



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
Sala de juzgamiento

Magistrado Ponente:
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013).

ASUNTO POR RESOLVER

Una vez finalizada la fase probatoria en la audiencia pública de juzgamiento que se adelanta contra el ex Senador **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, entra la Sala a variar la calificación jurídica dada en la Resolución de Acusación, con base en los siguientes argumentos:

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

En el auto de apertura de este proceso (Radicado 34282), proferido por la Sala de Instrucción el 27 de abril de 2011, se mencionaron múltiples comportamientos presuntamente delictivos, en los cuales estaría involucrado el entonces Senador de la República **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, los que en virtud del



fuero constitucional que le asiste, venía siendo objeto de indagación preliminar por parte de esta Corporación.

Particularmente se dio cuenta en dicho proveído de la concentración en ciertas empresas de diez contratos de obras públicas, entre ellos los números 071 y 072 de malla vial, adjudicados por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) mediante procesos licitatorios cuyos hilos habrían sido manejados por el contratista Emilio Tapia "afianzado en su cercanía con el Senador Moreno Rojas".

Así mismo, se aludió al pago de comisiones, apropiación de dineros públicos, posible compra de votos del señor Emilio Tapia Aldana en Sahagún (Córdoba) en favor de **IVÁN MORENO ROJAS**, destinación irregular de recursos provenientes del impuesto de valorización en Bogotá, entre otros hechos anónimamente denunciados o que se dieron a conocer a través de los medios de comunicación. En todos los cuales se vinculó al Senador **IVÁN MORENO ROJAS**.

No obstante la multiplicidad de conductas involucradas en la indagación preliminar avocada por la Sala de Instrucción, en el proveído del 27 de abril de 2011 únicamente se abrió investigación en relación con la denunciada injerencia del entonces senador **IVÁN MORENO ROJAS** en la contratación para la malla vial de Bogotá que finalizó con los contratos 071 y 072 de 2008; la manipulación del proceso licitatorio de estos dos contratos y la exigencia de Moreno Rojas para obtener dos zonas de libre disposición en la concesión vial Bogotá – Girardot.



La instrucción que se inició con los señalados propósitos continuó bajo el radicado 34.282, expediente en el que se profirió la acusación que dio lugar al juicio actualmente en curso. En tanto que la investigación de las restantes conductas siguió en indagación preliminar bajo el radicado **34.282-A**, actuación que continúa en la misma etapa a cargo de la Sala de Instrucción número tres de esta Corporación y en la cual no se ha dado ninguna calificación jurídica a los hechos investigados.

Al momento de cerrar la investigación en relación con el presente asunto (auto del 5 de septiembre de 2011), se ordenó continuar por separado la instrucción en torno al "posible pago de comisiones" relacionadas con la adjudicación de los contratos 071 y 072, dando lugar a la ruptura procesal que dio origen al sumario con radicación **37.665** cuyo impulso corresponde a la misma Sala de Instrucción.

El marco fáctico de la imputación contra **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, plasmado en la Resolución de Acusación del 8 de noviembre de 2011 dentro del radicado 34.282, se concretó a las conductas ilícitas derivadas de su indirecta participación en la licitación que terminó con la adjudicación de los contratos 071 y 072 de 2008 (Malla vial de Bogotá), las cuales se adecuaron típicamente como dos delitos de cohecho propio y dos delitos de interés indebido en la celebración de contratos, punibles todos ellos atribuidos al aforado Moreno Rojas en calidad de interviniente por no reunir las calidades exigibles al autor. En cuanto a la supuesta exigencia de las zonas de libre disposición en la concesión vial Bogotá – Girardot, al aforado se le acusó como autor del delito de concusión.



En tal medida, la investigación por otras presuntas conductas delictivas atribuidas al aforado, se encuentra actualmente en curso en la Sala de Instrucción número tres de esta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para mejor comprensión de esta decisión, la Sala fraccionará su argumentación en los siguientes aspectos: (i) la variación de la calificación jurídica y la necesidad de acudir a este excepcional mecanismo en este asunto; (ii) la definición y concreción de los aspectos fácticos a los que se contrae la acusación y sus consecuencias para este caso concreto, pues ello no solo genera un límite y marco para el juzgamiento, sino que con ese fundamento se procederá a efectuar el correctivo parcial a la adecuación típica respecto del delito de cohecho propio por el de tráfico de influencias; y, por último, (iii) se precisará el grado de participación frente al delito de interés indebido en la celebración de contratos, el cual debe ser a título de determinador.

SOBRE LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN Y LA NECESIDAD DE ACUDIR A ESTA FIGURA PROCESAL

El modelo de enjuiciamiento criminal aplicable a los Congresistas en Colombia, ceñido a los ritos procedimentales contemplados en la Ley 600 de 2000, exige, entre otras cosas, lo siguiente:



(i) Determinación completa del marco fáctico y jurídico dentro del cual deberá desarrollarse el respectivo juzgamiento, cuyos precisos límites deberán quedar claramente señalados en la resolución de acusación. De allí nace el principio de congruencia, el cual se predica entre la acusación y la sentencia.

(ii) La satisfacción plena, real y concreta de esa congruencia por parte de los operadores judiciales, que se vincula necesariamente con la garantía del derecho a la defensa, pues parte de la inalterabilidad de los supuestos de hecho objeto de investigación y juzgamiento, así como también de su calificación jurídica, para que con ello los sujetos procesales mantengan incólume la posibilidad de controvertir la hipótesis fáctica y jurídica contenidas en la acusación.

Esto se traduce en la limitación que, innegablemente, tiene el juzgador al momento de emitir el fallo, pues está en la obligación de respetar la relación fáctica y la adecuación típica de la conducta contenida en la acusación.

En esa medida, de manera general, no está autorizado para sentenciar por una conducta punible distinta a la deducida en el pliego de cargos.

Ahora, sobre los hechos presentados por el acusador, entendidos como el relato preciso de un actuar humano penalmente



relevante, no hay duda alguna que es inalterable y, en principio, no cabe posibilidad de corrección ni modificación; así lo ha enseñado nuestra jurisprudencia de manera pacífica¹.

Sin embargo, igualmente se ha aceptado que cuando los reparos se encuentran en la calificación jurídica de dichos hechos por no acoplarse a la realidad fáctica que aflora debido a la presencia de prueba sobreviniente o por error en la calificación, es factible modificarla en razón de la autorización introducida en la codificación procesal penal del año 2000, a través del artículo 404, donde se preceptúa:

"Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible. Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así:

1.- Si el Fiscal General de la Nación o su delegado advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias.

¹ Por ejemplo, Auto del 14 de febrero de 2002 Rad. 18 457 cuando expuso.

"...Como se señaló, en nuestro sistema, la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica. Lo que es procedente modificar es la segunda, pues el artículo 404 se refiere a "La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible", es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como ente humano, como acontecer real, no puede ser trocado."



Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes.

Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones.

2.- Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

Si el fiscal admite variar la calificación jurídica, se dará aplicación al numeral primero de este artículo.

(...)

Cuando el proceso sea de aquellos que conoce en su integridad la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se introducirá la modificación por decisión notificable en estrados²

En conclusión, esta norma fue introducida² para permitir la modificación de la calificación jurídica efectuada en la acusación, cuando se presente alguna de estas dos situaciones:

² En los antecedentes legislativos del artículo 404, concretamente en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 42 de 1998 Senado, se mencionó:

"Se introduce la variación de la calificación jurídica provisional dada en la resolución de acusación, dentro de la misma etapa, con fundamento en las decisiones de la Corte Constitucional, entre ellas, la contenida en la Sentencia C-394 de septiembre 2 de 1994, siendo magistrado ponente el doctor Aníbal Barrera Carbonell, donde se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 37 del actual Código de Procedimiento Penal. Con fundamento en ella, la modificación podrá formularla el Fiscal, como sujeto acusador, pues siendo la acusación un acto complejo que va desde el llamamiento a juicio, contenido en la resolución de acusación, hasta la intervención del mismo dentro de la audiencia pública incluyendo al acto de variación; más aun cuando se ha entendido que la función juzgadora del juez es independiente e imparcial, limitada al control de la actividad investigadora, para la recta administración de justicia, se que impide su participación en esta clase de decisión.

(...)

Fanecido el término probatorio de la audiencia pública, podrá dispensarse la variación por dos causales determinadas:

1. Si hay error en la calificación dada por el Fiscal, o



1. Cuando por prueba sobreviniente cambie la realidad jurídica del proceso, y
2. Cuando se advierta que la calificación jurídica de la conducta efectuada por el ente acusador, no se corresponde con la realidad fáctica demostrada.

Sobre la primera hipótesis, es decir, cuando se soporta la variación de la calificación en prueba nueva, aducida, producida o incorporada luego de la resolución de acusación, no ha existido mayor discusión, pues el novedoso hallazgo probatorio justificaría y posibilitaría una nueva calificación.

Mientras que sobre la segunda, varias posiciones jurisprudenciales han existido en la última década y bastante se ha discutido sobre si el yerro en la adecuación típica puede provenir de la equivocada apreciación de la prueba existente al momento de la acusación (antecedente) o de la errada selección de la norma aplicable.

2. Si existe prueba sobreviniente que la modifique, siempre que conlleve detrimento en la situación de los procesados podrá hacerla el Fiscal en su Intervención o solicitarla al Juez, si el fiscal no se pronunciare y aquel lo considerare procedente, así se la hará saber, evento en el que el Fiscal General de la Nación a su delegado podrá aceptar a no lo peticionado ()



La tesis imperante en la actualidad es la adoptada por la Sala de Casación Penal en sentencia del 8 de noviembre de 2011 dentro del radicado 34.495³, en la que se advierte que la variación de la calificación jurídica provisional es procedente aún sin mediar prueba sobreviniente, en los eventos en que se advierta un error en la imputación jurídica, el cual puede provenir de una errada selección normativa o del equivocado análisis de la prueba.

Aclarado lo anterior, el fallador cuenta con las siguientes opciones ante una calificación jurídica que considere errada:

- (i) el juez puede seguir adelante y dictar sentencia por un delito diferente al imputado en la resolución de acusación, siempre que sea menos gravoso y se respete el núcleo central de la imputación fáctica; y
- (ii) si la nueva calificación se considera más gravosa para la situación del procesado, es imperativo adelantar el trámite señalado en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, haciendo explícita la variación que en criterio del juzgador debe hacerse a la calificación jurídica efectuada en el llamamiento a juicio, procedimiento que torna compleja la acusación, en tanto dicha mutación se entiende incorporada a la misma.

³ *6. Por antonomasia la resolución de acusación es la que establece los límites fácticos y jurídicos en los que se desarrollará el juicio. Es por esto, que el principio de congruencia externa se predica entre la acusación y la sentencia. Esta significa que el juzgador debe emitir falla dentro de los límites de la acusación. No obstante, está autorizado para condenar por una conducta punible distinta a la endiligada en el pliego de cargos (3), siempre que
- el delito por el que se emite el juicio de reproche sea de menor entidad que el asignado en aquél y
- se respete el núcleo básico de la imputación fáctica, lo que de ninguna manera comporta lesión alguna del principio de congruencia.

En todo caso, acusar por un delito más gravoso que el deducido en el pliego de cargos, el régimen de procesamiento penal del 2000, en su artículo 404, habilitó para el ente acusador la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional, de tal suerte que la consonancia también involucra a dicha mutación realizada conforme a las previsiones de ley en la audiencia pública de juzgamiento, en tanto el falla puede acoger cualquiera de las dos -acusación e variación- sin quebrantar el aludido postulado.



Así las cosas, esta Sala Penal de Juzgamiento hará uso de la facultad de variar la calificación jurídica contenida en la norma comentada y como juez natural del ex Senador **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, procederá a modificar parcialmente la adecuación típica efectuada en la resolución de acusación en punto de los delitos de cohecho propio (art. 405) e interés indebido en la celebración de contratos (art. 409), por considerar que la calificación realizada por la Sala de Instrucción no se ajusta cabalmente a la realidad fáctica acreditada en el proceso, según se explicará a continuación.

Huelga advertir que se acude a esta figura por cuanto la nueva calificación jurídica comporta una situación más gravosa para el procesado, pues de interviniente en los dos delitos de cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos, pasará a responder como autor del punible de tráfico de influencias en concurso con los dos delitos de interés indebido en la celebración de contratos, sustancial modificación que frente a una eventual condena implicaría la imposición de una pena mayor.

DEFINICIÓN DEL MARCO FÁCTICO DE LA ACUSACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

1.- Como punto de partida para la variación de la calificación jurídica, debe esta Sala de Juzgamiento entrar a concretar la realidad fáctica de este asunto, siguiendo fielmente los lineamientos de la providencia mediante la cual se calificó el mérito sumarial. La



primera referencia fáctica se encuentra en el capítulo de los "HECHOS", en el cual se señala lo siguiente⁴:

"1. El arreglo al que habrían llegado en el segundo semestre de 2008, MIGUEL NULE VELILLA en representación del Grupo por él liderado y ÁLVARO DÁVILA PEÑA a nombre de los hermanos NÉSTOR IVÁN y SAMUEL MORENO ROJAS y del Contralor Distrital MIGUEL ÁNGEL MORALESRUSSI, de cancelar los primeros a los segundos el 8% del valor de cada uno de los contratos de obra del IDU números: 071 y 072 de 2008 relativos a la rehabilitación de la malla vial de Bogotá, de resultar adjudicatarias las Uniones Temporales conformadas parcialmente con empresas del Grupo NULE a ese propósito, GTM y Vías de Bogotá 2009; el 6% destinado a los hermanos MORENO ROJAS (SAMUEL e IVÁN) y el 2% para el hoy ex Contralor Distrital MORALESRUSSI.

Para obtener ese propósito se habrían amañado los procesos licitatorios en el IDU, entre otros, por la Directora de ese entonces LILIANA PARDO GAONA y el Director Técnico Legal INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO, y los particulares JULIO GÓMEZ, EMILIO TAPIA ALDANA, MANUEL PASTRANA SAGRE, MAURICIO GALOFRE, DIANA GALINDO y ÁLVARO DÁVILA PEÑA, desde los pliegos de condiciones hasta la evaluación de las propuestas y la escogencia de los contratistas."

2. La exigencia hecha por el Senador IVÁN MORENO ROJAS a MIGUEL NULE VELILLA, de entregarle las dos zonas aledañas a las áreas de los Centros de Control de Operaciones "CCO" de la Concesión Bogotá Girardot, a fin de instalar su esposa LUCY DE MORENO igual cantidad de estaciones de suministro de combustible, abusando de su cargo y de la condición de hermano del Alcalde Mayor de Bogotá, con la coacción de que si no accedía se dañarían las relaciones entre el grupo empresarial y el Distrito Capital, según reuniones realizadas en Miami, una en la oficina del abogado ÁLVARO DÁVILA y dos en la casa paterna del aforado, en el Barrio Teusaquillo de Bogotá, entre julio de 2008 y abril de 2009."

⁴ Auto del 8 de noviembre de 2011.



2.- Esos hechos fueron calificados jurídicamente por la Sala de Instrucción, de la siguiente manera:

Los referidos al primer numeral, fueron calificados como: (i) cohecho propio (artículo 405 del Código Penal), en relación con el supuesto acuerdo de voluntades para extraer comisiones derivadas de la licitación pública que adjudicó los contratos 071 y 072 de 2008; y (ii) interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 ibídem), en relación con la presunta manipulación de la contratación por parte de los funcionarios del IDU en la licitación que adjudicó los contratos 071 y 072 de 2008.

Ambos delitos fueron imputados en condición de "coautor interviniente", en concurso homogéneo por cada uno de los contratos.

Lo relacionado con la solicitud de entrega de dos zonas de libre disposición en la concesión vial Bogotá-Girardot, se tipificó como concusión (artículo 404 ibídem), en calidad de autor.

Así las cosas, aclara esta Corporación que solamente se procederá a variar la calificación de los hechos investigados y ahora juzgados en lo relacionado con la imputación jurídica del delito de cohecho propio, pues considera esta Sala Penal de Juzgamiento que se adecúan mejor al punible de tráfico de influencias; y, frente al delito de interés indebido en la celebración de contratos, se modificará en el sentido de que la forma de participación no es la de interviniente sino la de determinador.



3.- De lo anterior se desprende que la imputación fáctica calificada por la Sala de Instrucción como cohecho propio en condición de interviniente, se concretó en que el congresista **MORENO ROJAS** habría acordado con integrantes del grupo Nule, particularmente con el señor Miguel Nule, ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales y la función de otro servidor público, pues el congresista aceptó recibir una comisión de dinero concreta como contraprestación por sus gestiones ciertas y claras encaminadas a lograr en favor de las empresas de los Nule, la adjudicación de contratos por parte de la administración distrital de Bogotá, que finalmente se tradujeron en los contratos de malla vial 071 y 072 de 2008.

Para mayor ilustración, seguidamente se transcriben algunas de las manifestaciones de la Sala de Instrucción, acerca de la conducta endilgada al ex congresista:

"Estos elementos de juicio patentizan el acuerdo entre los contratistas con los hermanos MORENO ROJAS (IVÁN y SAMUEL) y el Contralor Distrital MORALESRUSSI, a través de ÁLVARO DÁVILA, el cual involucró necesariamente a funcionarios del IDU que actuaron en el proceso de evaluación y adjudicación de los contratistas, concerniente a aceptar la promesa de pago de las comisiones dinerarias a cambio de la asignación de los contratos, objetivo finalmente alcanzado con la violación de los principios de la contratación pública.

"..."

"El aforado a través de ÁLVARO DÁVILA negoció la adjudicación de los contratos aceptando la promesa de pago de cuantiosas comisiones de dinero garantizando ese resultado con la participación de funcionarios del IDU que manipularían el proceso contractual, entre otros, LILIANA PARDO GAONA e INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO, el cual obtuvo con el quebrantamiento de los principios de la contratación pública por



parte de los servidores públicos que intervinieron en su trámite, quienes con su proceder ejecutaron actos contrarios a sus deberes oficiales.” (destaca esta Sala)

Así mismo, para determinar la conducta desplegada por el ex Congresista, y ante la concurrencia de otras personas como los miembros del Grupo Nule, los funcionarios del IDU y contratistas, sumado a los múltiples intereses que confluyeron en el pago de comisiones a través de los anticipos de los contratos 071 y 072 de 2008, igualmente precisó la Sala de Instrucción:

“La contribución funcional del Senador MORENO ROJAS fue comprometerse con MIGUEL NULE a través de ÁLVARO DÁVILA PEÑA a adjudicar los contratos a cambio de las gratificaciones, desempeñando un papel de liderazgo en el grupo copartícipe de los hechos, reuniendo a las personas con quienes podrían llegar a dicho acuerdo y estaban dispuestos a pagar las coimas. Su condición de Senador y actuando al parecer en consuno con su hermano el Alcalde Mayor de Bogotá y con funcionarios del más alto nivel del IDU, le permitió controlar el proceso licitatorio y obtener el resultado prometido.” (destaca esta Sala)

En otro aparte se señala en relación con la intervención de **NÉSTOR IVÁN MDRENO ROJAS:**

“...atendiendo la forma como él operaba, a través de intermediarios quienes acordaban con los contratistas la cancelación de las comisiones de producirse las adjudicaciones, en tanto los mediadores por otro lado hacían los contactos con los funcionarios del IDU.” (destaca esta Sala)

Puede apreciarse de lo anterior, que al ex Congresista se le censuró el haberse “comprometido”, “acordado” y “negociado” con Miguel Nule Velilla, el pago de una comisión a cambio de realizar, a



través de "intermediarios" o "mediadores" gestiones y labores encaminadas a que la Administración Distrital le asignara a las empresas del grupo Nule la contratación relacionada con la malla vial de Bogotá, objetivo que a la postre se cumplió con la adjudicación de los contratos 071 y 072 de 2008. En dicha labor, dice la acusación, se utilizaron los oficios de terceras personas, como Álvaro Dávila, Julio Gómez y Emilio Tapia.

4.- Derivado de lo anterior, esta Sala de Juzgamiento entiende que la acusación delimita dos aspectos que fácticamente edifican el juicio de reproche contra el acusado, a saber:

- (i) el compromiso que adquirió el entonces Senador de la República y hermano del Alcalde Mayor de Bogotá, con el grupo empresarial Nule de realizar gestiones ante la administración distrital; y
- (ii) los propósitos de ese acercamiento, traducidos en el interés de los miembros del grupo Nule de garantizar la continuidad en sus actividades de construcción de obras públicas en Bogotá y, por ende, la asignación de contratos que surgieran de la licitación 006 de 2008, de los cuales solamente se incluyeron en la resolución acusatoria los contratos 071 y 072 de 2008.

Esta precisión fáctica es importante para esta Sala de Juzgamiento, pues de ella se parte para concluir que sobre el primer aspecto y desde la perspectiva de la conducta del entonces Senador **IVÁN MORENO ROJAS**, la descripción típica que se adecúa con mayor precisión es la del delito de tráfico de influencias.



Las razones son las siguientes:

Para imputar el delito de cohecho propio en calidad de interviniente a **MORENO ROJAS**, la Sala de Instrucción tomó como punto de partida la hipotética existencia del comportamiento delictivo de los funcionarios del IDU, quienes habrían desplegado materialmente las maniobras encaminadas a direccionar la contratación en favor del grupo Nue –*particularmente de los contratos 071 y 072 de 2008*- labor en la cual el ex Senador, por no reunir las condiciones señaladas en el delito de sujeto activo cualificado, se lo ubicó como un coautor-interviniente, es decir, lo vislumbró como un extraño o *extraneus* del delito cualificado.

En otras palabras, el delito de cohecho propio no se atribuyó directamente a **IVÁN MORENO ROJAS** por razón de sus funciones, sino indirectamente se le trasladó la imputación que se le podría hacer a los funcionarios del IDU, en cuanto éstos sí tenían dentro de su rol la celebración de contratos de obras públicas, adecuación que se le hizo extensiva al ex Senador como coautor-interviniente, en razón de que el congresista no reunía las calidades especiales del sujeto activo consagradas por el legislador, según se consignó expresamente en la resolución de acusación.

Así lo señaló la Sala Instructora:

“En tratándose de delitos propios es natural que autor sólo pueden ser los servidores públicos que ostentaban la facultad comerciada, en este caso, tramitar, adjudicar y celebrar los contratos en el IDU, quienes infringiendo los mandamientos superiores y legales que regular esta atribución, los otorgaron beneficiando indebidamente a los contratistas, cumpliendo de esta manera lo pactado ilegalmente.”



"Los demás concurrentes en la ejecución de las conductas, particulares y servidores públicos carentes de esta condición, para este caso el Senador MORENO ROJAS, responderá como interviniente..."

Lo anterior no tendría glosa alguna por esta Sala de Juzgamiento si se partiera de que realmente el delito que se tipifica es el de cohecho, sin embargo los reparos a esta calificación comienzan por advertir que de aceptarse que **IVÁN MORENO ROJAS** entra como interviniente en el delito de cohecho cometido por los servidores públicos del IDU, se estaría dejando a un lado el comportamiento antecedente y primigenio que precisamente vislumbró la Sala Instructora como origen del conocido "*carrusel de la contratación*", cual fue el "*arreglo*", "*negociación*", o "*pacto*" al que llegaron los Nule con los hermanos Moreno Rojas para que al grupo empresarial de aquellos se le asignaran contratos de obras públicas en Bogotá, y de sus anticipos poder extraer las comisiones acordadas para los compromisarios y las gratificaciones o pagos a quienes les prestaran su ayuda.

Queda entonces claro, dada la realidad fáctica antes detallada, extractada precisamente de la resolución de acusación, que unos fueron los compromisos que se celebraron entre los hermanos Moreno Rojas y Miguel Nule Velilla, y otros, muy distintos, los comportamientos de los servidores públicos del IDU que se prestaron para cumplir los propósitos que aquellos tenían.

Esto lleva a colegir que la labor de ayuda o colaboración a la que al parecer se comprometió el ex Senador **MORENO ROJAS** con los integrantes del grupo Nule, no puede ser vista como participación o intervención en el delito de otro, sino que tiene todas



las condiciones para ser vista con identidad propia e independencia, comportamiento que por especificidad y plena caracterización se adecua cabalmente al tipo penal de tráfico de influencias.

En efecto, el tenor literal del punible de tráfico de influencias de servidor público, consagrado en el artículo 411 del Código Penal (Ley 599 de 2000), es como sigue:

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

Se trata de un tipo penal que describe a un sujeto activo calificado, en otras palabras, solamente incurre en este comportamiento quien ostente la condición de servidor público. El tráfico de influencias adquiere identidad cuando el legislador exige la presencia, además del servidor público (influenciador), de otra persona, en este caso también calificada, como es otro servidor público, destinatario de la conducta indebidamente preponderante (influenciado).

En lo que respecta al verbo rector, este tipo penal emplea el término "utilizar", que significa "hacer que una cosa sirva para algo"⁵ seguido del adjetivo "indebidamente", lo que trasciende en cuanto al momento consumativo del delito, en la medida que la conducta adquiere relevancia penal con el simple acto de anteponer o

⁵ Diccionario esencial de la lengua española (RAE). Ed Eapase 2006



presentar la condición de servidor público derivado del ejercicio del cargo o de la función o con ocasión del mismo, sin que importe el impacto o consecuencias en el destinatario, ubicando el delito en aquellos denominados de mera conducta.

Sobre el término "*influencia*", atendiendo las varias acepciones, se destaca aquella consagrada en el diccionario de la Real Academia Española (22ª edición) según la cual se hace referencia a "*Persona con poder o autoridad en cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio.*". Por su parte, influir se asume como la fuerza moral en el ánimo de otra persona.

Las características de la influencia se contraen a lo siguiente:

- (i) debe ser cierta y real su existencia, con la entidad y potencialidad suficiente para llegar a influir en el otro, que trascienda en un verdadero abuso de poder de ahí que la influencia simulada, falsa o mentirosa, no haya quedado penalizada en este tipo, obedeciendo esto a un principio lógico, pues no se puede abusar de lo que no se tiene;
- (ii) puede obedecer, entre otras razones, a cuando se esgrimen relaciones de superioridad o jerarquía, también con ocasión de vínculos de familiaridad, amistad o afinidad entre el sujeto activo y el pasivo;
- (iii) debe ser utilizada indebidamente. Lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos precisados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o



los que imponen los principios que gobiernan la administración pública.

Como el destinatario de la influencia es otro servidor público, de quien se espera la obtención del beneficio y sobre el cual se ejerce la influencia indebida, el objeto material es personal.

Este tipo penal no admite la tentativa pues los meros actos de influencia constituyen su consumación, así como tampoco se requiere resultado, esto es, no se exige que se obtenga algún éxito en la gestión.

Igualmente, conforme la descripción del legislador, en lo que atañe al ingrediente subjetivo, se identifica como tal cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer. En otras palabras, el beneficio puede ser económico, profesional, laboral, personal, etc.

La conducta del traficante de influencias es determinable y autónoma en el ejercicio indebido de su posición preponderante, de poder o superioridad, razón por la cual, para la estructuración de este tipo penal, no es importante ni necesario establecer lo que el influenciado haga a partir del momento en que sobre él se ejerció el influjo psicológico, puede incluso aparecer como la víctima o, dependiendo del comportamiento que despliegue a partir de ese momento, puede pasar a ser típica su conducta si el propósito u objeto de la influencia se adecua a un hecho delictivo

En cuanto se refiere al objeto jurídico y la antijuridicidad material del tráfico de influencias, esto es, la protección del correcto



funcionamiento de la administración pública, particularmente se enfoca a sancionar al servidor público que pretenda derivar de su investidura privilegios o provechos indebidos para él o para un tercero, quebrando la imparcialidad, neutralidad, transparencia e igualdad⁶, que se espera recibir de la administración pública, deformando los fines del Estado y la prevalencia del interés general.

Descendiendo al caso que nos ocupa, conforme se explicó en la delimitación fáctica, si al acusado se le censuró el acuerdo, compromiso o negociación celebrada con el grupo Nule con el propósito de lograr la asignación de la contratación relacionada con la malla vial de Bogotá, para lo cual jugó papel decisivo su condición de Senador, aunado a que era hermano del Alcalde de Bogotá, jefe máximo de la Administración Distrital de la cual hacían parte los funcionarios del IDU encargados de la contratación, resulta claro que el elemento normativo preponderante es la influencia ejercida.

En efecto, como se ha mencionado, del contenido de la acusación se desprende que el grupo Nule divisó a **MORENO ROJAS** como ideal socio para acercarse a la administración de turno, no por tratarse de cualquier ciudadano, sino precisamente por razón de la importancia y preeminencia que le otorgaba su pertenencia al Congreso de la República, Corporación influyente en el medio social, político y económico, además del valor agregado que representaba que ese Senador fuera el hermano de Samuel Moreno Rojas, Alcalde Mayor de Bogotá, condiciones que lo hicieron ideal socio y compromisario para los propósitos del grupo Nule, concretamente, influir en los funcionarios del IDU para así lograr la adjudicación de contratos a ese grupo empresarial.

⁶ Art. 209



Entonces, atendiendo al señalamiento fáctico consignado en el pliego de cargos, surge incuestionable que el real y verdadero compromiso asumido por el aforado consistió en ejercer todo su poderío, a través de los hilos de poder que manejaba, para influir en otros servidores públicos vinculados al Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (IDU), con el propósito de que éstos adjudicaran contratos a las empresas en las que tenía participación el llamado grupo Nule.

Esta situación evidencia que el tráfico de influencias es el tipo penal que se ajusta a la concreta situación fáctica recogida en este caso, por cuanto un servidor público (Congresista), desplegó actos de poder o autoridad sobre otro u otros servidores (funcionarios del IDU), con el fin de influenciarlos para lograr la adjudicación de contratos de malla vial a empresarios del Grupo Nule. En ello jugaba papel trascendente la doble condición de Senador y hermano del Alcalde de Bogotá, calidades que evidentemente le otorgaban a **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS** importancia y poder suficiente para comprometerse a "colaborar" o "ayudar" al grupo Nule, lo hacían ideal gestor o impulsor del acuerdo, y especialmente influyente para los propósitos fijados.

Al efecto cabe recordar la calidad de congresista que **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS** tenía en la época de los hechos, de donde es dable afirmar que las conductas punibles por las que fue acusado se habrían cometido por motivo o con ocasión del cargo, siendo entonces claro que la competencia de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento, acorde con el parágrafo del artículo 235 de la



Carta Política, continúa y permanece no obstante su pérdida de investidura, decretada por el Consejo de Estado⁷.

Corolario de lo anterior, en lo que respecta al ex Senador **MORENO ROJAS**, se estructura la hipótesis típica del delito de tráfico de influencias, lo que subsume todos los comportamientos que lleven implícito el ejercicio de esa indebida preponderancia, pues como se advirtió el delito se consuma en ese mismo instante. Esto no descarta la eventual existencia de comportamientos delictivos a partir de ese momento, bien sea conductas del acusado o de los servidores públicos del IDU y cuya adecuación típica y responsabilidad debe ser estudiada en cada caso particular, como por ejemplo, peculado, prevaricato, enriquecimiento ilícito, violación al régimen de contratación, etc, pues si no fueron incluidas fáctica ni jurídicamente en la resolución de acusación no es posible ahora traerlas pues allí se demarcó el ámbito de competencia de esta Sala de Juzgamiento, excepto el interés indebido en la celebración de los contratos 071 y 072 de 2008 no sólo por cuanto sí fue abordado en el pliego de cargos sino porque se desarrolló con posterioridad a la influencia indebida imputada.

Ahora bien, en cuanto a la forma de participación en el delito de tráfico de influencias, por el que se varía esta calificación, es claro para la Sala de Juzgamiento que no puede ser otra que la de autor material, precisamente por reunir **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS** las específicas cualificaciones del tipo penal, quien ostentaba para la época de los hechos la calidad de Senador, en razón a lo cual habría mediado indebidamente en favor de un tercero con el fin de conseguir la adjudicación de la señalada contratación.

⁷ Fallo del 11 de marzo de 2013



FRENTE AL GRADO DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.

En lo que respecta al cargo formulado por el delito de interés indebido en la celebración de contratos, considera esta Sala de Juzgamiento que los referentes fácticos de la acusación muestran claramente la presencia de los elementos normativos de este tipo penal en cabeza de los servidores del IDU, quienes presuntamente se interesaron en la licitación pública que llevó a la adjudicación de los contratos 071 y 072 de 2008.

Al respecto ha de recordarse que el artículo 409 del Código Penal, describe y sanciona el interés indebido en la celebración de contratos, de la siguiente forma:

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

Quiere decir lo anterior que al aforado no podría catalogársele como autor de este delito, pues no tenía la cualificación típica para interesarse en la celebración indebida de los contratos del IDU, y aunque era servidor público, el cargo de Senador que regentaba no lo facultaba para inmiscuirse legítimamente en los procesos licitatorios del Distrito Capital y menos en la adjudicación de contratos de obras públicas. De suerte que no era jurídicamente posible considerarlo autor de una conducta ajena por completo a sus funciones como Senador de la República.



Tampoco aparece en la acusación que el ex Senador **MORENO ROJAS**, haya concurrido a la ejecución material del delito de interés indebido en la celebración de contratos, ni se lo muestra como ejecutor de actos funcionales bajo su control, manejo o dominio relacionadas con la licitación 006 de 2008, motivo por el cual no podría vérselo como un coautor del delito funcional de los servidores públicos del IDU.

Es del caso recordar a modo ilustrativo que en los tipos penales de sujeto activo cualificado solamente es autor aquel que reúna la especial característica exigida por el legislador; sin embargo, puede suceder que en la ejecución material del ilícito participe un sujeto que no cumpla esa particular cualificación pero actúe asumiéndolo como propio, siendo por tanto un claro coautor. En estos casos, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia⁸, será tenido como coautor-interviniente de acuerdo con el inciso final del artículo 30 del Código Penal, fenómeno accesorio de la participación en la conducta criminal, y tendrá derecho a la rebaja de pena de una cuarta parte, en la medida que merece un mayor reproche el servidor público que viola el deber jurídico (*intraneus*), frente al que no posee esa especial calidad (*extraneus*) y, por ende, el grado de censura no puede ser el mismo para los dos.

Descartada la posibilidad de que concurra la autoría y coautoría ante una situación fáctica como la presentada frente al acusado y atendiendo a que la jurisprudencia de esta Corporación solamente

⁸ Sentencia del B de julio de 2003. Rad. 20 704. "... Por esa, cuando dicha norma utiliza el término *intervinientes* no lo hace como un *simulda participes* ni como un concepto que conglaba a toda aquél que de una u otra forma concurre a la realización de la conducta punible, valga decir *determinadores, autores, coautores y cómplices*, sino lo hace en un sentido restrictivo de *coautor de delito especial sin cualificación*, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnen dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de *intervinientes* para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecta de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase."



reconoce la condición de interviniente al coautor⁹, resulta lógico concluir que esa figura –la del interviniente– no se ajusta a la participación de **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS** en este caso. Pero no es solamente esta conclusión la que lleva a la Sala a variar la calificación frente al grado de participación, sino en razón a que realmente se está ante la figura del determinador.

Las razones son las siguientes:

El rol en el que la Sala de Instrucción ubicó al acusado **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, con relación a la injerencia sobre la contratación de obras públicas en Bogotá, siendo fiel a las consideraciones del acusador, corresponde a la de ser gestor de la actividad delictiva dirigida a acceder al dinero de la contratación, para lo cual resultaba necesaria la adjudicación de los contratos de obra al grupo Nule. Ello se dejó claro en los referentes fácticos detallados en precedencia.

Para lograr ese propósito, el cual fue acordado entre el grupo Nule y **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, la acusación revela la concurrencia, entre otros, de Liliana Pardo e Inocencio Meléndez, quienes en su condición de directora del IDU y Director Jurídico –*respectivamente de la misma entidad*–, subalternos del Alcalde de Bogotá y al parecer destinatarios de porciones del botín, manipularían la adjudicación de los contratos para que fueran entregados a las empresas del grupo Nule. Funcionarios que sí ostentaban la facultad de tramitar, adjudicar y celebrar los contratos. Así se expuso en el llamamiento a juicio:

⁹ Por ejemplo, decisiones del 21 de marzo de 2007 Rad. 19.794, 10 de marzo de 2010 Rad. 31.890; 24 de noviembre de 2010 Rad. 34.253



"...con el propósito de dar cumplimiento al convenio ilegal atrás precisado, funcionarios del IDU conjuntamente con otros de los partícipes en los hechos manipularon la elaboración de los pliegos de condiciones, y la habilitación y exclusión de propuestas en el proceso de evaluación para beneficiarlos; proceder con el cual los servidores del IDU descarriaron la función de evaluar y adjudicar de manera imparcial y objetiva a los contratistas, prefiriendo el interés individual de terceras personas al público que debía buscar en desempeño de esa atribución, quebrantando los principios de la contratación pública."

Se concluyó así que la cualificante normativa que aproxima a la autoría del delito de interés indebido en la celebración de contratos la reunía la ex Directora del IDU, doctora Liliانا Pardo y los demás funcionarios de ese instituto, más no el acusado **MORENO ROJAS**, quien era Senador de la República.

Entonces, cabe recordar que la participación del ex Senador a este respecto, se concretó en la acusación de la siguiente manera:

"La contribución funcional del Senador MORENO ROJAS fue comprometerse con MIGUEL NULE a través de ÁLVARO DÁVILA PEÑA a adjudicar los contratos a cambio de las gratificaciones, desempeñando un papel de liderazgo en el grupo copartícipe de los hechos, reuniendo a las personas con quienes podrían llegar a dicho acuerdo y estaban dispuestos a pagar las coimas. Su condición de Senador y actuando al parecer en consuno con su hermano el Alcalde Mayor de Bogotá y con funcionarios del más alto nivel del IDU, le permitió controlar el proceso licitatorio y obtener el resultado prometido."

Este recuento fáctico sirve para concluir que el ex Senador no podía intervenir directamente en la comisión de este delito, es decir, como autor o coautor, dado que no tenía atribuciones legales para



adjudicar los contratos 071 y 072 de 2008, es decir, no tenía la posibilidad material ni jurídica de interesarse indebidamente por la contratación en los términos que el legislador exige en el artículo 409 del Código Penal, por lo que debió hacerlo a través de los funcionarios del IDU, a quienes utilizó para cumplir con los compromisos adquiridos con el grupo Nule, a lo cual se prestaron dichos funcionarios debido a la gratificación o recompensa que recibirían.

Quiere decir lo anterior, que el interés indebido en la contratación no surgió por iniciativa de esos servidores públicos del IDU, pues sin la presunta componenda entre el ex Senador y su hermano el Alcalde de Bogotá con Miguel Nule, no habría nacido en aquellos la idea criminal, la cual se generó por la promesa de pago de una comisión si se llegaba a adjudicar contratos.

Y es precisamente por la presunta dádiva prometida, tal como se consigna en la acusación, que los funcionarios del IDU habrían procedido a las maniobras encaminadas a la adjudicación interesada de los contratos, circunstancia que permitiría revelar un específico influjo del entonces Senador de la República, con la suficiente entidad para que los funcionarios del IDU se hubieran interesado indebidamente en la contratación para la rehabilitación de la malla vial de Bogotá y que finalmente se concretó en los contratos 071 y 072 de 2008, es decir, un precio o promesa remuneratoria.

Estos elementos llevan a concluir que frente al ex Senador, el grado de participación es el de determinador del delito de interés



indebido en la celebración de contratos, hecho delictivo en el que, como se ha reseñado, influyó decididamente sobre quienes tenían la posibilidad de interesarse en la contratación.

En conclusión, esta Sala de Juzgamiento ubica la forma de participación de **IVÁN MORENO ROJAS** en la determinación de que trata el artículo 30 del Código Penal, la cual se sanciona con una pena igual a la del autor.

Cuestión Final:

Según se relacionó en el capítulo de antecedentes procesales relevantes, fueron múltiples los supuestos ilícitos puestos en conocimiento de las autoridades judiciales, que vinculan al ex senador **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**. Sin embargo, la acusación que dio origen al presente juicio, se limitó a los cargos formulados por su indebida injerencia en la adjudicación de los contratos de malla vial 071 y 072 de 2008, conducta que por razón de la presente variación jurídica se califica como autoría del delito de tráfico de influencias y determinación de interés indebido en la celebración de contratos

De otro lado, se mantiene la acusación por el punible de concusión a título de autor, en lo relacionado con la exigencia de zonas destinadas a la construcción de dos estaciones de gasolina.

Así las cosas, queda claro que este juicio solo comprende algunas de las conductas presuntamente delictivas atribuidas al aforado **MORENO ROJAS**, y por tanto, nada impide otras



eventuales acusaciones por las restantes conductas que viene investigando la Sala de Instrucción N° 3 de esta Corporación.

En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1.- Variar la calificación jurídica asignada en la resolución de acusación a las conductas del ex Senador **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS** y que fueron tipificadas como cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos, en el siguiente sentido:

La imputación jurídica por el delito de cohecho propio en concurso homogéneo, en calidad de interviniente, cambia a la de autor del delito de tráfico de influencias, en concurso homogéneo; y la calidad de interviniente atribuida para el delito de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso homogéneo, se modifica por la de determinador de los mismos.

Finalmente, la imputación jurídica como autor del delito de concusión no sufre modificación alguna.

2.- Esta determinación se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de reposición.



Cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria