

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado ponente: FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER
Radicación: 11001 6000 101 2017 00083 02
Procedencia: JUZGADO 2 ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ
Procesado: ÓSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR Y DAVID ZULUAGA MARTÍNEZ
Delito: FRAUDE PROCESAL Y OTROS
Asunto: AUTO NIEGA NULIDAD
Decisión: CONFIRMA
Aprobado en Acta: N° 083 ELECTRÓNICA
Ciudad y fecha: BOGOTÁ DC, 20 DE JUNIO DE 2024

1. OBJETO

Se resuelve la apelación de la defensa de ÓSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR y DAVID ZULUAGA MARTÍNEZ contra el auto del 30 de abril de 2024 del Juzgado 2 Especializado de Bogotá, que negó la nulidad de la legalidad impartida a la imputación.

2. HECHOS

ÓSCAR ZULUAGA fue candidato a la presidencia de Colombia para el período 2014-2018, por el grupo significativo de ciudadanos "*Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande*". DAVID ZULUAGA fue el gerente de esa campaña presidencial.

La precandidatura de ÓSCAR ZULUAGA comenzó con bajos niveles de favorabilidad, por lo que el precandidato quiso contratar un asesor externo con experiencia en estrategia publicitaria.

Para ello y luego de indagar con quienes lo acompañaron en la precandidatura, ÓSCAR ZULUAGA consultó con DANIEL GARCÍA, quien tuvo relación contractual con ODEBRECHT en Colombia.

DANIEL GARCÍA contactó a ELEUBERTO MARTORELLI, representante de ODEBRECHT en Colombia, quien sugirió al publicista JOSÉ CAVALCANTI, conocido como DUDA MENDONÇA.

La primera reunión fue el 06/02/14 en Sao Pablo, Brasil, a la que asistieron ÓSCAR y DAVID ZULUAGA, IVÁN DUQUE y DANIEL GARCÍA. Igual JOSE CAVALCANTI y sus asesores.

Luego de las conversaciones, JOSÉ CAVALCANTI precisó que el costo de los servicios de publicidad para la campaña de ÓSCAR ZULUAGA, para primera y segunda vuelta, sería de US \$ 4'300.000.

De esa cuantía, se acordó que la campaña presidencial sufragaría US \$ 1'500.000 y el excedente sería cubierto por ODEBRECHT, lo que fue aceptado por ÓSCAR ZULUAGA.

El 06/03/14 ÓSCAR ZULUAGA inscribió su candidatura ante la RNEC¹ y el CNE². El 11/03/14 inscribió a DAVID ZULUAGA como gerente de campaña, y a DANIEL GARCÍA de coordinador político.

Para cumplir lo pactado con el publicista JOSÉ CAVALCANTI, ÓSCAR ZULUAGA ordenó a su hijo DAVID ZULUAGA elaborar los respectivos contratos, lo que cumplió así:

Para la primera vuelta presidencial: (i) el 04/04/14 DAVID ZULUAGA suscribió contrato con la empresa brasileña *JECM Escritorio de Consultoría LTDA* de JOSÉ CAVALCANTI por US \$ 598.000.

(ii) El 16/04/14 con la empresa colombiana *MPB Marketing Político SAS* de JOSÉ CAVALCANTI por \$ 464'000.000; (iii) el 17/04/14 con la empresa brasileña *MPB Estrategia y Creación LTDA* de JOSÉ CAVALCANTI por US \$ 120.000.

En la segunda vuelta, el 26/05/14 DAVID ZULUAGA suscribió contratos: (i) con *JECM Escritorio de Consultoría LTDA* por US \$ 420.000; (ii) con *MPB Marketing Político SAS* por \$ 280'000.000; (iii) con *MPB Estrategia y Creación LTDA* por US \$ 120.000.

¹ Registraduría Nacional del Estado Civil

² Consejo Nacional Electoral

Los contratos con las empresas brasileñas alcanzaron los US \$ 1'258.000; con la empresa colombiana la cuantía fue \$ 744'000.000, lo que, en dólares para esa época, equivalía a US \$ 387.021.

Lo anterior significa que la campaña *Zuluaga presidente 2014 – 2018* alcanzó a pagar por honorarios al publicista JOSÉ CAVALCANTI US \$ 1'645.021.

Del pago del excedente, ODEBRECHT pagó US \$ 1'610.740, suma que constituyó el enriquecimiento ilícito a particulares, a favor de la campaña presidencial de ÓSCAR ZULUAGA.

El pago de esa cuantía, ODEBRECHT la completó con 3 transferencias a la cuenta bancaria en la compañía off Shore Topsail Holding de JOSÉ CAVALCANTI en Panamá.

ODEBRECHT transfiere el 03/06/14 US \$ 475.000; el 17/06/14 por US \$ 500.000; y el 15/07/14 por US \$ 635.740, que, en pesos colombianos para 2014, correspondían a \$ 3.045'561.299.

Los recursos con que ODEBRECHT hizo el aporte, pertenecían a una división de operaciones dedicada al pago de sobornos a servidores públicos y candidatos de campañas políticas a nivel internacional.

Para que fueran discretos los giros, conformó compañías off shore como Klienfeld Services LTDA, titular de cuentas en el banco Meini de Antigua y Barbuda, desde donde se hicieron las transferencias.

Que se utilizó la intermediación del banco Heritage de Ginebra, Suiza, para, finalmente, hacer llegar los dineros a la cuenta de la empresa Topsail Holding, en Panamá, de JOSÉ CAVALCANTI.

ODEBRECHT es una controladora de Brasil que realiza negocios en sectores económicos pertenecientes a la ingeniería, construcción, infraestructura, energía química y utilidades en finca raíz.

Precisó la fiscalía que, la división a la que pertenecían los recursos con los que se hizo el aporte, hacía parte de la constructora NORBERTO ODEBRECHT, subsidiaria de la matriz ODEBRECHT.

Que esa división manejaba un presupuesto para pagos en efectivo o en depósitos a cuentas bancarias, sin incluirlos en los balances oficiales de la empresa, a fin de garantizar actividades corruptas.

El 25 de mayo de 2014 se hizo la primera vuelta presidencial, en la que ganó ÓSCAR ZULUAGA, seguido por JUAN SANTOS, y por los resultados, era necesario acudir a una segunda vuelta electoral.

El 15 de junio de 2014 se hizo la segunda vuelta presidencial, en la que ganó JUAN SANTOS, convirtiéndose en presidente de Colombia para el período 2014-2018.

Agotada cada jornada electoral, las campañas, por el artículo 18 de la Ley 130 de 1994, debían presentar ante el CNE informes sobre los ingresos y gastos de la campaña, para reposición de gastos.

Después de la primera vuelta, el 24/06/14 DAVID ZULUAGA, con el director administrativo de la campaña, presentaron ante el CNE el informe de ingresos y gastos, corregido el 19/08/14.

Después de la segunda vuelta electoral, el 14/07/14 DAVID ZULUAGA, con el auditor interno de la campaña, presentaron al CNE el informe de ingresos y gastos, corregido el 07/10/14.

En ambos informes, como gastos administrativos, se reportaron los pagos a JOSÉ CAVALCANTI a través de los 6 contratos que suscribió el gerente DAVID ZULUAGA, por US \$ 1'645.021.

En ambos se omitió registrar el aporte de ODEBRECHT, para completar el pago de los honorarios a JOSÉ CAVALCANTI, aporte total que ascendió a US \$ 1'610.740.

Que ese aporte debió registrarse dentro de las categorías exigidas por la Ley 130 de 1994, como donaciones o ayudas en especie valoradas en precio comercial.

Que, al omitir en los informes, el registro del aporte que hizo ODEBRECHT, ÓSCAR ZULUAGA, como autor mediato, incurrió en falsedad de documento privado, pues DAVID ZULUAGA, para cuando los hizo, no sabía de ese aporte.

El CNE, con base en esos informes, expidió, para la primera vuelta, Resolución 3454 del 04/11/14 que reconoció a "*Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande*", \$ 16.828'966.584 por reposición.

La RNEC, el 24/11/14 expidió Resolución 016089 en que ordenó el pago al "*Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande*" de \$ 16.828'966.584 por los gastos de la primera vuelta.

Para la segunda vuelta, el CNE expidió la Resolución 3455 del 04/11/14, en que reconoció al "*Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande*", \$ 8.462'488.922, por reposición de gastos.

La RNEC, el 24/11/14 expidió Resolución 016088 en que reconoció la erogación y ordenó el pago al "*Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande*" de \$ 8.462'488.922 por la segunda vuelta.

En 2017, por denuncias asociadas a la financiación irregular de la campaña *Zuluaga presidente 2014-2018*, el CNE inició la investigación administrativa 992 de 2017.

ÓSCAR y DAVID ZULUAGA, quien ya sabía del aporte irregular, incurrieron en fraude procesal, como autores, al ocultar por sus declaraciones, la financiación que ODEBRECHT hizo a la campaña.

Esa declaraciones, con los informes de ingresos y gastos presentados en 2014, lograron que con Resolución 2677 de 2017, el CNE archivara la investigación.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

(i) El 10 de julio de 2023, ante el Juzgado 42 de Garantías, la fiscalía imputó a ÓSCAR ZULUAGA falsedad en documento privado, en concurso; fraude procesal, en concurso; y enriquecimiento ilícito de particulares; y a DAVID ZULUAGA, fraude procesal, con la mayor punibilidad del artículo 58-10 del CP. No aceptaron cargos; (ii) el 1 de noviembre de 2023 se repartió al Juzgado 2 Especializado; (iii) el 5 de febrero de 2024, en audiencia de acusación, el procurador y la defensa impugnaron la competencia; (iv) el 6 de febrero de 2024 el juzgado se declaró incompetente y lo remitió al Tribunal; (v) el 7 de febrero de 2024 se repartió al ponente; (vi) el 9 de febrero de 2024 el Tribunal declaró infundada la impugnación de competencia; (vii) el 11 de abril de 2024 el juzgado continuó la audiencia de acusación y la defensa pidió anular la legalidad de la imputación; (viii) el 30 de abril de 2024 el juzgado negó la nulidad y la defensa apeló; (ix) el 3 de mayo de 2024 se repartió al ponente.

4. COMPETENCIA

Esta Sala de Decisión Penal es competente para resolver la apelación, pues según el artículo 34-1 del CPP, es superior funcional y territorial del juzgado que profirió el auto apelado.

5. SOLICITUD DE NULIDAD

La defensa de ÓSCAR y DAVID ZULUAGA pidió anular el trámite desde que el Juzgado 42 de Garantías legalizó la imputación por la fiscalía el 10 de julio de 2023, por violación del artículo 288 del CPP.

Que la fiscalía no estructuró, en debida forma, los hechos jurídicos relevantes, pues los delitos que atribuyó no se adecuan a esos hechos, lo que es importante para ejercer el derecho a la defensa.

Que el juzgado impartió legalidad a la imputación, sin ejercer el control formal que debía. Que sus defendidos no entendieron la imputación porque no fueron claras las circunstancias de los delitos.

Que no se indicó cómo ÓSCAR y DAVID ZULUAGA conocieron el aporte que ODEBRECHT hizo a la campaña ni la circunstancia en que ÓSCAR ZULUAGA habría acordado con ODEBRECHT el aporte.

Que la fiscalía debió establecer como ÓSCAR ZULUAGA acordó con ODEBRECHT la financiación irregular de su campaña, conocimiento que era el núcleo de la imputación.

Que no se indicó cómo, cuándo, dónde o con quién se concretó ese acuerdo y esos delitos parten de que ÓSCAR ZULUAGA sabía sobre la financiación irregular de su campaña por ODEBRECHT.

Que por ese conocimiento pudo instrumentalizar a su hijo para que incurriera en falsedad de documento privado y fraude procesal, por los informes de ingresos y egresos de la campaña.

Que la imputación a ÓSCAR ZULUAGA fue bajo comisión por omisión, en conductas omisivas al no actualizar el conocimiento de los miembros de su campaña sobre la financiación irregular.

Que la comisión por omisión no procede para el fraude procesal, pues es de mera conducta y no atenta contra bienes jurídicos enlistados en el parágrafo del artículo 25 del CP.

Que esta modalidad exige que el agente tenga posición de garante e incumpla un deber jurídico, pero ÓSCAR ZULUAGA no tenía posición de garante ni se precisó qué deber legal incumplió.

Que no se podía imputar fraude procesal porque exige que el sujeto engañado sea servidor público y ÓSCAR ZULUAGA habría engañado a miembros de su campaña, que son particulares.

Que el engaño habría sido por no actualizar el conocimiento del origen de la financiación de la campaña, por lo que la inducción en error no recayó en funcionarios.

Que no se dijo cuál fue el medio fraudulento con el que se indujo en error y en la investigación administrativa 992 de 2017 no se podía tener como tal versiones libres, pues se rinden sin juramento.

Del enriquecimiento ilícito de particulares, dijo que la fiscalía no explicó cómo la financiación irregular investigada incrementó, injustificadamente, el patrimonio de ÓSCAR ZULUAGA.

Que no se imputaron hechos jurídicos relevantes al respecto, pues no se precisó de qué manera su representado dominó los recursos que soportaron los pagos de ODEBRECHT a JOSÉ CAVALCANTI.

No se indicó cómo los servicios de JOSÉ CAVALCANTI ingresaron al patrimonio de su representado o al de su campaña electoral, según el concepto de patrimonio del Estatuto Tributario, artículo 261.

Tampoco explicó el origen ilícito de los recursos del enriquecimiento ilícito, pues, aunque la fiscalía dijo que provenían de actos de cohecho, el de particulares no es punible en Colombia.

Que la fiscalía, en la acusación intentó precisar que el origen era el lavado de activos, pero eso no lo adujo en la imputación, lo que implicaría una variación del núcleo fáctico.

Que haber referido operaciones con empresas off shore o el sistema bancario internacional, no implica la existencia de lavado de activos, pues pueden entenderse como canales de pago.

Que, en la imputación a DAVID ZULUAGA, no precisó cuándo él actualizó su conocimiento frente a la financiación de ODEBRECHT a la campaña, pues para el 2014 no sabía, pero para el 2017 ya sabía.

Que para su estrategia defensiva era importante saber en qué momento y bajo cuál circunstancia DAVID ZULUAGA pasó de ser instrumento a autor de delitos.

Del fraude procesal, dijo que fue bajo comisión por omisión porque en la investigación administrativa 992 no actualizó el conocimiento de los demás miembros de la campaña y dijieran la verdad al CNE.

Que se debía considerar que él indujo en error a particulares, como lo fueron sus compañeros de campaña y no a los funcionarios del CNE, en el marco de la investigación administrativa 992 de 2017.

Que la nulidad la pedía según el artículo 457 del CPP, pues la indeterminación en hechos jurídicos imposibilitaba ejercer un adecuado derecho de contradicción, como principio de taxatividad.

Que cumple el principio de protección porque la defensa no fue quien creó el vicio, sino la juez de garantías al legalizar una imputación defectuosa y no respetar los derechos de las partes.

Que cumple el principio de convalidación, pues no ha ratificado ni consentido la irregularidad expuesta y en la audiencia de imputación hizo observaciones ante la juez de garantías.

Que cumple el principio de trascendencia, pues el vicio en la imputación afecta su debido proceso y sus representados tienen derecho a conocer con claridad los hechos jurídicos.

Que cumple el principio de instrumentalidad porque el acto no cumplió su fin, no se ajustó a los artículos 8-H, 10 y 288 del CPP; y el principio de residualidad, pues no hay otro medio para sanearlo.

6. AUTO APELADO

Dijo que los principios de trascendencia y convalidación no están acreditados. Que los hechos se adecuan a la falsedad en documento privado, para ÓSCAR ZULUAGA, como autor mediato.

Que para esa conducta usó a DAVID ZULUAGA, gerente, y a VÍCTOR POVEDA, auditor interno, como instrumentos para que alteraran los informes de ingresos y egresos en ambas vueltas.

Que fueron esos documentos privados los que sirvieron de prueba para reclamar la reposición de gastos de cada contienda ante el CNE, situación fáctica que se adecua al tipo penal expuesto.

Que las reuniones de ODEBRECHT y ÓSCAR ZULUAGA, así como la corrección de los informes, son hechos indicadores de los hechos jurídicamente relevantes.

De los fraudes procesales en 2014, se precisó que ÓSCAR ZULUAGA fue autor mediato e instrumentalizó a DAVID ZULUAGA y a VÍCTOR POVEDA para que consignaran falsedades en los citados informes.

Que con esos informes se indujo en error al CNE y RNEC para que emitieran las Resoluciones 3454, 3455, 016088 y 016089 de 2014, de reposición de votos, para ambas jornadas electorales.

Que los informes de ingresos y gastos de la campaña fueron el medio fraudulento para obtener esos actos administrativos contrarios a la ley, por no considerar los aportes de ODEBRECHT.

Esos aportes eran ilegales al provenir de una empresa extranjera, no podían financiar campañas políticas por prohibición legal, y superaron los topes de la Resolución 289 de 2014 del CNE.

Que los hechos se adecuaron a fraude procesal y no se puede concluir que la inducción en error recayó sobre particulares, pues los inducidos en error fueron los servidores del CNE y RNEC.

Que la discusión sobre la omisión impropia no abarca los hechos jurídicos, sino su calificación jurídica, que puede variar en el proceso, mientras los hechos se deben mantener hasta la sentencia.

Que el juez de garantías no podía discutir precisiones dogmáticas de la fiscalía sobre autoría y participación, pues es titular de la acción penal, y la calificación jurídica se podía discutir en el juicio.

Del fraude procesal en 2017, en la investigación administrativa 992 de 2017, la fiscalía atribuyó a ÓSCAR y a DAVID ZULUAGA como coautores (sic).

Que esa actuación se inició para saber: (i) el costo de los servicios del publicista JOSÉ CAVALCANTI; (ii) el patrocinio de la campaña por una empresa extranjera; (iii) el exceso de los topes fijados.

Que en ella se tomaron versiones del auditor interno, del director financiero, de la tesorera, del coordinador político y del gerente de campaña, quienes negaron saber de los aportes de ODEBRECHT.

Que esas declaraciones, con otras pruebas con las que contaba el CNE, permitieron que la investigación fuera archivada con Resolución 2677 de 2017 y confirmada en Resolución 1985 de 2018.

Que, según la imputación, los medios fraudulentos para inducir a los servidores del CNE a emitir esos actos fueron el engaño (sic) y las versiones rendidas en ese trámite, adecuándose a ese punible.

Del enriquecimiento ilícito de particulares, la fiscalía dijo que el incremento patrimonial no justificado fue por US \$1'610.740, del aporte de ODEBRECHT como honorarios de JOSÉ CAVALCANTI.

Que, aunque la imputación no fue expresa sobre la derivación de esos recursos del lavado de activos, precisó actividades de corrupción privada, como el uso de compañías fachadas.

Que, por la etapa del proceso, no emitirá juicio al respecto, pues podría prejuzgar, pues tal adecuación típica se puede discutir en el juicio, luego del cual se podría verificar el origen de esos recursos.

Para su imputación, la fiscalía precisó que esa cuantía ingresó a la campaña presidencial de ÓSCAR ZULUAGA, a través de estrategias de blanqueo del origen ilícito de esos recursos.

Del fraude procesal contra DAVID ZULUAGA, sobre la actuación administrativa 992 de 2017, dijo que la fiscalía sí adecuó a ese delito los hechos que expuso.

Lo anterior, porque él con su padre ÓSCAR ZULUAGA mintieron ante el CNE sobre el verdadero costo de los honorarios del publicista brasileño JOSÉ CAVALCANTI.

Que esa mentira la soportaron en documentos falsos y manteniendo en engaño a los demás miembros de la campaña, quienes creyeron en ambos para declarar ante el CNE hechos irreales.

Que, de lo expuesto, no es posible obviar la complejidad del caso, lo que motivó que la imputación mezclara hechos jurídicos con hechos indicadores para ofrecer mejor el contexto de los mismos.

Que, pese a las falencias, la imputación estructuró, en lo fáctico, cada delito atribuido a los procesados, que deberá probar la fiscalía y a lo que la defensa se podrá oponer, en su etapa respectiva.

Que al juez de garantías le corresponde un control formal sobre la imputación por la fiscalía. El control material sobre la acusación se ejerce por el juez de conocimiento, agotado la práctica de pruebas.

Que la adecuación típica material se extrae de las pruebas, por lo que dicho control no se puede ejercer en la imputación ni en la acusación, sino en la sentencia.

Que en esta etapa no procedía verificar formas de participación o si los medios fraudulentos expuestos eran idóneos para inducir en error o si los recursos se derivaron de lavado de activos.

Que verificó que los procesados comprendieron la imputación, pues así lo expresaron y también se les expuso las alternativas que tenían para acceder a una terminación anticipada del proceso.

Que la imputación fue comprensible a los procesados, máxime por la preparación académica que ambos tenían, por lo que, de todo lo expuesto, no advirtió violación de derechos fundamentales.

Que la fiscalía cumplió las exigencias mínimas para llevar a cabo un adecuado acto de comunicación, pues cada delito que atribuyó, tuvo base fáctica, que fue entendida por los procesados.

Que, en la imputación, se convalidó, por la defensa, las posibles irregularidades de la fiscalía en lo fáctico, pues la juez dio traslado a las partes para formular sus observaciones o aclaraciones.

El procurador judicial y la defensa procedieron con lo pertinente, oportunidad en la que la defensa no se expresó sobre lo indebido o la ambigüedad de los hechos jurídicos expuestos por la fiscalía.

Que la defensa orientó su petición de nulidad a controvertir la adecuación típica de los hechos jurídicos, en la acusación, pero eso era parte del control material y no correspondía al juez de garantías.

7. APELACIÓN DE LA DEFENSA

Dijo que la juez de garantías no hizo un control formal sobre la imputación por la fiscalía, en contra de sus representados, el 10 de julio de 2023.

Que no le parecía justo que aspectos que se podían resolver en esta instancia, se dejaran para el juicio, pues no es fácil para una persona enfrentar un juicio, así el mismo culmine a su favor.

Que no se expuso hecho jurídico frente al conocimiento de ÓSCAR ZULUAGA sobre el aporte de ODEBRECHT a su campaña, base del reproche a su calidad de autor mediato de fraude y falsedad.

Que se atribuyó que él supo de la financiación de su campaña por ODEBRECHT, lo que ocultó al gerente y al auditor de la campaña, quienes consignaron falsedades en el informe de ingresos y gastos.

Que, para ejercer la defensa, debe saber si su defendido supo a través de un acuerdo o si le contaron y el aceptó, para lo cual la fiscalía debió exponer las circunstancias de esa situación.

Si la fiscalía precisa esas circunstancias, la defensa podrá demostrar qué hacía su representado para cuando se llevaron a cabo esas presuntas negociaciones.

Que la omisión impropia la alegó para el fraude procesal, que se habría materializado en 2017, en la actuación administrativa 992, pues la juez pensó que había sido igual para el fraude de 2014.

Que se reprochó que en esa diligencia ÓSCAR ZULUAGA omitió actualizar el conocimiento de los demás miembros de la campaña por lo que, al revelar la financiación ante el CNE, ellos mintieron.

Que, para ello, la fiscalía dijo que ÓSCAR ZULUAGA desconoció el deber de solidaridad que tenía con ellos, lo que es una comisión por omisión, pero el fraude no puede hacerse en esa modalidad.

Que esos hechos no se subsumen en ese tipo penal, lo que desconoció el artículo 288 del CPP, y de la exposición fiscal se extrae que la inducción en error fue a particulares y no a funcionarios.

Que la omisión impropia solo se puede llevar a cabo por quien tenga posición de garante, según el artículo 25 del CP contra bienes jurídicos allí enlistados y ÓSCAR ZULUAGA no tiene esa posición.

Del enriquecimiento ilícito de particulares, dijo que la fiscalía no dijo cómo se incrementó, sin justificación, el patrimonio de la campaña ni el origen delictivo de los recursos dados por ODEBRECHT.

Que, según la imputación, esos recursos provinieron de la división de operaciones estructuradas de ODEBRECHT, dedicada al pago de sobornos y de coimas.

Pero no se podía inferir que, aunque se usaran para esos fines, tuvieran un origen ilícito, pues en el *plea agreement* se plasmó que esos dineros eran lícitos, provenientes de actividades comerciales.

Que no se podía saber que el origen de los recursos discutidos sea ilícito, pues su origen no se podía confundir con su uso, lo que impide configurar un enriquecimiento ilícito de particulares.

Que cumplió el requisito de convalidación, pues no hay norma que obligue a la defensa a hacer observaciones a la imputación, y si no existe, no se puede alegar que la defensa convalidó el vicio.

Que la nulidad la invocó, oportunamente, según el artículo 339 del CPP y que, en la imputación, los vicios que expuso, los trató en las observaciones que hizo.

Que en la audiencia la juez de garantías le impidió extenderse en las observaciones, por lo que, la juez de conocimiento no puede afirmar que no se cumplió el requisito de convalidación.

De DAVID ZULUAGA, dijo que no se precisó cuándo conoció de los aportes de ODEBRECHT a la campaña de la que era gerente, a quien para 2017 se le reprochó incumplir un deber de solidaridad.

Que para DAVID ZULUAGA referiría la misma comisión por omisión, pues la fiscalía dijo que él sabía de esos aportes, pero no lo informó a sus compañeros de campaña para decir la verdad ante el CNE.

Que sus defendidos no conocieron la financiación de ODEBRECHT a la campaña. Pidió revocar la decisión y decretar la nulidad solicitada para que la fiscalía estructure en debida forma los cargos.

8. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

8.1 FISCALÍA

Pidió rechazar la nulidad por ser dilatoria y porque el recurso no fue debidamente sustentado, pues no atacó la decisión apelada, sino que reiteró la petición de nulidad.

Que en la imputación no se confundieron los hechos jurídicos con los indicadores y no puede alegar que los procesados no entendieron la imputación, pues él los asesoró y la juez lo verificó.

Que se le debía dar la oportunidad a la fiscalía para que, en la acusación, aclarara o complementara lo expuesto por el defensor, para así resolver sus dudas.

8.2 APODERADO DE VÍCTIMAS -CNE-

Pidió que se confirmara la decisión apelada e indicó que la defensa, en el recurso, invocó los mismos argumentos que usó para sustentar la nulidad.

8.3 MINISTERIO PÚBLICO

Dijo que, para la estructura de los delitos, no era relevante cuándo los procesados supieron de la financiación irregular, sino su conocimiento al consumarlos, como lo hizo la fiscalía.

Que lo que plantea el defensor se debe discutir en el juicio, cuando podrá demostrar si sus defendidos supieron de los aportes de ODEBRECHT a la campaña, por lo que no se afectaron garantías.

Que el recurrente no reprochaba los hechos, sino el título de imputación, lo que no modifica estos hechos, que se pueden aclarar en la acusación, incumpliendo el carácter residual de la nulidad.

Del enriquecimiento ilícito de particulares, dijo que la fiscalía precisará cuál actividad delictiva originó los recursos que aportó ODEBRECHT a la campaña, lo que ya fue objeto de observación.

Que la forma como se incrementó, injustificadamente, el patrimonio, se debe probar en el juicio y no en la acusación, pues lo relevante era el origen delictivo de los recursos.

Del principio de convalidación, dijo que la nulidad solicitada no es sobre el acto de imputación, sino sobre la decisión de la juez de impartir legalidad al mismo.

Que no es obligación del defensor exponer, en la imputación, las irregularidades en que incurrió la fiscalía, pues al ser un sistema adversarial, puede guardar silencio en beneficio de su estrategia.

Que, aunque la imputación fue farragosa y extensa (sic), abordó los hechos jurídicos de las conductas punibles y que indicar fechas o lugares exactos no es relevante jurídicamente.

Que no cualquier irregularidad puede ser base para pedir nulidad, pues debe ser sustancial y afectar el derecho al debido proceso, lo que no evidenció en este caso.

Que la impugnación de competencia no fue dilatoria pues él, como procurador judicial, también la coadyuvó, criterio acogido por la juez, pero que el Tribunal revocó.

9. CONSIDERACIONES

Por hechos del 2014, a ÓSCAR ZULUAGA se le imputó autoría mediata en dos falsedades en documento privado, dos fraudes procesales, y autoría en enriquecimiento ilícito de particulares.

Por hechos del 2017, se imputó autoría en un fraude procesal. Conductas atribuidas en concurso. Igual, para todos los punibles, la mayor punibilidad del artículo 58 numerales 9 y 10 del CP.

A DAVID ZULUAGA, por hechos del 2017, se imputó autoría en un fraude procesal y la mayor punibilidad del artículo 58-10 del CP³. La juez trasladó la imputación a los demás partes e intervinientes.

El Ministerio Público y la defensa hicieron observaciones, y la fiscalía las respondió. La juez impartió legalidad a la imputación porque se cumplió con el artículo 288 del CPP⁴.

Que lo que expuso la defensa se debatía en juicio, por lo que limitó sus afirmaciones sobre la imputación. Dio a conocer los derechos a los procesados y expuso la prohibición del artículo 97 del CPP.

Como se atribuyó enriquecimiento ilícito de particulares, al igual que la fiscalía, puso de presente a ÓSCAR ZULUAGA el contenido del artículo 349 del CPP.

Preguntó a los procesados si entendieron la imputación y respondieron que sí, luego les preguntó si requerían hablar con su defensor, respondieron que no y no aceptaron los cargos⁵.

Una vez se repartió el caso al juzgado de conocimiento, en la audiencia de acusación, la defensa impugnó la competencia y como la fiscalía lo controvertió, remitió el caso al Tribunal.

Esta Sala de Decisión la declaró infundada. El proceso regresó al Juzgado 2 Especializado, quien continuó la acusación y la defensa pidió la nulidad del trámite, la cual fue negada, por lo que apeló.

Basó la nulidad en la indebida estructuración de los hechos jurídicos y en su no adecuación a los delitos atribuidos, por lo que no se debió impartir legalidad a ese acto.

Se analizarán: (i) la oportunidad para proponer nulidades en el proceso penal; (ii) el contenido y control judicial de la formulación de imputación; (iii) el caso concreto; (iv) las conclusiones.

³ Record 33:00 y subsiguientes. Audiencia de imputación del 10 de julio de 2023

⁴ Record 3:51:00 y subsiguientes. Audiencia de imputación del 10 de julio de 2023

⁵ Récord 4:20:00 y subsiguientes. Audiencia de imputación del 10 de julio de 2023

9.1 OPORTUNIDAD PARA PROPONER NULIDADES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

La Ley 906 de 2004 prevé dos momentos para proponer nulidades: en la audiencia de acusación, artículo 339-1; y en la sustentación del recurso de casación, artículo 181-2.

Sobre la acusación, esa audiencia permite sanear vicios en ella o antes: *"fue concebida ... para sanear irregularidades ... y asegurar ... el trámite con ... las formas propias del proceso"*⁶.

Para sanear vicios anteriores, dijo que las partes deben respetar el orden previsto en el artículo 339 del CPP para invocarlas, esto es, antes de las observaciones al escrito de acusación⁷.

El saneamiento de la acusación es el espacio que legalmente⁸ se otorga a la fiscalía para que, por iniciativa propia o a petición de la contraparte, aclare, corrija o adicione el escrito de acusación.

De igual manera, la Corte Suprema explicó que es posible que, después de la acusación y antes de la sentencia de instancia, se decreten nulidades⁹.

Que eso procede ante un vicio que impida el trámite del proceso, aún de oficio, para el saneamiento inmediato de la actuación. Si no es así, la nulidad se puede resolver en la sentencia.

La nulidad que pidió la defensa es procedente estudiarla de fondo, pues la interpuso en oportunidad procesal y versa sobre actuaciones anteriores a la acusación, como lo es la formulación de imputación.

Se precisa que, en lo sucesivo, ante peticiones de nulidad, el juez debe tener en cuenta su relevancia con el fin de resolverla por anticipado o diferir su pronunciamiento para la sentencia.

⁶ CSJ Rad. 61591 del 24 de agosto de 2022

⁷ CSJ SP radicado 63957 del 1 de noviembre de 2023.

⁸ Artículo 339 del CPP

⁹ CSJ SP radicado 64408 del 31 de enero de 2024

Verificación que permitirá garantizar los derechos de las partes y prevenir eventuales afectaciones a la eficacia, economía y celeridad del proceso.

9.2 DE LA IMPUTACIÓN Y SU CONTROL JUDICIAL

Los artículos 288 y 337 del CPP, rigen la imputación y acusación, con la obligación de la fiscalía, en ambas actuaciones, de hacer una relación clara y sucinta de los hechos jurídicos relevantes.

La relevancia jurídica de los hechos exige que éstos se adecuen a los elementos del tipo penal descrito en la norma, y a su vez, delimita el tema de prueba en el juicio.

Al formular los cargos, la fiscalía debería abstenerse de mezclar los hechos jurídicos relevantes con hechos indicadores ni con el contenido de los EMP.

Tampoco (como regla general) con hechos de contexto, juicios de valor, opiniones morales, alegatos, precedentes, normas legales, doctrina ni de investigación, entre otros.

Pero si no se hace así, aunque no sea la mejor práctica, ello no conduce, faltalmente, a la nulidad, si a pesar de ese vicio, contienen los hechos jurídicos relevantes y el imputado los comprende¹⁰.

Si se formulan cargos contra varias personas, se debe indicar la forma de participación o autoría de cada una de ellas y si son varios delitos, los hechos jurídicos de cada uno¹¹.

La imputación es un acto reglado en el que se individualiza al imputado, y se hace una relación clara y sucinta de los hechos jurídicos relevantes, en un lenguaje comprensible¹².

¹⁰ CSJ SP radicado 57304 del 7 de febrero de 2024.

¹¹ *Ibíd.*

¹² CSJ radicado 62296 del 20 de septiembre de 2023.

Al ser un acto reglado y no un simple acto de comunicación (artículo 288 del CPP), el juez debe hacer un control formal en el que verifique que ese acto cumple las exigencias legales de esa norma.

Esto porque la imputación fija el marco fáctico de la sentencia, por lo que es un acto estructural en el sistema acusatorio, que tiene incidencia directa en el artículo 29 de la CP.

Si no se exponen, en debida forma, los hechos jurídicos, se ofenden derechos al debido proceso¹³ de no ser juzgado sino con las formas propias del juicio y con respeto del derecho de defensa¹⁴.

La Corte dijo que, en éste el juez debe evitar que la actuación se convierta en un "*insulso trámite sin horizonte sustancial alguno*" a través de imputaciones atípicas, incompletas o incomprensibles¹⁵:

(i) Se garantice la impunidad de quienes incurrieron en delito contra las víctimas y la sociedad; (ii) se habilite injustas persecuciones judiciales que violen los derechos del inculcado.

No se debe confundir la adecuación típica material que resulta de las pruebas, con la formal, que es la que hace la fiscalía en la imputación o acusación, al margen de su base probatoria.

Sobre la segunda es que se ejerce el control judicial, como presupuesto para el ejercicio válido de la acción penal, sin la cual es ineficaz ser llevado a juicio.

Algunos elementos del control formal son: autoría o participación; la tipicidad subjetiva; el tipo penal; consumado o tentado; agravado, calificado o atenuado, y con o sin mayor punibilidad.

Igual si es con reductores de penas; si la conducta es típica y antijurídica; si la acción penal está prescrita; si falta algún requisito de procedibilidad o si hay problema de competencia o jurisdicción.

¹³ Artículo 29 Constitución Política

¹⁴ Artículo 28 Constitución Política

¹⁵ CSJ radicado 62296 del 20 de septiembre de 2023

El juez de conocimiento hace un control formal fáctico a la imputación y acusación, según el artículo 339 del CPP, sobre si los hechos tienen relevancia penal, y si son claros y completos.

Si por el juez de garantías o de conocimiento se omite ese control a los hechos jurídicos, se violarían derechos, lo que provocaría que la actuación se vicie y se anule, si se reúnen los demás requisitos.

La imputación fáctica no puede ser modificada durante el proceso, pues su núcleo se debe mantener desde la imputación hasta la sentencia, so pena de vulnerar el principio de congruencia¹⁶.

En cambio, la calificación jurídica puede ser variada en el curso del proceso, si al hacerlo no se varía el núcleo fáctico y se favorece al procesado, si la punibilidad de la nueva calificación es menor.

9.3 EL CASO CONCRETO

En la imputación, antes de concretar los cargos y los hechos jurídicos para cada procesado, la fiscalía expuso un contexto fáctico general, para mayor comprensión de la adecuación típica.

Dijo que, en 2013, ante la RNEC, el "*Movimiento Uribe-Centro Democrático*" aportó 1'220.820 firmas para respaldar la precandidatura de ÓSCAR ZULUAGA a la presidencia 2014-2018.

Como esa precandidatura tenía bajos índices de intención de voto, ÓSCAR ZULUAGA buscó un asesor externo que le ayudara a ganar la contienda electoral.

DANIEL GARCÍA contactó a HUMBERTO MARTORELI, de ODEBRECHT Colombia, quien sugirió a JOSÉ CAVALCANTI, que había prestando servicios de publicidad a esa firma.

¹⁶ CSJ radicado 57196 del 18 de agosto de 2021

JOSÉ CAVALCANTI, a la campaña de ÓSCAR ZULUAGA le cobró US \$ 4'300.000, pactada luego de varias negociaciones, a las que, presuntamente, asistió ese candidato.

La campaña de ÓSCAR ZULUAGA, en 2014, a través de 6 contratos que firmó el gerente DAVID ZULUAGA, en primera y segunda vuelta, pagó US \$ 1'645.021, que reportó al CNE como ingresos y gastos.

Del excedente, ODEBRECHT se comprometió a su pago, por US \$ 1'610.740, a través de 3 giros, en 2014, a la empresa off shore *Topsail Holding* de JOSÉ CAVALCANTI.

Dijo la fiscalía que ese aporte no fue reportado a la autoridad electoral en los informes de ingresos y gastos de la campaña, con base en el cual se hizo la reposición de gastos en ambas vueltas.

Que ese aporte se negó en la investigación administrativa 992 de 2017, que el CNE adelantó contra la campaña de ÓSCAR ZULUAGA, por presunta financiación irregular, por lo que ésta se archivó.

Sobre ODEBRECHT, la fiscalía explicó que era una controladora brasileña dedicada a negocios sobre ingeniería, construcción, infraestructura y utilidades de finca raíz, entre otros.

Que esa empresa entre 2001 y 2016 pagó US \$ 788'000.000 en sobornos a candidatos y funcionarios para asegurar negocios en varios países, como Colombia, en una división estructurada.

Que el artículo 18 de la Ley 30 de 1994 obliga a los movimientos políticos a presentar informes públicos sobre los ingresos y gastos de la campaña, dentro del mes siguiente al debate electoral.

Que sus artículos 20 y 21 precisan en qué categorías se deben reportar los ingresos y gastos de la campaña. La Resolución 0289 de 2014 del CNE ajustó los topes de gastos de las campañas¹⁷.

¹⁷ Para la primera vuelta fijó un tope de \$20.309.277.598 y para la segunda vuelta un tope de \$9.499.285.340

9.3.1 DE LA IMPUTACIÓN A ÓSCAR ZULUAGA

9.3.1.1 DE LA FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

Se le atribuyó el delito tipificado en el artículo 289 del CP, que dice *"el que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de..."*.

La Corte explicó que es una conducta de peligro que no exige un daño, pero si un riesgo concreto para la fe pública, que es la confianza colectiva en el tráfico jurídico de los documentos.

Que ese delito se consuma: (i) cuando se falsifica el documento y (ii) cuando se usa, con independencia de si el falsario es quien lo ingresa al tráfico jurídico¹⁸.

Que la falsedad es ideológica si el autor consigna en el documento hechos ajenos a la realidad, faltando a su deber de verdad sobre aspectos que quebrantan relaciones sociales con efectos jurídicos.

Es necesario que el documento pueda servir de prueba, es decir, que sea apto para crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica.

Esa aptitud probatoria depende de que al alterar la verdad, la imite, es decir, se parezca a ella y pueda, por eso, inducir en error a su destinatario (real o potencial).

Si el documento privado, falso en su contenido, tiene como fin producir efectos jurídicos y se pretende hacerlo valer como prueba, cumple, en principio, la estructura del delito de falsedad.

La fiscalía atribuyó a ÓSCAR ZULUAGA dos falsedades en documento privado, como autor mediato, por hechos de 2014, por los informes de ingresos y gastos de la campaña en ambas vueltas.

¹⁸ CSJ SP radicado 54019 del 21 de junio de 2023

Que la falsedad se configuró porque en los informes de ingresos y gastos, elaborados por particulares (gerente y auditor de campaña), no se registró el aporte de OBDEBRECHT por US \$ 1'610.740.

Según la acusación, para la primera vuelta se presentó, ante el CNE el 24/06/14 y 19/08/14 (una) y para la segunda vuelta, el 15/07/14 y 07/10/14 (otra), de reposición de gastos y topes de financiación.

En los informes, según la fiscalía, solo se consignaron los pagos de la campaña al publicista JOSÉ CAVALCANTI y se omitieron los de ODEBRECHT, lo que sería contrario a la verdad.

En principio, se habría usado ante el CNE para reposición de gastos en las Resoluciones 3454 del CNE y 016089 de la RNEC (primera vuelta); y 3455 del CNE y 016088 de la RNEC, para la segunda.

Del modo como se expresaron los hechos jurídicos en la acusación, la fiscalía los adecuó al artículo 289 del CP, indicando que los documentos falsos se usaron para regir situaciones jurídicas.

Para la falsedad en documento privado y los fraudes procesales en 2014, la fiscalía, para ÓSCAR ZULUAGA, los reprochó en calidad de autor mediato (dolo).

9.3.1.2 DEL FRAUDE PROCESAL

El artículo 453 del CP dice *"El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener ... acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de ..."*.

Los elementos de ese tipo son: (i) sujeto activo indeterminado; (ii) medio fraudulento; (iii) que con éste se induzca en error a un servidor público para obtener acto administrativo contra la ley.

La Corte Suprema explicó que para que se configure, se requiere que quien induzca en error a una autoridad, tenga el deber jurídico de decir la verdad o de presentar hechos en forma verídica¹⁹.

El fraude se presenta si el interesado en un asunto, provoca ante la autoridad un error por información falsa, para obtener un beneficio, imposible de obtener si se hubiese ofrecido información veraz.

La fiscalía atribuyó a ÓSCAR ZULUAGA tres fraudes procesales, dos cometidos, presuntamente, en 2014, como autor mediato, y el otro en 2017, en la investigación administrativa 992, como autor directo.

De los dos primeros, la fiscalía dijo que ÓSCAR ZULUAGA, como autor mediato, instrumentalizó al gerente y al auditor, para presentar ante el CNE informes falsos para reposición de gastos.

Se explicó por qué los informes de ingresos y gastos del 24/06/14 y 19/08/14 (primera vuelta y primer fraude) y el 15/07/14 y 07/10/14 (segunda vuelta y segundo fraude), serían falsos.

Esos informes fueron el medio, según la fiscalía, para obtener las Resoluciones 3454 y 3455 del CNE, y 016089 y 01688 de la RNEC, con las que se reconoció y ordenó el pago de reposición de gastos a la campaña presidencial de ÓSCAR ZULUAGA.

Las autoridades inducidas en error fueron los funcionarios del CNE y de la RNEC que expidieron las esas resoluciones contra derecho, de reconocerle más de \$ 25.000'000.000 por reposición de gastos.

Explicó la fiscalía que esa reposición de gastos no se hubiese reconocido si, en cumplimiento de las normas electorales, se hubiese informado la totalidad de ingresos que recibió la campaña.

Esto porque los ingresos omitidos fueron recibidos de una empresa extranjera, prohibido por el artículo 109 de la CP, y superando los topes de financiación fijados en la Resolución 289 de 2014.

¹⁹ CSJ SP radicado 58249 del 14 de febrero de 2024

Del tercer fraude procesal, dijo la fiscalía, que ÓSCAR ZULUAGA, como autor directo, habría inducido en error a servidores del CNE para que archivaran la investigación administrativa 992 de 2017.

Que el medio de fraude habrían sido las versiones de miembros de la campaña ante el CNE y los documentos con que contaba esa autoridad, como los informes de ingresos y egresos de 2014.

Que así se habría obtenido resolución contraria a derecho (las 2677 de 2017 y 1985 de 2018), en las que el CNE archivó la investigación 992 de 2017, como beneficio a favor de los investigados.

Dijo la fiscalía que, si en esa diligencia se hubiese declarado la verdad, sobre las contribuciones de ODEBRECHT a la campaña presidencial, no se habría archivado la investigación.

La teoría del caso de la fiscalía expuesta en los hechos jurídicos de la acusación, a partir de una probabilidad de verdad, se adecúa, en abstracto, a los delitos atribuidos.

En los tres fraudes, según la fiscalía, el engaño fue no informar ante las autoridades electorales los aportes que hizo ODEBRECHT, empresa extranjera, a la campaña presidencial y bajó qué concepto.

En los dos primeros, habría sido medio, los informes de ingresos y gastos; en el tercero, esos mismos y las declaraciones de miembros de la campaña ante el CNE en la investigación administrativa 992.

En los dos primeros fraudes, se habría inducido en error a funcionarios del CNE y de la RNEC; y en el tercero, a servidores del CNE. El fin de los dos primeros, fue la reposición de gastos y el cumplimiento de topes; y en el tercero, el de archivar el caso.

En el primer fraude hubo las resoluciones: 3454 del CNE y 016089 del 2014 de la RNEC; segundo, la 3455 del CNE y 016088 del 2014 de la RNEC; tercero, la 2677 de 2017 y 1985 de 2018 del CNE.

Como se indicó, la tipicidad subjetiva de estos punibles se analizará en un solo tópico, junto al reproche para la falsedad en documento privado, pues la fiscalía la sustentó con similares argumentos.

9.3.1.3 LA MODALIDAD DE AUTORÍA PARA LA FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y FRAUDE PROCESAL

La fiscalía dijo que ÓSCAR ZULUAGA incurrió en la falsedad y en dos fraudes, como autor mediato, al instrumentalizar al gerente y al auditor de campaña, quienes, al hacer los informes de ingresos, no sabían del aporte de ODEBRECHT, y no los incluyeron.

En la acusación se adujo que ÓSCAR ZULUAGA sí sabía de esos aportes porque había pactado con JOSÉ CAVALCANTI, como pago por sus servicios, US \$ 4'300.000.

Agregó la fiscalía que, de esta cuantía, su campaña solo cubriría US \$ 1'600.000, mientras que el excedente se comprometió a cubrirlo ODEBRECHT, el cual pagó parcialmente.

Que él, al tener ese conocimiento, y como DAVID ZULUAGA y VÍCTOR POVEDA no lo tenían, permitió que presentaran informes de ingresos sin incluir lo que pagó ODEBRECHT, debiendo incluirlo.

El autor mediato es quien comete (dominio funcional) el delito, usando a otro como instrumento, quien no responde por actuar sin libertad, sin culpabilidad, con justificación y por inimputabilidad.

Que fue autor directo del fraude procesal de 2017, porque en la investigación 992, habría ocultado al CNE el ingreso de los aportes que hizo ODEBRECHT.

De estos delitos, la fiscalía expuso, además de la tipicidad objetiva, la tipicidad subjetiva, a título de dolo y que lo hizo como autor en diversas modalidades: mediato y directo, en eventos distintos.

La defensa reprochó que ÓSCAR ZULUAGA no sabía de los ingresos irregulares a su campaña por ODEBRECHT, por lo que, al no precisar la fiscalía cómo lo supo, estimó que no podían atribuírseles.

Que los mismos se fundaron en la presunta omisión de informar a miembros de su campaña presidencial, los recursos que ODEBRECHT aportó para financiar al publicista.

La fiscalía precisó que él actuó con dolo y que su conocimiento se dio en reuniones que él tuvo con representantes del publicista, una en Bogotá el 05/03/14²⁰, sobre el costo de su servicio.

Esa reunión la precisó la fiscalía en la imputación, cuando respondió las observaciones de la defensa, por lo que no puede alegar afectación de sus garantías, pues la fiscalía respondió su inquietud.

Que no haya detallado la misma ni las demás negociaciones que refirió, no vulneran garantías de la defensa, pues, en esta etapa, la fiscalía solo informa los hechos jurídicos que serán objeto del juicio.

Los hechos jurídicos abarcan los supuestos de hecho que se adecuan al tipo penal, incluido su aspecto subjetivo y si fue como autor o partícipe²¹, lo que cumplió la fiscalía.

Sobre la observación de la atribución de una comisión por omisión, la fiscalía no expuso hechos jurídicos relevantes al respecto ni los calificó como tal.

La defensa dijo que a su defendido no se le reprochó una acción, sino una omisión impropia en el fraude procesal, por cuanto esa conducta no permite esa modalidad, según el artículo 25 del CP.

Esa es una hipótesis alternativa a los hechos, por la defensa, pero éste no es la ocasión para hacerlo, en que se discute si la fiscalía estructuró los cargos según el artículo 288 y siguientes del CPP.

²⁰ Récord 3:48:00 y subsiguientes – Audiencia de imputación del 10 de julio de 2023

²¹ CSJ SP radicado 59390 del 4 de octubre de 2023

No es posible emitir un pronunciamiento de fondo respecto de ese argumento, pues su base fáctica no está dentro de los hechos jurídicos expuestos por la fiscalía ni en el sustento del auto apelado.

9.3.1.4 ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR

El artículo 327 del CP dice *"El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado ... de actividades delictivas..."*.

La Corte Suprema explicó que ese delito es mono ofensivo, con los siguientes elementos descriptivos: (i) un incremento del patrimonio propio o ajeno; (ii) la no justificación del incremento patrimonial.

(iii) Que el mismo sea efecto de una actividad delictiva antecedente del sujeto u otro; (iv) si la actividad ilícita es por un tercero, basta que éste haya sabido el origen ilícito del recurso²².

La fiscalía, al imputar ese delito a ÓSCAR ZULUAGA, como autor, dijo que él permitió que a su campaña ingresaran dineros ilícitos provenientes de ODEBRECHT, en una cuantía de US \$ 1'610.740.

Que ese dinero habría sido pagado por ODEBRECHT, directamente, al publicista JOSÉ CAVALCANTI para que prestara sus servicios a la campaña presidencial de ÓSCAR ZULUAGA.

Que ODEBRECHT habría completado esa cuantía en 3 pagos, por un procedimiento bancario subrepticio a la cuenta de la compañía off shore *Topsail Holding* de JOSÉ CAVALCANTI en Panamá.

Que las transferencias las hizo el 03/06/14 por US \$ 475.000; el 17/06/14 por US \$ 500.000; y el 15/07/14 por US \$ 635.740, desde una división para el pago de sobornos a candidatos y funcionarios.

²² CSJ SP radicado 59016 del 19 de noviembre de 2023

Que, para garantizar la reserva en esos giros, formó compañías off shore, como *Klienfeld Services LTDA*, titular de cuentas en el banco *Meini* de Antigua y Barbuda, desde donde hizo las transferencias.

Utilizó la intermediación del banco *Heritage* de Ginebra, para hacer llegar los dineros a la cuenta de la empresa *Topsail Holding* del publicista en Panamá.

Precisó que el enriquecimiento fue a favor de la campaña presidencial de ÓSCAR ZULUAGA, la cual se beneficiaría de los servicios del publicista JOSÉ CAVALCANTI.

Que ÓSCAR ZULUAGA era un político que sabía que no podía aceptar patrocinios de empresas extranjeras, según la CP y también porque con tales ingresos superaría los topes fijados por el CNE.

Que no podía desconocer lo ilícito de los recursos, pues ODEBRECHT tenía la intención de capturarlo en sus filas para que, una vez fuera presidente, cediera a sus negocios (sic).

De igual manera que, por la cuantía pagada, ÓSCAR ZULUAGA podía inferir el carácter ilícito de esos recursos (sic), máxime si era una negociación que exigía un manejo discreto.

En el relato fáctico expuesto, la fiscalía precisó que el incremento recayó sobre el patrimonio de la campaña de ÓSCAR ZULUAGA en una cuantía de US \$ 1'610.740.

Al respecto, la Corte Suprema decantó que esta conducta se puede cometer a favor de un tercero cuando los recursos se emplean para financiar aspiraciones, en desarrollo de campañas políticas²³.

Que, en esos casos, no se acrecienta en forma inmediata, directa o manifiesta el patrimonio del autor del delito, sino que lo hace a través del de un tercero.

²³ CSJ SP radicado 58095 del 20 de enero de 2021.

Según los hechos imputados, los recursos presuntamente aportados por ODEBRECHT no incrementaron el patrimonio de ÓSCAR ZULUAGA, sino el de su campaña presidencial.

Estos servicios tenían por objeto, según la fiscalía, asegurar las aspiraciones políticas de ÓSCAR ZULUAGA, pues su candidatura registraba bajos índices de favorabilidad e intención de voto.

Que ese incremento fue injustificado porque provino de una empresa extranjera con recursos, aparentemente, ilícitos, pues sus recursos eran insuficientes y superaron los topes del CNE.

Del origen ilícito de los recursos dados por ODEBRECHT, la fiscalía explicó que provinieron de una división estructurada de operaciones dedicada al pago de coimas y sobornos en diferentes países.

En la acusación se aclaró que esa división se valía de compañías off shore, como *Klienfeld Services LTDA*, para ocultar rastros de la negociación entre ÓSCAR ZULUAGA y ODEBRECHT.

Según la fiscalía, el origen delictivo de los recursos derivaría de lavado de activos, lo que no viola el núcleo fáctico de la acusación y se enmarca en la facultad de la fiscalía para modificar el cargo.

Esto por el carácter progresivo de la actuación penal, respecto de la imputación jurídica, la cual es relativa o flexible, mas no de la imputación fáctica, que es rígida y absoluta²⁴.

La Corte explicó que el núcleo fáctico debe permanecer desde la imputación hasta la sentencia, salvo que en el curso procesal se eliminen hechos con efectos jurídicos favorables²⁵.

De la imputación jurídica, explicó que es flexible porque puede ser variada, pues a medida que se desarrolla la investigación, se perfila la calificación jurídica para ajustarla con exactitud a los hechos.

²⁴ CSJ SP radicado 58682 del 21 de febrero de 2024.

²⁵ Ibidem.

Eso permite que la calificación jurídica inicial de la imputación se modifique en la acusación, inclusive en perjuicio del procesado, siempre que respete su núcleo fáctico.

Aunque la fiscalía, en la imputación, pudo dar más elementos sobre el origen delictivo de los recursos aportados por ODEBRECHT, sí narró los hechos que darían lugar a esa actividad delictiva.

La fiscalía dijo que los recursos aportados hacían parte de una división de ODEBRECHT dedicada a sobornos y para garantizar discreción en su giro, se valía de empresas off shore²⁶.

Estos mismos hechos los estructuró en el escrito de acusación como *"política ... sistematizada de corrupción que le permitió consolidar su holding empresarial, a través del lavado de activos"*.

En el escrito de acusación no se desconoció el núcleo fáctico imputado, pues la defensa lo conocía y la fiscalía, por el principio de progresividad, podía adecuarlos a una calificación más exacta.

Sobre la tipicidad subjetiva, la fiscalía precisó que ÓSCAR ZULUAGA, por su experiencia como político, pues fue concejal, alcalde, senador y ministro, conocía las reglas electorales.

Sabía que un aporte, en esa condición, no tenía origen lícito, además, consignado en cuentas de compañías off shore, para no dejar registro en la contabilidad de la campaña ni en ODEBRECHT²⁷.

Se evidencia que, en principio y con la sola situación fáctica expuesta por la fiscalía, hay suficientes elementos para discutir la tipificación al punible de enriquecimiento ilícito de particulares.

9.3.2 DE LA IMPUTACIÓN A DAVID ZULUAGA

²⁶ Récord 52:00 y subsiguientes. Audiencia preliminar de imputación del 10 de julio de 2023

²⁷ Récord 2:18:00 y subsiguientes. Audiencia preliminar de imputación del 10 de julio de 2023

9.3.2.1 DEL FRAUDE PROCESAL

El artículo atribuido fue el 453 del CP: *"El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley..."*.

Los elementos de ese tipo penal son: (i) sujeto activo indeterminado; (ii) medio fraudulento; (iii) inducir en error a un servidor público para obtener acto administrativo contrario a la ley.

La fiscalía imputó a DAVID ZULUAGA fraude procesal, como autor, por hechos de 2017, en la investigación 992 del 2017 en el CNE por denuncias por supuesta financiación irregular de la campaña.

Dijo la fiscalía que él fue gerente de la campaña *"Zuluaga presidente 2014-2018"*. Fue quien, en 2014, suscribió los informes de ingresos y gastos, así como los 6 contratos con los que la campaña pagó parte de los honorarios al publicista.

Para 2014 no sabía del aporte que hizo ODEBRECHT a la campaña, pues, a juicio de la fiscalía, el valor total de los honorarios del publicista solo se pactó con ÓSCAR ZULUAGA.

Para 2017 ya sabía del aporte y en la investigación administrativa, no lo informó ante el CNE y según la fiscalía, sostuvo que, instrumentalizado por su papá, presentó los informes de 2014.

Según la fiscalía, además de ocultar la verdad ante el CNE, mantuvo bajo engaño a otros miembros de la campaña, quienes dijeron ante el CNE que lo pagado al publicista fue lo pactado en los contratos.

Que, por esas declaraciones y documentos presentados, se indujo en error al CNE para que profiriera las Resoluciones 2677 de 2017 y 1985 de 2018, con las que archivó esa actuación administrativa.

De esa exposición fáctica, se advierten, en principio, los elementos del fraude procesal, pues el sujeto activo habría sido DAVID ZULUAGA, y el medio fraudulento, su versión ante el CNE.

Con esas declaraciones y otros documentos con los que contaba el CNE, se indujo en error a servidores de esa entidad para emitir actos contrarios a derecho: 2677 de 2017 y 1985 de 2018.

Que esas resoluciones no tuvieron en cuenta la realidad de los pagos al publicista JOSÉ CAVALCANTI, por sus servicios para la campaña presidencial de ÓSCAR ZULUAGA.

De la tipicidad subjetiva, la fiscalía dijo que para 2017 DAVID ZULUAGA conocía de los aportes, lo cual aseguró que podía demostrarlos con los EMP con los que contaba²⁸.

9.3.3 CONCLUSIONES

La fiscalía, en la audiencia de imputación, cumplió con exponer una relación de hechos jurídicos relevantes, que adujo, se adecuaron a cada uno de los punibles atribuidos a los procesados.

Expuso los elementos descriptivos de cada tipo penal, incluyendo los aspectos subjetivos, así como la autoría o participación en la que habría incurrido cada uno, según la norma y la jurisprudencia.

Es razonable que la juez de garantías legalizara la imputación, que no vulnera garantías a los imputados, quienes la comprendieron y sabe de qué se deben defender.

Otra cosa es que la fiscalía pueda, en las etapas subsiguientes del juicio, cumplir su carga de demostrarlos, y audiencias en las que la defensa podrá oponerse, con las garantías del debido proceso.

²⁸ Récord 3:39:00 y subsiguientes. Audiencia preliminar de imputación del 10 de julio de 2023

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá DC

10. RESUELVE

10.1 Confirmar el auto apelado.

10.2 Contra este auto no proceden recursos.

10.3 Devolver de la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALBERTO POVEDA PERDOMO



RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GELIZ



FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER