

Asunto: INTERVENCION FISCALIA - CASACIÓN NÚMERO INTERNO 58953
Fecha: viernes, 7 de octubre de 2022, 3:05:51 p.m. hora estándar de Colombia
De: Daniela Franco Deossa <daniela.franco@fiscalia.gov.co>
A: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>
Datos adjuntos: image001.jpg, image002.png, CASACIÓN 58953 - F3.pdf

Buenas tardes,

Al presente adjunto intervención del fiscal Tercero Delegado ante la Corte, para lo pertinente.

Atentamente,

DANIELA FRANCO DEOSSA

ASISTENTE DE FISCAL III

Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia
Avenida Calle 24 N° 52 – 01, Bloque H, Piso 2. (Ciudad Salitre), Nivel Central, Bogotá D.C
Teléfono (60) (1) 570 20 00 ext 13980



Cuidemos del medio ambiente. Por favor no imprima este e-mail si no es necesario.

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente

prohibido.

De: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>

Enviado el: viernes, 30 de septiembre de 2022 8:05 a. m.

Para: Carlos Alberto Serrano Obando <caserrano@mintransporte.gov.co>;

Fabio.castellano@contraloria.gov.co; Jorge Enrique León Díaz (CGR) <jorge.leon@contraloria.gov.co>;

jcprias@priascadavid.com; 113-COBOG-PICOTA-3 <juridica.epcpicota@inpec.gov.co>; Milton Alirio Bayona

Avella <mbayona@procuraduria.gov.co>; CGR NotificacionesRJ

<notificacionesramajudicial@contraloria.gov.co>; Javier Fernando Cardenas Perez

<javierf.cardenas@fiscalia.gov.co>; Daniela Franco Deossa <daniela.franco@fiscalia.gov.co>;

notificacionesjudiciales LastName <notificacionesjudiciales@mintransporte.gov.co>

Asunto: CONSTANCIA DE TRASLADO - CASACIÓN NÚMERO INTERNO 58953

CASACIÓN NÚMERO INTERNO 58953

(C.U.I. 11001600010120170015601)

JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA

CONSTANCIA DE TRASLADO PRESENTACIÓN ALEGATOS DE SUSTENTACIÓN Y REFUTACIÓN

De conformidad con lo determinado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020 y en cumplimiento a lo ordenado por el señor Magistrado **HUGO QUINTERO BERNATE** en auto del 30 de junio de 2022, se da curso a la sustentación y refutación de la demanda de casación presentada por el defensor de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó, con modificaciones en la pena, la condena emitida el 29 de abril de 2019, por el Juzgado 14° Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad.

Por lo anterior, se corre traslado al demandante y a las demás partes e intervinientes no recurrentes, por el **TÉRMINO COMÚN DE QUINCE (15) DÍAS**, para que presenten sus alegatos de sustentación y refutación de las demandas de casación por escrito, en el presente asunto.

Se deja constancia que el citado auto se comunicó el día 26 de julio de 2022, a los correos electrónicos y direcciones de las partes e intervinientes de la siguiente manera:

ENTIDAD	NOMBRE	DIRECCIÓN
Fiscalía 3ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia	JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ	daniela.franco@fiscalia.gov.co Confirmó recibido 26 de julio de 2022
Procuraduría Delegada de Intervención 1ª para la Casación Penal	MIGUEL ALEJANDRO PANESSO CORRALES	mbayona@procuraduria.gov.co Confirmó recibido 26 de julio de 2022
Procesado Recurrente	JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA	OFICIO 22957 Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá - COBOG
Defensor Recurrente	JUAN CARLOS PRIAS BERNAL	jcprias@priascadavid.com Confirmó recibido 18 de agosto de 2022
Contralor General de la República Víctima	FELIPE CÓRDOBA LARRARTE	notificacionesramajudicial@contraloria.gov.co

No Recurrente		
Apoderado de la Contraloría - Víctima No Recurrente	FABIO YEZID CASTELLANOS HERRERA	Fabio.castellano@contraloria.gov.co Confirmó recibido 28 de septiembre de 2022
Ministra de Transporte Víctima No Recurrente	ÁNGELA MARÍA OROZCO Ministra de Transporte	notificacionesjudiciales@mintransporte.gov.co
Apoderado del Ministerio de Transporte No Recurrente	CARLOS ALBERTO SERRANO	caserrano@mintransporte.gov.co Confirmó recibido 17 de agosto de 2022

Se deja constancia que se **fijó estado el veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022)**, el referido término inicia a contar a partir del **treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)** a partir de las ocho de la mañana (8:00 a.m.), y **vence el veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022) a las cinco de la tarde (5:00 p.m.)**.

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

Bogotá D.C. 07 de octubre de 2022

Doctor
HUGO QUINTERO BERNATE
MAGISTRADO SUSTANCIADOR
SALA DE CASACIÓN PENAL
HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REFERENCIA: CASACIÓN NÚMERO INTERNO 58953
C.U.I: 11001600010120170015601
Procesado: JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA.
Delito: Interés indebido en la celebración de contratos y Otro.

JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ, Fiscal Tercero delegado ante la honorable Corte Suprema de Justicia, actuando en representación del ente acusador, dentro del término de traslado de manera comedida manifiesto a usted que me pronuncio, respecto de la demanda de casación, en los siguientes términos:

1. SINOPSIS FÁCTICA

Ocurrieron en diferentes lugares, en el interior y exterior del país, en especial en la ciudad de Bogotá D.C., entre los años 2009 y 2010, después de que el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), dispusiera la realización de las obras de construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento del proyecto vial Ruta del Sol, el cual dividió en tres sectores (*N° 1 Tobiagrande/Villeta-El Korán; N° 2 Puerto Salgar-San Roque y N° 3 San Roque-Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar*). Para el proyecto N° 2° se presentaron como proponentes –entre otros– la Estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., representada por **Luiz Antonio Bueno Junior** e integrada por el **Grupo Odebrecht**, con una participación del 62.01% (a través de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Inwestimentos EM Infraestructura LTDA.), La sociedad **EPISOL S.A.** (filial de Corficolombiana S.A. - Grupo Aval-) con una participación del 33% (a través de la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A., filial de Corficolombiana) y la sociedad CSS Constructores S.A., con una participación del 4.99%. El INCO mediante Resolución No. 186 de 27 de marzo de 2009 ordenó la apertura de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 cuyo objeto es seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de los tres (3) contratos de concesión, para la realización de las obras enunciadas. El plazo para allegar las propuestas para la licitación venció el 27 de octubre de 2009; los días 14 y 15 de diciembre de 2009, se realizó la evaluación de las propuestas resultando, hábil y ganadora, para el Sector II, la propuesta presentada por la Estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., adjudicándosele mediante Resolución No. 541 el contrato, el mismo 15 de

diciembre de 2009. Antes de ser adjudicado el contrato de concesión Ruta del Sol II, **Luiz Antonio Bueno Júnior** (representante del consorcio ganador) se reunió varias veces con **Gabriel Ignacio García Morales** (viceministro de Transporte, Director (e) del INCO y por ende persona encargada de la adjudicación del contrato); la finalidad de dichas reuniones era garantizar el éxito en el proceso de adjudicación, a Estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. **Luiz Antonio Bueno Júnior** inició con lisonjas hacia **Gabriel Ignacio García Morales**, diciéndole que era un excelente funcionario y que Odebrecht premiaba a los excelentes funcionarios dándoles contratos de interventoría y/o la vinculación con la multinacional pagándoles una mejor remuneración que la recibida con el Estado; **Gabriel Ignacio García Morales** rechazó este tipo de ofrecimiento de utilidades, aduciendo que él estaba inhabilitado; Luego **Luiz Antonio Bueno Júnior** le ofreció a **Gabriel Ignacio García Morales** dos millones de dólares (\$US2'000.000), oferta que también fue rechazada. Como **Luiz Antonio Bueno Júnior** era el representante legal de la Estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., pero no el dueño del capital de las empresas que integraron el consorcio, de las reuniones que con fines de corrupción celebraba con **Gabriel Ignacio García Morales** entero a los representantes de las empresas consorciadas; por el **Grupo Odebrecht** informó a **Luiz Antonio Mameri** (Vicepresidente de Odebrecht para América Latina) y **Luiz Eduardo Da Rocha Soares** (representante de una oficina de operaciones estructuradas al interior de la empresa Odebrecht, que operaba en Brasil) y por el **EPISOL S.A.** a **José Elías Melo Acosta** (filial de Corficolombiana S.A. -Grupo Aval). Las mencionadas personas se enteraron de las reuniones que adelantó **Luiz Antonio Bueno Júnior** con **Gabriel Ignacio García Morales** y la finalidad de estas y dieron su asentimiento para el pago de la coima, que en últimas fue de US\$6'500.000. **José Elías Melo Acosta**, manifestó que no podía girar el valor de la cuota alícuota de EPISOL S.A., pero se comprometió que con el cruce de cuentas que hicieran respecto de la Estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., pagaría la parte que le correspondía. En ese cruce de cuentas fue que el Consorcio constructor Ruta del Sol S.A.S. (CONSOL S.A.S.), sin motivo ni causa justa admitió la cesión de un contrato de consultoría de la sociedad española DCS Management S.A.S., por valor de US\$10'800.000, dinero que fue pagado sin ninguna contraprestación.

2.RESUMEN DE ACTIVIDADES ADELANTADAS EN EL PRESENTE PROCESO.

En aras de la brevedad, encuentra este delegado que se cumplió con todas las audiencias y la actuación de rigor, por lo que considero que se ha garantizado el debido proceso, en cuanto a las formas propias del juicio.

3.PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

La demanda de casación contiene cuatro cargos (uno principal y tres subsidiarios), con proposiciones disímiles, por lo que este delegado considera necesario pronunciarse brevemente sobre cada uno de ellos.

3.1.-PRIMER CARGO: Al amparo de la causal primera de casación el censor acusa la sentencia de segundo grado de haber sido emitida con vicio “*in iudicando*”, por violación directa de la ley sustancial, en el sentido de haber aplicado indebidamente los artículos 407 y 409 del CP y haber dejado de aplicar los artículos 6, 9, 10, 29 y 30 del mismo estatuto.

3.1.1. Relacionado con la supuesta aplicación indebida del Art. 409 del CP, el censor en desarrollo y procura de la demostración del cargo, señala que el tipo penal de *interés indebido en la celebración de contratos* consagra un sujeto activo cualificado (la condición de servidor público), condición que su defendido –**José Elías Melo Acosta**–, no tenía para el momento de los hechos, por lo que considera que no puede ser autor ni coautor. También indicó que la condición de interviniente (calidad en la que fue condenado su patrocinado) exige que el *extraneus* (en este caso su defendido) actúe en forma mancomunada (mediante acuerdo común, división de trabajo y aporte significativo) con el *intraneus* (*en este caso el Dr. Gabriel Ignacio García Morales*), resaltando que su representado jamás se reunió con el *intraneus* (**García Morales**), luego –en su sentir– no es posible que su patrocinado haya actuado como interviniente, máxime si se considera que lo que se le reprocha a su representado es haberse mantenido al tanto del entramado delictivo que otro *extraneus* (**Bueno Junior**) realizó con el *intraneus* (**García Morales**); por lo que –según su entender– el hecho de estar enterado de una actividad delictiva que otros realizan no convierte a su patrocinado en delincuente. Agrega que el *ad quem* no argumentó (precisando circunstancias de modo tiempo lugar) el comportamiento delictivo que supuestamente había realizado su patrocinado; que, por el contrario, probado está que **José Elías Melo Acosta** no estuvo presente en las reuniones que, con fines de corrupción, adelantaron **Bueno Junior** y **García Morales**, por lo que -en su sentir- quienes participaron del entramado de corrupción fueron únicamente **Bueno Junior** y **García Morales**.

Acorde con lo expuesto por el censor, en el sentido de que el interviniente es un “coautor *extraneus*, esto es que para la comisión del delito de interés indebido en la celebración de contratos debe contarse con la coparticipación de un *intraneus*” posición que fue acogida por la primera instancia, manifestando que no le asistía ningún reparo a la calificación jurídica realizada por la Fiscalía, pese a que también puso de presente que la doctrina española enseñaba que el *extraneus* en sí no podía ser autor ni coautor sino partícipe.

En cuanto a la responsabilidad del procesado, referentes a las circunstancias de modo tiempo y lugar en que **José Elías Melo Acosta** cooperó con el delito de interés indebido en la celebración de contratos, la primera instancia manifestó que **Luiz Antonio Bueno Júnior** *había puesto de presente que José Elías Melo Acosta, tenía conocimiento de las reuniones que aquel adelantaba con el Dr. García Morales, previas a la adjudicación del contrato de concesión (No. 001 de 14 de enero de 2010) y que ese conocimiento no fue un acontecimiento accidental, sino por petición expresa que le hizo a Luiz Antonio el sr. Melo Acosta de mantenerlo al tanto de las reuniones con Gabriel Ignacio García Morales, relacionadas con la corrupción a éste para que le adjudicara el contrato de concesión Ruta del Sol II, a la estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol*

S.A.S. –CONSOL S.A.S.–; aclaró el a quo que ese *interés indebido le asistía a José Elías Melo Acosta*, toda vez que como representante de Corficolombiana S.A. (Matriz de EPISOL S.A.), no se opuso al actuar de **Luiz Antonio Bueno Junior**, sino que lo apoyó, en el actuar irregular, apoyo de tipo moral el aporte significativo, pues de no haber ofrecido el pago a prorrata (así fuera con cruce de cuentas) muy probablemente no se había alcanzado a corromper a **García Morales**.

Al respecto no se debe olvidar que el aporte significativo que el coautor hace puede ser de tipo material o moral (C.S.J. Sentencia del 21/08/2003, Rad. 19213). Esto para significar que el aporte que hizo **José Elías Melo Acosta** para la realización del delito de interés indebido en la celebración de contratos, fue de tipo moral, pues **Luiz Antonio Bueno Junior** le comentó del acercamiento que adelantaba hacia **Gabriel Ignacio García Morales** para que por la vía ilegal le adjudicara el contrato a Estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y **José Elías Melo Acosta** lo apoyó, pidiéndole lo mantuviera al tanto de las conversaciones.

*Adicionalmente, como resalta el a quo, aunque en un comienzo no se concretó la coima –porque se inició con adulaciones al intraneus ofreciéndole un trabajo– es obvio que los extraneus desde un comienzo tuvieron interés en que se le adjudicara el contrato de concesión Ruta del Sol II, a la estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en forma no transparente ni objetiva, así fuera ofreciendo a **García Morales** dinero u otra utilidad, aptitud de complacencia que **José Elías Melo Acosta** aceptó.*

*Como si lo anterior no fuera suficiente, para establecer el interés indebido en la celebración de contratos, recuérdese que con el fin de poder adjudicar el proyecto con toda tranquilidad, en la etapa precontractual **García Morales** le solicitó a **Bueno Junior** un concepto jurídico de un abogado de reconocida trayectoria y como **Bueno Junior** no conocía abogados de renombre acudió a **José Elías Melo Acosta** y éste le suministró los datos del Dr. **Hugo Palacios** (q.e.p.d.), abogado que tenía una relación cercana con Corficolombiana S.A., quien rindió el concepto y el contrato de concesión Ruta del Sol II fue adjudicado a la estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., son indiscutibles los aportes de **José Elías Melo Acosta**, para que la selección del contratista de la Ruta del Sol II no se realizara de manera transparente y objetiva, incurriendo así en el reato de interés indebido en la celebración de contratos.*

Lo anterior para significar que si bien es cierto que la segunda instancia no fue demasiado extensa en señalar las circunstancias en las que **José Elías Melo Acosta** actuó como un coautor del delito de interés indebido en la celebración de contratos, pero que por no ser *intraneus se le dio la categoría de interviniente*, la primera instancia sí lo hizo y en virtud del principio de unidad de materia o temática (según el cual las sentencias de primera y segunda instancia conforman una unidad indisoluble), ha de decirse que no le asiste razón al casacionista.

En este sentido se insiste que la primera instancia fue prolija al abordar el tema de inconformidad expuesto por el representante del Ministerio Público, en el sentido de considerar que la Fiscalía no había precisado si la condición o calidad de coautor–interviniente de **José Elías Melo Acosta**– respecto del delito de interés indebido en la celebración de contratos, era la de coautor propio o impropio; tema sobre el cual *el a quo* respondió que no le asistía ningún reparo a la calificación jurídica dada por

la Fiscalía, pese a que un sector de la doctrina considera que en los delitos especiales con sujeto activo cualificado (como sucede en la mayoría de delitos contra la administración pública), el *extraneus* no puede ser autor ni coautor, ya que esa condición está reservada sólo para el servidor público; que el *extraneus* que cooperaba con el *intraneus* actúa como coautor (acuerdo común, división de trabajo y aporte significativo), como en efecto acontece en el caso que nos ocupa, pero como no era *intraneus* no podía dársele el calificativo de coautor, sino de partícipe en la modalidad de interviniente.

El recurrente en apelación se centró únicamente en sostener que **José Elías Melo Acosta** no podía responder como coautor, en la modalidad de interviniente, del delito de interés indebido en la celebración de contratos porque el mencionado había actuado como particular y no como servidor público, motivo por el que la segunda instancia se limitó a sostener que *“el procesado no podía ser coautor del delito, pero sí interviniente, en la medida en que el inciso final del art. 30 del C.P., le da ese tratamiento a quien no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre a su realización, evento que corresponde justamente a la actuación y responsabilidad que se le atribuyó a José Elías Melo Acosta.”*

De otra parte, este delegado considera equivocada la conclusión a la que llega el censor, *en el sentido que como las pruebas dan cuenta que José Elías Melo Acosta no estuvo reunido con Gabriel Ignacio García Morales, sino sólo con Bueno Junior* entonces no es posible atribuirle responsabilidad penal. En este sentido este delegado entiende que pese a que **José Elías Melo Acosta** se reunió sólo con **Bueno Junior** no significa que no haya participado o que no haya realizado un aporte significativo al reato de interés indebido en la celebración de contratos, pues -como ya se advirtió arriba-, para ser coautor o partícipe -en la modalidad de interviniente- no se requiere que todos se reúnan ni que todos se conozcan, pues se puede ser coautor sólo conociendo e interactuando con uno de los coautores, lo importante es que sepa conozca que está contribuyendo a la realización de un delito y actúe con ese fin común.

Valga explicitarlo, es usual que para perpetrar un delito de interés ilícito en la celebración de contratos coopere una pluralidad de personas, pero lo menos probable es que todos los cooperadores se reúnan para planear y ejecutar el crimen, como lo aduce el censor. Basta observar el presente caso, en el que varias personas cooperaran para que se le adjudique el contrato de concesión “Ruta del Sol II”, al consorcio CONSOL S.A.S., pero muchas de esas personas ni siquiera estuvieron en Colombia (*Luiz Antonio Mameri, Luiz Eduardo Da Rocha Soares*, entre otros) y cooperaron para la realización del delito sin conocer a **Gabriel Ignacio García Morales**; empero no por ello puede predicarse que no participaron del entramado delictivo.

También es equivocada la consideración del censor en el sentido que **José Elías Melo Acosta** le exigiera a **Luiz Antonio Bueno Junior** mantenerlo informado del acto de corrupción, sin ánimo de cooperar con la lesión del bien jurídico de la administración pública, pues de no haber tenido interés en que se le adjudicara el contrato de Concesión Ruta del Sol II a la estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no había pedido que lo mantuvieran al tanto sobre las reuniones de corrupción ni habría ofrecido pagar la cuota, mediante el cruce de cuentas ya aludido.

Así, fácil es sostener que no es verdad que el *ad quem* haya incurrido en error “*in iudicando*” por violación directa de la ley sustancial, en el sentido de haber aplicado indebidamente del Art. 409 del CP., y mucho menos que se haya dejado de aplicar el Art. 30 ídem, como lo sostiene el censor; sino, todo lo contrario, el Art. 409 del CP, se aplicó correctamente por las instancias, al igual que Art. 30 ídem.

3.1.2. Aplicación indebida del Art. 407 del CP y falta de aplicación del artículo 29 ídem, sostiene el censor que –en su sentir– es confusa la sentencia de segunda instancia, porque primero expresa que **José Elías Melo Acosta** autorizó el pago a favor de un funcionario público; después sostiene que **Luiz Antinio Bueno Junior** y **Gabriel Ignacio García Morales** acordaron que el primero le pagaría una coima al segundo; seguidamente, el sentenciador aduce que **José Elías Melo Acosta** prestó su consentimiento para el pago de la coima; y que finalmente manifiesta que no es una imposibilidad lógica que **Melo Acosta** estando al tanto del acto de corrupción, que existió entre **Bueno Junior y García Morales**, no haya participado del entramado delictivo. Afirmaciones que –a juicio del censor– no dejan clara la modalidad de participación de **José Elías Melo Acosta**, en lo que respecta a la condena por el delito de cohecho por dar u ofrecer.

Con relación a esta inconformidad, este delegado considera que –contrario a lo sostenido por el censor– las instancias fueron bastante amplias y claras en señalar el actuar irregular de **José Elías Melo Acosta**, relacionado con la coima que se le ofreció y pagó a **García Morales**; cosa distinta es que el censor quiera mostrarse como ajeno a la comprensión de la motivación de las sentencias.

Así, entiende este delegado que lo que se imputó y que las instancias hallaron como probado y expusieron hasta la saciedad, es que una fecha sin precisar el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) decidió entregar en Concesión la vía Carreteable Ruta del Sol y que para tal fin la dividió en tres tramos. Que a mediados de 2009, publicó el pliego de condiciones e invitó a **personas, Consorcios y uniones temporales** que quisieran participar en el proceso de selección del contratista, que presentaran las propuestas, ajustándolas al pliego de condiciones; EPISOL S.A. a través de **José Elías Melo Acosta** y el Grupo Odebrechet a través de **Luiz Antonio Bueno Junior** y la sociedad CSS Constructores S.A., se concertaron y presentaron para el tramo conocido como Ruta del Sol II, una propuesta conjunta a nombre de la estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Consorcio conformado así: el GRUPO ODEBRECHT (con las sociedades *Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Inveestimentos EM Infra - Estructura Ltda.*) con una participación del 62,01% del valor del contrato; La sociedad EPISOL S.A. (filial de Corficolombiana S.A. -Grupo Aval-) *con una participación del 33% del valor del contrato* y la sociedad CSS Constructores S.A. con una participación del 4,99% del valor del contrato.

Hasta ese momento todo era legal y válido; sin embargo, por iniciativa de **Luiz Antonio Bueno Junior**, que actuaba en representación del consorcio CONSOL S.A.S., dejó de competir en franca lid y decidió asegurarse que el contrato le fuera adjudicado a CONSOL S.A.S., en forma amañada; para ello comenzó a lisonjear al director del INCO (**Gabriel Ignacio García Morales**), manifestándole que era un excelente servidor y que el Grupo Odebrecht contrataba a los excelsos servidores públicos, pagándoles sueldos superiores a los que les pagaba el Estado, etc., aunque el director del INCO advirtió que estaba inhabilitado, sin embargo no rechazó de tajo las insinuaciones de corrupción, lo que le permitió entender a **Luiz**

Antonio Bueno Junior que **Gabriel Ignacio García Morales** era un servidor vulnerable -si se quiere corrompible- y que como éste era el director del INCO, encargado de adjudicar el contrato podía hacerlo en forma amañada.

Pese a que CONSOL S.A.S. no era, ni le pertenecía a **Luiz Antonio Bueno Junior** este decidió ver la posibilidad de corromper al director del INCO, comentando por separado a quienes tenían poder decisorio en los grupos consorciados: por el Grupo Odebrecht le comentó a **Luiz Antonio Mameri** (representante de Odebrecht para Latinoamérica) y a **Luiz Eduardo Da Rocha Soares** (representaba una Oficina de pagos de Odebrecht, con sede en Brasil); y por el Grupo Aval a **José Elías Melo Acosta** (que era el representante legal de Corficolombiana S.A., Matriz de la sociedad filial *Estudios y Proyectos del Sol S.A. –EPISOL S.A.–*); Los informados, mostraron su complacencia con el actuar ilegal de **Luiz Antonio Bueno Junior** se comprometieron con el pago de la Coima, sólo que **José Elías Melo Acosta**, advirtió que no podía girar como Grupo Aval, pero que se comprometía a pagar a prorrata de la participación, mediante cruce de cuentas.

Ahora, en lo que respecta al delito de cohecho por dar u ofrecer –como lo advirtió el *ad quem*–, el tipo penal se consuma con dar o con ofrecer, dinero u otra utilidad a un servidor público. En el caso que nos ocupa –inicialmente– se le ofreció al servidor público **Gabriel Ignacio García Morales** una utilidad (un contrato laboral con Odebrecht en el que supuestamente iba a devengar mucho más dinero del que le pagaba el Estado Colombiano); pese a que **José Elías Melo Acosta** fue informado *después de la reunión* no se opuso al actuar incorrecto de **Bueno Junior** sino que pidió mantenerlo informado. Sin embargo, hasta este momento, para el delito de cohecho por dar u ofrecer se me antoja que no es importante, pues el actuar corruptor había podido continuar, pues hasta este momento no estaba aportando u ofreciendo dinero para la coima. Todo cambia cuando el agente corruptor advierte a **José Elías Melo Acosta** que pagara una coima a **Gabriel Ignacio García Morales**, coima que debía ser cancelada por la estructura Consorcial Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., mostrándose **José Elías Melo Acosta** complaciente con esa idea, pero además comprometiéndose a reembolsar a Odebrecht la parte que le correspondía, de acuerdo con el porcentaje de participación.

Aquí sí el aporte es fundamental, pues si **Melo Acosta** no se compromete con el reembolso de la coima, el proceso de corrupción habría terminado, ya que el Grupo de Odebrecht no iba a asumir el pago total de la coima, sabiendo de composición de la estructura Consorcial.

Así las cosas, encuentra este delegado que no es cierto que el *ad quem* haya incurrido en error *in iuducando*, por violación directa de la ley sustancial, en el sentido de aplicar indebidamente del Art. 407 del CP y haber dejado de aplicar el Art. 29 ejusdem. Todo lo contrario, la adecuación típica que hizo la Fiscalía y que avalaron las instancias, de declarar a **José Elías Melo Acosta** coautor penalmente responsable del delito de cohecho por dar u ofrecer, es acertada.

3.2.- SEGUNDO CARGO -subsidiario del anterior-, bajo la égida de la causal tercera de casación, prevista en el Art. 181.3 del CP, el censor acusa la sentencia de segundo grado de haber sido emitida con error *in iudicando*, por violación indirecta de la ley sustancial, consistente en error de hecho, en la modalidad de

falso raciocinio y falso juicio de identidad, que llevó al sentenciador a aplicar indebidamente los Arts. 407 y 409 del CP y a dejar de aplicar los Arts. 9 y 10 ibidem.

3.2.1. Primer falso juicio de raciocinio, el censor sostiene que se presentó respecto de la apreciación y valoración del testimonio de **Luiz Antonio Bueno Junior**, porque el *ad quem* le dio credibilidad al testigo en mención, considerando que una persona no se auto-incrimina, ni incrimina a los amigos si no es porque ha participado junto con sus amigos en el delito que confiesa y además quiere colaborar con la administración de justicia; al respecto –considera el censor– que en el caso bajo examen esa es una falsa regla de la experiencia, porque **Luiz Antonio Bueno Junior** declaró contra **José Elías Melo Acosta** sólo por beneficiarse con el principio de oportunidad que le otorgó la Fiscalía General de la Nación; que la presentación de denuncia contra del mismo y contra sus amigos fue por *el plea agreement*, que suscribió en Estados Unidos.

En sentir de este delegado, el censor no presenta una tesis válida de falso juicio de raciocinio por desconocimiento de una regla de experiencia –de parte de las instancias– sino que lo que intenta es presentar un alegato contrario a la tesis de segunda instancia, con la idea de hacer prevalecer su criterio por encima del de los jueces, sabiendo que las decisiones judiciales gozan de la doble presunción de acierto y de legalidad.

Para no adentrarnos en discusiones, en el sentido de si la tesis sostenida por la segunda instancia es o no regla de experiencia, considera este delegado, que por lo menos es una inferencia lógica válida, en el sentido que –por regla general– las personas no se auto incriminan ni incriminan a sus socios y amigos si todos no han participado en la comisión de un delito.

Una tesis como la expuesta por la defensa –a lo largo del proceso– en el sentido que **Luiz Antonio Bueno Junio** declaró falsamente –comprometiendo la responsabilidad de **José Elías Melo Acosta**–, sólo para beneficiarse del principio de oportunidad, es absolutamente equivocada, toda vez que el principio de oportunidad no se aplica a quien diga cualquier cosa, sino a aquella persona que haya rendido su versión (interrogatorio de indiciado), en forma convincente; versión que no sólo debe ser apreciada y valorada por el fiscal que instruye el caso sino también por el Fiscal General de la Nación (junto con su equipo de colaboradores y asesores), que imparte la resolución de otorgamiento del principio de oportunidad, por colaboración eficaz con la administración de justicia, en la modalidad de suspensión de la acción penal.

Además de lo anterior, no debe olvidarse que las instancias valoran el testimonio **Luiz Antonio Bueno Junio** no sólo de conformidad con los parámetros del Art. 404 del CPP, sino también lo hicieron en conjunto, con los demás medios de convicción, determinando coherencia interna y externa en el testimonio de **Bueno Junior**, por lo que la tesis del censor no tiene cabida.

3.2.2.-Como segundo supuesto de falso juicio de raciocinio, refiere el censor que las instancias consideraron que la parte de la coima que le correspondía pagar al representado por **José Elías Melo Acosta**, había sido reembolsada al Grupo Odebrecht, con la cesión del contrato de consultoría No GF001/2009, del 07/07/2009, suscrito entre la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y la sociedad española DCS Management S.A., contrato que fue cedido sin objeto ni causa justa

al Consorcio Constructor Ruta del Sol S.A.S. –CONSOL S.A.S– y que –a juicio del casacionista– resulta ilógico al observar que EPISOL S.A. representaba sólo el 33% de la participación en el Consorcio Ruta del Sol S.A.S., y si ello es así, entonces, tan sólo le correspondería pagar US\$2.145.000, del valor de la coima –que como se sabe fue de US\$6’500.000–, en tanto que el contrato cedido fue cedido al Consorcio Constructor Ruta del Sol S.A.S. (CONSOL S.A.S.) por de US\$10.800.000, observándose una notoria diferencia inexplicable.

No deja de reconocer este delegado que las sumas de dinero no son iguales; sin embargo, ello no significa que la aludida cesión del contrato de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. al Consorcio Constructor Ruta del Sol S.A.S. haga perder valor suasorio, al testimonio de **Bueno Junior** y demás pruebas que demuestran esa cesión de contrato, pues lo que sucede es que el censor parte de una premisa equivocada y es que equipara la cesión de un contrato a un giro o una simple consignación, para entender que debió realizarse por tan sólo US\$2.145.000, cuando eso no es así.

Como se sabe, el valor de la coima fue de US\$6’500.000 dinero que no salió de CONSOL S.A.S., sino de una oficina diferente a las sociedades consorciadas; como el dinero para pagar la coima salió de una persona diferente a las consorciadas y la coima debía ser pagada por el consorcio –CONSOL S.A.S.–, en el que el Grupo Odebrecht tiene la participación mayoritaria, del 62.01%, es obvio que no podía pagarse así mismo. Dicho en otros términos como CONSOL S.A.S., asumió la deuda con la sociedad consultora DCS Management S.A., entonces el Grupo Odebrecht (a través de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Inversiones EM Infraestructura LTDA), estaba pagando el 62.01% de esa deuda, equivalente a US\$6’804.000; en tanto que EPISOL S.A. (filial de Corficolombiana S.A.), estaba pagando tan sólo el 33%, que su participación en el consorcio, es decir US\$3’550.000.

Si a lo anterior agregamos el costo de movimientos de dinero (entradas y salidas bancarias, variación del precio de la divisa, etc.), que la sociedad CSS Constructores S.A., con una participación del 4% no asumió su cuota alícuota, que terceras personas intervinieron en el entramado delictivo, fácilmente se puede entender el por qué la suma de US\$10.800.000, resulta explicable, máxime que como lo dijo Mauricio Millán Drews, los pagos en Colombia se hicieron en pesos.

Con todo, la segunda instancia señaló que independientemente que hubiese habido o no reembolso del dinero pagado por la coima, lo cierto es que la coima sí se ofreció y se pagó a **Gabriel Ignacio García Morales**, que el ofrecimiento lo hizo de manera directa **Luiz Antonio Bueno Junior**, pero que éste contaba con la aprobación (apoyo moral) de otros directivos del Grupo Odebrecht y posteriormente del **José Elías Melo Acosta** (representante legal de Corficolombiana), por lo que insulso resultaba establecer si la coima se pagó o no y si hubo o no devolución de lo pagado.

Conforme con lo expuesto, encuentra este delegado que el censor no precisa cuál pudo ser la regla de la lógica, de la ciencia o de la experiencia que las instancias quebrantaron, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

3.2.3.- Supuesta violación de hecho por falso juicio de identidad, aduce el censor que **Mauricio Millán Drews** *no había declarado que las facturas que le parecieron dudosas provenían del contrato (sic) con DCS Management S.A., así*

como tampoco había dicho que **José Elías Melo Acosta** lo hubiese autorizado para girarle a Odebrecht y que tampoco había manifestado que DCS Management S.A., era una fachada para el pago de una coima.

Al respecto este delegado se permite indicar que la censura es intrascendente porque lo que hace el censor es tomar apartes de las consideraciones de los juzgadores y presentarlas como si fueran apartes de los testimonios. De otra parte, el censor olvida que las sentencias (de primer y segundo grado) conforman una unidad indisoluble, pues pone de presente algunas consideraciones insulares de la segunda instancia, con relación al testimonio de **Mauricio Millán Drews**, olvidando que la primera instancia transcribió apartes del testimonio de **Mauricio Millán Drews**, con relación a la curiosidad que le generaron unos pagos que debía hacer el Consorcio Constructor Ruta del Sol S.A.S., a una empresa de consultoría que no había prestado ninguna labor (asesoría, concepto, etc.) y la aptitud asumida por **José Elías Melo Acosta**, respecto de esos pagos sin objeto ni causa justos.

La inconformidad del censor radica en que sostiene el *ad quem* indicó que **Mauricio Millán Drews** había dicho que **José Elías Melo Acosta** lo había autorizado para girarle a Odebrecht y la defensa entiende que no es cierto que el testigo haya dicho que **José Elías Melo Acosta** lo haya autorizado para pagarle a Odebrecht la cuota de coima, sino a una sociedad consultora española que el testigo no conocía ni sabía ni entendía por qué debían realizarse esos cuantiosos pagos; sin embargo nótese que este aspecto se trata más de un error de sintaxis que de un error sustancial, pues lo que el *ad quem* quiso significar es que **José Elías Melo Acosta** autorizó a **Mauricio Millán Drews** a pagar altas sumas de dinero a una empresa o sociedad de consultoría desconocida, que tampoco había prestado ninguna labor al Consorcio Constructor Ruta del Sol S.A.S., dinero con el que –a juicio del *ad quem*– se le reembolsó el valor de la Coima a Odebrecht, según lo dijo **Bueno Junior**. Así las cosas, pueda que exista algún error de sintaxis, pero no es verdad que exista tergiversación del testimonio de **Mauricio Millán Drews**, como lo aduce el censor.

También se duele el censor que el *ad quem* haya dicho que se había “*utilizado como fachada el pago del contrato de asistencia técnica No GF-001/2009, suscrito el 7 de julio de 2009 entre la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y la empresa española DCS Management S.A., cediéndolo al Consorcio Constructor Ruta del Sol S.A.S. (CONSOL S.A.S.), como lo indicó Luiz Antonio Bueno Junior.*

Al respecto considera el censor que el *ad quem* está diciendo que **Mauricio Millán Drews** fue el que informó que la empresa española hubiese sido utilizada como fachada –cosa que no es cierta– sin embargo, nótese que en este punto el *ad quem* está haciendo alusión es al testimonio de **Luis Antonio Bueno Junior**, que fue quien habló de qué forma **José Elías Melo Acosta** había cumplido con el compromiso de devolverle a Odebrecht el valor del soborno prometido y pagado a **García Morales**.

Advierte este delegado que el censor toma unos párrafos de la argumentación del *ad quem* y les cambia de sentido; pues la segunda instancia no asevera que **Mauricio Millán Drews** haya confesado o dicho que él hubiera tenido conocimiento del soborno, o que tuviera conocimiento de la existencia de la sociedad DCS Management S.A., o que supiera que el contrato que tenía la sociedad **Constructora Norberto Odebrecht S.A.** con la sociedad DCS Management S.A. hubiese sido cedido al Consorcio Constructor Ruta del S.A.S. (CONSOL S.A.S.),

con la finalidad de devolverle a Odebrecht la cuota alícuota del soborno; pues –a decir verdad– la única parte sustancial y que las instancias valoraron del testimonio de **Mauricio Millán Drews**, es que éste afirmó que a él le había llamado la atención unos cuantiosos pagos que el *Consortio Constructor Ruta del Sol S.A.S. debía hacer a una empresa consultora que el testigo no conocía, ni sabía del motivo de esos pagos; que debido a eso fue que le consultó a José Elías Melo Acosta, y éste primero le dijo que iba a hablar con los brasileños y que unas semanas después, él le había vuelto a preguntar sobre el tema del pagos extraños a la empresa de consultoría y que el Dr. Melo Acosta le había respondido que como el control del Consortio Constructor Ruta del S.A.S. lo tenían los brasileños y ellos eran los más afectados con dichos pagos, entonces debían hacerse.*

Esto fue lo que le permitió al *ad quem* entender que tan comprometido estaba **José Elías Melo Acosta** con el soborno a **García Morales** que no sólo permitió que el *Consortio Constructor Ruta del S.A.S.* asumiera (por cesión de un contrato de consultoría), el pago de cuantiosas obligaciones a cambio de nada (sabiendo que el Grupo Aval para el que trabajaba Melo Acosta participaba en un 33% en el consorcio Constructor Ruta del Sol S.A.S.), sino que además, al ser consultado por **Mauricio Millán Drews**, sobre el pago de gruesas sumas de dinero, sin objeto ni causa lícitos, **José Elías Melo Acosta** se haya limitado tan sólo a decir que como los brasileños representaban la mayor parte de *Consortio Constructor Ruta del S.A.S.*, *estos eran los más afectados, si no se oponían entonces debían hacerse los cuantiosos pagos. Explicación que no resultó nada razonable para las instancias.*

De lo visto no se advierte ningún error de hecho por falso juicio de identidad o de contemplación del testimonio de **Mauricio Millán Drews**, lo que evidencia este delegado es que el censor bien da una lectura rápida a la sentencia y no alcanza a entender la argumentación del *ad quem* o busca sacar ventajas de posibles errores de sintaxis.

3.3. TERCER CARGO -subsidiario de los dos anteriores-, el censor, a la luz de la causal tercera de casación, prevista en el Art. 181.3 del CPP, acusa la sentencia de segundo grado de haber sido emitida con vicio *in iudicando*, por violación indirecta de la ley sustancial, causado mediante error de derecho, consistente en falso juicio de legalidad de la prueba.

Sostiene el casacionista que la prueba que fue obtenida de forma ilegal es el testimonio del ciudadano extranjero **Luiz Antonio Bueno Junior**, porque –en su sentir–, éste declaró en juicio sólo en razón a que la Fiscalía General de la Nación le otorgó un principio de oportunidad, de lo contrario no habría declarado porque como coautor del entramado de corrupción no estaba obligado a autoincriminarse; precisó que el otorgamiento del principio de oportunidad era competencia del Fiscal General de la Nación y que en tal condición había fungido la Dra. **María Paulina Riveros Dueñas** y esta servidora estaba inhabilitada para conocer de asuntos relacionados con los contratos de Concesión de la Ruta del Sol, pues el **29/11/2018**, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia había declarado fundado el impedimento, que ella había presentado en condición de Fiscal General encargada, para tramitar en su despacho los expedientes que previamente había enumerado sobre sobornos de la multinacional brasileña Odebrecht en Colombia.

Además señaló que en el 20/12/2018 se había posesionado como Fiscal General de la Nación ad hoc el Dr. **Leonardo Espinosa Quintero** designado como tal para

que conociera de algunos procesos de Odebrecht, precisando que si bien es cierto que este caso no está enlistado en los asignados al Dr. **Espinosa Quintero**, no lo era menos que los fundamentos que había tenido la Corte para admitir el impedimento de la entonces vicefiscal era que había trabajado con el Grupo Aval, luego no podía intervenir en asuntos relacionados con el Grupo Aval, como el caso que nos ocupa, en el que otorgó principio de oportunidad en un asunto relacionado con Odebrecht y el Grupo Aval. El censor recuerda que fue la Dra. **María Paulina Riveros Dueñas** quien, mediante Resolución No 00026 del 03/01/2019, otorgó principio de oportunidad a **Luis Antonio Bueno Junior**.

Con fundamento en lo anterior, es que considera el censor que *se configuró una irregularidad en la fuente de la prueba, pues dicho principio de oportunidad –que conlleva a la declaración de **Luis Antonio Bueno Junior**- queda viciado desde su origen que es el principio de Oportunidad.*

Con relación a este punto se advierte que no fue tema de debate en las instancias, por lo que no resulta oportuno hacerlo en sede de casación so pena de pretermitir las instancias.

Sin embargo, al margen de lo anterior, considera este delegado que una cosa es estar impedido para conocer y pronunciarse (con resolución de archivo, solicitud de preclusión, de acusación, etc.), en un caso en el que exista interés o en el que se haya conceptualizado previamente, evento en el que se puede presentar imparcialidad, y otra, muy diferente, decidir si se otorga o no principio de oportunidad a una persona; pues en el primer caso sí se puede ser parcial; en tanto que en el segundo el testigo es el que declara y compromete y se compromete a develar los coautores.

Dicho de otra forma, la aceptación de los impedimentos del entonces Fiscal General de la Nación y de su Vicefiscal General, fueron aceptados por la relación laboral que existió entre él primero y el Grupo Aval, y porque habían conceptualizado en algunos contratos relacionados con el proceso de selección y adjudicación del contrato de concesión de la Ruta del Sol, lo que permitió considerar que podían ser parcializados en sus decisiones; pero cuando se trata del otorgamiento de un principio de oportunidad a un testigo en la modalidad de suspensión, sólo con el compromiso de que este diga la verdad, no se puede ser parcializado, pues es el testigo quien decide si dice o no la verdad y en caso de faltar a esta o callarla total o parcialmente, puede verse expuesto no sólo a que se reactive la acción penal en su contra por el caso confeso sino también a que se le investigue por falso testimonio y/o fraude procesal. Así que quien otorga el principio de oportunidad sólo busca que se conozca la verdad y se administre justicia, pero no decide, por lo que no puede considerarse parcializado.

De otra parte, no debe pasarse por alto que **Luiz Antonio Bueno Junior** no sólo estaba compelido a decir la verdad, en virtud del principio de oportunidad que se le otorgó en Colombia, en la modalidad de suspensión de la acción penal, sino que también estaba comprometido con la verdad en virtud del *plea agreement*, que suscribió en Estados Unidos; *recuérdese que por razón del plea agreement presentó denuncia, en la que comprometió la responsabilidad penal de –entre otros– José Elías Melo Acosta*. De tal manera que aquí podemos estar frente a una fuente independiente.

Finalmente, ha de recordarse que de acuerdo con enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia para la exclusión de una prueba no es suficiente con que se advierta que se incumplió un formalismo en la obtención, recaudación, o incorporación de la misma, sino que se es necesario establecer que con el proceder para la obtención recaudación o incorporación de la prueba se violó un derecho fundamental o se desconoció una garantía procesal (AP948-2018), así que quien depreque la exclusión de una prueba, debe *establecer el nexo de causalidad entre la violación del derecho fundamental o garantía procesal y la evidencia; postulado que se deriva de lo preceptuado en los Arts. 29 de la CN y 23 del CPP.*

*En el caso que nos ocupa, el sensor no sólo no precisó que derecho fundamental o garantía procesal se le quebrantó a su defendido ni tampoco estableció el nexo de causalidad existente entre haber otorgado el principio de oportunidad ni la garantía quebrantada, sino que tampoco se advierte que con dicho proceder se haya afectado un derecho fundamental o una garantía procesal a **José Elías Melo Acosta**, por lo que fácil resulta entender que el testimonio de **Luis Antonio Bueno Junior** es legal.*

Así las cosas, no es verdad que, en el presente caso, la sentencia de segundo grado haya sido emitida con vicio *in iudicando*, que llevó a los sentenciadores a violar de forma indirecta la ley sustancial, en la modalidad de error de derecho, en el sentido de falso juicio de legalidad de la prueba testimonial de **Luis Antonio Bueno Júnior**.

3.2. CUARTO CARGO, subsidiario de los tres anteriores, bajo la égida de la causal primera de Casación, prevista en el Art. 181.1 del CPP. el censor acusa la sentencia de segunda instancia de haber sido emitida con error *in iudicando*, por violación directa de la ley sustancial, en el sentido de interpretación errónea del Art. 38 del CP.

En desarrollo del cargo sostiene el censor que la Corte Suprema de Justicia, a partir del año 2019 ha venido sosteniendo que al momento de analizar los elementos subjetivos (establecidos en el Art. 38.2 del CP), para otorgar o denegar la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, *sólo debe analizar el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado que le permitan al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, estándole vedado acudir a criterios de la gravedad del delito por el que se le condenó o a la función que debe cumplir la pena, en un sentenciado.*

Admite el censor que antes del año 2019 la línea jurisprudencial de la corte sí permitía *denegar la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, con fundamento en la gravedad del delito por el que había sido condenado o porque la prisión domiciliaria no cumplía con las funciones de la pena establecidas en el Art. 4° del CP*, pero reitera que la línea jurisprudencia varió.

Por último, advierte el censor que a su representado no lo cobija la ley 1709 de 2011 (Artículos 22 y 23), como equivocadamente lo entendió la primera instancia, pues la referida ley no había entrado en vigor para el momento en que ocurrieron los hechos (años 2009 y 2010) sino el Art. 38 del CP, modificado por el Art. 31 de la ley 1142 de 2007.

A juicio de este delegado le asiste razón al censor al sostener que la sentencia de segundo grado pudo haber sido emitida con vicio *in iudicando*, por violación directa

de la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea del Art. 38 del CP (mod por el Art. 31 de la ley 1142 de 2007), pues el *ad quem* denegó la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, a **José Elías Melo Acosta**, bajo el entendido que la Corte aun mantenía la línea jurisprudencial fijada *ab initio* (por ello cita la providencia AP CSJ, 17 feb. 2015. Rad. 367806), sin percatarse que la Alta Corporación, en tiempos posteriores varió la línea jurisprudencial, en el sentido de establecer que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, cuando el Juez determine –entre otros requisitos– *que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena*, sin que para ello el juez pueda acudir a la gravedad del delito por el que se sentenció al procesado ni a los fines o funciones de la pena.

Con relación a este aspecto este delegado se permite manifestar que uno de los últimos pronunciamientos de la Corte, en el sentido de que no se debe denegar la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, con el argumento de la gravedad del delito y/o a que la prisión domiciliaria no cumple con las funciones que la pena debe cumplir es la providencia distinguida como **SP2047-2021** (Radicación N°. 56015).

Para el caso que nos ocupa, encuentra este delegado que el Dr. **José Elías Melo Acosta** no ha sido condenado por hechos diferentes a los que nos ocupan, siendo esta la primera vez que afronta una condena penal, por lo que difícilmente podrá sostenerse que la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria pone en peligro la comunidad.

De igual manera se advierte que antes y durante la comisión de los hechos que nos ocupan José Elías Melo Acosta ha tenido trabajos lícitos.

De otra parte, no está por demás recordar que **José Elías Melo** durante el trámite del proceso no evadió la acción de la justicia, cuando se le requirió asistió a las diligencias, etc.

Todo lo anterior le permite entender a este delegado que **José Elías Melo Acosta**, puede terminar de cumplir la ejecución de la pena privativa de la libertad en su lugar de residencia, ya que, establecidas las condiciones y comportamientos anotados, permite deducir seria y fundadamente que no coloca en peligro la comunidad ni va a evadir el cumplimiento de la pena.

Tampoco está por demás recordar que para hacer efectiva la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria debe garantizar –adecuadamente– el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Art. 38.3 del CP., entre ellas, **la de reparar los daños ocasionados con los delitos**, por los que fue condenado.

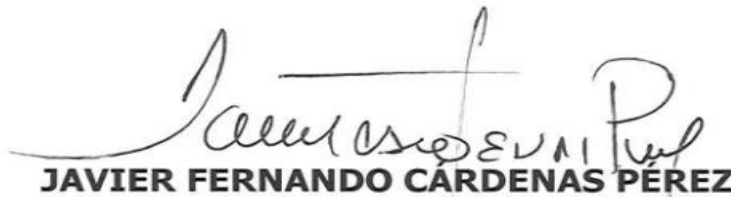
Conforme en lo manifestado, encuentra este delegado que en verdad la sentencia de segunda instancia pudo haber sido emitida con error *in iudicando*, por violación directa de la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea del Art. 38 del CP, Mod. por el Art. 31 de la Ley 1142 de 2007, toda vez que la línea jurisprudencial que le sirvió de fundamento al *ad quem* para denegar la prisión domiciliaria, en este momento ha sido modificada.



4. SOLICITUD

De conformidad con lo manifestado, de manera comedida se solicita a la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, CASAR PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia, en el sentido de sustituir la pena de prisión por prisión domiciliaria, permitiendo que JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, *termine de cumplir la ejecución de la pena privativa de la libertad en su domicilio o lugar de residencia.*

Atentamente,



JAVIER FERNANDO CARDENAS PÉREZ

Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia