la entidad por BULA DUMAR-, en el cargo de Asesor de Gerencia.

6. De acuerdo con los hallazgos de la Fiscalía General de la Nación en la investigación que allí se adelanta por estos hechos en contra de no aforados, RICHARD KAMAL NÁDER ORDOSGOITIA pretendía obtener el contrato de interventoría del contrato de obra de vivienda de interés prioritario Fase II que **FONADE** adjudicaría mediante convocatoria privada, valiéndose de la intermediación de los aquí investigados y otro exrepresentante a la Cámara.

7. Del análisis en conjunto de la prueba se puede inferir que entre el último semestre de 2016 y el segundo de 2017, los excongresistas MUSA BESAILE FAYAD y BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL utilizaron de manera indebida las influencias derivadas del ejercicio de sus cargos y la ascendencia política que tenían frente a JORGE IVAN HENAO ORDÓÑEZ, para favorecer indebidamente a RICHARD KAMAL, cada uno actuando de manera independiente y diversa como se entrará a explicar:

8. En cuanto a ELÍAS VIDAL, al tener vínculo cercano con NÁDER ORDOSGOITIA, de tiempo atrás estaba al tanto que, además de médico era contratista. Por esa vía, ante la multiplicidad de solicitudes que éste le hizo para que intermediara en su favor, conoció que pretendía la adjudicación del contrato de interventoría al proyecto de vivienda arriba referenciado. Su conducta se concretaría mediante la llamada telefónica -admitida por el investigado- que le hizo a JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ, en la que le dio instrucciones para que le prestara “ayuda” en el proceso contractual.

9. En relación con BESAILE FAYAD, la prueba refleja que, en un encuentro casual en la vivienda de ELÍAS VIDAL con HENAO ORDÓÑEZ, este le señaló que RICHARD KAMAL estaba pidiendo que lo tuvieran en cuenta en temas de contratación en **FONADE**, por lo que MUSA BESAILE aprobó que se le apoyara.

10. Las manifestaciones de los exsenadores fueron tomadas por HENAO ORDÓÑEZ como una orden que debía atender, según lo

afirmó, ya que dentro de sus funciones estaba las de dirigir, controlar y asesorar los procesos de contratación de la entidad.

11. Finalmente, como consecuencia de la mencionada intermediación se adjudicó al consorcio INTERVIVIENDAS - en el cual NÁDER ORDOSGOITIA tenía interés- el contrato No. 2017624 del primero (01) de agosto de 2017, cuyo objeto fue: “INTERVENTORÍA A LOS CONTRATOS DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO EN EL MARCO DE LA FASE II DEL PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA - Grupo No. 2”, por valor de “DIECISEIS MIL SEISCIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS M/L (\$16.612.560.380,00)”

IV. ANTECEDENTES PROCESALES

Como antes se señaló, la presente investigación se inició por denuncia instaurada el diecisiete (17) de octubre de 2017, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Dentro de este trámite procesal, se escuchó en ampliación al denunciante, quien describió una serie de acciones de las que señaló como presunto autor al exsenador **ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA**, algunas de las cuales habrían sido ejecutadas en asocio con otros congresistas, entre ellos los dos exsenadores aquí procesados. Hizo particular referencia a las actividades burocráticas y de intermediación ilegal en los asuntos contractuales de **FONADE**.

Los exsenadores **MUSA BESAILE FAYAD** y **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** rindieron diligencias de versión libre, en cuyo desarrollo suministraron datos sobre su participación en los hechos investigados y expresaron el deseo de someterse a un mecanismo de terminación anticipada del proceso.

El treinta (30) de junio de 2022², la Sala Especial de Instrucción dispuso la apertura de la investigación y ordenó vincular mediante indagatoria a los señores **MUSA BESAILE FAYAD, BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL y EDUARDO JOSÉ TOUS DE LA OSSA**, por el delito de TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

BESAILE FAYAD y ELÍAS VIDAL rindieron indagatoria el veintiuno (21) de octubre de 2022³, en desarrollo de las cuales ratificaron su acogimiento al procedimiento de sentencia anticipada, contemplado en el artículo 40 del régimen procesal aplicable a la actuación. En consecuencia, el Despacho Instructor dispuso la ruptura de la actuación, mediante auto de veinticuatro (24) de octubre de 2022, a fin de continuar, por el trámite ordinario, la seguida en contra de **EDUARDO JOSÉ TOUS DE LA OSSA** bajo la radicación No 00767.

² C.O No. 1, Sala Especial de Instrucción, AEI-0161.

³ Fls. 349 a 356 C.O. No. 2 Sala Especial de Instrucción

V. DE LOS CARGOS ACEPTADOS

Atendiendo a la expresa solicitud elevada por los indagados, el día 16 de enero de 2023, se llevaron a cabo sendas diligencias de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada, en desarrollo de las cuales luego de recordarles los derechos y garantías a los que renuncian en virtud de la aceptación de cargos, las consecuencias legales que comporta la terminación anticipada del proceso, e indicarles que las correspondientes actas se tendrían como acusación que derivaría en sentencia condenatoria, se les precisaron los hechos, la base probatoria que los sustentan, se formularon cargos en contra de los implicados así:

A **MUSA BESAILE FAYAD**, como autor directo del delito de Tráfico de influencias de servidor público (art. 411 Ley 599 de 2000) con las circunstancias de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 numeral 9 de la misma codificación. Acto seguido y de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 de la Ley 600 de 2000, se le interrogó, debidamente asistido por su defensor de confianza, si de manera libre y voluntaria aceptaba los cargos formulados, respondiendo de manera afirmativa.

A **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, como autor directo del delito de Tráfico de influencias de servidor público (art. 411 Ley 599 de 2000) en concurso heterogéneo como coautor interviniente del delito de Interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 ibidem) con las circunstancias de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 numeral 9 de la

misma codificación. Acto seguido y de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 de la Ley 600 de 2000, se le interrogó, debidamente asistido por su defensor de confianza, si de manera libre y voluntaria aceptaba los cargos formulados, respondiendo de manera afirmativa.

Se dejó expresa constancia que los Magistrados integrantes de la Sala Especial de Instrucción de esta Corporación, verificaron que la aceptación total de cargos efectuada por los procesados fue libre, consciente y debidamente informada.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro del proceso que se sigue en contra de **MUSA BESAILE FAYAD** y **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, en la cual radica la competencia para juzgar a los miembros del Congreso, que reitera el numeral 7° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal aplicable.

Así mismo, que la actuación se inició en vigencia de la Ley 600 de 2000, teniendo en cuenta que, según lo previsto en el artículo

533⁴ de la ley 906 de 2004, los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política, deben continuar el procedimiento allí previsto, competencia que, según el parágrafo⁵ del artículo 235 Constitucional se mantiene cuando estos cesan en el ejercicio del cargo “para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

En efecto, el parágrafo del artículo 235 de la norma constitucional prevé que en aquellos eventos en que congresistas hubiesen cesado en el ejercicio de su cargo, la Sala conserva la competencia siempre y cuando el delito que se le impute tenga relación con las funciones desempeñadas⁶.

Esta Corporación ha reiterado que el fuero constitucional de los congresistas surge de dos posibilidades: i) que el imputado o sindicado de una infracción a la ley penal se desempeñe como congresista, lo que exige la actualidad de la investidura o que, ii) después de haber cesado en sus funciones, la conducta que se le imputa tenga relación con las mismas.

En el presente asunto **MUSA BESAILE FAYAD** y **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** ya no ostentan la condición

⁴ **ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA.** El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005. *Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.*

⁵ Constitución Política, art. 235 **PARÁGRAFO.** Cuando los funcionarios antes enunciados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

⁶ CSJ. Autos de 1 sept. 2009, rad. 31652 y 15 nov. 2009, rad. 27032.

de congresistas, sin embargo, la Sala tiene competencia en razón a que las conductas por las que se les juzga, según los cargos precisados desde la indagatoria y reiterados en las actas de formulación para sentencia anticipada, ocurrieron desde cuando brindaron su apoyo al presidente de la época para su reelección, y cuando ejercían las curules en la alta cámara legislativa, para obtener participación burocrática, y posteriormente influir de manera ilegal sobre funcionarios de **FONADE** para favorecer los intereses de su amigo **NÁDER ORDOSGOITIA**.

Demostrada la competencia de la Sala para dictar el fallo, procede a examinar si concurren las exigencias legales para condenar.

2. De la sentencia anticipada.

Tal y como ha quedado señalado, los procesados desde su injurada manifestaron su intención de aceptar cargos para acogerse a sentencia anticipada con sujeción a lo normado en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, estatuto procesal por el cual se sigue este proceso.

En relación con esta forma de terminación anticipada del proceso, la Corte Constitucional en sentencia SU-1300 del 6 de diciembre de 2001, puntualizó que la aceptación de cargos se traduce en una confesión simple, que en conjunto con las pruebas hasta ese momento recaudadas, han de servir para sustentar la correspondiente sentencia, lo anterior en la práctica implica que tanto el Estado como el sindicato hacen renunciaciones

recíprocas, pues el primero suspende su obligación de continuar investigando y los ciudadanos se despojan del derecho que les asiste de agotar todas las etapas procesales y desde luego ejercer la controversia probatoria, con miras a lograr un justo equilibrio entre la economía procesal que representa la terminación temprana del proceso y la rebaja de pena que como contraprestación reciben.

Lo anterior, por manera alguna significa que esa aceptación de responsabilidad penal libere al Estado de la carga de la prueba, bien al contrario, la misma debe estar sustentada en elementos de convicción que la soporten y corroboren, pues la sola manifestación del procesado no es suficiente para emitir el fallo condenatorio, pues el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 establece que: “no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.”⁷

Atendiendo a lo anotado en precedencia, es necesario entrar a analizar los cargos aceptados por los señores **MUSA BESAILE FAYAD y BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** de manera libre e incondicional, a efectos de comprobar si en este caso concurre dicha certeza.

⁷ Ley 600 de 2000, artículo 232

3. Precisión inicial

Atendiendo algunas vicisitudes presentadas dentro del trámite procesal y como quiera que en esta providencia se hará referencia a las pruebas con el número de radicado original en el que fueron recaudadas, resulta necesario hacer un recuento de esas incidencias para evitar confusiones.

La presente investigación se inició con fundamento en la denuncia instaurada el diecisiete (17) de octubre de 2017 por⁸, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, correspondiéndole el radicado interno número 51437, y su conocimiento al Magistrado FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS, quien ordenó la práctica de algunas pruebas.

En diligencia de ampliación, describió una serie de acciones de las que señaló como presunto autor al exsenador **ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA**, algunas de las cuales habrían sido ejecutadas en asocio con otros congresistas, entre ellos los dos exsenadores **ELÍAS VIDAL Y MUSA BESAILE FAYAD**, refiriendo de manera particular las actividades burocráticas y de intermediación ilegal en los asuntos contractuales de **FONADE**.

Con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2018, el dieciséis (16) de octubre de ese año, y tras la posesión de algunos de los magistrados de la Sala Especial de Instrucción de esta Corporación, la Sala de Casación Penal dispuso la remisión de la

⁸ Fl 9 C.O 1 Sala de Instrucción, contentivo del CD actuación rad. 53176

actuación a la creada por el Acto Legislativo para lo de su competencia.

Avocado el conocimiento por la magistrada a quien correspondió por reparto, pese a que esta investigación se inició bajo el radicado 51437, consideró la instructora que, por identidad fáctica, debía tramitarse de manera conjunta con las investigaciones 49974 y 53176, y así lo dispuso mediante auto del dieciséis (16) de mayo de 2019.

Posteriormente, el tres (3) de septiembre de 2020⁹, el Despacho Instructor ordenó separar las líneas de investigación decretando la ruptura de unidad procesal y dispuso continuar bajo el radicado 53176 la averiguación de los hechos presuntamente irregulares, relacionados con **FONADE**, en los que aparecían como presuntos responsables los exsenadores **ARMANDO ALBERTO BENEDETTI VILLANEDA, MUSA BESAILE FAYAD, BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** y el exrepresentante, **EDUARDO TOUS DE LA OSSA**.

Los exsenadores **MUSA BESAILE FAYAD y BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** en sus respectivas diligencias de versión libre, suministraron datos sobre su participación en los hechos investigados y expresaron el deseo de someterse a un mecanismo de terminación anticipada del proceso, razón por la que con providencia del diez (10) de junio de 2022, el Despacho sustanciador dispuso la ruptura de la unidad procesal, para

⁹ Fl 9, C.O. 1, Sala de Instrucción, contentivo CD actuación 53176

continuar con el trámite de manera separada respecto de los demás investigados.

En dicha providencia se ordenó que, bajo el radicado 53176 se continuaría la averiguación contra el exsenador **ARMANDO ALBERTO BENEDETTI VILLANEDA** en relación con el contrato No 2017865 de primero (01) de agosto de 2017, celebrado entre **FONADE** y la empresa **CERTICAMARA S.A.**, por cuanto en relación con ese contrato solamente se le hacían señalamientos a él.

A la investigación relacionada con la adjudicación del contrato de interventoría al Consorcio INTERVIVIENDAS por parte de **FONADE**, seguida en contra de **TOUS DE LA OSSA, ELÍAS VIDAL** y **BESAILE FAYAD** se le asignó la radicación No. 00612.

Posteriormente, el veinticuatro (24) de octubre de 2022 ante la confesión de **BESAILE** y **ELÍAS**, y su solicitud de acogerse a sentencia anticipada, se dispuso una nueva ruptura, ordenando continuar la actuación en contra de estos con el último radicado asignado (00612) y continuar la seguida en contra de **TOUS DE LA OSSA** bajo el radicado No. 00767.

4. Pruebas que sustentan lo aceptado

Antes de abordar el estudio individual de los delitos atribuidos a cada uno de los implicados, y que fueron aceptados por ellos, es preciso señalar que, para el presente asunto, se aplicarán las

penas previstas por la ley 599 de 2000, sin los aumentos punitivos dispuestos por la Ley 890 de 2004, con fundamento en las siguientes razones:

La Sala mayoritaria frente a la aplicación de la Ley 890 de 2004, ha señalado:

“Sobre la aplicación de la Ley 890 de 2004¹⁰, la Corte cambió el criterio imperante de no aplicar el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a los procesos contra los Congresistas, el 21 de febrero de 2018 (radicado 50472). De suerte que desde esa fecha en adelante se aplica a todos los Congresistas que hayan delinquido después del 1° de enero de 2005, teniendo en cuenta la gradualidad de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, a quienes se debiera investigar con base en el Código de Procedimiento Penal de 2004, sin ninguna excepción, si no fuera porque el artículo 533 de la Ley 906 de 2004¹¹ ordena que serán investigados y juzgados con base en el trámite previsto en la Ley 600 de 2000.

Por ello, en principio, se aplicará dicha jurisprudencia inmediatamente en esas circunstancias salvo algunas excepciones, entre ellas, cuando el procesado pese a haber tenido la oportunidad de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz en procesos regidos por la Ley 600 de 2000¹², se verifica que su aplicación inmediata vulnera derechos fundamentales de los sujetos procesales.

A partir de la decisión de 28 de abril de 2022 CSJ SEP0046-2022, rad. 28016 esta Sala precisó, aclaró, ratificó y adicionó que para aplicar la jurisprudencia inmediatamente se ha de verificar: (i) que los hechos hayan ocurrido después del 1° de enero de 2005, teniendo en cuenta la progresividad en la entrada en vigencia de Ley 906 de 2004, (ii) que el procesado haya tenido la posibilidad de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz durante el trámite de la actuación y, (iii) que la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial no afecte derechos y garantías fundamentales a los sujetos procesales, conclusión a la que se llegará tras hacer un estudio en cada caso en particular, de suerte que si se vulneran derechos como la buena fe, la

¹⁰ CSJ AEP056-2022, rad. 40647

¹¹ ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

¹² Artículo 413 de la Ley 600 de 2000.

confianza legítima¹³, la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, no procede su aplicación¹⁴.”

Como quiera que a los aforados **MUSA BESAILE FAYAD** y **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** se les comunicó por el órgano judicial encargado de adelantar la acción penal, que no le serían aplicables los incrementos punitivos referidos, ello generó unas expectativas procesales fundadas en el principio de confianza legítima, y la seguridad jurídica de que bajo esas reglas impuestas por el aparato judicial se les investigaría y juzgaría.

En efecto, en la providencia mediante la cual se resolvió la situación jurídica y en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, se precisó que no se aplicaría el aumento punitivo de Ley 890 de 2004, en consecuencia, se respetará ese marco jurídico y se aplicarán las normas originales de la Ley 599 de 2000.

4.1. El delito de tráfico de influencias

A efectos de establecer si concurren los elementos exigidos para la configuración del punible de tráfico de influencias de servidor público, empezaremos por precisar, a partir de su definición legal y de los desarrollos jurisprudenciales, si en el caso concreto se cumplen, tanto los de orden objetivo como aquellos que componen los elementos subjetivos del tipo.

¹³ Cfr. CC SU-406-2016.

¹⁴ Cfr. CSJ SEP-0046-2022, rad. 28016.

El artículo 411 de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 134 de la Ley 1474 de 2011, consagra el tipo penal de tráfico de influencia de servidor público en los siguientes términos:

“El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Parágrafo. Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante un servidor público o entidad estatal en favor de la comunidad o región”.

Como se advierte de la sola lectura, se trata de un tipo penal especial de sujeto activo calificado, es decir, que solamente puede ser realizado por quien ostente la condición de servidor público y que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función.

La acción de “utilizar las influencias” a la que se refiere la norma, debe recaer sobre otro servidor público que es el destinatario de la conducta ejercida, la que además debe ir acompañada de un elemento subjetivo consistente en un “beneficio o provecho” por parte del autor o de un tercero, sobre el asunto cuyo conocimiento estaba atribuido al influenciado.

En relación con la estructura típica del punible al que nos referimos, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en

sentencia calendada el 27 de septiembre de 2017, dentro del radicado 40.552, señaló:

“El delito de tráfico de influencias de servidor público es un tipo penal de sujeto activo calificado, en otras palabras, solamente puede ser ejecutor material de este comportamiento quien ostente la condición de servidor público e incurra en un ejercicio indebido del cargo o de la función.

Este tipo penal posee una característica especial, como lo es, la necesaria presencia de otra persona con cualificación especial (otro servidor público), destinatario de la conducta preponderante ejercida por el influenciador, en tanto que éste tiene interés en un asunto que debe conocer el servidor público sobre el que ejerce el poder que se deriva de su cargo o de su función.

En lo que respecta al verbo rector, este tipo penal emplea el término «utilizar», que significa «hacer que una cosa sirva para algo» seguido del adjetivo «indebidamente», quiere decir lo anterior que no basta que se utilice la influencia, sino que ésta debe ser ajena a los parámetros de comportamiento de todo servidor público consagrados en la Constitución, las leyes y los reglamentos y que propenden por la efectividad de los principios que rigen la administración pública.

Sobre el término «influencia», atendiendo las varias acepciones, se destaca aquella consagrada en el diccionario de la Real Academia Española (22a edición) según la cual se hace referencia a «Persona con poder o autoridad en cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio».

Las características de la influencia, en concreto, se contraen a lo siguiente:

- (i) debe ser cierta y real su existencia, con la entidad y potencialidad suficiente para llegar a influir en el otro, que trascienda en un verdadero abuso de poder de ahí que la influencia simulada, falsa o mentirosa, no haya quedado penalizada en este tipo, obedeciendo esto a un principio lógico, pues no se puede abusar de lo que no se tiene;*
- (ii) no cualquier influencia es delictiva, debe ser utilizada indebidamente;*
- (iii) lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos*

precisados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o los que imponen los principios que gobiernan la administración pública.

Además de lo indebido en la utilización de la influencia, la conducta del influenciador adquiere relevancia penal con el simple acto de anteponer o presentar la condición de servidor público derivado del ejercicio del cargo o de la función o con ocasión del mismo, sin que importe el impacto o consecuencias en el destinatario, ubicando el delito en aquellos denominados de mera conducta, en tanto no se requiere la consecución del resultado, esto es, el éxito en la gestión del influenciado o la aceptación del requerimiento por parte de éste, basta que se despliegue el acto de la indebida influencia para consumar el delito”¹⁵

4.1.1. Del caso concreto

Abordaremos en este acápite lo relativo a la verificación de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo de tráfico de influencias de servidor público en relación con los exsenadores de la República **MUSA BESAILE FAYAD y BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL.**

a) La calidad de servidor público

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal, “para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas...”¹⁶

Aunque si bien no se allegó al plenario prueba documental para establecer la calidad de congresistas, tener por establecida tal condición de los procesados para la época de los hechos, no

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, SP15488-2017, radicado 40552

¹⁶ Artículo 20 Ley 599 de 2000

ofrece dificultad, no solamente porque así lo admitieron los mismos **ELÍAS VIDAL** y **BESAILE FAYAD**, tanto en sus versiones libres como en sus indagatorias, sino porque tal circunstancia también se encuentra establecida mediante prueba testimonial en la que se señala, respecto de los presuntos actos de corrupción en **FONADE**, que el Gobierno Nacional habría entregado el control político de la entidad a senadores en ejercicio.

b) La utilización indebida en provecho propio o de un tercero, de las influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función.

Corresponde en este acápite constatar, a la luz de las pruebas recaudadas, si los exsenadores de la República **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** y **MUSA BESAILE FAYAD** hicieron uso indebido de las influencias derivadas de su cargo, con el fin de obtener que el entonces asesor de gerencia de **FONADE**, **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ**, beneficiara a **RICHARD KAMAL NADER ORDOSGOITIA**, a través de la adjudicación del contrato de interventoría No. 2017624 del ocho (8) de mayo de 2017, al consorcio **INTERVIVIENDAS**, asunto en el que **HENAO ORDÓÑEZ** debía intervenir en virtud de sus funciones como servidor público a cargo de la contratación y de los funcionarios que hacían parte del comité evaluador.

Para ello contamos en primer lugar con la declaración rendida por **ALEJANDRO JOSÉ LYONS MUSKUS**, el dos (2) de mayo de 2019¹⁷, en la que manifestó que gracias al apoyo político de los

¹⁷ Folio 9, C.O. 1

aquí procesados, fue gobernador de Córdoba para el período 2012-2015, además de ser cuñado de **ELÍAS VIDAL** y haber sido abogado de **MUSA BESAILE**, y tener conocimiento de los manejos políticos y la relación de estos con **FONADE**.

Manifestó haber pertenecido al partido de la U, y como tal, tener conocimiento que el Gobierno Nacional entregó el control político de **FONADE** a un sector de ese partido, en el que había varios senadores, entre ellos **BERNARDO ELÍAS** y **MUSA BESAILE**, que la influencia de estos sobre la entidad se exteriorizaba cuando “simplemente habrían recomendado la hoja de vida del director de la entidad al Gobierno Nacional y [este] ...le nombró esa hoja de vida”

Por su parte el señor **JORGE IVAN HENAO ORDÓÑEZ** en declaración rendida el 26 de noviembre de 2019¹⁸ manifestó que se vinculó a **FONADE** gracias a una solicitud que le hizo el senador **BERNARDO MIGUEL**, le hizo al por entonces director de esa entidad **ALFREDO BULA DUMAR**, señaló que “... vivía en la ciudad de Cauca, estaba desempleado y le pedí el favor, le recomendé al senador **BERNARDO ELÍAS** que, si veía una oportunidad o alguna cosa de trabajo, que me colaborara, que estaba sin trabajo. En una oportunidad me dijo que había la oportunidad que se podría laborar en Bogotá que, si yo estaba dispuesto a hacerlo y yo, efectivamente, yo estaba dispuesto a irme a cualquier lado y dije que sí. Entonces me presentaron al doctor **BULA**... **BERNARDO ELÍAS** fue la persona que me refirió a mí en **FONADE**”

Señaló **HENAO ORDÓÑEZ** que la intermediación que realizaron los procesados para que ayudara a **RICHARD KAMAL**

¹⁸ Cd No. 1 (rad. 53176) Min. 11:37

NÁDER en el proceso contractual que requería, lo hicieron ostentando su calidad de senadores y que el entendió que era una orden, que le dijeron que era así y debía hacerlo de esa manera, de acuerdo con lo sostenido por el declarante, **RICHARD KAMAL** conocía que la obra de viviendas que se encontraba en ejecución, necesariamente tendría una interventoría, pero que cuando fue contactado por los senadores ese proceso contractual aún no había iniciado, de manera puntual señaló el declarante:

“El señor RICHARD NÁDER llega a mi oficina y me pide una, como un favor puntual como usted lo requiere, necesito que me ayude a que unas empresas hagan parte de esta convocatoria, el manual de FONADE permite que este tipo de procesos se hagan a través de convocatoria cerrada o sea privadas, entonces no era sino invitar a las empresas al proceso, era como la labor y empezamos a tener reuniones con el señor RICHARD NÁDER, dónde pues se iba como llevando como una, se le iba dando un seguimiento, una trazabilidad a lo que iba pasando, me preguntaban insistentemente y me buscaban en mi oficina y me preguntaban que como iba la cosa, que se iba a poder, que mire esto y lo otro para que se pudiera adjudicar. Y eso demoró, estuvimos en eso no sé cuánto tiempo, pero sí hubo, pasó un tiempo y al final de cuentas pues también hubo muchos inconvenientes, hubo muchos percances y había inconformidades, entonces se generaron fue problemas, porque no se iba a poder cumplir con el objetivo, pero finalmente se hizo, finalmente se hizo y a mi pasaron unos nombres de unas empresas y esas empresas fueron las invitadas a un grupo especial de interventoría”¹⁹

Al ser interrogado **HENAO ORDÓÑEZ** sobre el por qué había accedido a ayudar de esa manera a **NÁDER ORDOSGOITIA** manifestó de manera clara que actuó conforme a los requerimientos de los senadores, señaló:

“...eso es un encuentro que se da en el apartamento del senador Bernardo Elías, yo iba a esa casa muchas veces a visitar a su familia,

¹⁹ Declaración de Jorge Iván Henaó Ordoñez, dentro del radicado 51437, récord 50:13

en ese momento está el senador Besaile ahí y me dice que por favor atienda a Richard Náder que me va a hablar de un tema de vivienda una cosa así...”

Y agregó:

“No, para mí eso era una instrucción dada, ya me dijeron que era así y yo lo debía hacer de esa manera”²⁰

Lo manifestado por **HENAO ORDÓÑEZ**, en cuanto a la asistencia al apartamento **ELÍAS VIDAL**, encuentra corroboración en el análisis del registro de ingreso de personas a la residencia del exsenador plasmado en los informes de policía judicial No. 11-227569/11-227567 del 10 de mayo de 2018²¹, en los que consta que tanto **HENAO** como **BESAILE** en varias oportunidades concurren a dicho lugar, a lo que debe agregarse que, tanto en sus versiones libres como en sus injuradas, los investigados manifestaron que esas visitas en algunas ocasiones no quedaban registradas.

Ahora bien, la indebida utilización de las influencias derivadas del cargo o de la función por parte de los exsenadores **ELÍAS VIDAL** y **BESAILE FAYAD**, fue admitida por estos en sus respectivas versiones libres, en las indagatorias y corroborada en la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, veamos:

²⁰ Récord 52:45 ibidem

²¹ Folios 159 al 188, 257,258, 260, 262, 263, 273, 274 y 291 del C.O. No. 2 Sala de Instrucción

BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL, en su versión libre rendida el 31 de mayo de 2022²² narró de manera clara y coherente como llegó a tener ascendencia política en **FONADE**, como contraprestación por el apoyo político que él y su partido brindaron a **JUAN MANUEL SANTOS** para su reelección como presidente de la República para el periodo constitucional 2014-2018.

Señaló que, el por entonces Ministro de la Presidencia **NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ**, en diversas reuniones les manifestó en nombre del Gobierno Nacional que como partido les correspondería posiciones, haciendo referencia a entidades públicas que podrían manejar burocráticamente, dijo:

*“sucedio que en una ocasión y más ocasiones, después de haber nombrado el señor JUAN MANUEL SANTOS al superministro, exsuperministro de ese entonces, señor NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ ... que el presidente quería darle unas posiciones al Partido de la U. Entre esas posiciones, el doctor NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ dijo: “¡yo quiero que sea **FONADE** una posición que sea del partido, y vamos a estudiar una de ellas que sea del partido!” (sic); y de los cuales, pues, digamos que se pudiera tener un guiño de nosotros, digamos, algo así, eso sucedió así. Para ese entonces estábamos pendientes de eso, recuerdo que le dieron otras posiciones al partido de la U”²³*

Luego de hacer referencia a las dificultades que se presentaron para acceder al manejo burocrático de la entidad por la intervención del exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia **FRANCISCO JAVIER RICAURTE** quien postuló al cargo de director a **ALFREDO BULA**, a quien afirma dieron el aval para el

²² CD No. 1 rad. 53176/cuaderno original No. 9 Sala de Instrucción folios 185 a 188

²³ Récord 12:24 ibidem

nombramiento como director de **FONADE** aunque su hoja de vida no fue propuesta por el partido.

Afirmó el exsenador que, para el nombramiento de **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ** como gerente de proyectos de **FONADE**, fue él quien de manera directa presentó la hoja de vida y le solicitó a **ALFREDO BULA** su nombramiento ya que cumplía con los requisitos para ocupar el cargo.

Agregó que **BULA DUMAR** fue retirado del cargo unos meses después, pues por la falta de ascendencia política sobre él se presentaron muchas dificultades, ya que no escuchaba las peticiones de los integrantes del partido; que en su reemplazo, en julio de 2016, gracias a su recomendación y al control que ya pudieron ejercer sobre **FONADE** fue nombrado como director **ARIEL ALFONSO ADUÉN ÁNGEL**.²⁴

En relación con la conducta concreta que se le atribuye de tráfico de influencias de servidor público, **ELÍAS VIDAL** en su indagatoria reconoció su intervención ilegal para favorecer en la contratación que era de su interés a **RICHARD KAMAL NÁDER ORDOSGOITIA** a quien afirmó conocer por ser de Sahagún, quien le pidió que le ayudara en **FONADE**, a lo cual accedió realizando una llamada a **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ**, de quien sabía que por sus funciones podía intervenir en el trámite contractual de **INTERVIVIENDAS**, y así favorecer a su amigo contratista.

Señaló de manera puntual el exsenador:

²⁴ Indagatoria rendida el 24 de octubre de 2022, folios 349 a 352 C.O. No. 2 Sala de Instrucción

“A título de confesión, decirle que incurrí en una, en una influencia indebida (...) Creo que ejercí una (...) y le pido perdón al país, pido perdón al país, por esa, por esa presión indebida. Yo presioné, no sé si los problemas que tenía en ese entonces (...), abril, mayo, cuando se dieron los temas de Intervivienda, por los cuales estamos aquí, en una llamada, a una, en una ocasión, una sola vez, que tengo que reconocerlo, una sola vez, se lo dije al señor JORGE IVÁN HENAO, porque el señor RICHARD NÁDER, quién era de Sahagún, contratista de Sahagún o dueño de empresa, qué sé yo, me llamaba mucho y me decía que lo ayudara con el tema de INTERVIVIENDA, que él tenía una empresa participando, que tal cosa y que JORGE IVÁN HENAO no le quería colaborar. En una ocasión me cogió con los cables cruzados, como decimos en la costa coloquialmente, como con mal genio, y yo agarré el teléfono y se lo dije²⁵.

Tengo que reconocerlo y le pido excusa a usted señora Magistrada y al país por esa actuación indebida que realicé, en una ocasión solo lo dije, y se lo dije y con eso de que JORGE IVÁN hizo caso, por lo que vi, y entregó eso. Pues, eso es lo que tengo que decirles sobre esto. Posteriormente, yo entré en mi problema [Odebretch], mi aventura, no sé, en enero del 2016, yo me desentendí de esa vaina y no tenía cabeza sino para mis abogados y para mi problema. Yo venía una inminente captura, tengo que reconocer así. Ya OTTO BULA en marzo había hablado de mí, entonces, yo lo que yo tengo que decirle al honorable Corte confesarle eso y ponerme a disposición de ustedes” (Sic)²⁶

Posteriormente, en su indagatoria²⁷, **ELÍAS VIDAL** manifestó que conocía la actividad como contratista de **RICHARD KAMAL NÁDER**, así como la existencia de un trámite contractual en curso en **FONADE**, relacionado con vivienda y que su intervención tenía como único propósito que su amigo resultara favorecido en el mismo. Sostiene que no intervino durante el trámite contractual, ni recibió dinero alguno por la gestión

²⁵ Versión libre de 31 de mayo de 2022, Cuaderno Original No. 9, folios 185 a 188 Sala de Instrucción

²⁶ Idem récord 31:11 al 36:42

²⁷ Folios 349 a 352 C.O. No. 2 Sala de Instrucción, indagatoria rendida el 24 de octubre de 2022

realizada, que su conducta obedeció a la amistad que tenía con **NÁDER ORDOSGOITIA**.

En su versión libre rendida el 31 de mayo de 2022²⁸, el también exsenador **MUSA BESAILE FAYAD**, concordando con lo manifestado por **ELÍAS VIDAL** explicó en detalle la forma en que el partido de la U recibió como participación burocrática durante el segundo gobierno de **JUAN MANUEL SANTOS** el manejo de **FONADE** y las razones por las que dio su apoyo político para el nombramiento de **ALFREDO BULA DUMAR** como gerente de esa entidad, de manera puntual señaló:

“El magistrado FRANCISCO RICAURTE, después de la Semana Santa de 2015, cita al senador BERNARDO ELÍAS y a mi persona en el hotel Marriot de la 26. Él no me llama a mí, llama a BERNARDO ELÍAS porque él era más amigo de Bernardo que mío, y llama a Bernardo y nos cita ese hotel (sic). Nosotros llegamos con nuestro esquema de seguridad, cuando llegamos al lobby del hotel nos dimos cuenta que el magistrado RICAURTE no estaba. De inmediato “Ñño” lo llama y él dice que está en unos pisos, en los pisos altos del hotel y de inmediato se dispone a bajar. Cuando llegamos nos saluda muy formalmente, “Ñño” se va al baño, yo le pregunto por mi proceso de parapolítica, ya esto lo develé ante el proceso que llevo de estos mismos hechos. Posteriormente, cuando viene “Ñño” me dice: hombre, los he llamado porque me enteré de una noticia muy importante, me enteré que al partido de la U le van a dar la posición de FONADE, y ustedes como voceros del partido de la U, que también me enteré, me han dicho que les están mamando gallo, que la U ha presentado una cantidad de hojas de vida y ninguna de estas hojas de vida las han tenido en cuenta porque les están mamando gallo, yo tengo una estrategia para que, para el Gobierno y NÉSTOR HUMBERTO les cumpla con esa posición.

En dicha reunión del Harriot, dice el magistrado, o exmagistrado FRANCISCO RICAURTE, que él tenía una estrategia para que ... el Gobierno y NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ le cumpliera con esa

²⁸ Folios 180 al 183 C.O. No. 1, CD No. 1, Sala de Instrucción, versión libre de 31 de mayo de 2022

posición al Partido de la U, y que nosotros como voceros o compromisarios sabíamos que el Gobierno nos estaba mamando gallo. Entonces, es cuando él habla de la persona, que la persona que él tiene para eso es el señor ALFREDO BULA DUMAR, que este joven es conocido por nosotros porque sus padres son del mismo pueblo nuestro. Bernardo y yo le dijimos que sí, que sí lo conocíamos, pero que nunca había votado ni por él ni por mí, o sea no hacía parte de nuestro equipo político. Entonces, RICAURTE dice que ese joven es como hijo del magistrado GUSTAVO MALO, (...) dice que el hermano de ALFREDO BULA, que se llama CARLOS BULA, trabaja con MALO en su Despacho en la Corte y que ese nombre está avalado por el magistrado LEÓNIDAS BUSTOS, que fungía como presidente de la Corte en ese momento, el magistrado GUSTAVO MALO y por él, o sea por RICAURTE; que LEÓNIDAS BUSTOS es íntimo amigo de NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ y en el momento que la U, o nosotros como compromisarios, decidamos que le íbamos a ayudar, LEÓNIDAS BUSTOS se iba a poner al frente para empujar ese nombramiento también. Se termina la reunión, el senador BERNARDO ELÍAS, antes de salir me dice, ya no estando RICAURTE, me dice: no joda -perdóneme la expresión entre comillas-, no joda, tanto nosotros trabajar en política, rompemos el cuero en... y ahora que le van a dar algo bueno al partido, vienen estos tipos a quitárnoslos, el problema es que si no la U o nosotros no apoyamos esto se nos va a devolver el toro -eso es una expresión costeña, señora Magistrada-, Lo que se refería BERNARDO era que, si nosotros no o el partido no acompañaba, posiblemente estos magistrados se iban a molestar y como llevábamos procesos ante la Sala Penal de la Corte Suprema, de pronto se nos iba a complicar la vida...”²⁹

Refiriéndose a la conducta de tráfico de influencias que se le atribuye, señaló que conocía a **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ** y sabía que había sido nombrado en una posición estratégica en **FONADE** para ser enlace con el Congreso, pero que no llevó su hoja de vida, ni lo recomendó, ni intervino en su nombramiento, pero admitió haber ejercido influencia sobre él con el fin de que favoreciera a **RICHARD KAMAL NÁDER** o al consorcio **INTERVIVIENDAS**, informó que eso ocurrió en una reunión casual en el apartamento de **ELÍAS VIDAL**:

²⁹ CD 1 C.O. No.1 Sala de Instrucción, folios 180 al 183, versión libre mayo 31 de 2022

“En una oportunidad mi persona, de casualidad, llegó al apartamento del senador BERNARDO ELÍAS. El señor BERNARDO ELÍAS vivía en el Edificio Aqua en la calle 95 # 7 - 59. Yo tenía mi apartamento a dos cuadras, aproximadamente. Llego y me encuentro con JORGE IVÁN HENAO en el apartamento de BERNARDO. Bernardo en el momento no estaba ahí en la sala cuando yo llegué, lo saludó formalmente, lo felicitó por la posición, pero, al mismo tiempo, le reclamo y le digo: hombre, dejen de estar nombrando tanta gente del interior del país y ayudando a tanta gente al interior del país y dedíquense a ayudar a la gente de la costa, dedíquense a ayudar a la gente del partido; tú que eres costeño, que eres de la misma región nuestra, hombre, ayudemos a la gente de la región. Entonces, me dice que a él lo habían abordado unos amigos míos, entre estos amigos míos que lo abordaron está el señor RICHARD NÁDER y que RICHARD NÁDER le estaba solicitando que la ayudara (sic) con un contrato de INTERVIVIENDA. Entonces, yo le dije, es lo mínimo que puedes hacer: ayudar a alguna persona de nuestro partido y especial un amigo nuestro, yo te agradecería que ayudaras al doctor RICHARD NÁDER con eso. Y de una u otra manera influencí ante él para que ayudara al contratista NÁDER”³⁰.

Fue enfático en señalar que, aunque sabía que se trataba de un contrato, desconocía sus especificaciones o cualquier otro dato relacionado con el mismo, así como también negó haber recibido cualquier suma de dinero o haber intervenido en el trámite contractual, de hecho, señaló que el contrato de **INTERVIVIENDAS** nunca tuvo anticipos y que tiene conocimiento por los medios, que nunca inició, que fue cancelado antes de su iniciación.³¹

c) Con la finalidad de obtener cualquier beneficio

La concurrencia de este tercer elemento estructural de la conducta en el caso concreto, no ofrece mayor dificultad, pues a

³⁰ Ídem. Parte dos, récord 6:22 al 6:48

³¹ Ídem tercera sesión récord 0:59

partir de los mismos elementos referenciados en precedencia se puede afirmar sin dubitación alguna que el fin perseguido con la influencia ejercida por los entonces senadores sobre **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ** era direccionar la atención de la entidad contratante hacia las pretensiones de su amigo **RICHARD KAMAL NÁDER** y del consorcio **INTERVIVIENDAS**, a fin de propiciar las condiciones para que dicha asociación empresarial pudiera resultar favorecida con la adjudicación del contrato de su interés a cargo de **FONADE**.

Si bien, de las pruebas acopiadas se colige que pudieron cometerse otras ilicitudes por personas distintas a los aforados a efecto de obtener el beneficio perseguido, como se desprende del contenido de interceptaciones que fueron traídas a esta actuación como pruebas trasladadas de la investigación que la Fiscalía General de la Nación adelantó en contra de no aforados³², algunos servidores públicos de la entidad habrían recibido pagos para realizar acciones contrarias a la ley, con independencia de ello, en lo atinente al delito de TRÁFICO DE INFLUENCIAS aquí analizado, éste se advierte consolidado sólo con la indebida intermediación ejercida por los congresistas, no solo admitida por estos, sino también documentada en las citadas interceptaciones, resultando importante precisar que no resulta relevante que el contrato con respecto al cual se ejercieron las mismas se haya realizado o no.

³² Informes de análisis de información obtenida a partir del control de comunicaciones efectuadas desde los abonados 3008032900 y 3012292119 utilizados al parecer por Richard Kamal Náder y Ronald Rafael Ruiz de León, CD1/rad.53176/ cuadernos 2 y 9 Sala de Instrucción.

Lo anterior, porque nos encontramos frente a un comportamiento delictivo de mera conducta, pues según lo ha decantado la jurisprudencia de manera reiterada y pacífica³³, basta la potencial finalidad de lograr la ventaja pretendida para que se entienda realizada la conducta.

d) La influencia debe recaer en otro servidor público que este conociendo o haya de conocer el asunto del cual se busca obtener el beneficio.

La verificación de la concurrencia de este requisito tampoco ofrece mayor dificultad, pues la misma persona sobre quien se afirma se ejerció la indebida influencia, **JORGE IVÁN HENAO ORDOÑEZ** advirtió que, para el momento de la ocurrencia de la conducta objeto de análisis, él se desempeñaba como asesor y hombre de confianza del entonces director de **FONADE**, el señor **ADUEN ÁNGEL**, y lo era por su conocimiento sobre el manejo de la institución, lo cual le permitía solicitar información a cualquiera de sus dependencias, incluida aquella en que se manejaban los procesos contractuales que es la que interesa para los fines de esta sentencia, y así direccionar, como lo hizo con **RICHARD KAMAL NÁDER ORDOSGOITIA**, a fin de que este acudiera ante los funcionarios correspondiente para posibilitar la obtención de aquello que era de su interés en materia contractual, según lo expresó:

“Básicamente asesorarlo en cuanto en la parte técnica, porque yo soy un hombre técnico, soy ingeniero civil, muchas veces ellos no tienen como el conocimiento técnico de cómo se maneja o con qué criterio porque ellos no lo dan pero hay muchas personas que van a hacer un control sobre lo que pasa

³³ Ver AP3080-2018 rad. 49755; AP2388-2018 rad. 52732; AP 1819-2018 Rad. 51052, entre otros

y ellos no saben qué responder, entonces uno busca la información a las áreas respectivas y va y se la plantea técnicamente a las personas que pedir la información y también asistía a las reuniones, como un hombre de confianza y me convertí en una persona de confianza de él y una de las ventajas para él era que yo conocía el manejo de la entidad, como el fuerte, lo realmente difícil de las entidades allá abajo, porque muchas veces los directores no saben, las cabezas de las entidades del Estado no saben cómo es el funcionamiento de las entidades, donde están los cuellos de botella, dónde está esto, por qué se estanca esto aquí, por qué se estanca esto acá ... cuando usted me refiere el audio donde yo doy una dirección que es donde se remite el contratista, porque faltaban pocas horas para hacer llegar una documentación y no había sido allegada en los audios, pues ahí está la dirección de la persona a la cual yo mandé al contratista hacia allá (...)"³⁴

Resulta oportuno recalcar que fue el propio **JORGE IVÁN HENAO** quien informó, de manera clara y coherente, que los aquí procesados le dieron indicaciones, que él entendió como una orden, para que ayudara a **NÁDER ORDOSGOITIA**, lo que él efectivamente atendió desplegando su actuar en procura de favorecer sus pretensiones, como se lo solicitaran los exsenadores incriminados, accionar que consistía en obtener la adjudicación del contrato de interventoría, en lo que podía incidir dada su condición de asesor del Director de **FONADE**.

Si lo anterior no fuera suficiente, vale la pena destacar que dentro de la actuación obran las transliteraciones de las interceptaciones de comunicaciones a varias personas, entre ellas **RICHARD NÁDER**, de las que se evidencia que al interior de **FONADE** se presentaban manejos irregulares, incluso con referencia concreta a la posibilidad de obtener de los aquí procesados el apoyo necesario para direccionar la contratación a favor de su amigo, conducta ilícita admitida por los exsenadores en sus respectivas versiones libres, ratificada en las indagatorias

³⁴ Declaración de Jorge Iván Henao Ordoñez, Cd. 1 récord 34:44, 1:18:46

y en las diligencias de formulación de cargos para sentencia anticipada.

e) El tipo subjetivo.

Acorde con la prueba testimonial, especialmente el testimonio de JORGE IVAN HENAO ORDÓÑEZ, las interceptaciones telefónicas y la documental allegada, a la cual se ha hecho referencia en el cuerpo de este pronunciamiento, a la Sala no le asiste duda que los procesados **BESAILE FAYAD** y **ELÍAS VIDAL** no sólo conocían los elementos integrantes del tipo objetivo, sino que de manera libre, consciente y voluntaria decidieron llevarlo a cabo.

Es así como, en tratándose de profesionales con vasta experiencia en el sector público, conforme ellos mismos lo refirieron en sus versiones libres e indagatorias, puede la Sala afirmar que era ampliamente conocedores, que utilizar indebidamente, en el caso de examen en provecho de un tercero, de influencias derivadas de sus cargos como legisladores, de otros servidores públicos configura el delito de tráfico de influencias, pese a lo cual, voluntariamente quisieron su realización.

En lo que respecta a **MUSA BESAILE**, baste reiterar que, cuando en sus distintas intervenciones procesales se refirió a la conducta de tráfico de influencias a él atribuida, no solamente señaló conocer **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ**, sino que también hizo referencia al nombramiento de este en una posición estratégica en **FONADE** y sin dubitación alguna afirmó haber

ejercido influencia sobre él con el fin de que favoreciera al contratista **RICHARD KAMAL NÁDER** o al consorcio **INTERVIVIENDAS**, pues aunque señala que no sabía de qué contrato se trataba, si fue enfático en señalar que la influencia que ejerció sobre el servidor público lo fue con el fin de favorecer los intereses contractuales de **RICHARD NADER**, recuérdese que textualmente indicó *“Entonces, yo le dije, es lo mínimo que puedes hacer: ayudar a alguna persona de nuestro partido y especial un amigo nuestro, yo te agradecería que ayudaras al doctor RICHARD NÁDER con eso. Y de una u otra manera influencié ante él para que ayudara al contratista NÁDER”*³⁵.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con **ELÍAS VIDAL** también desde su versión libre y en su indagatoria admitió su intervención ilegal para favorecer en la contratación que era de su interés a **NÁDER ORDOSGOITIA** por lo que este le pidió que le ayudara en **FONADE**, a lo cual accedió realizando una llamada a **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ**, para que interviniera en el trámite contractual de **INTERVIVIENDAS**, sin que para la Sala exista duda alguna en cuanto a que el exsenador conocía los elementos del tipo y de manera consciente quiso su realización, aserto al que se arriba a partir de lo dicho en sus salidas procesales por el acusado quien manifestó: *“le pido perdón al país, pido perdón al país, por esa, por esa presión indebida. Yo presioné, no sé si los problemas que tenía en ese entonces (...), abril, mayo, cuando se dieron los temas de Intervivienda, por los cuales estamos aquí, en una llamada, a una, en una ocasión, una sola vez, que tengo que reconocerlo, una sola vez, se lo dije al señor JORGE IVÁN HENAO, porque el señor RICHARD NÁDER, quién era de Sahagún, contratista de Sahagún o dueño de empresa, qué sé yo, me llamaba mucho y me decía que lo ayudara con el tema de INTERVIVIENDA, que él tenía una empresa participando, que tal cosa y que JORGE IVÁN HENAO no le quería colaborar. En una ocasión me cogió con los*

³⁵ Ídem. Parte dos, récord 6:22 al 6:48

cables cruzados, como decimos en la costa coloquialmente, como con mal genio, y yo agarré el teléfono y se lo dije. ...Tengo que reconocerlo y le pido excusa a usted señora Magistrada y al país por esa actuación indebida que realicé, en una ocasión solo lo dije, y se lo dije y con eso de que JORGE IVÁN hizo caso, por lo que vi, y entregó eso”³⁶

Lo anterior se encuentra corroborado por la declaración del servidor público sobre quien se ejerció la indebida influencia, que no solamente admitió su ocurrencia, sino que, la interpretó como una orden. Y, también por el coacusado **MUSA BESAILE** quien indicó que, en una oportunidad en el apartamento de **BERNARDO ELÍAS**, éste le habría pedido atender a **NADER ORDOSGOISTIA**, sin duda, para tratar el mismo tema.

Adicionalmente, la formación profesional y la experiencia de los procesados en el sector público permiten colegir que no solo estaban familiarizados, sino suficientemente instruidos sobre los elementos del tipo penal de la conducta de tráfico de influencias de servidor público, y sin embargo, voluntariamente lo hicieron.

Conforme con lo anterior, la Sala da por acreditado en grado certeza que los acusados actuaron con dolo, resultando por tanto incontrovertible la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo de delito tráfico de influencias de servidor público.

³⁶ Versión libre de 31 de mayo de 2022, Cuaderno Original No. 9, folios 185 a 188 Sala de Instrucción

f) De la antijuridicidad

El artículo 11 del Código Penal, establece que, “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa, el bien jurídico tutelado por la ley penal”.

Como se desprende de la norma en cita, nuestra legislación acoge una concepción dual de la antijuridicidad (formal-material), bajo el entendido que para que la conducta típica sea antijurídica no basta con que sea contraria a derecho, sino que además debe lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el legislador.

Así las cosas, no cabe duda que la conducta desplegada por los aforados **MUSA BESAILE** y **ELÍAS VIDAL**, no solo fue contraria a derecho en tanto que como autores del delito de tráfico de influencias de servidor público, descrito y sancionado en el artículo 411 del Estatuto Punitivo, acorde con lo expuesto en precedencia, sino que, sin justificación jurídicamente atendible, lesionaron el bien jurídico de la administración pública protegido por la norma penal.

En efecto, el actuar de los aforados lesionó sin justa causa el bien jurídico protegido, pues su accionar se encuentra en contravía de los principios que rigen la administración pública: moralidad, eficiencia, autonomía, independencia, igualdad, imparcialidad, transparencia, por su injerencia indebida sobre el servidor público que podía usar para sus intereses, o los de su amigo **KAMAL NADER**.

De cara al análisis de la antijuridicidad material la faceta del bien jurídico que se ve afectada con este comportamiento es la administración pública en su correcto funcionamiento ya que al desbordar el legítimo ejercicio de sus atribuciones y servir a los intereses particulares desnaturaliza la labor de la administración.

g) De la Culpabilidad

Efectuado el análisis en torno a la tipicidad y antijuridicidad, corresponde a la Sala pronunciarse sobre la culpabilidad. Este principio constituye el juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica, y *“debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal de acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer”* (Sentencia C-181 de 2016).

El fundamento constitucional de la culpabilidad se encuentra en el artículo 29 de la Constitución y en el principio de presunción de inocencia, conforme al cual *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”*.

En palabras del tratadista Enrique Bacigalupo, constituye “(...) el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”³⁷.

Por su parte Zaffaroni, define la culpabilidad como “(...) “un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de determinación con que actuó. De ello se sigue que el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto sino ha sido resultado de su libre autodeterminación y que no puede hacérselo en medida que supere el ámbito de determinación, sea un mínimo requisito de racionalidad”.³⁸

En este punto, se tiene que la culpabilidad se entiende como «un reproche o censura contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es»³⁹. En este sentido, la acción puede ser considerada como culpable cuando el autor ha decidido con libertad cometerla. Es decir, cuando ha elegido con autonomía realizar aquella y no otras que también podría haber ejecutado.

De tal suerte que el componente de la conciencia o conocimiento de la ilicitud de la conducta hace parte del elemento de culpabilidad, al igual que la imputabilidad del agente y la exigibilidad de conducta diferente a la asumida.

De conformidad con las pruebas recaudadas, y de manera muy particular de lo dicho por los procesados en las versiones libres y

³⁷ Bacigalupo, E. Principios de derecho penal 3ª edición. Akal/iure, 1994, Pág. 298.

³⁸ Zaffaroni E., Alagia A., Slokar A., Manual de derecho penal, Parte General, Buenos Aires, ed. Ediar-Temis, 1ª. Edición, p. 504.

³⁹ CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497. Reiterado en CSJ SP3218, 28 jul. 2021, rad. 47063.

en las injuradas, no hay lugar a duda que los exsenadores **MUSA BESAILE FAYAD** y **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** gozaban de la capacidad de comprender la ilicitud de su proceder y de la facultad de autodeterminación frente a tal comprensión, es decir que en términos razonables se encontraba en condiciones de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. Además, en virtud de su formación académica, amplia experiencia profesional y el desempeño como congresistas, la Sala concluye que tenían pleno **conocimiento de la ilicitud** de su conducta; su actividad como legisladores les suministraba el conocimiento suficiente sobre el indebido tráfico de influencias de servidor público, y aun así, decidieron apartarse de esa normativa, comprendiendo la ilicitud que ello comportaba, sin miramiento alguno, distinto a la desviación del interés general por el interés particular, propiciando con su actuar el desconocimiento de la transparencia, moralidad e imparcialidad que deben guiar la actividad del Estado.

De lo actuado emerge con claridad que cuando los aforados **MUSA BESAILE** y **ELÍAS VIDAL** decidieron, cada uno de manera individual, la realización de acciones encaminadas a la utilización indebida de las influencias derivadas de sus cargos como senadores de la República, las que recayeron sobre otro funcionario público, el asesor de gerencia de **FONADE**, para que este gestionara o facilitara las condiciones para que le fuera adjudicado un contrato de interventoría a su amigo **RICHARD KAMAL NÁDER ORDOSGOITIA**, obraban con culpabilidad, atendiendo que en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica gozaban de la capacidad para comprender su ilicitud y de la facultad de determinarse conforme tal comprensión

(artículo 33 del Código Penal), de donde surge que son **imputables**.

Resulta claro, entonces, que a **MUSA BESAILE FAYAD Y BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** como senadores de la República para la época de los hechos, **les era exigible un comportamiento diferente** al mostrado y ajustado a derecho, pero de forma voluntaria optaron por alejarse del mismo e ir en contravía de lo que sabían con claridad el mandato constitucional y legal les conminaba acatar, emergiendo el juicio de reproche que conduce a su declaratoria de responsabilidad por el delito de tráfico de influencias de servidor público.

Así las cosas, queda demostrado en el grado probatorio que demanda la ley que la conducta desplegada por los acusados, además de típica y antijurídica es culpable, admitiendo el juicio de reproche que a través de este proveído se les hace.

4.2. El delito de interés indebido en la celebración de contratos

En este acápite se analizará lo relativo al punible de interés indebido en la celebración de contratos atribuido y aceptado por el exsenador **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, en calidad de interviniente.

La conducta punible se encuentra contenida en el artículo 409 del Código Penal, resultándole aplicable la norma original

contemplada en la Ley 599 de 2000, sin el aumento de la Ley 890 de 2004, así:

“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”⁴⁰.

En punto a la estructura del delito, en primer lugar procede la verificación del sujeto activo cualificado jurídicamente, esto es, la de *servidor público*, quien dentro de sus competencias funcionales deba intervenir ya sea por razón de su cargo o de sus funciones.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 123⁴¹ ha dispuesto quienes son servidores públicos, citando a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, norma que es reproducida en el inciso 1° del artículo 20 del Código Penal⁴².

Igualmente debe considerarse que la norma superior señala que, los servidores públicos, deben estar al servicio del Estado y de la comunidad, resultando importante resaltar lo previsto en el

⁴⁰ Artículo 409 Ley 599 de 2000, texto original

⁴¹ “Artículo 123.-Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

⁴² “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”

artículo 209 de la Constitución Política⁴³ que hace alusión al interés por el cual debe propender el servidor público, en el sentido que la función administrativa está al servicio de los intereses generales.

4.2.1. El caso concreto

a) Sujeto Activo

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, tenemos que, al exsenador **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** a pesar de que para el momento de realización de la conducta ostentaba la condición de servidor público, el delito de interés indebido en la celebración de contratos no le fue atribuido a título de autor directo, sino como autor interviniente, pues era otro sujeto agente el que guardaba una relación funcional con la contratación y administración de los recursos públicos.

La Sala de Casación Penal de esta Corporación, en punto a lo anterior, ha señalado:

"... no sobra recordar que en la realización de los hechos punibles pueden concurrir los autores y los partícipes -art. 28 C.P.-. Autor es quien realiza la conducta por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. También lo es quien ostenta la representación autorizada o de hecho de una persona jurídica, ente jurídico o persona natural, que realice la conducta punible -art. 29 C.P.-.

⁴³ artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Son partícipes el determinador y el cómplice. El primero instiga a otro a realizar la conducta antijurídica y el segundo contribuye a su realización o presta ayuda posterior, previo acuerdo o conocimiento de la misma —art. 30 C.P.—.

Algunos hechos punibles pueden ser realizados por cualquier persona —delitos comunes— y otros sólo pueden ser cometidos por sujetos con una particular condición o calidad — delitos especiales o de sujeto activo calificado-. Para esta última hipótesis el legislador nacional estableció la figura del interviniente con el propósito de sancionar, aunque con pena más benigna, al sujeto que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre a su realización —inciso 4o art. 30 C.P. — De esta manera, en el sistema jurídico nacional, el interviniente en los delitos especiales o de sujeto activo calificado responde penalmente, aunque no tenga la calidad específica exigida en el tipo penal.”⁴⁴

Ha sido prolija la Sala de Casación Penal de esta Corporación al referirse a esta categoría de intervención:

“Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”⁴⁵.

⁴⁴ CSJ AP, 30 oct. 2019, rad. 55244

⁴⁵ CSJ SP, 08 Jul 2003. Rad. 20704, reiterada en CSJ SP 28 oct 2009, Rad. 31263; CSJ AP 6379-2014; CSJ AP 7405-2014; CSJ SP 12019-2015; AP778-2019, 27 feb 2019.

En decisión posterior, sobre esta forma de participación la alta corporación señala:

“De esta manera, conforme a la jurisprudencia actual de la Sala, la figura del interviniente es un recurso normativo para distinguir a quien, naturalísticamente, realiza el verbo rector de la descripción típica, como (co)autor y, por lo tanto, ejerce dominio o codominio funcional o material de la conducta. Sin embargo, se trata de un sujeto activo que desempeña ese papel en delitos especiales, es decir, en aquellos que exigen sujeto activo calificado, sin contar con la calidad jurídica, profesional o natural exigida por el tipo respectivo.

El interviniente, por lo tanto, más que una forma de participación fenomenológicamente diferenciada, es un modo de catalogar la actuación del coautor que, sin la cualificación legislativamente exigida, concurre a la realización de un tipo especial. Por esta razón, la participación a título de interviniente supone la previa verificación de que se ha actuado, realmente, bajo los supuestos fácticos de la coautoría. Si ello no es verificado, no hay modo alguno de graduar el desvalor de la conducta al amparo de dicha figura”.⁴⁶

....

“...dicho dispositivo amplificador de la autoría presupone que el sujeto “asista la ejecución del verbo rector realizando la conducta como suya, es decir, como un verdadero autor, ejerciendo cierto dominio o codominio funcional o material sobre la comisión del ilícito”.

Por ello encuentra esta Sala correcta la forma de participación atribuida a **ELÍAS VIDAL**, pues este no tenía como función asignada, constitucional ni legalmente, intervenir en los procesos contractuales que adelantaba la entidad estatal, no obstante, como adelante se verá, agotó el verbo rector previsto por el tipo penal del artículo 409 de la Ley 599 de 2000.

⁴⁶ CSJ SP2551-2022, 21 jul. 2022, Rad. 58225.

La anterior afirmación se fundamenta en que **BERNANDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, utilizando su condición de senador de la república para la época de los hechos, procuró que los servidores públicos adscritos a **FONADE**, a cuyo cargo se encontraba la tramitación y celebración del contrato de interventoría No. 2017624, accedieran a la estrategia planeada por **RICHAR KAMAL NÁDER ORDOSGOITIA**, para controlar el proceso contractual, desde la invitación que debía realizar la entidad para la presentación de propuestas, asegurándose que esta llegara a empresas controladas por él, y según consta en las interceptaciones telefónicas, manipulando la posibilidad de subsanar las propuestas o abstenerse de hacerlo a fin de dar ventaja al consorcio al que pretendía favorecer, lo cual le podría asegurar que el seleccionado fuera el consorcio **INTERVIVIENDAS**, para lo cual contactó telefónicamente a su recomendado **HENAO ORDÓÑEZ** para hacerle expreso su deseo de que la asociación empresarial agenciada por **RICHARD NÁDER** fuera la adjudicataria del mencionado negocio jurídico, por lo que sin dubitación alguna se afirma que su actuar concretó la conducta censurada en el citado precepto, al interesarse indebidamente en la escogencia del contratista.

b) Sujeto pasivo

Atendiendo a que el bien jurídico tutelado es la administración pública, cuyo titular es el Estado, es este el sujeto pasivo, concretamente, la entidad en la que se adelantó el proceso contractual (**FONADE**), pues la finalidad establecida por el legislador ha sido preservar los postulados constitucionales que orientan la función administrativa, es decir, de acuerdo con los

principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; así como también la prevalencia de los principios generales de la contratación, especialmente los de transparencia, imparcialidad y selección objetiva

c) El interés

Siguiendo con el análisis del tipo, la conducta reprochable está determinada por el verbo rector *interesarse*, bien sea en beneficio personal o en provecho de un tercero, comportamiento que se configura a partir de un propósito indebido, mediante actuaciones enmarcadas por fuera de los fines previstos por el ordenamiento legal, esto es, del interés general.

En relación con la forma en que se exterioriza o se materializa ese interés, la Corte Constitucional, en sentencia C-128 de 2003⁴⁷, puntualizó:

“3.4.1 El sujeto activo del delito es el servidor público, sometido como ya se dijo a precisas obligaciones en relación con el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y a quien corresponde en sus actuaciones en materia contractual asegurar exclusivamente la realización del interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos deba perseguirse de manera específica por la actividad contractual en el que interviene.

3.4.2 La conducta reprochada al servidor consiste en el hecho de que éste se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o de sus funciones.

Ello implica la actuación del servidor público con miras a la obtención de un determinado resultado que beneficie al propio agente o a un tercero.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-128, febrero 18 de 2003

Ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas del mismo por parte del servidor, las cuales en la medida en que traducen el abandono por el servidor de sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual evidencian la configuración de la conducta reprochada penalmente.

Cabe precisar al respecto que el verbo a que alude la norma es el verbo “interesar” dentro de cuyas acepciones figura las de “dar parte a uno en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”, así como “hacer tomar parte o empeño a uno en los negocios o intereses ajenos como si fueran propios” y en que el pronominal es “adquirir o mostrar interés por alguien o algo”⁴⁸.

El tipo penal no sanciona entonces los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor público.

3.4.3 El momento consumativo del delito lo constituyen las actuaciones del servidor que evidencian ese interés” (Negrillas fuera de texto).

En este delito, conforme con lo dicho por la Corte Constitucional, lo que es objeto de reproche es el desconocimiento del deber por parte del servidor público, que su proceder se oriente buscando el provecho propio o se ponga al servicio de intereses particulares de terceros.

El tipo penal contiene también un elemento descriptivo, que se concreta en “*cualquier clase de contrato u operación administrativa*”, objeto material que debe requerir la intervención del agente “*por razón de su cargo o sus funciones*”, en cualquier etapa de la actividad contractual desde el inicio de la etapa precontractual hasta la liquidación del mismo.

⁴⁸ Ver Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima primera edición página 1179.

En consecuencia, la adecuación típica se configura cuando *el servidor público desborda el marco de la ley que lo obliga a buscar el interés general en el proceso de formación, celebración, ejecución o terminación del contrato, dentro del cual debe intervenir en razón de su cargo o de sus atribuciones; y actúa estimulado por motivos distintos, en provecho propio o de un tercero*⁴⁹.

La jurisprudencia de esta corporación⁵⁰ ha precisado que el tipo penal bajo examen es de *mera conducta*, por lo tanto, para su consumación no se requiere un perjuicio para la administración pública, sobre el particular ha precisado:

“(…)

*Además, que se está ante un injusto de mera conducta y, por tanto, no requiere un perjuicio concreto al bien jurídicamente tutelado, pues lo que se sanciona es la prevalencia del interés particular del funcionario que interviene, sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación.”*⁵¹

En síntesis, de lo dicho en precedencia se tiene que, para la configuración del delito de interés indebido en la celebración de contratos, resulta suficiente comprobar que la actuación desplegada por el servidor público se encuentre por fuera del marco legal y jurisprudencial que se debe perseguir en los procesos de contratación estatal, esto es, del interés general, el

⁴⁹ CSJ AP1938-2017, marzo 23 de 2017, Rad. 34282A.

⁵⁰ ver decisiones CSJ SP10698–2014, 13 agosto 2014, rad. 38438 y CSJ SP4134–2016, 6 abril 2016, rad. 42001, entre otras.

⁵¹ CSJ SP2025-2018, junio 6 de 2018, Rad. 47603.

cual debe prevalecer al momento de intervenir, ya sea en razón de su cargo o de sus atribuciones.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, atendida la valoración integral de la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, esto es, la prueba testimonial, las documentales que demuestran que **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ**, ingresó en diversas oportunidades, antes y después de que se iniciara el proceso contractual, al apartamento en que residía **ELÍAS VIDAL**, las interceptaciones telefónicas y la confesión expresada de manera libre, consciente, voluntaria, e informada por parte de este, se llega a la inequívoca conclusión de la efectiva y protagónica intervención del aforado, quien se interesó para que al interior de **FONADE**, de manera irregular, se tuvieran en cuenta las empresas que formaban parte del consorcio que representaba **RICHARD KAMAL NÁDER ORDOSGOITIA** para que se le adjudicara el contrato de interventoría en materia de vivienda, concretamente el de "DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO EN EL MARCO DE LA FASE II DEL PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA - Grupo No. 2"

Corrobora lo anterior, el hecho probado que **ELÍAS VIDAL** conocía a **RICHARD KAMAL NÁDER** y sabía que éste se dedicaba no sólo a su ejercicio profesional como médico, sino además como contratista; según lo manifestó en sus diferentes intervenciones porque eran del mismo municipio, amistad que fue aprovechada por el particular para solicitarle, en varias ocasiones, ayuda con un interés específico en un contrato de interventoría cuyo trámite no había iniciado, pero que sabía tendría que darse por cuanto

ya se había adjudicado el contrato de obra cuyo objeto era la construcción de viviendas.

Según el propio procesado lo manifestó, La petición que le hizo a **JORGE IVÁN HENAO**, fue en dos sentidos: (i) para que como funcionario de **FONADE** recibiera y le ayudara a su amigo **NÁDER ORDOSGOITIA**, y (ii) de manera específica para atender la petición de invitar a determinadas empresas para asegurar la adjudicación de la interventoría al contrato de “vivienda” que su amigo contratista pretendía, exteriorizando de esta manera su interés en la adjudicación del contrato, debiéndose advertir que hasta aquí llegó su accionar, toda vez que no participó en las incidencias del trámite en sí mismo.

Lo anterior no es una elucubración de la Sala, es lo que emerge de la confesión que realizó **ELÍAS VIDAL**, de manera clara y coherente:

“...Yo presioné, no sé si los problemas que tenía en ese entonces (...), abril, mayo, cuando se dieron los temas de INTERVIVIENDA, por los cuales estamos aquí, en una llamada, a una, en una ocasión, una sola vez, que tengo que reconocerlo, una sola vez, se lo dije al señor JORGE IVÁN HENAO, porque el señor RICHARD NÁDER, quién era de Sahagún, contratista de Sahagún o dueño de empresa, qué sé yo, me llamaba mucho y me decía que lo ayudara con el tema de INTERVIVIENDA, que él tenía una empresa participando, que tal cosa y que JORGE IVÁN HENAO no le quería colaborar. En una ocasión me cogió con los cables cruzados, como decimos en la costa coloquialmente, como con mal genio, y yo agarré el teléfono y se lo dije. Tengo que reconocerlo y le pido excusa a usted señora Magistrada y al país por esa actuación indebida que realicé, en una ocasión solo

lo dije, y se lo dije y con eso de que JORGE IVÁN hizo caso, por lo que vi, y entregó eso. Pues, eso es lo que tengo que decirles sobre esto...”⁵².

Y se confirma con la declaración de **JORGE IVÁN HENAO ORDÓÑEZ**, quien manifestó que **ELÍAS NADER** se comunicaba y se reunía con él, seguramente porque **RICHARD NÁDER** le pedía a **MUSA BESAILE** que interviniera, esto último no pasa de ser una apreciación personal del testigo, porque lo que se encuentra demostrado es que mediante llamadas telefónicas y reuniones el investigado **ELIAS VIDAL** realizó la influencia indebida a fin de que se atendiera a **NÁDER ORDOSGOITIA**, como efectivamente se hizo, cuya finalidad era favorecerlo con la adjudicación del contrato de interventoría que este pretendía, como efectivamente sucedió.

d) Tipo subjetivo

Por su parte, el tipo subjetivo requiere que la acción sea desplegada a título doloso, esto es, que el servidor público proceda con conocimiento y voluntad de lo que hace, el artículo 22 de nuestra codificación penal define el dolo como la conducta realizada por el agente cuando conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, conjugando así los aspectos cognitivo y volitivo, es decir un dolo avalorado que abarca el conocimiento del aspecto objetivo del tipo, circunstancias que se predicen plenamente en el caso del exsenador.

⁵² Record. 31:11 C.O. No. 1 CD No. 1, rad. 53176, versión libre 31 de mayo de 2022

No cabe duda que el proceder de **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** fue a título doloso, pues con conocimiento de que los hechos desplegados para direccionar la adjudicación del contrato de interventoría, constituían un interés ilícito, contrario a la constitución y la ley, dirigió su voluntad plena a concretar todos los actos que garantizaran que su amigo contratista fuera el adjudicatario del mismo, en desmedro del beneficio común que se constituye en el norte de la actividad estatal,

e) Antijuridicidad

Tal y como se precisó en otra parte de esta providencia, el artículo 11 del Código Penal, establece que, “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa, el bien jurídico tutelado por la ley penal”⁵³.

De lo actuado, se desprende con meridiana claridad que la conducta desplegada por **ELÍAS VIDAL**, no solo fue contraria a derecho en tanto su conducta encuadra en el delito de interés indebido en la celebración de contratos, descrito y sancionado en el artículo 409 del Código Penal, sino que sin justificación jurídicamente atendible, lesionó el bien jurídico de la administración pública protegido por la norma penal, en tanto desconoció abiertamente los principios que la rigen: moralidad, eficiencia, autonomía, independencia, igualdad, imparcialidad y transparencia, al interesarse indebidamente en la tramitación del contrato de interventoría referenciado, para favorecer a su amigo **KAMAL NADER**.

⁵³ Artículo 11 Ley 599 de 2000

Si lo anterior no fuera suficiente, en su indagatoria rendida el 24 de octubre de 2022, el procesado, refiriéndose a la forma en que intervino para cumplir la finalidad de favorecer a **NÁDER**, relata cómo orientó su conducta a que ello efectivamente ocurriera, ayudando incluso con la revisión y entrega de unos documentos necesarios para cumplir su propósito:

“...yo me los llevo a la entidad [los documentos], hago que les hagan una verificación, la verificación que le dije con antelación técnica jurídica y financiera, a ver si pasan los filtros iniciales a ver si pueden ser convocados o no a las invitaciones ... pero el inconveniente principal fue ese, el proceso se iba a caer porque durante el proceso de evaluación, hicieron falta unos documentos o algo así, hacía falta por anexar algo y se iban a acabar las horas o el tiempo requerido para anexar la información y no lo habían anexado, entonces ellos tratan de comunicarse con una persona que ahí aparece como el CORDOBITA, ese señor tenía el teléfono apagado, entonces me buscan a mí, yo tengo muchos o tenía muchos problemas con ellos porque no contestaban los teléfonos, entonces es allí donde yo mando y yo le digo a RICHARD que por favor vaya a la casa del señor FELIPE RODRÍGUEZ, que vaya el contratista o la persona que vaya a anexar el documento y que traten de solucionar eso en la medida de lo posible, o sea ya porque si no eso se iba a dar por declarado desierto y ahí sí se me venía una guerra de Troya mí... que FELIPE que trabajaba en la entidad, los guiara y les dijera cómo podían hacer para solucionar el impase, en realidad si usted me pregunta a mí, yo tenía el contexto que era un papel que hacía falta para allegar, no más no sé si era otra cosa diferente, para ellos era muy fácil decir de por qué no había salido una cosa y por qué no se hacía esto así ... efectivamente la persona llega donde Felipe Rodríguez y solucionan el problema en la casa de Felipe solucionan el problema, la adjudicación del contrato se da...”⁵⁴.

Es de precisar que mediante prueba documental se estableció que el contrato de interventoría No. 2017624⁵⁵ fue

⁵⁴ Indagatoria rendida el 24 de octubre de 2022, récord 1:21:25 y ss.

⁵⁵ Folio 150 a 168 C.O. No. 1 rad. 53176 cuaderno Original No. 9 elementos materiales probatorios/cuaderno No. 10.

suscrito el 8 de mayo de 2017, entre el subgerente técnico Tercero **ANTONIO DE HOYOS GUAYAZÁN** en representación de **FONADE** y **JUAN FELIPE MORALES TAVARES**, representante legal de **INTERVIVIENDAS**.

La conducta ejecutada por **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, a la que nos referimos en este acápite, es concursal con la de tráfico de influencias, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, sobre el particular ha señalado:

“La conducta del traficante de influencias es determinable y autónoma en el ejercicio indebido de su posición preponderante de poder o superioridad, razón por la cual, para la estructuración del delito de tráfico de influencias no es necesario establecer si el propósito o finalidad de la indebida influencia comporta la realización de otras actividades delictivas.

Pero si el influenciador además de influenciar indebidamente, realiza actos ilícitos sucesivos e independientes, destinados a cristalizar o materializar sus propósitos y finalidades, se tipificarían otros delitos...”⁵⁶

f) Culpabilidad

Tal y como se señaló en otro aparte de esta providencia, este principio constituye el juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica, su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Constitución y en el principio de presunción de inocencia, conforme al cual “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”.

⁵⁶ CSJ Sala de Casación Penal, Rad. 34.474, 27 de agosto de 2020

Lo anterior significa que la acción puede ser considerada como culpable cuando el autor ha decidido con libertad cometerla. Es decir, cuando ha elegido con autonomía realizar aquella y no otras que también podría haber ejecutado.

Tal y como ha quedado reseñado en precedencia, el caudal probatorio es más que suficiente para concluir que **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** gozaba de la capacidad de comprender la ilicitud de su proceder y de la facultad de autodeterminación frente a tal comprensión, dadas sus condiciones personales podía actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. Además, como se dijo al referirnos al delito de tráfico de influencias, por su formación académica, experiencia profesional y el desempeño como congresista, la Sala concluye que tenían pleno **conocimiento de la ilicitud** de su conducta; su trayectoria como senador de la República le brindaba el conocimiento suficiente sobre el interés indebido en la celebración de contratos, y sin miramiento alguno, distinto a la desviación del interés general por el interés particular, desconociendo los principios que deben guiar la administración pública.

Queda claro que **ELÍAS VIDAL**, obró con culpabilidad, atendiendo que en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica gozaba de la capacidad para comprender su ilicitud y de la facultad de determinarse conforme tal comprensión (artículo 33 del Código Penal), de donde surge que es **imputable**.

Emerge entonces diáfano, que a **BERNARDO MIGUEL**

ELÍAS VIDAL como senador de la República para la época de los hechos, **le era exigible un comportamiento diferente** al mostrado y ajustado a derecho, pero de forma consciente y voluntaria optó por alejarse del mandato constitucional y legal que estaba obligado a acatar, emergiendo el juicio de reproche que conduce a su declaratoria de responsabilidad por el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

5. Dosificación Punitiva

Para el presente asunto, se aplicarán las penas previstas por la ley 599 de 2000, sin los aumentos punitivos dispuestos por la Ley 890 de 2004, con fundamento en las razones anteriormente expuestas.

1

Antes de abordar la individualización de pena que corresponde a cada uno de los delitos, es necesario precisar que, aunque en las actas de formulación de cargos para sentencia anticipada⁵⁷ se indica que en los punibles atribuidos y aceptados por los aforados concurre la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en artículo 58 numeral 9 del Código Penal, esto es “la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio” ni en estas, ni en las indagatorias,⁵⁸ se establece el parámetro fáctico que a juicio de la Instructora consolida la configuración de la agravante bajo examen, no se advierte que se destaque bajo qué particularidades se estructura la condición

⁵⁷ Folios 531 al 542, y 545 al 547, C.O. No. 3 Sala Especial de Instrucción.

⁵⁸ CD'S obrantes a folios 352 y 356 C.O. No. 2 Sala Especial de Instrucción

distinguida por virtud de la posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

Ante tal carencia, lo que se advierte es que no fueron imputadas con la autonomía fáctica y argumentativa que les es propia para dar lugar a su estructuración y permitir un adecuado contradictorio, pues aunque se menciona, se hace sin dotarla de contenido, como si per se acompañaran el cargo ostentado por los procesados, cuando en realidad fueron tenidas en cuenta por el legislador como situaciones con plena autonomía y sentido, seleccionadas para configurar la posición distinguida que el procesado ocupa en la sociedad.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha sido enfática al señalar:

“De cara a la anterior constatación resulta oportuno reiterar la doctrina de esta Corporación según la cual el principio o garantía de congruencia entre sentencia y acusación, constituye base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos se erige en marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución. (...)

En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que su atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de

concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer”⁵⁹.

Enmarcándose en la temática del principio de congruencia, la misma Colegiatura destaca su quebranto cuando se *ii) condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación*”.⁶⁰ Negrilla fuera de texto original

No puede pasarse por alto que el eje central del derecho de defensa, inmerso en el principio de congruencia, se funda en la clara y precisa narración de los hechos que dan lugar a la imputación de cargos, incluidas obviamente las circunstancias de agravación punitiva. Tales supuestos fácticos deben definir su consolidación y estructura de manera inequívoca, sin que le sea dado al fallador deducirlas cuando no fueron descritas por sus contornos fácticos en la imputación o acusación por el instructor, pues su sola enunciación jurídica no cubre el presupuesto de garantía defensiva que le es consustancial, especialmente en los procesos abreviados, escenarios en los cuales se reclama con mayor precisión la tipificación de la conducta, pues la aceptación de responsabilidad conlleva la renuncia del procesado a sus derechos a no autoincriminación y a contar con un juicio oral y público.

⁵⁹ CSJ SP, 18 dic 2013 rad. 41734), ver en el mismo sentido CSJ SP 14206-2016 rad. 47.209; SP 317-2018 Rad 50.264 dic. 18 de 2013; CSJ SP 44-2018 rad. 50.105

⁶⁰ Sentencia de 18 de abril de 2012, rad. 37337.

En otra oportunidad, la Sala de Casación Penal, haciendo referencia al principio de congruencia y la garantía del derecho a la defensa⁶¹ puntualizó:

*“La concordancia entre sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida ésta (resolución, formulación de cargos para sentencia anticipada, o variación de la calificación provisional durante el juzgamiento), constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar los mecanismos de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí.”*⁶²

Y más adelante dentro de la misma providencia:

“Esta tesis, que realza la congruencia fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, evolucionaría hasta postular que la acusación no podía dejar de considerar fáctica y jurídicamente las circunstancias de agravación que definen la conducta, sean objetivas o subjetivas, genéricas o específicas, valorativas o no valorativas, de manera que no quede duda alguna de su atribución, como garantía de un adecuado derecho de defensa”.

Pues bien, como ha quedado señalado, en el asunto que ocupa la atención de la Sala, ni en las indagatorias, ni en las actas de formulación de cargos para sentencia anticipada, se

⁶¹ Sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. 24026

⁶² Sentencia del 9 de junio de 2004, rad. 20134.

efectuó una adecuada estructuración de la circunstancia de mayor punibilidad, limitándose a la sola mención de su concurrencia, por lo que al evidenciarse la ausencia de argumentación para estructurar fáctica y jurídicamente la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58 Numeral 9 del Código Penal, la Sala se ve obligada a descartar las múltiples formas a través de las cuales el legislador la consagró, conforme ya lo ha señalado esta Sala Especial en SEP-096-2022, Rad 00383 de 3 de agosto de 2022.

5.1. Del delito de tráfico de influencias de servidor público

En primer lugar, se hará referencia al delito de tráfico de influencias de servidor público, por el cual fueron acusados en calidad de autores los dos excongresistas, y posteriormente, en relación con **ELÍAS VIDAL** a quien también le fue atribuido el delito de interés indebido en la celebración de contratos, como se trata de un concurso heterogéneo, la Sala procederá inicialmente a individualizar la pena de prisión, con el fin de seleccionar el más grave, para luego aumentarlo en otro tanto, conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley 599 DE 2000.

El delito de tráfico de influencias de servidor público se encuentra previsto en el artículo 411 del Código Penal, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 411. TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO. El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 61 ibidem, corresponde dividir el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos, para lo cual se resta el extremo mínimo (4 años) al máximo (8 años) de la pena de prisión se obtiene una diferencia de cuatro (4) años, que al ser dividido en 4 arroja un cociente de doce (12) meses, e igual procedimiento para la multa y la inhabilitación, de donde se obtienen los cuartos de movilidad así:

PENA	PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
PRISIÓN	48 A 60 MESES	60 MESES Y 1 DÍA A 72 MESES	72 MESES Y 1 DÍA A 84 MESES	84 MESES Y 1 DÍA A 96 MESES
MULTA	DE 100 A 125 SMLMV	DE 125,01 A 150 SMLMV	DE 150,01 A 175 SMLMV	De 175,01 a 200 SMLMV
INHABILIDAD	De 60 a 69 MESES	DE 69 MESES Y 1 DÍA A 78 MESES	DE 78 MESES Y 1 DÍA A 87 MESES	DE 87 MESES Y 1 DÍA A 96 MESES

Ahora bien, la pena a imponer en concreto se fija teniendo en cuenta los aspectos determinados en los incisos 3° y 4° del artículo 61 del Código Penal, esto es:

“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 necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.

“Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.”

Bajo estos criterios, el legislador le otorga al juzgador la potestad reglada de graduar la pena dentro del cuarto correspondiente, acorde con una motivación fundada en las pruebas legalmente practicadas y la realidad procesal que de ellas emerja.

Es decir, que le compete al Juzgador ponderar aquellas circunstancias que resulten acreditadas en el proceso, y no correspondan con las que hacen parte de la estructura del delito ni coincidan con los agravantes o atenuantes específicos o con las circunstancias de mayor o menor punibilidad, pues de ellas ya ha dado cuenta el legislador al fijar los extremos punitivos y señalar los cuartos en que se debe ubicar el fallador.

Esta discrecionalidad reglada y fundamentación razonable, permiten al fallador sopesar aquellas circunstancias fácticas que estando acreditadas en el proceso no correspondan con las que estructuran el tipo penal, pues solo generarían una múltiple valoración desbordando el principio de estricta legalidad de la pena, vulnerando por esta vía la prohibición del non bis in ídem⁶³.

⁶³ Cfr. CSJ, sentencia 14 mar. 2007. Rad. 25666.

Como quiera que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, corresponde determinar la pena a imponer dentro del primer cuarto.

Atendiendo a las circunstancias demostradas en la actuación, se advierte que los ex congresista defraudaron la confianza que la sociedad depositó en ellos, poniendo los intereses particulares de su amigo contratista **RICHAR KAMAL NÁDER** por encima de los generales que les era exigible proteger, aprovechando su cargo y poder político para influenciar indebidamente a funcionarios públicos adscritos a **FONADE**, para favorecer a aquél, aspectos que llevan a la Sala a ponderar las conductas desplegadas por los aforados como de alta gravedad lo que conlleva a apartarse del mínimo del primer cuarto, para incrementarlo en 1 mes y 6 días, equivalentes al 10% de 12 meses que corresponden al ámbito de movilidad, fijando la sanción del delito tráfico de influencias de servidor público en **49 meses 6 días de prisión**, en la misma proporción se incrementa la multa que se fija en **102,5 SMLMV** y el mismo porcentaje para la inhabilitación de derechos y funciones públicas que se establece en **60 meses y 27 días**.

5.2. Del concurso de conductas punibles

Como quiera que, al señor **BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL** se le enrostró también el delito de interés indebido en la celebración de contratos, que fue aceptado por el enjuiciado con fines de sentencia anticipada, nos encontramos frente a un concurso material de conductas punibles, que en criterio de la

Sala de Casación Penal de esta Corporación, es “*el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes*”⁶⁴. Este tipo de concurso es considerado como la modalidad natural de los concursos, pues naturalmente varias acciones pueden dar lugar a varios delitos.

En el caso concreto se tiene que, el acusado **ELÍAS VIDAL** admitió de manera libre y voluntaria, desde su primera salida procesal, haber realizado acciones que individualmente encajan en distintos tipos penales (tráfico de influencias e interés indebido en la celebración de contratos) que guardan completa autonomía e independencia tanto objetiva como subjetiva y por tanto concurren de manera material.

Así, entonces, a efectos de dar aplicación a lo normado en el artículo 31 del Código Penal, se procede a analizar lo relativo a la punibilidad del delito concursal.

5.2.1. Del delito de interés indebido en la celebración de contratos:

Este punible está previsto en el artículo 409 del Código Penal, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 409. INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. El servidor público que se interese en provecho propio o

⁶⁴ CSJ rad. 27.383 jul. 25 de 2007

de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Tal y como se precisó en el acápite correspondiente, a pesar de la condición de servidor público del procesado al momento de ocurrencia de los hechos, los delitos propios de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación no le fueron atribuidos a título de autor directo, sino como autor interviniente, pues era otro sujeto agente el que guardaba una relación funcional con la contratación y administración de los recursos públicos.

El inciso 4 del artículo 30 del Código Penal establece que “*al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal que concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte*”, norma que se aplicará en el caso concreto por la forma de participación atribuida a **ELÍAS VIDAL**, a quien la pena establecida en el correspondiente tipo penal se le rebajará en una cuarta parte, porcentaje que deberá ser aplicado tanto al mínimo como al máximo de la pena prevista en la norma, conforme a lo establecido en el numeral 1° del artículo 60 ibidem, quedando los extremos en 3 años y 9 años de prisión respectivamente.

Ahora, siguiendo el mismo procedimiento indicado anteriormente se divide en cuartos así:

PENA	PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
PRISIÓN	36 a 54 MESES	54 MESES Y 1 DÍA A 72 MESES	72 MESES Y 1 DÍA A 90 MESES	90 MESES Y 1 DÍA A 108 MESES
MULTA	37,5 A 65,625 SMLMV	65,626 A 93,750 SMLMV	93,751 A 121,875 SMLMV	121,876 A 150 SMLMV
INHABILIDAD	45 A 60,75 MESES	60,76 A 76,5 MESES	76,6 A 92,25 MESES	92,26 A 108 MESES

Por económica procesal y para no hacer innecesariamente extensa esta providencia, la Sala recurrirá a los mismos derroteros que ya fueron expuestos al individualizar la pena para el delito anterior, es decir que la selección del cuarto de movilidad corresponde al primero y por la probada circunstancia de que el ex congresista defraudó la confianza que la sociedad depositó en él, mostrando un marcado interés indebido para que el contrato que tramitaba su amigo **NÁDER ORDOSGOITIA** efectivamente fuera adjudicado al consorcio de su interés, con violación de los principios que rigen la contratación pública que le era exigible proteger, para los cual, sin duda, antepuso su cargo y poder político ante funcionarios públicos adscritos a **FONADE**, aspectos por los que la Sala pondera su conducta como de alta gravedad, razón que obliga a apartarse del mínimo del primer cuarto, para incrementarlo en 1 mes y 24 días, equivalentes al 10% de 18 meses que corresponden al ámbito de movilidad, por lo que la pena se establece en **37 meses y 24 días de prisión**, en la misma proporción se incrementa la multa que se queda en **40,31 SMLMV** e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en **46 meses y quince 15 días**.

Individualizada la pena para cada uno de los delitos, corresponde ahora la determinación concreta de la pena que corresponde a cada uno de los implicados.

Al señor **MUSA BESAILE FAYAD**, conforme a lo señalado en esta providencia se le declara autor responsable del delito de tráfico de influencias de servidor público, para el cual se estableció una pena de **49 meses 6 días de prisión**, multa de **102,5 SMLMV** e inhabilitación de derechos y funciones públicas de **60 meses y 27 días**.

El inciso 4° del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 establece que el juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

En el caso concreto, se tiene que **MUSA BESAILE** se acogió a sentencia anticipada y en consecuencia tiene derecho a la rebaja de una tercera parte señalada en la ley, así, efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas la pena de prisión se establece en **32 meses y 24 días**, la multa en **68.33 SMLMV**, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en **40 meses y 18 días**.

Para el señor **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, Como quiera que se emite fallo de condena por concurso heterogéneo por los delitos de tráfico de influencias de servidor público e interés indebido en la celebración de contratos, siguiendo lo descrito en el artículo 31 del Código Penal, como delito base se tendrá en cuenta el más grave según su naturaleza, aumentada

hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

Así, se tiene que, para el caso concreto de **ELÍAS VIDAL**, individualizada la pena para para cada uno de los delitos por los que se emite condena, la de mayor gravedad es la correspondiente al delito de tráfico de influencias de servidor público que se tasó en **49 meses 6 días de prisión**, multa de **102,5 SMLMV** e inhabilitación de derechos y funciones públicas de **60 meses y 27 días**.

A esta se le aumentará el 25% de las penas tasadas para el delito concursal de interés indebido en la celebración de contratos que equivale a 9 meses y 13 días de prisión, 10.07 SMLMV de multa, y 11 meses y 18 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

La adición por el concurso de delitos arroja como resultado una pena total a imponer de cincuenta y ocho (58) meses y diez y nueve días (19) días de prisión, multa de 112,57 SMLMV, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de setenta y dos (72) meses y quince (15) días.

Ahora bien, atendiendo a que el señor **ELÍAS VIDAL** también se acogió a sentencia anticipada, conforme al inciso 4° del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 que establece que el juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad, se aplicará a la pena señalada dicho descuento.

Aplicada la rebaja de pena, la pena a imponer queda en **39 meses y 3 días de prisión, 75,04 SMLMV de multa, y 48 meses y 10 días de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.**

6. De los subrogados penales

6.1. Suspensión condicional de la ejecución de pena

El artículo 63 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo [29](#) de la Ley 1709 de 2014, establece:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo [68A](#) de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto

en el inciso final del artículo [122](#) de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento”.

Atendiendo la prohibición contenida en el artículo 68 A del estatuto punitivo, misma que se ha venido manteniendo desde la expedición de los artículos 28 de la ley 1453 de 2011; 13 de la ley 1474 de 2011; 32 de la ley 1709 de 2014; 4 de la ley 1773 de 2016 y 6 de la ley 1944 de 2018 que excluye de beneficios y subrogados penales a los condenados por delitos dolosos contra la administración pública, bien jurídico que cobija los delitos por los que se emite esta sentencia, la Sala no concederá dicho subrogado.

6.2. Prisión domiciliaria

En cuanto hace relación a la prisión domiciliaria, vale destacar que se satisfacen las exigencias objetivas relativas al quantum de la pena, ya que el original artículo 38 del Código Penal en su numeral 1°, así como las modificaciones que le fueran introducidas por las Leyes 1142 del 2007 y 1453 del 2011, viabilizan el sustituto siempre que la pena mínima prevista en la ley no excediera de 5 años de prisión, lo cual se predica en el presente asunto, en el que es claro que la pena previstas para los delitos por los que se condena a los señores **BESAILE FAYAD** y **ELÍAS VIDAL** no superan ese límite, como quedó señalado en precedencia.

El artículo 68A sustantivo penal, con la modificación introducida por el 28 de la ley 1453 de 2011, dispone:

“Artículo 68A. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores o cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional”.

En este orden de ideas, las conductas punibles por las cuales se procede a emitir fallo de condena, conllevan la prohibición de reconocimiento de la prisión domiciliaria. Incluso las modificaciones que introdujeron las Leyes 1474 del 2011, 1709 del 2014, 1773 del 2016 y 1944 del 2018, supeditaron el instituto a que la sentencia no se haya proferido por un delito contra la administración pública y no llama a discusión que el tráfico de influencias de servidor público y el interés indebido en la celebración de contratos, se encuentran cobijados por ese bien jurídico.

En lo que respecta al artículo 38 B del Código Penal, que fuera adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 del 2014, norma que debe ser considerada por cuanto su aplicación resulta favorable a los procesados, si bien en su numeral 1° habilita el sustituto de la prisión domiciliaria para cuando la pena mínima prevista en la ley no exceda de 8 años de prisión, exigencia que

también se satisface pues ninguno de los delitos por los que se condena en su pena mínima supera ese límite, lo cierto es que en su numeral 2° lo condiciona a que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal.

Por manera que, por expresa prohibición legal, habrá de negarse el reconocimiento del sustituto de la prisión domiciliaria.

No obstante, aunque si bien se negará la concesión de los subrogados penales a los señores **BESAILE FAYAD** y **ELÍAS VIDAL**, el inciso 2° del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 establece que *“Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva”* y, atendiendo a que en el presente asunto no les fue impuesta medida de aseguramiento, una vez en firme esta sentencia se librará en contra de los mencionados ciudadanos la correspondiente orden de captura.

VII. CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL DELITO

De conformidad con el artículo 6° de la Ley 610 del 2000 se entiende por daño patrimonial del Estado la lesión del patrimonio público por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Ese daño patrimonial (material) se refleja, para

efectos de cuantificación, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que derivan de la legislación civil.

Como quiera que dentro de la presente actuación no se estableció la existencia de perjuicios la Sala se abstendrá de emitir condena por dicho concepto.

VIII. DE LA CONDENACION EN COSTAS

Con relación al pronunciamiento frente a *“expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho”* debe indicarse conforme a la gratuidad que rige el proceso penal acorde a lo señalado en el artículo 6° de la Ley 270 de 1996⁶⁵ no es viable el cobro y por ende tampoco el cálculo de arancel alguno por el procedimiento agotado, pero de conformidad con lo indicado en la Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, dicho principio no irradia a aquellos *“gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes”* y que con ellos *“se trata ..., de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.”*

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexecutable

⁶⁵ “La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley. No podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal ...”

la expresión *“que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas”*, pues consideró que era responsabilidad del legislador definir *“en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales.”*

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, la Ley 600 de 2000 contempla como posible la liquidación de costas procesales⁶⁶, las que se conforman por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho, entendidas las primeras como *“los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo”*⁶⁷, que en términos de la Sala de Casación Penal son *“los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones”*⁶⁸. Las agencias en derecho, por su parte, *“no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora”*⁶⁹.

En el presente asunto, si hubiere lugar a estos -costas por agencias en derecho y expensas-, de conformidad a lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, el camino para adelantar el trámite para reconocerlas y fijarlas será el previsto

⁶⁶ A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

⁶⁷ Sentencia C-089 de 2002

⁶⁸ CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018.

⁶⁹ Sentencia C-089 de 2002

en el Código General del Proceso, descrito en los artículos 365 y 366, ello por vía de integración tal como lo ordena el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

Corolario de lo anterior, lo propio sería realizar el reconocimiento de tales derechos y luego dar inicio a un trámite incidental que tiene lugar después de la ejecutoria de la sentencia, sin embargo, comoquiera que en el presente asunto no fue acreditado gasto alguno, no se emitirá condena alguna en expensas. Lo propio ocurre con las agencias en derecho, pues, no se presentó demanda de constitución de parte civil.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO. CONDENAR a MUSA BESAILE FAYAD, de condiciones personales y civiles consignadas en esta providencia, como autor penalmente responsable del delito de tráfico de influencias de servidor público, consagrado en el artículo 411 del Código Penal, a las penas principales de **treinta y dos (32) meses y veinticuatro (24) días de prisión, sesenta y ocho punto treinta y tres (68.33) SMLMV de multa, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cuarenta (40) meses y diez y ocho (18) días.**

La multa deberá ser pagada a favor del Ministerio De Justicia y del Derecho, según las previsiones del artículo 42 del

Código Penal, modificado por el artículo 6° del Decreto 2197 de 2022, por las razones expresadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR a BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL de condiciones personales y civiles consignadas en esta providencia, como autor penalmente responsable del delito de tráfico de influencias de servidor público, consagrado en el artículo 411 del Código Penal, en concurso heterogéneo con el delito de interés indebido en la celebración de contratos, previsto en el artículo 409 ibidem, en calidad de autor interviniente, a las penas principales de **treinta y nueve (39) meses y tres (3) días de prisión, setenta y cinco punto cero cuatro (75.04) SMLMV de multa, y cuarenta y ocho (48) meses y diez (10) días de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.**

La multa deberá ser pagada a favor del del Ministerio De Justicia y del Derecho, según las previsiones del artículo 42 del Código Penal, modificado por el artículo 6° del Decreto 2197 de 2022, por las razones expresadas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Negar a los condenados la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, conforme con las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo. Una vez en firme esta sentencia líbrense las correspondientes órdenes de captura para el cumplimiento de la pena impuesta.

CUARTO. Abstenerse de emitir condena en perjuicios por no haber sido establecidos dentro de la presente actuación.

QUINTO. Abstenerse de condenar a **MUSA BESAILE FAYAD** y **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** al pago de expensas procesales y agencias en derecho, conforme lo indicado en la parte motiva.

SEXTO. Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, comunicar esta decisión al Consejo Superior de la Judicatura para el recaudo de la multa impuesta.

SÉPTIMO. En firme la presente, remitir copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (reparto), para lo de su cargo.

OCTAVO. Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2, y 3 num. 6° del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese y cúmplase,

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrado

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA-2024

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las opiniones y criterios ajenos, en especial los manifestados por los miembros de esta Colegiatura, consigno los argumentos a través de los cuales aclaro mi voto respecto de la sentencia anticipada proferida en contra de los ex senadores MUSA BESAILE FAYAD y BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL; pues pese a estar de acuerdo con la inaplicación de los aumentos punitivos derivados de la Ley 890 de 2004, disiento del criterio expresado por la Sala mayoritaria en relación con las exigencias que deben mediar para ello, con fundamento en las siguientes razones:

El principio de legalidad penal emerge como una forma de control al poder punitivo del Estado, constituyendo un límite a la arbitrariedad del poder que este detenta.

Dicha garantía se funda en el presupuesto de reserva legal, según el cual, conforme el principio de separación de poderes, al órgano legislativo se le atribuye la competencia exclusiva para definir las conductas u omisiones que serán constituidas como delitos y las sanciones que ameritan, para lo cual resulta obligado que la ley penal sea escrita, estricta, cierta y **previa** (vigente al momento de ocurrencia del hecho o la omisión), con la finalidad de que no se presenten equívocos entre los asociados en relación con los

términos y contenidos de las disposiciones que de ser trasgredidas conducirían autorizadamente a las más severas restricciones de derechos fundamentales.

El precedente judicial cumple la función de definir el contenido normativo de la ley, persigue la igualdad material, confiere confianza legítima y seguridad jurídica a la labor judicial¹.

Así las cosas, es preciso destacar que la Ley 890 de 2004 constituyó una reforma generalizada al Código Penal, según la cual, *“las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”*², exceptuando de este aumento de pena los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C.

En acatamiento del principio democrático en el que se asienta nuestro ordenamiento jurídico, el mandato legislativo imponía incrementos de pena modificando el código sustantivo penal, que parecía no hacer distinción de los estatutos procedimentales que gobernarán las actuaciones en los procesos vigentes y futuros.

En este escenario, en su labor de orientación sobre el contenido y alcance de la normativa, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal examinó la vigencia de los

¹ SU406-16

² Artículo 14 ley 890 de 2004.

aumentos de pena dispuestos por la Ley 890 de 2004, señalando que frente a no aforados se debe cumplir la regla general de aplicación de la ley penal acorde con los factores temporales y espaciales de comisión de las conductas, conforme los distritos judiciales en los que fuera cobrando vigencia la Ley 906 de 2004³.

Dicha postura fue puntualizada por el tribunal de cierre en los siguientes términos:

“Significa ello que el legislador estableció un régimen diferencial, en el que el aumento general de penas de la ley 890 de 2004, no aplica a los procesos tramitados bajo los lineamientos de la ley 600 de 2000, so pena de transgredir el principio de legalidad.

No obstante lo anterior, en los eventos en que la Sala se ha pronunciado sobre el aumento punitivo de la ley 890 de 2004 respecto de aforados Constitucionales, cuando los hechos a ellos atribuidos han transitado por los dos esquemas procesales vigentes,⁴ se ha apartado del criterio consolidado y unánime, mediante una interpretación orientada a desconocer la estrecha relación entre las leyes 890 y 906 de 2004 y considerar viable la aplicación de la ley procesal de efectos sustanciales [890 de 2004], a hechos tramitados por la ley 600 de 2000, bajo el “principio de igualdad”, aduciendo que no existe ningún elemento diferenciador en su aplicación, por tratarse de un aumento general de penas que cubre a cualquier conducta delictiva que se haya cometido durante su vigencia, esto es, a partir del 1º de enero de 2005 sin importar el sistema procesal, como que tampoco la condición foral del acusado impide la quiebra de la regla general de aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio⁵.

Tales decisiones conllevan ni más ni menos a la ruptura de una línea de pensamiento que el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria, en su función unificadora de la jurisprudencia se ve obligada a recoger en esta oportunidad, reafirmando el criterio

³ Sala de Casación Penal. Radicación 26065, 32.108, 25.667, 24.890, 24.986, 31.439, 33.754, 36.343, 37.313, 33.545, 25.632 del 27 de enero de 2010 y 33.545 del 1º de junio de 2011.

⁴ Interlocutorios del 17 de septiembre de 2008 dentro del radicado 27.339 y 27 de abril y 18 de mayo del año en curso, radicado 27.198.

⁵ *Ibíd*

de que la ley 890 de 2004 tiene una causa común y está ligada en su origen y discurrir con la ley 906 de 2004, por manera que el incremento punitivo de su artículo 14, sólo se justifica en cuanto se trate de un sistema procesal premial que prevé instituciones propias como el principio de oportunidad, negociaciones, preacuerdos y las reducciones de penas por allanamiento a cargos.

*Desde esta perspectiva, el incremento del quantum punitivo previsto en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, no aplica al trámite especial para aforados de la ley 600 de 2000, en cuanto desconoce el querer y voluntad del legislador en punto a la distinción de dos procedimientos que sólo son compatibles cuando medie el principio de favorabilidad, sin que existan en esta oportunidad motivos poderosos para variar la doctrina jurisprudencial reiterada, sobre la **imposibilidad de aplicar el sistema general de agravación punitiva del citado precepto, a casos rituados bajo el imperio de la Ley 600 de 2000, sin importar la condición del procesado**⁶. (negrillas fuera de texto original)*

Hasta este momento, se entroniza el criterio jurisprudencial que pregona la inaplicación de los aumentos punitivos de la Ley 890 de 2004 a procesos que se adelantan bajo la égida normativa de la Ley 600 de 2000, advirtiendo que tales incrementos eran compatibles solo con los trámites gobernados por el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria consagrado por la Ley 906 de 2004.

Tal entendimiento se consolida bajo la máxima según la cual, a penas más bajas se aplican rebajas menores [Ley 600 de 2000], en tanto que frente a penas más altas se ofrecen mayores rebajas⁷ [Ley 906 de 2004], postulado último que obra como medio adecuado para estimular la

⁶ Sala de Casación Penal. Radicación 32764, ene. 18, 2012.

⁷ Ley 600 de 2000 rebajas por sentencia anticipada de 1/3 o 1/8 parte; ley 906 de 2004 rebajas entre la mitad y la sexta parte por allanamiento.

aplicación de las figuras de terminación anticipada instauradas, así como la articulación de los mecanismos de colaboración eficaz introducidas en el nuevo esquema procesal adversarial relativo.

Sin embargo, la misma Corporación al ocuparse del estudio de los referidos mecanismos [de colaboración eficaz] contemplados en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, estima viable que se apliquen a aquél las ventajas punitivas propias de las figuras introducidas por el sistema acusatorio si generan mayores beneficios para el procesado, considerando que de esta forma se garantiza el derecho a la igualdad⁸.

Bajo esta óptica, recoge la postura que venía sosteniendo en relación con la aplicación de aumentos punitivos de la Ley 890 de 2004 exclusivamente a casos gobernados por la Ley 906, al considerar que si es admisible otorgar los beneficios a los procesados por el código adjetivo de 2000 y a la vez se inaplican los incrementos punitivos descritos por la Ley 890 de 2004, se generaría un panorama de desigualdad injustificada, por lo que, para preservar el equilibrio y proporcionalidad en aspectos punitivos, de la mano de los mayores beneficios (propios del sistema acusatorio) autorizados por la jurisprudencia para los procesados por Ley 600 de 2000, debe aparejarse con los aumentos punitivos ordenados por

⁸ CSJ AP 6 dic. 2017 rad. 50969.

el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Visto así, con la decisión SP379-2018 emitida el 21 de febrero de 2018 dentro del radicado 50472, la cual habrá de aplicarse a asuntos posteriores al allí tratado, se impone el aumento de penas consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a los trámites procesales seguidos por la Ley 600 de 2000, como quiera que acorde con las orientaciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a estos se les deben aplicar por favorabilidad las rebajas de pena establecidas por la Ley 906 de 2004, ajuste que genera un parámetro de igualdad según el cual a penas incrementadas se les irrogan rebajas mayores.

Al respecto la alta corporación en la decisión acabada de citar señala:

“Así las cosas, la única razón que motiva la distinción consiste en que el sistema de justicia premial contenido en la ley 906 es mucho más amplio que el acogido por el legislador del año 2000, y en esa medida se justifica que la sanción para los delitos cuya investigación corresponde seguirse por los parámetros de la Ley 906, sea mayor.

*Empero, al haber desaparecido el motivo que da lugar al trato diferenciado, también lo debe ser la consecuencia, motivo por el que la obligada conclusión es que **el aumento de penas fijado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 aplica tanto para casos rituados por la Ley 906 como por la Ley 600 para hechos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005**, salvo las excepciones que la misma ley 890 contempla en su artículo 15. De esta forma se recoge el criterio fijado a partir de la decisión de 18 de enero de 2012 dentro del radicado 32764”.*

Pues bien, los asociados, quienes están sujetos al imperio de la ley, reciben el efecto de las interpretaciones que de ella hagan los órganos de cierre, sin que les sea viable apartarse de sus disposiciones que por fuerza les resultan aplicables, a pesar que la jurisprudencia, conforme lo dispone el artículo 230 Superior, se constituye junto con la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina en *criterios auxiliares* de la actividad judicial.

En tal panorama, desde el primero de enero de 2005, nuestra realidad judicial penal se vio sometida a diversas interpretaciones en la aplicación de los aumentos punitivos dispuestos por la Ley 890 de 2004, que oscilaron entre la aplicación y la inaplicación de los mismos, parámetros que tuvieron claro y decisivo efecto en el trámite de los procesos penales en marcha.

Como quiera que a los aforados se les comunicó por el órgano judicial encargado de adelantar la acción penal, que a pesar de haber cometido las conductas objeto de procesamiento judicial con posterioridad al 1° de enero de 2005, no les serían aplicables los incrementos punitivos referidos, ello generó unas expectativas procesales fundadas en el principio de confianza legítima y la seguridad jurídica de que bajo esas reglas asignadas por el aparato judicial se le investigaría y juzgaría. Bajo tales condiciones, los aforados se acogieron a sentencia anticipada.

Una aplicación retroactiva de la decisión jurisprudencial de 2018 *-y en ello me sumo a la postura mayoritaria-* no sería admisible, pues traería consigo la flagrante vulneración de derechos fundamentales de los procesados, por ejemplo, en el trascendental aspecto del monto de la pena, pues a mi juicio, en respeto del principio de legalidad conforme el momento de ocurrencia de los hechos, interpretado de manera divergente por la jurisprudencia, la preceptiva aplicable al caso por el contenido normativo vinculante impuesto por la Sala de Casación sería la Ley 599 de 2000, sin los aumentos generales ordenados por la Ley 890 de 2004, tal como le fueron imputados dentro del curso del proceso, incrementos que ahora solo se dirigirían a los casos que se ocupen de hechos acaecidos con posterioridad al 21 de febrero de 2018.

Todo ello sin que, como lo afirma la Sala Mayoritaria, tenga relevancia o incidencia alguna, [primer aspecto del que me separo], el hecho que el procesado haya contado con posibilidades de acceder a beneficios por colaboración con la justicia o a la aceptación de cargos, que en nada incidirían con la inviabilidad de aplicar retroactivamente una jurisprudencia lacerante de los derechos fundamentales del procesado y perjudicial punitivamente hablando.

Incluso el mismo órgano de cierre, al decidir para un caso de allanamiento a cargos, sobre la exigencia de

reintegro del incremento patrimonial derivado del ilícito contenida en el artículo 349 de la codificación procesal de 2004, figura también sometida a oscilaciones jurisprudenciales, reafirma el principio de legalidad y ratifica criterio emitido por la misma Corporación el 20 de junio de 2018. Al efecto dispuso⁹:

“No obstante, contrario a lo expuesto por el Ad-quem, la anterior comprensión normativa no es aplicable al presente asunto, toda vez que la Sala la retomó el 27 de septiembre de 2017, es decir, después de que ocurrieran los hechos aquí investigados -1 de agosto de 2017- y luego de que se hubiera producido la aceptación de cargos - 2 de agosto de 2017- (CSJ SP2259-2018, Rad. 47681)”.

En definitiva, aunque el precedente judicial resulta esencial en la dinámica de un estado social de derecho, no puede ser equiparado con la ley, bajo el entendido que la función asignada en la Constitución Política a la jurisprudencia es de *criterio auxiliar* de la actividad judicial.

No obstante, cuando las decisiones jurisprudenciales, como en el asunto bajo examen, se sobreponen a la ley, imponiendo un carácter vinculante que sujeta a los asociados a su imperio prevalente por encima de la voluntad legislativa, de hecho generan dos espectros normativos reguladores de una misma situación concreta, por lo que no puede preferirse la aplicación de la interpretación retroactiva afectante de los derechos de los asociados sometidos al proceso penal, que emergen de las

⁹ SP830-2020, Rad. 53252, 11 de marzo de 2020

expectativas asentadas en la interpretación del órgano de cierre, sacralizando las nuevas posturas que con denuedo pretenden, esta vez sí, ser fieles a la ley.

Concluyendo, [como segundo aspecto que genera mi posición disidente], no comparto que la Sala exija un análisis detallado de cada caso en concreto, para verificar *“que la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial no afecte derechos y garantías fundamentales a los sujetos procesales, conclusión a la que se llegará tras hacer un estudio en cada caso en particular, de suerte que si se vulneran derechos como la buena fe, la confianza legítima, la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, no procede su aplicación”*, pues si bien este es un presupuesto genérico trazado por la Corte Constitucional, para evitar que la aplicación inmediata de los precedentes jurisprudenciales afecten derechos y garantías fundamentales, con un claro fin protector, para el caso en concreto de la jurisprudencia de 21 de febrero de 2018 emitida dentro del radicado 50472, su aplicación inmediata a todos los procesos en curso, en cualquier caso en que se pretenda predicar, produciría un aumento de penas.

De ahí que surja la inquietud para el suscrito, si de acuerdo con la postura mayoritaria de la Sala, existiría algún caso en que ese efecto no se traduzca en una vulneración flagrante de los derechos y garantías del

procesado, posibilidad que parece advertirse en la postura de la cual me separo.

Estas son las razones en las que baso mi aclaración frente a la decisión.

Con toda atención,

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

8 de febrero de 2024.

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2024