



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP032 -2026

Radicación No. 35215

Aprobado mediante Acta Ordinaria No. 23

Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil veintiséis (2026).

1. VISTOS

Aprobada el acta de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada conforme lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, procede la Sala a dictar el fallo correspondiente contra el ex Senador de la República NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.

2. ACONTECER FÁCTICO

La Sala Especial de Instrucción en decisión AEI003-2025 del 23 de enero de 2025 que resolvió la situación jurídica y en el acta de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada, describió como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

En el año 2007 **SAMUEL MORENO ROJAS** fue elegido como Alcalde Mayor de Bogotá para el periodo 2008 – 2011, quien tenía por hermano al congresista **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**; parentesco que habría dado lugar a que este último, directamente o a través de terceros particulares, en concreto de **HÉCTOR JULIO GÓMEZ GONZÁLEZ** respecto de la Secretaría Distrital de Integración Social **MERCEDES DEL CARMEN RÍOS HERNÁNDEZ**, y de **ANDRÉS ALBERTO CARDONA LAVERDE** en cuanto hace referencia, entre otros, a **JULIÁN MONTOYA GUZMÁN** como Gerente Corporativo del Sistema Maestro de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá; que (i) influyera indebidamente en los funcionarios de esas entidades públicas; (ii) promoviera que éstos se interesaran irregularmente en la contratación de las mismas y (iii) así como que lograra la entrega de “comisiones” de parte de los contratistas beneficiados, quienes, a su vez, obtenían los fondos de los anticipos recibidos de dichas entidades. Lo anterior, en contraprestación de su ilícita injerencia, todo lo cual se habría materializado sobre la siguiente contratación:

El convenio de asociación No. 1982 del trece (13) de marzo de 2009, suscrito entre la Secretaría de Integración Social, representada por **MERCEDES DEL CARMEN RÍOS HERNÁNDEZ**, y la Unión Temporal Alimentación Solidaria (integrada por la Cooperativa Multiactiva Surcolombiana de Inversiones Ltda. y la Cooperativa de Trabajo Asociado Cooprosperar), cuyo objeto consistió en “aunar recursos técnicos, administrativos y financieros que permitan el fortalecimiento del derecho a la seguridad alimentaria y del proceso de inclusión social en la perspectiva de la seguridad económica de las familias en condiciones de fragilidad social que viven en las veinte localidades de la ciudad de Bogotá, D. C.”, por un valor de cincuenta y un mil ochocientos setenta y siete millones trescientos cuarenta y dos mil doscientos pesos (\$51.877.342.200).

El convenio de asociación No. 3664 del catorce (14) de septiembre 2009, firmado entre la citada secretaria y el representante y la Unión

Temporal Alimentando Futuro (conformada por la Cooperativa de Trabajo Asociado Cooprosperar, la Cooperativa Multiactiva Surcolombiana de Inversiones Ltda., la Fundación Euskolombia y la Cooperativa de Trabajo Asociado Competencias Proactivas), el cual tuvo por objeto “suministrar y distribuir alimentos perecederos y no perecederos para el consumo de las poblaciones vulnerables atendidas en los diferentes proyectos de la Secretaría Distrital de Integración Social y desarrollar proyectos de inclusión social, proyectos productivos e iniciativas de vida saludable con los padres de los menores y las familias de los participantes de los diferentes escenarios de este convenio”, por un valor de cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y tres millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil setecientos veintiséis pesos (\$49.583.449.726).

El contrato de obra No. 1-01-25500-1115-2009 del treinta (30) de diciembre de 2009, suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá a través de su Gerente Corporativo del Sistema Maestro **JULIÁN MONTOYA GUZMÁN** y el Consorcio Canoas (conformado por CASS CONSTRUCTORES & Cía. S. C. A. y la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A.), cuyo objeto radicó en el “diseño, construcción y puesta en operación de un túnel bajo la modalidad llave en mano, para el sistema de alcantarillado troncal Tunjuelo - Canoas - Río Bogotá”, por un valor de doscientos cuarenta y tres mil ciento diecisiete millones doscientos setenta y tres mil novecientos seis pesos (\$ 243.117.273.906).

El contrato No. 1-15-25500-1112-2009 suscrito en la misma fecha entre igual empresa y directivo y el Consorcio Canoas¹ (integrado por Consultoría integral en Ingeniería S. A. de C.V., Consultoría Técnica Latinoamericana y del Caribe Ltda. -Contelac- y H2O Consulting S. A.), donde su objeto era realizar “la interventoría técnica, administrativa y financiera (...) al contrato de diseño, construcción y puesta en operación de un túnel bajo la modalidad llave en mano, para el sistema de alcantarillado troncal Tunjuelo - Canoas - Río Bogotá”, por valor de nueve mil novecientos sesenta y nueve millones ochocientos setenta y cuatro mil doscientos pesos (\$ 9.969.874.200). (...)

A su vez, se tiene que las supuestas “comisiones” recibidas por **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS** habrían ascendido a trescientos cincuenta millones de pesos (\$350.000.000) en el caso de la Secretaría Distrital de Integración Social, particularmente por la adjudicación del convenio de asociación No. 1982 del trece (13) de marzo de 2009 y a mil millones de pesos (\$1000.000.000) respecto de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, específicamente por la adjudicación del contrato de obra No. 1-01-25500-1115-2009 del treinta (30) de diciembre de 2009.

¹ A pesar de llevar la misma razón social, se trata de un consorcio distinto.

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS se identifica con la c. c. No. 19.436.718 de Bogotá, nació el 8 de febrero de 1961 en Miami (Estados Unidos), hijo de María Eugenia Rojas de Moreno y Samuel Moreno Díaz (fallecido), soltero, padre de dos hijos menores de edad, de profesión médico cirujano con especialización en Seguridad Social de la Universidad Santo Tomás, maestría en Ciencias de la Salud de la Universidad James Madison en Estados Unidos y, magister en Dirección y Gestión de Sistemas de Seguridad Social y en Sistemas Complementarios en la Universidad de Alcalá de Henares en Madrid.

Se desempeñó como Senador de la República para el periodo constitucional 2006-2010, y se posesionó el 20 de julio de 2006². Fue reelegido para el periodo 2010-2014 y se posesionó el 20 de julio de 2010.

Actualmente, se encuentra privado de la libertad en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá por cuenta del proceso 45906 adelantado por esta Sala Especial de Primera Instancia.

4. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Mediante informe de policía judicial No. 0339 del 22 de octubre de 2016³, el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación -en adelante CTI-, puso en

² Fl. 22 c. o. No. 1 SEI

³ Fl. 1 a 11 c. o. No. 1 SEI.

conocimiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, hechos denunciados ante los medios de comunicación por Gustavo Francisco Petro Urrego, Carlos Vicente de Roux Rengifo y Luis Carlos Avellaneda TARAZONA, según los cuales existía, para esa época, un “cártel de la contratación” en la ciudad de Bogotá, en el que podrían estar inmiscuidos, entre otros, el ex Senador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS.

2. El 6 de octubre de 2022, mediante auto AEI00240-2022⁴, la Sala Especial de Instrucción con fundamento en las previsiones establecidas en el artículo 327 de la Ley 600 de 2000, declaró la extinción de la acción penal derivada del delito de tráfico de influencias por prescripción⁵ y se inhibió de abrir instrucción por los hechos relacionados con ese punible, pero la decretó por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación y tráfico de influencias de servidor público en relación con el contrato interadministrativo No. 3378 del 5 de mayo de 2011. En la misma decisión dispuso vincular mediante indagatoria al ex Senador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS.

3. El 29 de octubre de 2024, se recibió indagatoria a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS. En su desarrollo, expresó su deseo de acogerse a la figura de la sentencia anticipada, en particular, frente a los convenios interadministrativos y los contratos por los que se adelanta esta actuación y los pagos recibidos por comisiones en cuantía de \$350.000.000.00 y

⁴ Fl. 117 a 159 c. o. No. 10 SEI.

⁵ Respecto de 12 contratos interadministrativos celebrados entre la Secretaría de Integración Social y la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD).

\$1.000.000.000.00, a excepción de la adición al contrato de obra No. 1-01-25500-676-2006 del 29 de septiembre de 2010, suscrito por la EAAB y la Unión Temporal Canal del Fucha, cargo que no aceptó.⁶

4. El 23 de enero de 2025, con el auto AEI003-2025⁷, el despacho instructor declaró la extinción de la acción penal por prescripción respecto del delito de tráfico de influencias de servidor público en relación con el contrato interadministrativo 3378 del 5 de mayo de 2011, por consiguiente, precluyó la investigación por esos hechos y, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del ex Senador MORENO ROJAS.

5. El 14 de julio de 2025, la magistrada ponente leyó la decisión AEI0115-2025 del 29 de mayo de 2025, mediante la cual la Sala Especial de Instrucción aprobó el acta de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada⁸, por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 del C.P.) y peculado por apropiación agravado por la cuantía (artículo 397-2 *idem*), ambos cometidos en concurso homogéneo y sucesivo y en grado de participación de determinador (artículo 30 *ibidem*), sin el incremento de pena previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

6. El 21 de julio de 2025, el Despacho instructor decretó

⁶ Fl. 112 a 114 c. o. No. 12 SEI.

⁷ Fl. 2 a 195 c. o. No. 13 SEI.

⁸ Fl. 107 a 166 c. o. No. 14 SEI, el acta se encuentra suscrita por los Magistrados: CRISTINA LOMBANA VELASQUÉZ, CESAR AUGUSTO REYES MEDINA (aclaración de voto), HÉCTOR JAVIER ALARCÓN GRANOBLES, MISAEL FERNANDO RODRÍGUEZ CASTELLANOS (con observaciones), MARCO ANTONIO RUEDA SOTO (salvamento de voto); el Magistrado FRANCISCO JAVIER FARFÁN MOLINA (con aclaración de voto) y el Representante del Ministerio Público BLADIMIR CUADRO CRESPO.

la ruptura de la unidad procesal⁹, respecto de la imputación fáctica y jurídica adicional relacionada con la adición del contrato No. 1-01-25500-676-2006 del 29 de septiembre de 2010, suscrito entre la EABB y la Unión Temporal Canal del Fucha que tenía por objeto, según el contrato principal *“la construcción de las obras de canalización del río Fucha, interceptor del Fucha, pondaje y obras anexas”*, que el procesado no aceptó.

7. Remitidas las diligencias por la Sala Especial de Instrucción para emitir la sentencia anticipada a esta Sala, por reparto del 14 de agosto de 2025, se asignó el conocimiento al Despacho del Magistrado ponente.

5. ACTA DE FORMULACIÓN DE CARGOS CON FINES DE SENTENCIA ANTICIPADA

A la diligencia que tuvo lugar el 14 de julio de 2025, asistieron: el procesado NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, su apoderado y el Representante del Ministerio Público.¹⁰

Comenzó la Magistrada por recordarle al procesado cuáles son los derechos y garantías a las que renuncia en razón de la aceptación de cargos y sus consecuencias, además de advertirle que una vez proferido el fallo de condena solamente le asistiría interés para recurrirlo respecto de la dosificación de la pena y el eventual reconocimiento o no de los mecanismos sustitutivos de la pena, como la prisión domiciliaria o la libertad condicional.

⁹ Fl. 164 a 166 c. o. No. 14 SEI.

¹⁰ Folios 107 a 147 c. o. No. 14 SEI.

Que este trámite obedece a la petición de sentencia anticipada que de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada por su defensor realizó el procesado en la diligencia de indagatoria, es decir, en la oportunidad prevista para ello en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

Que leídos y aceptados los cargos el acta que suscriba, junto con las precisiones contenidas en el auto que resolvió la situación jurídica se tendrán como acusación, que derivará en una sentencia condenatoria proferida por la Sala Especial de Primera Instancia, en la que se le reconocerá una rebaja de la tercera parte de la pena dosificada.

Dejadas las constancias del caso, con base en los mismos hechos jurídicamente relevantes descritos en la providencia AEI003-2025 el 23 de enero de 2025 que resolvió la situación jurídica y de la relación de los elementos probatorios necesarios para sustentar la admisión de responsabilidad penal, le formuló la siguiente imputación fáctica y jurídica¹¹:

9.1.1. Que **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, en su condición de entonces Senador de la República, directamente y a través de terceros particulares, valga decir, de **HÉCTOR JULIO GÓMEZ GONZÁLEZ**, en relación con la Secretaría Distrital de Integración Social, habría influido indebidamente y luego hecho nacer un interés en provecho de terceros en contratos de esa entidad.

En concreto, respecto del convenio de asociación No. 1982 del trece (13) de marzo de 2009, suscrito entre dicha secretaria, representada legalmente por **MERCEDES DEL CARMEN RÍOS HERNÁNDEZ**, en quien recayó la influencia indebida y después se le hizo nacer el interés en provecho de un tercero, es decir, la Unión Temporal Alimentación Solidaria, con la que firmó el referido convenio, cuyo objeto consistió en "aunar recursos técnicos, administrativos y financieros que permitan el

¹¹ Cfr. Folio 75, 76, 77, 78, 80 y 81 c.o. No. 13 SEI.

fortalecimiento del derecho a la seguridad alimentaria y del proceso de inclusión social en la perspectiva de la seguridad económica de las familias en condiciones de fragilidad social que viven en las veinte localidades de la ciudad de Bogotá, D. C.”.

Igualmente, en relación con el convenio de asociación No. 3664 del catorce (14) de septiembre 2009, firmado entre la citada secretaría y el representante, en la que también, en este caso, recayó la influencia y se le hizo nacer el interés en favor de un tercero, esto es, la Unión Temporal Alimentando Futuro, con la que se suscribió el convenio en cita, cuyo objeto radicó en “suministrar y distribuir alimentos perecederos y no perecederos para el consumo de las poblaciones vulnerables atendidas en los diferentes proyectos de la Secretaría Distrital de Integración Social y desarrollar proyectos de inclusión social, proyectos productivos e iniciativas de vida saludable con los padres de los menores y las familias de los participantes de los diferentes escenarios de este convenio”. (...)

9.1.2. De otra parte, **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, también en su condición de otrora senador de la República, por medio de terceros particulares, valga decir, de **ANDRÉS ALBERTO CARDONA LAVERDE**, en relación con **JULIÁN MONTOYA GUZMÁN** como Gerente Corporativo del Sistema Maestro de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, habría influido indebidamente y luego hecho nacer un interés en provecho de terceros en la contratación de esa entidad.

En concreto, respecto del contrato de obra No. 1-01-25500-1115-2009 del treinta (30) de diciembre de 2009, suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá a través de su Gerente Corporativo del Sistema Maestro **JULIÁN MONTOYA GUZMÁN**, en quien supuestamente recayó la influencia indebida y después se le hizo nacer el interés en provecho de un tercero, es decir, el Consorcio Canoas, con el que se firmó el referido contrato cuyo objeto radicó en el “diseño, construcción y puesta en operación de un túnel bajo la modalidad llave en mano, para el sistema de alcantarillado troncal Tunjuelo - Canoas - Río Bogotá”.

Así mismo, frente al contrato No. 1-15-25500-1112-2009 suscrito en la misma fecha entre idéntica empresa y directivo, en el que por igual recayó la influencia indebida y después se le hizo nacer el interés en provecho de un tercero, es decir, el Consorcio Canoas¹², con el que se suscribió el mencionado contrato donde su objeto se contraía a “la interventoría técnica, administrativa y financiera (...) al contrato de diseño, construcción y puesta en operación de un túnel bajo la modalidad llave en

¹² A pesar de llevar la misma razón social que el anterior consorcio, se trata de uno distinto.

mano, para el sistema de alcantarillado troncal Tunjuelo – Canoas - Río Bogotá”. (...)

9.1.4. En otro sentido, se tiene que **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, en relación con la Secretaría Distrital de Integración Social y puntualmente respecto del convenio de asociación No. 1982 del trece (13) de marzo de 2009, suscrito con la Unión Temporal Alimentación Solidaria; a través de **HÉCTOR JULIO GÓMEZ GONZÁLEZ**, acordó con el entonces senador de la República **EFRAÍN TORRADO GARCÍA**, allegado a una de las empresas que la integraban, el pago de una comisión de trescientos cincuenta millones de pesos (\$350.000.000) provenientes del anticipo de la contratación. Lo anterior, en contraprestación por haber resultado favorecida tal unión temporal con la adjudicación.

Así mismo, se tiene que **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, en relación con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y específicamente respecto del contrato de obra No. 1-01-25500-1115-2009 del treinta (30) de diciembre de 2009, suscrito con el Consorcio Canoas, a través de **ANDRÉS ALBERTO CARDONA LAVERDE** y **EMILIO JOSÉ TAPIA ALDANA**, acordó con **ORLANDO FAJARDO CASTILLO**, allegado al consorcio en cita, el pago de una “comisión” de mil millones de pesos (1.000.000.000) provenientes de los anticipos de la contratación. Lo anterior, en contraprestación por haber resultado favorecido con la adjudicación.

En esa medida, se observa que el total de las comisiones acordadas ascendió a mil trescientos cincuenta millones de pesos (\$1.350.000.000).

Ahora bien, en relación con los presuntos comportamientos que se acaban de describir, es preciso señalar que, en el auto de apertura de instrucción, a **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS**, se le dedujo el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, previsto en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, cometido en concurso homogéneo y sucesivo y en el modo de participación de la determinación, de que trata el artículo 30 *idem* y lo propio ocurrió en la indagatoria, bajo el mismo concurso y forma de participación.

Imputación sin el incremento de pena previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

La manifestación de aceptación de cargos fue libre, consciente e informada. No hubo observaciones por parte de

los sujetos procesales intervinientes.

Finalmente se dispuso la remisión de la actuación a esta Sala Especial de Primera Instancia, para dictar la respectiva sentencia, recibiendo la actuación el 14 de agosto de 2025¹³.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala Especial de Primera Instancia es competente para proferir sentencia anticipada en esta actuación, de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, en la cual radica la competencia para juzgar a los miembros del Congreso, que reitera el numeral 7° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal aplicable.

La Corte, en relación con el alcance del párrafo del artículo 235 superior, ha considerado que en casos en los que se atribuye la comisión de un delito a un congresista que posteriormente cesa en el cargo, ya sea de Senador o Representante, el examen de la extensión del fuero y, por ende, del operador judicial competente para adelantar el proceso, estriba necesariamente en la relación de la conducta punible con las funciones desempeñadas.¹⁴

¹³ Fl. 6 c.o. No. 1 SEPI.

¹⁴ Tal postura se ha consolidado en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, principalmente, desde la providencia CSJ, AP 1° sep. 2009, rad. 31653.

En el presente asunto, aunque NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS actualmente no ostenta la calidad de Senador de la República, el fuero que lo ampara se mantiene por extensión, en razón a que las conductas por las que se le juzga, según los cargos precisados en la indagatoria y reiterados en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, -interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía-, guardan relación con las funciones del cargo de Senador que ejercía en la época de los hechos.

En punto de la prórroga de la competencia, la Corte a partir de la decisión CSJ AP, 1º sep. 2009, Rad. 31653, fijó la misma no solo respecto de los denominados delitos propios, sino también en relación con los ilícitos comunes, con la condición de que la conducta esté vinculada con las funciones parlamentarias, siendo suficiente para ello que exista una conexión fáctica entre los delitos materia de investigación o juzgamiento y las atribuciones de la investidura.

Así mismo previsto, de cara a los delitos comunes cometidos por congresistas que hubieren cesado en el ejercicio del cargo, no se circunscribe a las funciones propias de legislador señaladas en la Constitución y la Ley 5ª de 1992. Contrario a ello, ha de valorarse la imputación fáctica a efectos de determinar, en cada caso, si pese a que la conducta reprochada no responde a una específica función reglada, fue realizada por causa del servicio o con ocasión de este.

Al respecto, la Corte señaló:

"[es] pertinente hacer énfasis en que esa relación funcional en el caso de los congresistas, no se circunscribe estrictamente a las labores propias del legislador como las señaladas por la ley 5ª de 1992, sino que se hace necesario efectuar una ponderación con el fin de establecer si a pesar de no acomodarse a una específica función la realización de la conducta, de todas formas esta se corresponde con su labor congresional.

Dentro de ese marco, es incuestionable que los congresistas son líderes políticos en sus regiones y en ese contexto desarrollan toda una serie de actividades, encaminadas a consolidar el respaldo popular que han obtenido, que por obvias razones les sirve a los fines de mantenerse en el Congreso bien sea en la misma Célula Legislativa para la cual fueron elegidos o para llegar a otra cuyo ingreso demanda un mayor caudal electoral.

En ese sentido, las acciones que lleve a cabo un congresista que se correspondan con el propósito indicado, no pueden desligarse de la actividad que le es propia, son parte inherente a ella, de modo que cuando para no poner en riesgo esa posición de preeminencia o hegemonía se cometen conductas que lesionan el orden jurídico, no es válido afirmar que no son derivadas de aquella...¹⁵

En el sub examine, efectivamente, como lo sostuvo la Sala Especial de Instrucción, NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, abusando de sus funciones como Senador de la República y aprovechando su condición de hermano del alcalde mayor de Bogotá, Samuel Moreno Rojas, con la finalidad de obtener apoyo económico y político para fortalecer su movimiento político y permanencia en el Congreso de la República, entre los años 2009 y 2010 y de esta manera perpetuarse en el poder, erigió una poderosa alianza a través de la cual ejerció influencias y se interesó en la contratación de diversas entidades públicas del orden distrital, entre estas, en la SDIS y la EAAB.

No queda duda que el factor político y el ejercicio abusivo

¹⁵ Cfr. CSJ, 16 abril 2015, rad. 35592.

de la investidura de congresista que ostentaba NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, sumada a la condición de hermano del Alcalde Mayor, influyeron de manera fundamental en la ejecución de las conductas atribuidas, toda vez que para el éxito de los propósitos ilegales, -como era típico del *modus operandi* de la empresa ilegal que lideró-; haciendo uso de las famosas cuotas burocráticas vinculó laboralmente a Mercedes del Carmen Ríos Hernández en la SDIS y a Jorge Enrique Pizano Callejas y Julián Montoya Guzmán en la EAAB, quienes por razón del cargo y entre las funciones que desempeñaban, ostentaban la de ordenadores del gasto, de manera que ello facilitaba la manipulación de la contratación y la adjudicación de los convenios y contratos, a los oferentes que se comprometían a pagar las coimas en los porcentajes acordados con recursos provenientes de los anticipos, como en efecto sucedió, con las empresas del ex senador Efraín Torrado y Orlando Fajardo.

En suma, los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía enrostrados al procesado, guardan nexo con la investidura que para entonces desempeñaba, toda vez que dentro de los designios perseguidos con su ejecución estaba, entre otros, el político orientado a fortalecer su dominio en el movimiento al cual pertenecía junto con su hermano Samuel Moreno Rojas, y la consolidación, o cuando menos, su permanencia en el Senado de la República, la que pretendía lograr fortaleciendo el número de adeptos y el posible éxito en futuras aspiraciones electorales, igual que la obtención de recursos ilícitos derivados de la recepción de las

coimas entregadas por los contratistas, parte de las cuales serían destinadas a esos objetivos.

Así las cosas, pretender invertir parte de los recursos provenientes de las dádivas en futuras campañas políticas, obviamente comprometía el recto desempeño de sus funciones, pues su proceder oficial estaba dirigido a satisfacer sus propios intereses y los de los coasociados criminalmente, como al cabal funcionamiento del Congreso de la República.

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

2. De la sentencia anticipada

Verificado que la aceptación de cargos expresada por el exsenador MORENO ROJAS fue voluntaria, libre, consciente e informada, y tomando en cuenta la aprobación impartida a la misma, en concordancia con lo regulado en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, procede la Sala a dictar la sentencia condigna, con base en los hechos y circunstancias aceptadas que constan en el acta de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada, celebrada el 14 de julio de 2025.

Con ese propósito, conviene precisar que, no obstante, la admisión de responsabilidad expresada por el procesado es menester, en el interés de garantizar su derecho a la presunción de inocencia, verificar que en el plenario -conforme la postura de la Sala Mayoritaria-, se cuente con elementos de juicio que colmen el estándar probatorio (mínimo de prueba)

para dar por sentada la existencia de la conducta punible y de su responsabilidad.

Al respecto, la Sala de Casación Penal, señaló:

Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar si están dados los presupuestos para emitir una **sentencia condenatoria**, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera. (Subrayas fuera de texto original).¹⁶

En otra decisión, indicó:

En la misma línea, en los trámites orientados a la obtención de condenas anticipadas, bien por allanamiento a cargos o en virtud de los acuerdos logrados por la Fiscalía y la defensa, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena, pues ello afectaría la esencia misma de la función jurisdiccional.

Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (trámite ordinario y condena anticipada) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de “un mínimo de

¹⁶ Cfr. CSJ SP, 11 dic, 2018, rad. 52311.

prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, como lo dispone el artículo 327.

Con esta aclaración, la Sala comparte lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019 sobre las verificaciones que deben hacer los jueces para la emisión de una condena anticipada, que incluye, entre otras cosas, la constatación de que la Fiscalía sujete su actuación a la Constitución Política, a las normas que regulan este tema en la Ley 906 de 2004 y a las directrices de la Fiscalía General de la Nación. Este tema será ampliado más adelante”. (...)

Quinto. El estándar establecido por el legislador en el último inciso del artículo 327 de la Ley 906 de 2004: (i) está orientado a proteger los derechos del procesado, especialmente la presunción de inocencia; (ii) se aviene a la tradición jurídica colombiana, ya que a lo largo del tiempo se ha considerado que la confesión del procesado en sentido estricto no puede ser soporte exclusivo de la condena; (iii) aunque es un estándar menor del previsto para la condena en el trámite ordinario, el mismo está orientado a salvaguardar, en la mayor proporción posible, los derechos de las víctimas; y (iv) si el fiscal realiza los juicios de imputación y de acusación conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales, no debe tener ninguna dificultad para cumplir este requisito.¹⁷ (Subrayas de la Sala).

Entonces, tratándose de una terminación abreviada por sentencia anticipada, debe existir el mínimo probatorio suficiente para dar por sentada la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad y consecuentemente la responsabilidad del procesado como presupuestos de la sentencia condenatoria, como se evidencia y explica a continuación:

3. Pruebas que sustentan lo aceptado

3.1. Del interés indebido en la celebración de contratos

En este acápite se analizará lo relativo al punible de

¹⁷ Cfr. CSJ SP, 24 jun, 2020, rad. 52227.

interés indebido en la celebración de contratos atribuido y aceptado por el exsenador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS en calidad de determinador.

El artículo 409 del Código Penal dispone: *“Interés indebido en la celebración de contratos. 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 cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.*

Previo a abordar el estudio del tipo penal, conviene precisar que en este asunto no procede el aumento punitivo de la Ley 890 de 2004¹⁸, en razón a que la Sala Especial de Instrucción le hizo saber en el curso del sumario que no la tendría en cuenta, de suerte que no puede sorprenderse ahora con su imposición, pues ello violaría los principios de congruencia, confianza legítima, igualdad y seguridad jurídica¹⁹.

En lo que respecta a este aumento punitivo, la Corte el 21 de febrero de 2018, SP379-2018, Rad. 50472²⁰, varió la

¹⁸ Fl. 1 a 147 c. o. No. 14 SEI.

¹⁹ Tesis asumida por esta Sala desde: CSJ. SEP00046 de 28 de abril de 2022.

²⁰ La Corporación recogió el criterio de 18 de enero de 2012 (rad. 32764) y afirmó que, como consecuencia del cambio jurisprudencial contenido en CSJ AP, 6 diciembre de 2017 (rad. 50969), se admitió la posibilidad de que al sistema procesal de la Ley 600 de 2000 se apliquen las consecuencias punitivas de figuras propias del trámite de la Ley 906 de 2004, por reportar mayores beneficios para el procesado (como el principio de oportunidad) al tiempo que se garantiza el derecho a la igualdad, es claro que no existía razón para no aplicar los aumentos del canon 14 de la Ley 890 de 2004; en consecuencia, esa norma se aplica, pero para hechos sucedidos luego del 1° de enero de 2005, y, por favorabilidad, a partir de 21 de febrero de 2018. Antes (entre el 18 de enero de 2012 y 20 de febrero de 2018), esta Corporación consideró que a los Congresistas procesados por el rito de la Ley 600 de 2000 que habían cometido delitos

tesis que imperaba hasta ese momento, consistente en que el incremento generalizado de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, solo procedía para asuntos regidos por la Ley 906, para en su lugar, precisar que debía imponerse para los casos adelantados contra congresistas por el trámite de la Ley 600 de 2000, a partir de la fecha de vigencia de la Ley 890, esto es, el 1° de enero de 2005.

Consecuentemente, está Sala en decisión CSJ-SEP0046 del 28 de abril de 2022, rad. 28016 concretó, aclaró, ratificó y adicionó que para aplicar dicha jurisprudencia debe verificarse el cumplimiento de los siguientes presupuestos: i) que los hechos hayan ocurrido después del 1° de enero de 2005, que ii) el procesado haya tenido la posibilidad de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz durante el trámite de la actuación y, iii) que la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial no afecte derechos y garantías fundamentales a los sujetos procesales, conclusión a la que se llegará tras hacer un estudio en cada caso en particular, de suerte que si se vulneran derechos y principios como el de igualdad, la lealtad procesal, congruencia, buena fe, confianza legítima²¹ y seguridad jurídica²², no procede su aplicación.

en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 2004, no se les reconocería por favorabilidad los descuentos de pena previstos en ese Estatuto Procesal para quienes se acogieran a beneficios por colaboración eficaz, lo cual varió el 6 de diciembre de 2017 (rad. 50969)²⁰; de suerte que desde esa fecha en adelante se aplica a todos los Congresistas que hayan delinquido después del 1° de enero de 2005 y a quienes debería investigar con base en el Código de Procedimiento Penal de 2004, sin ninguna excepción, si no fuera porque el artículo 533 de la Ley 906 de 2004²⁰ ordena que serán investigados y juzgados con base en el trámite previsto de la Ley 600 de 2000.

²¹ Entendida como la expectativa genuina que alberga el particular, de que las reglas establecidas por el Estado no serán modificadas súbita o intempestivamente, pues «el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar» (C.C. C-131-2004).

²² «La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de

En efecto, para la Sala el hecho de que el funcionario instructor le haya comunicado al procesado que no iba a tener en cuenta el incremento le genera seguridad de que las reglas punitivas le serán respetadas en el juicio y probablemente incidirá en su estrategia defensiva, de tal manera que imponerle *a posteriori* el incremento arrasará con la confianza puesta en las decisiones judiciales no solamente suya, sino de la comunidad jurídica y la sociedad en general, con mayor razón si éstas provienen del máximo tribunal de justicia ordinaria, que tiene entre uno de sus fines la unificación de la jurisprudencia, lo que por demás, socavaría la *igualdad material* que implica que los asuntos similares sean definidos del mismo modo por los jueces.

Sobre el *principio de igualdad* la Sala en un caso similar, citando la SU-406 de 2016 de la Corte Constitucional²³, sostuvo que la realización de la *igualdad material* en la administración de justicia exige que el precedente no ha de aplicarse de forma automática e irreflexiva, de manera que, si por un lado, ante casos semejantes debe darse el mismo tratamiento legal, por el otro, frente a casos distintos se debe un trato diferenciado cuando ello resulte razonablemente justificado²⁴ y que tal manifestación material de la igualdad, que parte de la aplicación igualitaria de la ley ante circunstancias fácticas y jurídicas semejantes, y que supone el trato diferenciado a supuestos fácticos y/o jurídicos

certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento» (C.C. C-502-2002).

²³ CSJ. SEP00046-2022.

²⁴ Al respecto esta Corporación desde sus primeros años sostuvo en la Sentencia C-221 de 1992 sobre el principio de igualdad que éste “es objetivo y no formal (...) Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado (...) Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática”. Este alcance ha sido reiterado en fallos más recientes como en las Sentencias T-262 de 2009, T-387 de 2012 y T-386 de 20123, entre otras.

distintos, conduce a que en determinadas situaciones el funcionario judicial pueda apartarse del precedente con el propósito de conceder una mayor garantía de los derechos fundamentales, y así realizar la igualdad material mencionada.

Postura que la Sala observó hasta que la Corte, en reciente jurisprudencia SP339-2023, rad. 64824 de 21 de febrero de 2024, varió el criterio que venía empleando al señalar, en lo que interesa a este proceso, que el aumento de la Ley 890 de 2004 a casos de Ley 600 de 2000, se aplica a congresistas siempre que concurren las siguientes condiciones: i) que la conducta haya sido cometida “*con posterioridad*” al 1° de enero de 2005; ii) la sentencia sea posterior al 21 de febrero de 2018 (SP379-2018, Rad. 50472); y, iii) se haya hecho mención expresa al incremento en la acusación.

Sin embargo, pese a reconocer que en el caso que analizaba, debido a los cambios jurisprudenciales, no hizo conocer al procesado el aumento de penas de la Ley 890 de 2004, lo impuso aduciendo que la acusación es solo el marco de referencia para la dosificación punitiva, ejercicio en el que es al juez a quien corresponde ocuparse del acierto y legalidad de la adecuación típica allí contenida (norma aplicable en los casos de tránsitos y modificaciones legislativas), con miras a establecer la pena a imponer, de suerte que es el juzgador en el fallo quien examina la procedencia del aumento contemplado en la citada ley a delitos ocurridos con posterioridad a 2005 y arguyendo razones de igualdad,

seguridad jurídica y estricta legalidad, decidió aplicar el incremento de la Ley 890.

Criterio del que esta Sala viene discrepando considerando que el argumento relativo a que el incremento siendo parte de la pena es la consecuencia de la comisión del delito, que se presume conocida por el acusado al sancionarse y publicarse la ley, y que por lo tanto, no es necesario dárselo a conocer expresamente en el curso del proceso, vulnera los derechos y principios mencionados, pues si bien es cierto hace parte de la pena, dicha presunción legal se desvanece con el proceder del magistrado instructor al hacerle conocer expresamente en la indagatoria, en la situación jurídica y en el acta de aceptación de cargos, que no le aplicará el incremento del artículo 14 de la Ley 890 del 2004, fundado obviamente en la jurisprudencia que en ese momento no lo permitía para los congresistas, por cuanto no aceptaba aplicar por favorabilidad los descuentos previstos en la Ley 906 de 2004 para los eventos de colaboración eficaz, a los casos tramitados por la Ley 600 de 2000.

En esto radica el respetuoso disenso con la Sala de Casación Penal, pues, al haberle informado expresamente que no tendría en cuenta el incremento punitivo, por supuesto que ello debió influir en su actitud procesal y en su estrategia defensiva, de modo que al sorprenderlo con su imposición en la sentencia cuando ya no tiene esa eventualidad, vulnera los principios atrás citados, teniendo en cuenta los argumentos expuestos, aclarando eso sí, siempre que se constate que el procesado tuvo la posibilidad de acogerse a los beneficios de la Ley 906 de 2004.

Pues bien, en el caso bajo estudio i) los hechos ocurrieron en Bogotá para el año 2009, es decir, en vigencia de la Ley 890 de 2004, ii) la sentencia de primera instancia se produce después de la providencia de 21 de febrero de 2018 sin que el aforado haya aceptado los cargos antes de dicha fecha y iii) la Sala Especial de Instrucción en la indagatoria, le informó que, no le aplicaría el aumento, en la situación jurídica le explicó que: *“dicho aumento no era aplicable”*²⁵, y en la formulación de cargos con fines de sentencia anticipada expresamente *“sin el incremento de pena previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004”*²⁶, a pesar de haber cometido las conductas objeto de procedimiento judicial con posterioridad al 1° de enero de 2005.

En ese orden, al explicarle que no le aplicaría el aumento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, generó en el aforado expectativas procesales fundadas en los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, que bajo las reglas impuestas por el aparato judicial se le respetaría el marco punitivo que tuvo en consideración para la toma de esas decisiones y, que se haría además en igualdad de condiciones frente a quienes no se les aplicó. Ello es así que MORENO ROJAS como estrategia defensiva se allanó a los cargos y solicitó ante esta Sala que, por favorabilidad, se le concediera la rebaja de pena prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de

²⁵ Cfr. Fl. 63 y 64 c.o. No. 13 SEI en decisión AEI003-2025, 23 ene. 2025 señaló: *“En este punto resulta necesario advertir que, a pesar de que la norma aludida incrementó de forma genérica los límites máximos previstos en los tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal, dicho aumento no es aplicable en el sub judice, en atención a la postura jurisprudencial según la cual, su aplicación en las actuaciones adelantadas con fundamento en la Ley 600 de 2000, únicamente es admisible respecto de hechos cometidos con posterioridad al seis (6) de diciembre de 2017 (CSJ SP, 27 sep. 2017, rad. 39831 y CSJ SP, 21 feb. 2018, rad. 50472), lo cual evidentemente no sucede en el caso concreto”*.

²⁶ Cfr. Fl. 145 c.o. No. 14 de la SEI.

2004.

Aumentar ahora la sanción no solo impondría una pena mayor, sino que daría al traste con la confianza que aquel depositó en las decisiones judiciales y de la comunidad jurídica y la sociedad en general, con mayor razón si se trata del máximo tribunal de justicia ordinaria quien tiene como función unificar la jurisprudencia; y socavaría la igualdad material que conduce a que los asuntos similares sean definidos de igual forma por los jueces.

No se considera entonces el incremento de las penas dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 en los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.

Elementos del tipo penal

De acuerdo con la descripción normativa, configuran el *tipo objetivo*, i) un sujeto activo cualificado (servidor público), ii) el objeto que corresponde a un «contrato u operación» estatal en el que aquél toma parte en razón de su cargo o función; iii) interés particular del agente estatal en el objeto, diferente al general y a los fines de la función pública, traducido en el verbo rector «interesarse»; y iv) un *ingrediente subjetivo* referido a la intención o ánimo de obtener un provecho propio o para un tercero.

Es un tipo penal de mera conducta o conducta instantánea, en tanto se agota con el simple comportamiento

del agente, independientemente de sus consecuencias o resultado.

El verbo rector viene en forma pronominal “*interesarse*”, que de acuerdo con el diccionario de la RAE significa “*adquirir o mostrar interés por alguien o algo*”,²⁷ entendiéndose a su vez, por “*interés*”, en su cuarta acepción, como la “*inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.*”.²⁸

Esa inclinación que la norma reprocha no puede ser entendida como la simple ideación que no trasciende el fuero interno del sujeto, tampoco, como la llana actuación con miras a la obtención de un determinado resultado, ya que la sola intervención del servidor en el contrato va acompañada por sí misma de un interés, cual es que las cosas se hagan de la mejor manera posible para culminar con éxito la labor encomendada.²⁹

El interés que importa al derecho penal a través del artículo 409 del Código Penal, no sólo requiere que se exteriorice³⁰ sino también que se materialice a través de conductas del sujeto activo que afecten la imparcialidad no del funcionario público sino de la administración pública, manifestadas a través de actos contractuales, actuaciones administrativas concretas o cualquier otra conducta o comportamiento, que en todo caso lleven a deducir el desprecio por los *principios de transparencia y selección objetiva* que rigen la contratación estatal, así como el ánimo

²⁷ Cfr. online <https://dle.rae.es/interesar?m=form>.

²⁸ Cfr. online <https://dle.rae.es/inter%C3%A9s?m=form>.

²⁹ Cfr. CSJ SP321-2025, 19 feb. 2025, rad. 66710.

³⁰ En este sentido Corte Constitucional, Sentencia C-128 de 2003.

de contravenirlos o transgredirlos. No en vano el *nomen iuris* califica ese «interés» como «indebido».

Es claro, que la realización del tipo de interés indebido en la celebración de contratos exige no sólo que el servidor público actúe inclinado por un interés particular, sino que en virtud de éste se aparte de los trámites, procedimientos y demás actos requeridos durante la celebración del contrato u operación o requisitos legales no esenciales. No siendo presupuesto la existencia de una norma legal que prohíba con toda precisión la actividad realizada. Lo que sí es preciso, es que el sujeto activo quebrante los deberes que le competen como garante de la legalidad, imparcialidad y objetividad que deben prevalecer durante la celebración del contrato, mediante la realización de un acto objetivamente indebido.³¹

A la par, el interés previsto por la norma puede ser pecuniario, pero también consistir en la simple inclinación de ánimo por el servidor público hacia una persona o entidad ya sea por razones familiares, políticas, de amistad o enemistad, entre otras tantas, de cualquier forma ajenas al interés general que deben motivar al sujeto activo, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato en que deba intervenir en razón de sus funciones.³² En otras palabras, la inclinación que se reprocha es ese interés particular que se aleja del general e implica, por lo mismo, una “*desviación de poder*”.³³

³¹ Cfr. CSJ SP321-2025, 19 feb. 2025, rad. 66710.

³² Entre muchas, cfr. CSJ SP, 16 de may. de 2007, rad. 27218. Reiterado CSJ SP321-2025, 19 feb. 2025, rad. 66710.

³³ En este sentido se acoge el término ‘desviación de poder’, utilizado por *Santofimio Gamboa Jaime Orlando* en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Contratación indebida, Universidad Externado, 2004, págs. 81 y ss.

La descripción típica exige que la conducta esté dirigida a obtener un provecho, pudiendo ser este no sólo económico o pecuniario³⁴ sino también constituir un beneficio personal, moral o social, ya sea para el mismo sujeto activo de la conducta o para un tercero, que incumpla en todo caso con los fines fundamentales del Estado social y de derecho, como lo es el interés general.³⁵

Asimismo, es importante resaltar que la norma no restringe a categoría, calidad o naturaleza jurídica específica alguna el tercero a favor de quien se inclina indebidamente el servidor público, pudiéndose tratar tanto de un particular como de una entidad pública.

El bien jurídico tutelado es la administración pública como función, esto es, su adecuado ejercicio, a fin de que los procesos contractuales desde el trámite hasta la liquidación respeten los fines del Estado, el interés general, los principios que gobiernan la función administrativa y la actividad contractual consagrados en los artículos 209 Superior y 23 de la Ley 80 de 1993: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, selección objetiva y responsabilidad³⁶:

Lo que se quiere excluir de la práctica y punir con rigidez es el abandono del funcionario público a los deberes, obligaciones y compromisos que adquiere al vincularse con la administración para ejercer un cargo público que le permite de una u otra manera "intervenir" en cualquier condición, en la celebración de contratos. Dicho en otras

³⁴ En este sentido, entre muchas, CSJ, 04 feb. 2009, rad. 26261; CSJ, 16 de sep. 2009 rad. 30411.

³⁵ Cfr. CSJ SP321-2025, 19 feb. 2025, rad. 66710.

³⁶ Cfr. CSJ, SP, 28 jul. 2020, rad. 34202; CSJ, SP 3 feb. 2010, rad. 32320; CSJ, SP, 8 nov. 2011, rad. 34282; también CC C-128-2003.

palabras, ese interés al que se refiere el tipo penal es aquél personal o ajeno, que nada tiene que ver con los fines de la contratación estatal, que no son otros, como ya se dijo, que el cumplimiento de los fines del Estado, fundados éstos en el interés general y no particular...³⁷.

En este orden, debe quedar en claro que la norma no tutela el patrimonio económico, ni la adecuada prestación del servicio contratado o cualquier otro interés distinto a la nitidez de la actividad contractual, con lo cual se busca que la confianza de la comunidad en general en la rectitud de las actuaciones de la administración, no se vea socavada por un interviniente desleal al interés general de los asociados.³⁸

En suma, el ámbito de protección del bien jurídico que protege el artículo 409 del Código Penal, se concentra en la corrección y transparencia que debe orientar el ejercicio de la función pública cuando se ejerce a través de la contratación estatal; se protege el cumplimiento recto y probo de las funciones del Estado; en particular, el respeto a los principios de transparencia, objetividad e igualdad, entre otros, que en materia de contratación pública todo funcionario está en la obligación de acatar, al margen de la influencia de intereses individuales y de la corrupción.³⁹

La determinación como forma de participación punible

El Código Penal contempla las instituciones de autoría y participación en los artículos 29 y 30. Las formas de autoría corresponden a la autoría directa, a la mediata y a la

³⁷ Cfr. CSJ, SP, 28 jul. 2020, rad. 34202.

³⁸ En este sentido, confrontar, entre muchos CSJ, Rad. 34282 de 2011.

³⁹ Cfr. CSJ SP321-2025, 19 feb. 2025, rad. 66710.

coautoría, y las formas de participación son la determinación y la complicidad.

La determinación también conocida en la doctrina como instigación⁴⁰ está descrita de la siguiente forma en el inciso 2° del artículo 30 del C. P.: *“Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”*.

A partir del texto legal la Corte ha establecido que determinador es *“quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente”*.⁴¹

Los elementos que estructuran esta forma de participación criminal, son: i) que el determinador genere o refuerce en el determinado la definitiva resolución de cometer el delito; ii) el determinado debe cometer una conducta típica consumada o en grado de tentativa; iii) la existencia de un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia del dominio del hecho por parte del determinador; y v) el dolo del determinador.⁴²

El *primer* elemento puede presentarse por medio de un mandato, convenio, orden, consejo, coacción insuperable o promesa remuneratoria entre el determinador y el autor

⁴⁰ Para la doctrina especializada la inducción es *“la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico. El inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva pero no toma parte en el dominio del hecho mismo.”* Jescheck, Hans y Wigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, España: Comares, 2014, pág. 739.

⁴¹ Cfr. CSJ SP4813-2021, 27 oct. 2021, rad. 55836. CSJ SP1167-2022, rad. 57957.

⁴² CSJ SP, 26 de oct. 2000, rad. 15610, SP19802-2017, 23 nov. 2017, rad. 46166 y SP4813-2021, 27 de oct. 2021, rad. 55836.

material del delito⁴³. Lo relevante estriba en que el inductor realice una contribución idónea y eficaz para lograr que su receptor tome la determinación de ejecutar el comportamiento lesivo y lo lleve a cabo, sin llegar al punto de doblegar su voluntad o inducirlo en un error esencial, pues devendría en la figura del autor mediato.⁴⁴

El *segundo*, relativo a que el inducido o autor material debe realizar un injusto típico consumado o al menos en grado de tentativa, pues si su conducta no traspasa la frontera de los actos preparatorios hacia la ejecución no puede predicarse la punición del inductor, dado que la conducta del determinador por si sola no constituye delito.

Se precisa, como *tercer* elemento, la existencia de un nexo entre la acción del inductor y el hecho delictivo cometido por el autor, de manera que este sea el resultado de la influencia del determinador, pues no de otra forma sería posible establecer la efectividad de los medios persuasivos desplegados por el determinador.⁴⁵

El *cuarto*, atinente a que el inductor carezca del dominio del hecho⁴⁶, hace referencia a que el autor material se

⁴³ CSJ SP, 2 sep. 2008, rad. 22076; CSJ SP, 13 sep. 2009, rad. 30125; CSJ SP, 20 ago. 2014, rad. 43771; CSJ AP, 23 mar. 2017, rad. 34282, entre otras.

⁴⁴ CSJ SP4813-2021, 27 oct. 2021, rad. 55836.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ La teoría del dominio del hecho fue formulada por Welzel y Lobe y promovida fundamentalmente por Roxin, con quien alcanzó una posición destacada en la doctrina jurídico penal. Esta teoría permite diferenciar la autoría de la participación. Para sus representantes la autoría se fundamenta en la realización de la acción. Es así, que el autor no es sólo quien tiene voluntad directora del acontecimiento, sino que conforme al significado de su aportación objetiva gobierna el curso del hecho. Este concepto del dominio del hecho no es fijo o absoluto, pues tiene que ser determinado a partir de un grupo de casos. Finalmente, se reconocen varias formas de dominio del hecho (dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional). Jescheck, Hans y Wigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, España: Comares, 2014, págs. 701 y 702. Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Madrid:

encuentre en la posibilidad real de materializar, detener o interrumpir la acción típica. Es decir, el ejecutor es quien finalmente decide cómo, cuándo y dónde realizará la acción, mientras que, si el instigador hace un aporte esencial a la materialización del plan delictivo, éste no será tratado como partícipe sino como coautor.⁴⁷

Quinto, el determinador debe actuar dolosamente. El dolo debe estar dirigido, de un lado, a la provocación de la resolución delictiva y, de otro, a la ejecución de la conducta típica por el autor material, incluidos los elementos subjetivos y la realización del resultado típico (doble dolo)⁴⁸.

Finalmente, la determinación o inducción puede producirse sobre un individuo con quien el determinador no tenga interacción directa o inmediata precedente, e incluso si uno y otro jamás llegan a conocerse. Así lo ha reconocido la Sala de Casación Penal:

La instigación a su vez puede ser directa y en cadena, como ocurre o puede suceder cuando entre el autor y el instigador media la intermediación de otro instigado. En relación con esta última posibilidad, el artículo 30 del Código Penal se refiere a la determinación directa, lo cual no excluye la posibilidad de la instigación en "cadena", siempre y cuando se reúnan los mismos requisitos indicados anteriormente, situación que en este caso no está en duda.

Marcial Pons, 2016.

⁴⁷ Cfr. CSJ SP4813-2021, 27 oct. de 2021, rad. 55836. CSJ SP1167-2022, 06 de abr. 2022, rad. 57957.

⁴⁸ Jescheck, Hans y Wigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, España: Comares, 2014, pág. 740. Adicionalmente, esta postura teórica fue acogida por la Sala de Casación Penal en la sentencia SP4813-2021 del 27 de octubre de 2021. Radicación 55836 cuando afirmó: *"También ha sido reconocido por la doctrina un segundo dolo en el determinador, este dirigido a la comisión del delito que ha incitado. Es decir, a que el ilícito se materialice en el marco tangencial representado y comunicado por el inductor. (...) Postura compartida por esta Colegiatura, en particular, tras admitir la imputación del resultado lesivo por dolo eventual al determinador, cuando el inducido modifica o altera el plan instigado por aquél para ejecutar una conducta diferente o más gravosa que la inducida"*.

En efecto, lo central es que exista una conexión concreta entre la conducta del instigador inicial y el autor material.⁴⁹

3.1.1. Caso concreto

3.1.1.1. Constatación de la convergencia de los elementos del tipo penal endilgado

El caudal probatorio acredita que, en desarrollo del entramado criminal conocido como el “*carusel de la contratación de Bogotá*”, el entonces Senador de la República NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, aprovechando que su hermano Samuel Moreno Rojas, era el Alcalde Mayor de Bogotá y atendiendo su condición de congresista, en asocio con particulares que tenían acceso a servidores públicos, los determinó para que se interesaran en provecho de terceros en la contratación de la SDIS y de la EAAB.

En lo que refiere a los convenios de asociación de canasta alimentaria Nos. 1982 y 3664 de 2009 celebrados por la Secretaría de Integración Social

Se acreditó que NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS como congresista no tenía como función asignada ni constitucional ni legalmente la de intervenir en los procesos contractuales que se adelantaban en la SDIS, la cual ostentaba Mercedes del Carmen Ríos Hernández, a quien Samuel Moreno Rojas, Alcalde Mayor de Bogotá, mediante Decreto No. 001 del 1º de

⁴⁹ CSJ SP-2018, Rad. 46263, SP4369-2019, Rad. 55704, reiterado en reiterado en CSJ, SP1167-2022, 6 abr. 2022, Rad. 57957, SP357-2023, 23 ago. 2023, rad. 59199.

enero de 2008⁵⁰, había nombrado “*Secretaria de Despacho*” en la Secretaria Distrital de Integración Social⁵¹.

Bajo esa calidad y como ordenadora del gasto, Ríos Hernández en virtud de las funciones que le otorgaba el cargo, suscribió bajo la modalidad de contratación directa los convenios de asociación No. 1982 y 3664 el 13 de marzo y 14 de septiembre de 2009⁵².

La participación de MORENO ROJAS a título de determinador en cadena se materializó a través de Héctor Julio Gómez González, a quien por intermedio de Emilio Tapia Aldana, le ordenó que en los procesos de contratación, Mercedes del Carmen Ríos Hernández, quien era su amiga y su cuota burocrática en dicha entidad, se interesara en la adjudicación de los convenios de alimentación para favorecer a la Unión Temporal Alimentación Solidaria (convenio No. 1982 de 2009) y a la Unión Temporal Alimentando Futuro (convenio No. 3664 de 2009), integradas por las empresas del “Grupo Torrado”, liderado por Efraín y Edgar Torrado García, para entonces, Senador y Concejal de Bogotá; ello a cambio del pago de una coima de entre el 5% y 6% del valor a contratar a favor del aforado.

Así lo corroboró el propio Héctor Julio Gómez González, quien en el marco de colaboración al que se comprometió, en los interrogatorios y las diferentes declaraciones que rindió en

⁵⁰ Fl. 172-175 c. anexo o. No. 31 SEI. Decreto No.001 y acta de posesión No. 18 del 3 de enero de 2008.

⁵¹ Fl. 163-183 c.o. No. 3 SEI. Así lo certificó la Subdirectora (E) de Gestión y Desarrollo del Talento Humano de la SDIS.

⁵² Folio 235-278 c. anexo o. No. 31 SEI.

los procesos que se adelantaron bajo la línea de investigación del “Carrusel de la Contratación Distrital”⁵³, señaló al acusado de haberle ordenado gestionar en la SDIS la contratación para favorecer a la “familia TORRADO”, como se lo hizo saber Emilio Tapia Aldana, quien en la organización criminal era el encargado de transmitir las órdenes impartidas por los hermanos MORENO y, de recibir los pagos de las comisiones para entregarlas al aforado.

Concretamente indicó:

“Emilio Tapia era la persona encargada de traer y de llevar tanto las órdenes como las comisiones y todo ese tipo de cosas que pasaban dentro de los contratos en Bogotá. En este caso esa orden fue transmitida a través de Emilio, en donde teníamos que organizar esos contratos allá, a eso me refiero yo con la orden y los compromisos eran pues los de siempre que solicitaban los hermanos MORENO, era pagar la comisión pertinente, pagar la comisión pertinente por la ejecución de los contratos si se ejecutaban los contratos, si se llegaba al objetivo había que pagar (...).

(...) y la orden, pues obviamente él me dijo que la orden venía de IVÁN MORENO.

Concordante con el dicho de Héctor Julio Gómez, Emilio Tapia Aldana señaló que aquel tenía “*injerencia suficiente*” en la SDIS en la que iban a salir unos contratos, así se lo informó IVÁN MORENO ROJAS, por lo que había que ayudarle a la familia Torrado, entendiendo que era a través de Edgar Torrado, por su participación en temas políticos y porque con anterioridad les venían siendo asignados contratos en esa

⁵³ Fl. 295-300 c. o. anexo No. 31 SEI, Interrogatorios de indiciado del 23, oct. 2013, rad. 110016000102201300122. Fl. 309-313 c.o. anexo No. 31 SEI, Interrogatorio de Indiciado del 7 de jul. 2014, rad. 1100160000102201100512. Fl. 192 c.o. No. 4 SEI, declaración del 5 oct. de 2016 en este radicado y, Fl. 176 c.o. No. 9 SEI, declaración del 14 de febrero de 2019 (prueba trasladada del Rad. 40647).

entidad⁵⁴, además porque al concejal *“siempre le interesó”* fue la SDIS y *“de hecho así se organizaron unos contratos que le fueron adjudicados a sus empresas o a las empresas en dónde él tenía interés”*⁵⁵.

Respecto de la tarea o gestión impartida por el aforado, Héctor Julio Gómez, indicó:

(...) consistía en que yo lograra que Mercedes del Carmen firmara los convenios de asociación con esas empresas que yo llevé las hojas de vida, que como le dije anteriormente, ya existían, ya habían firmado convenios en la Secretaría y eran a cambio de un porcentaje, ese porcentaje de comisión era para la familia Moreno que tenía que llevarlo Emilio Tapia. Digamos que básicamente esa era la participación mía porque yo no participaba en la ejecución.

En cuanto a su relación con Mercedes del Carmen Ríos Hernández, resaltó que por cuestiones políticas se conocían desde hace 15 o 20 años atrás y cuando él llegó a la campaña política de Samuel Moreno se hicieron unos compromisos *“para que de esa forma pues nos sean retribuidos a los que aportamos para las campañas”*, siendo esa razón por la que el alcalde le *“entrega ese nombramiento”*. Además, señaló que *“era cuota mía en el gobierno de Samuel, no era amiga de Iván Moreno”*, por lo que la forma de hablar con ella era a través de él.

Sobre esa asignación burocrática, Manuel Hernando Sánchez Castro, con quien Héctor Julio Gómez tenía una amistad de años atrás, declaró que lo invitó a participar en la

⁵⁴ Fl. 180-182 c. o. No. 9 SEI, declaración 20 de jun. de 2019, rad. 40647 SEPI (prueba trasladada).

⁵⁵ Declaración 15 mar. de 2016, ante la Procuraduría General de la Nación (prueba trasladada).

campana de Samuel Moreno Rojas y como contribución a la misma *“ayudó con una cuantiosa suma de dinero para la financiación”*, consolidándose de esa manera el acuerdo con el futuro alcalde, para el nombramiento de su cuota en la SDIS, así lo narró:

Cuando eligen al señor Samuel Moreno Rojas, alcalde de Bogotá campana de la que yo hice parte, se reparte burocráticamente las entidades del distrito entonces la Secretaría de Integración Social, digámoslo así, le tocó en la repartición burocrática al señor Julio Gómez, una de las personas que tenía injerencia en la Secretaría de integración social. Recuerdo que postuló a una señora, si no estoy mal, que creo que venía de ser alcaldesa de Suba, a la señora Mercedes, se me va el apellido, que fue la secretaria de Integración Social en ese momento, elegida por Samuel Moreno Rojas.

(...) Él me contaba el señor julio Gómez de manera directa, personal cómo venían los acuerdos con el doctor Samuel Moreno Rojas, entre ellos, el nombramiento de la señora Mercedes, que no recuerdo en este momento el apellido, como la nueva Secretaría de Integración Social del Distrito, por eso tengo conocimiento; y después de manera directa, él me manifestaba cómo y quiénes tenían injerencia en la Secretaría de Integración Social del Distrito, eran el concejal Andrés Camacho Casado en ese momento con algunas fundaciones, creo que ellos, a través de unas fundaciones, contrataban raciones o suministros para jardines infantiles y ancianatos, creo, él también lo hacía a través de unas cooperativas que él tenía el señor Julio Gómez y, que la gran parte de la contratación estaba en cabeza de manera directa del señor Efraín Torrado, que en ese momento era Senador de la República y coordinado por Edgar Torrado, su hermano. Por eso me enteró de lo que estaba pasando al interior de la Secretaría de Integración Social del distrito.⁵⁶

Gracias al lazo de amistad que los unía y dado el compromiso adquirido con el nombramiento, Héctor Julio Gómez González, honrando el acuerdo y cumpliendo el mandato del aforado logró sembrar en Ríos Hernández la resolución de cometer el ilícito, ya que previo a que suscribiera el primer convenio, esto es, el **No. 1982** -lo que tuvo lugar el

⁵⁶ Declaración del 12 de julio de 2017, rad. 35215.

13 de marzo de 2009-, y luego de que pactará el porcentaje de la comisión con los interesados en la contratación con destino a los MORENO ROJAS; se reunió con la funcionaria y le pidió el favor de contratar con las empresas de la familia Torrado, porque *“le había ayudado políticamente a ella desde que la conocí como Edil”*, por lo que esta ordenó a la Subsecretaria, Olga Lucía Velásquez, encargarse de tramitar lo pertinente para su celebración.

Gómez González, al respecto sostuvo⁵⁷:

Así es como hablo con la Dra. Mercedes, en su despacho, a esta reunión asistió también la Dra. OLGA LUCÍA VELASQUEZ que era su subsecretaria, yo le planteó la situación, ellas me dicen que es absolutamente legal. En ese momento de la reunión, la Dra. OLGA LUCÍA se retira y MERCEDES me dice que sin embargo va a consultar jurídicamente con sus asesores para estar bien seguros del tema, pero que en principio estaría bien. Yo le pido el favor encarecidamente de que me permita firmar ese convenio con las empresas de la familia TORRADO que son muy conocidas y además idóneas en el tema. Días después ella me comunica que si puede la Secretaría firmar el convenio con las empresas de la familia TORRADO, de esa manera yo busco al asistente del Senador TORRADO y volvemos a colocarnos una cita en la Botica y le comento la decisión de que se puede el convenio, y le preguntó que cómo sería el negocio, él me plantea un porcentaje del 3% sobre el valor del convenio y en determinadas cuentas llegamos a un porcentaje del 5%. De esta forma queda cerrado el negocio con la familia TORRADO y yo paso a hablar con MERCEDES a llevarle las hojas de vida para que conociera las empresas o para que las viera y a pedirle el favor de que firmara el convenio ya que yo le había ayudado políticamente a ella desde que la conocí como Edil. Ella procede entonces a dar la orden de que se firme el convenio de asociación y encarga a la Dra. OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ para que se contacte por parte de la familia TORRADO para organizar todos los términos del convenio.

Versión que la misma Mercedes del Carmen Ríos Hernández ratificó como muestra de su deseo de colaboración

⁵⁷ Fl. 297 c.o. anexo No. 31 de la SEI, en interrogatorio de indiciado del 23 de octubre de 2013, ante la Fiscalía 3ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

con la administración de justicia⁵⁸, en tanto, indicó que su amigo Julio Gómez, en varias ocasiones le “pidió ayudar a algunos amigos”⁵⁹ en la adjudicación de los contratos que la SDIS pretendía adelantar, para lo cual desplegó actividades tendientes a ejecutar el comportamiento lesivo, impartiendo las órdenes necesarias a los funcionarios de la Dirección Territorial para que el convenio se celebrará con la unión temporal recomendada.

Sobre el particular, Ríos Hernández sostuvo:

(...) uno era un contrato para proveer de comida las diferentes dependencias de la Secretaría, ejemplo los jardines infantiles, los centros de atención a discapacidad, los centros de protección de niños etc., le digo que se presenten sus amigos, él en ese momento me dice que tiene unos brochures de empresas de sus amigos que en ningún momento me dice quienes son, y tampoco yo le pregunto, recibo esas hojas de vida de las empresas y las envié a estudio técnico por los funcionarios de la Subdirección Territorial, esta labor inicialmente quien me recibe las hojas de vida es la Doctora OLGA LUCÍA VELASQUEZ, en presencia de JULIO GÓMEZ, y le ordeno se hagan los estudios respectivos para saber si cumplen o no con las especificaciones técnicas y jurídicas para dicha contratación, de ahí en adelante, todo el proceso de revisión se hace por parte del equipo de la Dirección Territorial, por dos funcionarios JULIO FIGUEROA y JAVIER ROJAS JOVÉN, quienes hicieron todo el estudio técnico, siempre con conocimiento del Director Territorial YEFREY PRADA, cumplido este proceso yo le digo a JULIO que realmente cumplen, puesto que estas mismas fundaciones eran quienes tenían contratos similares a nivel nacional, tanto en Bienestar Familiar, como en algunas gobernaciones, por lo tanto yo ordene que se hiciera el proceso de convenio de acuerdo a la ley 489 que establece esos convenios y hasta hay no tuve conocimiento en ningún momento, quienes eran sus amigos, ni a que acuerdos llegaría JULIO GÓMEZ con ellos, ya que para hacer el convenio se tuvieron que conformar UNIONES TEMPORALES en las cuales no todas las hojas de vida entregadas por el señor JULIO GÓMEZ estuvieron

⁵⁸ Fl. 301-308 y 314-315 c.o anexo No. 31 SEI. Interrogatorios del indiciado del 14 y 19 de mayo de 2014 y ampliación del 3 de sep. de 2014, rendidos por Mercedes del Carmen Ríos ante la Fiscalía 3ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Prueba trasladada del Juzgado 25 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, proceso No. 110016000102201400305 NI 222264.

⁵⁹ Fl. 304 c.o. anexo No. 31 SEI.

presentes.⁶⁰

Hecho que Olga Lucía Velásquez Nieto, para la época de los hechos Subsecretaria de Integración Social corroboró al manifestar en su declaración que en esa reunión, Ríos Hernández le dijo que llevara los brochures de las empresas referidas por Julio Gómez González a la Oficina de Contratación para que los analizaran, entregándoselos con ese propósito a Jeffrey Alfonso Prada Díaz⁶¹, Director Territorial de la entidad, señalado por Héctor Julio Gómez de ser cuota directa de Samuel Moreno Rojas, en el manejo de los comedores comunitarios en dicha entidad⁶².

Dicho negocio jurídico, como lo advirtió la Oficina Jurídica de la SDIS en el informe del 11 de julio de 2012⁶³, presentó irregularidades sustanciales, pues no solo se acudió a la figura del convenio de asociación para eludir el proceso licitatorio, so pretexto que en tratándose de fundaciones o cooperativas la modalidad a escoger era la prevista en los Decretos 777 y 1403 de 1992, sin justificarla y sin constatar los requisitos y formalidades exigidos para su celebración, sino que contrató a la misma unión temporal con la que había suscrito el convenio No. 2820 de 2008, pese a que en la ejecución presentó fallas e inconvenientes con las entregas de las canastas complementarias, relacionadas con las condiciones de sanidad (etiquetado y rotulado).⁶⁴

⁶⁰ Fl. 304 c.o. anexo No. 31 SEI.

⁶¹ Fl. 194-195 c. o No. 4 de la SEI. Declaración del 5 de oct. de 2016, rad. 35215.

⁶² Interrogatorio de indiciado del 7 de julio de 2014, Rad. 110016000102201100512, Fiscalía 3ª Delegada ante la Corte Suprema, obtenida en inspección al proceso 50288. Informe final PJ7937041 del 15 feb. 2023.

⁶³ Fl. 200-210 del c. o. anexo No. 31 SEI.

⁶⁴ Fl. 204 c.o. anexo No. 31 SEI

Pese a ello, Mercedes del Carmen Ríos Hernández en virtud del cargo de secretaria y ordenadora del gasto en la SDIS inclinada por un interés particular, con inobservancia de los principios de transparencia y selección objetiva, en razón de sus funciones intervino en el trámite precontractual y suscribió con la Unión Temporal Alimentación Solidaria, el convenio de asociación de canasta alimentaria No. 1982 el 13 de marzo de 2009⁶⁵, que tenía como objeto contractual *“aunar recursos para el fortalecimiento del derecho a la seguridad alimentaria de las familias en condiciones de fragilidad social de veinte localidades de la ciudad de Bogotá D.C.”*, por un valor inicial de \$47.161.220.000.00.

El interés indebido lo realizó en provecho de terceros, esto es, a favor de las cooperativas de Trabajo Asociado COOPROSPERAR y Multiactiva Surcolombiana de Inversiones Ltda., que integraron la **Unión Temporal Alimentación Solidaria**, cuyo aporte al convenio fue de \$4.726.122.018, mientras que la SDIS para su ejecución comprometió la vigencia del año 2009 en la suma de \$10.576.741.943, así como la futura correspondiente al año 2010 por \$17.390.043.138 y, 2011 por \$19.194.435.100.00, por lo que el valor definitivo del convenio ascendió en su totalidad a \$51.877.342.199.00.

En cuanto al interés que Ríos Hernández tuvo en el convenio de asociación **No. 3464** del 14 de septiembre de 2009, en el que también favoreció a las fundaciones integrantes de la Unión Temporal Alimentando Futuro que

⁶⁵ Fl. 235-254 c. anexo o. No. 31 SEI.

participó en el convenio No. 1982 de marzo del mismo año, el acervo probatorio da cuenta que en esta segunda contratación no intervino Héctor Julio Gómez González, puesto que la realización de la conducta antijurídica fue provocada directamente por el mismo procesado, es decir, sin intermediario alguno, así lo sostuvo la exsecretaria de la secretaria en cuestión al referir que este convenio *“fue direccionado por el Senador IVÁN MORENO”*⁶⁶.

Al respecto, la exfuncionaria señaló:

*Estábamos en el proceso de contratación de canasta alimentaria y teníamos gran cantidad de hojas de vida y estas personas de las fundaciones antes mencionadas, que conforman esta UNIÓN TEMPORAL, estaban organizadas para ser parte en esa convocatoria que teníamos el senador me llama a su casa y me pide que le ayude a estas personas que son amigos de él, sin mencionarme a los TORRADO, yo le contesté que es prácticamente las mismas organizaciones que ya están trabajando en la secretaria con otro proyecto y que son las que definitivamente cumplirían por la gran experiencia a nivel nacional que tenían y que yo consideraba que para las demás organizaciones pequeñas era imposible cumplir con los requisitos que desde la Secretaria habíamos establecido que por lo tanto, eso tenía cambios absolutos y serían los mismos que tendrían el nuevo convenio.”*⁶⁷

Luego, sobre la reunión que llevó a cabo con el Senador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, amplió el relato en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, indicando que sucedió en el segundo semestre del año 2009, en la casa de la mamá del aforado ubicada en el barrio Teusaquillo y que allí el procesado le dijo:

(...) que él tenía conocimiento de que unos amigos de él estaban

⁶⁶ Fl. 307 c. anexo o. No. 31 SEI, Interrogatorio indiciado 19 de may. 2014, Fiscalía 3ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁷ Fl. 307 c. anexo o. No.31 SEI, Interrogatorio indiciado de 19 de may. 2014. Fiscalía 3ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

“concursando” así me dijo, para un convenio de alimentos en la secretaría y me dijo que si había posibilidad de ayudarles, mi respuesta fue que si cumplían con los requisitos solicitados por la secretaría mirábamos a ver si se les podía ayudar, le pregunté a quienes y me dijo que eran los mismos que están en el convenio anterior, no me mencionó nombres y yo le pedí que los enviaran a la secretaría que presentaran su documentación en la dirección territorial, cosa que me dijo que ya estaban allí, y yo le dije que entonces averiguaría en que estado estaba la contratación. Después de que averigué como estaba todo yo creo que lo llamé o le mandé razón y le dije que todo estaba bien y nunca más volvimos hablar del tema.⁶⁸

Bajo ese panorama, no cabe duda que la exsecretaria de Integración Social en clara oposición del beneficio general o del bien común que debe orientar la actividad contractual, llevó a cabo las gestiones necesarias para garantizar la suscripción del convenio de asociación con las empresas recomendadas por el exsenador, según lo relató, indagó con Ferley Rojas, encargado de proyectar la minuta del convenio sobre el avance de la contratación, confirmando que ya se habían presentando varias hojas de vida de varias empresas y que lo más posible era que se conformara una unión temporal *“en la que estarían los mismos contratistas del año anterior”⁶⁹*, de suerte que le pidió acelerar el proceso de contratación.

Sobre las acciones que tomó para cumplir el propósito, indicó:

Le pedí que aceleraran el proceso, que si cumplían con todos los requisitos se hiciera el convenio, él tenía la tarea técnica del convenio, es decir, proyectarlo, armarlo, y enviarlo a contratación, donde se llevaría a cabo la revisión jurídica y luego se pasaba a comité de contratación para que fuera aprobado. Tengo que decir que ni FARLEY ni ninguno de los otros funcionarios sabían que había recomendación de parte del senador, eso solamente lo sabía el director territorial YEFREY PRADA a quien yo le di la orden.⁷⁰

⁶⁸ Fl. 314-315 c. anexo o. No. 31 SEI.

⁶⁹ Fl. 315 c. anexo o. No. 31 SEI.

⁷⁰ Fl. 315 c. anexo o. No. 31 SEI.

Más adelante, en ese mismo interrogatorio al indagársele si en virtud de su intermediación el senador MORENO ROJAS obtuvo algún tipo de beneficio, respondió que nunca tocó ese tema con él, no habló con los contratistas y tampoco los conoció, *“Realmente lo tomé como una orden impartida por el hermano del alcalde y siempre creí que posiblemente él tenía conocimiento, más nunca le pregunté al alcalde por este tema”*⁷¹

Ahora bien, refulge evidente que la intervención del director territorial, Jeffrey Alfonso Prada Díaz, en los procesos de contratación de la SDIS no fue al azar, pues su nombramiento en dicho cargo se dio por orden directa del alcalde Samuel Moreno Rojas, según lo explicó ante la Corte la exsecretaria Ríos Hernández, porque era *“amigo personal de Samuel y él me ordenó que lo nombrara en esa área como director territorial”*⁷², -hecho que también ratificó Héctor Julio Gómez González⁷³, por lo que puede deducirse que era un eslabón más en la cadena de servidores que participaron en la empresa criminal dirigida por los hermanos MORENO ROJAS.

Bien, una vez se realizaron los trámites pertinentes para acelerar el proceso de adjudicación como lo había ordenado Mercedes del Carmen Ríos Hernández, instigada por el Senador MORENO ROJAS, con desconocimiento de su deber de imparcialidad en la gestión contractual, suscribió con la Unión Temporal Alimentando Futuro el convenio de asociación No. 3464 el 14 de septiembre de 2009⁷⁴, que tenía

⁷¹ Fl. 315 c. anexo o. No. 31 SEI.

⁷² Declaración del 25 de may. 2016, ante una de las Salas de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.

⁷³ Interrogatorio de indiciado del 7 de julio de 2014, Rad. 110016000102201100512, Fiscalía 3ª Delegada ante la Corte Suprema, obtenida en inspección al proceso 50288. Informe final PJ7937041 del 15 feb. 2023.

⁷⁴ Folio 255-278 c. o. anexo No. 31 SEI.

como objeto contractual: *"suministrar y distribuir alimentos perecederos y no perecederos para consumo de las poblaciones vulnerables atendidas en los diferentes proyectos de la Secretaría Distrital de Integración Social y desarrollar proyectos de inclusión social, proyectos productivos e iniciativas de vida saludable con los padres de los menores y las familias de los participantes de los diferentes escenarios de este convenio"*, cuyo valor era \$49.583.449.726⁷⁵.

El interés se realizó en provecho de las cooperativas que conformaron la **Unión Temporal Alimentando Futuro**, que fueron las mismas que integraron la Unión Temporal Alimentación Solidaria, a la que meses antes (13 de marzo de 2009), la SDIS adjudicó de manera irregular el convenio de asociación No. 1982, esto es, por las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopprosperar y Multiactiva Surcolombiana de Inversiones Ltda, asociación a la que se sumó la Cooperativa Competencias Proactivas y la Fundación Euskolombia.

Ahora bien, vale la pena recordar que los elementos constitutivos del tipo penal en estudio se configuran independientemente de que se cumplan los requisitos legales esenciales para el tipo de contrato, empero, no sobra resaltar las irregularidades sustanciales que el trámite y celebración presentó, que demuestran el abandono del interés general y los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva previstos en la Ley 80 de 1993, indicativas a su vez, del interés de la exsecretaria Mercedes del Carmen Ríos Hernández en

⁷⁵ Fl. 267 c. o. anexo No. 31 SEI. De la minuta del convenio se extracta que el valor del convenio se distribuyó de la siguiente forma: LA SECRETARIA aporta la suma de \$45.065.669.366 y la UNIÓN TEMPORAL aporta la suma de \$4.517.780.360, para el componente de la Inclusión Social

beneficiar a la Unión Temporal Alimentando Futuro.

Según se desprende de los informes No. 00988 del 12 de julio de 2012⁷⁶ y No. 00332 sin fecha a la vista⁷⁷, al que se adjunta el Memorando OAJ AV 00331 del 7 de marzo de 2012⁷⁸, elaborados por la Oficina Jurídica de la SDIS, las anomalías advertidas se relacionaron con acudir al convenio de interés público (art. 355-2 C. N. reglamentado por el Decreto 777 de 1992) para obviar el proceso licitatorio y favorecer a terceros, invitar a un solo proponente, no elaborar estudios previos serios ni completos, en tanto, el valor estimado del convenio no estuvo soportado en un verdadero análisis del mercado y, en la experiencia específica requerida no se exigió una calidad adicional en la gestión que le permitiera a la administración no solo garantizar la cobertura, sino la calidad y nutrición de los alimentos.

Para la Sala no existe duda que el nombramiento de Mercedes del Carmen Ríos en el cargo de Secretaria de Integración Social, comprometió su gestión en la entidad en beneficio de la empresa criminal dirigida por los hermanos MORENO ROJAS y, conforme se le ordenó, direccionó los procesos de contratación a favor de las uniones temporales en las que los hermanos Torrado tenían sus empresas, comprometiéndose estos a cubrir las comisiones en el porcentaje acordado con Héctor Julio Gómez González, como condición para la adjudicación de los convenios, conforme lo dispuso el exsenador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, y en

⁷⁶ Fls. 200, 205-206 c. o. anexo No. 31 SEI.

⁷⁷ Fls. 212 c.o. anexo No. 31 SEI.

⁷⁸ Fls. 216 y 226 c.o. anexo No. 31 SEI.

beneficio propio.

El vínculo de las cooperativas que integraron las Uniones Temporales Alimentación Solidaria y Alimentando Futuro con Edgar Alfonso Torrado García, encuentra respaldo probatorio en el informe de Policía Judicial del 6 de julio de 2012⁷⁹, en el que se constató que el entonces concejal estaba relacionado con las cooperativas y empresas: Cooprosperar, Unidos para Nutrir, Internacional de Negocios, Cooperativa Multiactiva Surcolombiana de Inversiones, Empresa Cooperativa de Servicios Nacionales (EMPSENAL) y Alfaba, amén que entre los años 2005-2011, la SDIS les adjudicó directamente mediante el Decreto 777 de 1992⁸⁰, convenios de asociación y contratación directa para ejecutar programas de canasta alimentaria y servicios complementarios, evidenciándose un incremento considerable en la administración del alcalde Samuel Moreno Rojas.

Hecho que, entre otros, la Comisión de Seguimiento a la Contratación de Bogotá reveló en su informe final del 5 de noviembre de 2010⁸¹, al señalar que las empresas de los dirigentes del Partido de la U, Efraín y Edgar Torrado y sus parientes, durante los años 2008-2009, tuvieron un porcentaje de participaron en la contratación de la SDIS del 27.7%, por valor de \$161.130 millones de pesos -para la época de elaboración del informe-, de los cuales \$96.000 millones fueron contratados con cargo a vigencias futuras (para los años 2010 y 2011), lo que resultaba atípico en operaciones

⁷⁹ Fl. 184-199 c. o. anexo No. 31 SEI.

⁸⁰ Fl. 185 y 195 c.o. anexo No. 31 SEI.

⁸¹ Fl. 213-262 c. o. anexo No. 31 SEI.

cuyo objeto era el suministro de alimentos y servicios complementarios.

Además, el informe señaló que Edgar Torrado García figuraba como fundador, gestor y miembro de la Junta Directiva de Cooprosperar y, asesor y presidente de la Junta Directiva por más de 8 años de la empresa Internacional de Negocios S.A y, aunque se desvinculó formalmente de la última, los directivos para la época de los hechos eran sus familiares: René Torrado Hernández y Andrés Mauricio Jiménez Torrado.

También resaltó la relación de amistad entre Efraín Torrado y el exsenador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, puesto no solo fueron compañeros en la Comisión Sexta del Senado, sino que las empresas de “Los Torrado” tuvieron contratos por más de \$3.000 millones cuando el aforado se desempeñó como alcalde en la ciudad de Bucaramanga.

Cercanía de la que dio cuenta Manuel Hernando Sánchez Castro⁸², quien de manera espontánea manifestó que la relación del aforado con los señores Efraín y Edgar Torrado era de *“amigos personales, una relación muy cercana”, “(...) muy amigos de Bucaramanga de Santander, muy cercanos, es una relación entrañable de amigos, de muy amigos”*, en otrora oportunidad refirió que se adjudicaron contratos a las empresas de la familia Torrado, entre ellas, a Internacional de Negocios⁸³, hecho del que tenía conocimiento pues antes de la

⁸² Fl. 131-135 c. o. No. 6 SEI. Declaración del 12 de julio 2017, ante una de las Salas de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, rad. 35215.

⁸³ Declaración del 16 de sep. 2015, Procuraduría General de la Nación, proceso disciplinario IUS2015-290805, entre otros, contra Edgar Torrado.

campana de Samuel Moreno, conoció a los hermanos Torrado como a su medio hermano, Luis Humberto Contreras, gerente de la firma y, porque se enteraba de lo que pasaba al interior de la entidad por su amigo Julio Gómez⁸⁴.

Amistad e interés en la contratación de la SDIS al que también se refirió Emilio Tapia Aldana cuando declaró que al concejal Edgar Torrado lo que siempre le interesó fue la SDIS, tanto así que al interior de la entidad se organizó que los contratos de alimentos le fueron adjudicados a sus empresas o en las que él tenía interés:

*El primer contrato realmente, o sea, ahí había muchos contratos pequeños luego vino uno ya importante que creo que el valor fue entre 37.000 o 40.000 millones, algo así, y ese contrato pues... tengo un conocimiento directo, porque me tocó... analizarlo un poco, en el sentido de que se le pidió una comisión indicada en ese entonces por el senador IVÁN MORENO y él, bueno ofreció la comisión y dijo... que no podía dar más del 6% y ese fue la comisión que se pactó por ese contrato, luego vinieron otros, pero LOS TORRADO tenían una relación de amistad con el senador IVÁN MORENO y todo el tema de las comisiones...o sea ya del manejo del dinero, ellos lo manejaron de manera directa (...).*⁸⁵

En cuanto al monto y pago de las comisiones producto de la adjudicación de los contratos de asociación No. 1982 y 3464 de 2009 se convenía con anticipación, su forma de cancelación y distribución se acreditó con el testimonio de Héctor Julio Gómez González, quien en sus diferentes versiones ha sido claro en señalar que producto de la negociación en la que intervino como intermediario de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, recibió en el apartamento del

⁸⁴ Fl. 131-135 c. o. No. 6 SEI. Declaración del 12 de julio de 2017, ante una de las Salas de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.

⁸⁵ Declaración del 15 de mar. 2016, declaración del 8 de abr. 2016, Procuraduría General de la Nación, proceso disciplinario IUS2015-290805, entre otros, contra Edgar Torrado.

entonces Senador Torrado \$350.000.000.00, equivalente al 6% del valor del primer contrato que fuera asignado al grupo empresarial de los Torrado y, se los entregó a Emilio Tapia Aldana para que los entregara al procesado, como se detallará más adelante cuando la Sala aborde el estudio del delito de peculado a favor de terceros.

En suma, de acuerdo a los medios suasorios citados en precedencia, no cabe duda que el interés indebido se agotó con los actos previos a la suscripción por parte de Mercedes del Carmen Ríos Hernández, Secretaría Distrital de Integración Social de los convenios de asociación No. 1982 y 3464 de 2009, independiente del cumplimiento de la promesa del pago de los \$350.000.000.00, por parte de los hermanos Torrado, en todo caso determinada por NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, en el primer convenio por intermedio de Héctor Julio Gómez González y, en el segundo, directamente por el exsenador.

Oportuno resulta precisar que Mercedes del Carmen Ríos Hernández aceptó su participación en estos hechos, razón por la que mediante preacuerdo, el Juzgado 25 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 13 de junio de 2015 la condenó por el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

En ese orden, será condenado en calidad de determinador del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de *interés indebido en la celebración de contratos* en relación con los convenios de asociación No. 1982 del 13 de marzo y No. 3664 del 14 de septiembre de 2009, por los que se acogió a sentencia anticipada y se declaró culpable.

En lo que refiere a los contratos de obra No. 1-01-25500-1115-2009 y de interventoría No. 1-15-25500-1112-2009, ambos del 30 de diciembre de 2009, celebrados por la EAAB – ESP.

Antes de abordar el estudio de la tipicidad objetiva conviene precisar que el Acuerdo 6° de 1995 expedido por el Concejo de Bogotá definió la naturaleza jurídica de la EAAB-ESP, como una Empresa Industrial y Comercial del Distrito prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por tanto, una entidad descentralizada en el orden distrital vinculada al Sector Hábitat, cuya cabeza es la Secretaria del Hábitat de Bogotá⁸⁶.

Como se anotó en precedencia, para la configuración del delito se exige la concurrencia del servidor público que en razón de su cargo o de sus funciones intervenga en la actividad contractual, sin embargo, como se analizó respecto de la SDIS, puede ocurrir que otras personas en quienes no recae la calificación de sujeto activo determine a otro la realización de la conducta penal.

En el *sub examine*, la prueba incorporada al expediente evidencia que en los procesos contractuales mediante los cuales se adjudicaron los contratos de obra y de interventoría, intervino el Gerente General del Acueducto, Jorge Enrique Pizano Callejas (q.e.p.d), nombrado mediante Decreto 050 del 4 de marzo de 2008 por el Alcalde Mayor de la época, Samuel

⁸⁶ Cfr. Artículo 114 del Acuerdo 257 de 2006, expedido por Concejo de Bogotá.

Moreno Rojas⁸⁷, quien dentro de sus funciones, como lo indica el artículo 2º, numeral 8º del Acuerdo No. 11 de 2007⁸⁸, estaba la de *“coordinar el proceso de adjudicación y ejecución de los contratos requeridos por la Empresa para el cumplimiento de los objetivos estratégicos de la misma.”*⁸⁹

Conforme lo dispuso Pizano Callejas en la Resolución No. 0539 del 1º de julio de 2009⁹⁰, la ordenación del gasto y del pago, la aceptación de ofertas y la suscripción de contratos y convenios, la delegó en los Gerentes Corporativos del Sistema Maestro⁹¹, cargo para el que nombró en propiedad a Julián Montoya Guzmán, como lo evidencia la Resolución No. 0102 del 27 de enero 2009⁹², virtud bajo la cual suscribió los contratos de obra No. 1-01-25500-1115-2009 que tenía por objeto la construcción del Interceptor Tunjuelo Canoas -ITC- y, el de interventoría No. 1-15-25500-1112-2009, siendo este servidor público en quien recae la condición de sujeto activo cualificado descrita en el tipo penal.

En la actividad contractual, según los elementos materiales probatorios obrantes en el proceso, también intervinieron el Director de la Red Troncal Alcantarillado – Gerencia Corporativa del Sistema Maestro, Carlos Alberto Acero Arango, y el Director de Compras y Contratación de la EAAB ESP, Jaime Díaz Ortiz.

⁸⁷ Fl. 33 c. anexo o. No. 37 de la SEI.

⁸⁸ Por el cual se modifica la estructura organizacional de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá -ESP-, y se determinan las funciones de sus dependencias. Derogado Acuerdo EABB 11 de 2013, ver fl. 58 c.o. No. 11 SEI. Informe Parcial de Policía Judicial No. 7823470 del 12-12-2022.

⁸⁹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30481>.

⁹⁰ Que modificó el artículo primero de la Resolución No 0158 de 2008, “Por la cual se delegan unas funciones”.

⁹¹ Folios 119-120 c. anexo o. No. 39 de la SEI.

⁹² Folio 42-43 c. anexo o. No. 37 de la SEI.

Ahora bien, la participación de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS a título de determinador en cadena en el interés indebido se materializó a través de la intervención de Andrés Alberto Cardona Laverde, quien en el carrusel de la contratación distrital y por instrucción del aforado, se encargó del manejo burocrático y de que en los procesos de contratación que adelantara la EABB, Jorge Enrique Pizano Callejas, quien era su amigo, influyera en el Gerente Corporativo del Sistema, Julián Montoya Guzmán y se interesara en la adjudicación de los contratos de obra y de interventoría del Interceptor Tunjuelo Canoas, para favorecer a terceros a cambio del pago de coimas entre el 6% y 10%

Lo anterior, encuentra respaldo probatorio en el testimonio de Emilio Tapia Aldana, quien en desarrollo de la colaboración eficaz con la administración de justicia en razón al principio de oportunidad, en varias de sus intervenciones, explicó que a través del contratista Andrés Cardona Laverde, el exsenador y su hermano, Samuel Moreno Rojas (q.e.p.d.), manejaron la contratación de la EAAB, sobre todo en los contratos que por su alto costo resultaban de interés para la administración, como el que se llevó a cabo para la construcción del Interceptor Tunjuelo-Canoas.

Por ejemplo, desde los albores de la investigación del entramado del Carrusel de la Contratación, relató que cuando inició la administración de Samuel Moreno Rojas, Jorge Enrique Pizano era el gerente de la EAAB, pero que era Cardona Laverde el responsable de la todos los contratos y de las recomendaciones en los cargos, ello con el propósito de cumplir las orientaciones y adjudicar los contratos de manera

irregular:

(...) era el verdadero hombre al frente del Acueducto, él se encargaba de hacer las modificaciones en los pliegos de condiciones de los procesos licitatorios, también de organizar todas las invitaciones públicas, es decir, de cuantías inferiores que no requerían licitación y de los contratos que se daban, como se dice comúnmente a dedo, se encargaba de ubicar y negociar con los contratistas el monto de las comisiones y el direccionamiento de los contratos a los mismos, también participaba a través de sus empresas en dichos procesos y obviamente fue adjudicatario de varios, como por citar un ejemplo de varios, en la licitación del Funjuelo Canoas, que tenía un presupuesto de 250.000 millones aproximadamente, se direccionó para que le correspondiera a uno de sus socios, el contrato del túnel, como también se le adjudicó en asocio con una de sus empresas la interventoría del mismo.⁹³

En similares términos lo develó ante la Procuraduría General de la Nación, de la que incluso se infiere la participación del aforado:

Andrés Cardona cumplía la misma función mía, exactamente la misma, es decir, era una persona de confianza de IVÁN MORENO, era una persona que manejaba el tema burocrático, el tema de contratación, que también es contratista, al igual que yo, y él era la persona encargada de otras entidades del Distrito, en este caso estamos hablando del Acueducto, entonces él era el encargado del Acueducto (...)

Andrés Cardona cumplía la misma función que yo, exactamente la misma, o sea, IVÁN MORENO le decía, esto es pa' fulano, esto es pa' sultano y él se encargaba tanto de recoger la comisión, o sea de que se entregaran las comisiones, de pactar las comisiones, de buscar los contratistas, de adjudicar los contratos y, a su vez también como él tenía sus empresas, entonces él ya sea de manera directa o a través de terceros, bueno, como él tenía su socio Fajardo, en fin otras personas, que también... se le... se adjudicaba los contratos ¿ya?, entonces él ahí era el todo, en el acueducto, él era el todo ya, el gerente ahí no podía hacer nada absolutamente si Andrés Cardona no le decía hágalo, porque hablara Andrés Cardona era como hablaba yo en el IDU o en cualquiera de las otras entidades que estaban, digamos a mi cargo, en este caso, esa era responsabilidad de él y entonces cuando él hablaba al gerente del acueducto o cuando lo quería cambiar, sucedía igual, él era el que ponía

⁹³ Declaración del 22 de oct. 2013, ante la Fiscalía Seccional 198 en comisión de la Fiscalía 3ª.

el candidato y era el responsable de eso, entonces cuando él hablaba, era como si hablara IVÁN o SAMUEL MORENO (...)

Realmente, el doctor Pizano no se metía dentro de los procesos contractuales y muy poco en los cargos burocráticos que tenían relación directa con todo el tema de contratación, ese era un tema que manejaba Andrés Cardona, obviamente, el doctor Pizano sabía que Andrés Cardona estaba ahí y que función cumplía (...)

Los contratos, digamos, como ahí hay muchos contratos relevantes, porque el Acueducto es de las empresas que tienen mayor presupuesto dentro del Distrito, entonces humm... había contratos, por ejemplo, del contrato del Túnel Tunjuelo-Canoas, un contrato alrededor de los \$300 mil millones de pesos, ese fue un contrato en el que yo si tuve injerencia (...).⁹⁴

En una de sus ampliaciones de declaración ante la misma institución, Tapia Aldana, sobre Andrés Cardona y los hermanos MORENO ROJAS, ratifico:

(...) era la persona destinada por los hermanos Samuel e IVÁN MORENO para darle manejo a todos los negocios o contratos que surgieran en el acueducto de Bogotá, esta persona pues era la encargada, era responsable de que dieran o que se cumplieran compromisos por parte de la entidad a través de sus funcionarios, en dichos actos administrativos obviamente quedaba también responsabilidad de recaudar las comisiones o sobornos que habían sido acatadas por anterioridad a ello.⁹⁵

Sobre la intermediación en la contratación de la EAAB, Héctor Zambrano Rodriguez, el ex secretario de salud Distrital procesado y condenado por el Carrusel de la Contratación, señaló:

En principio escuché de boca del Sub Secretario de Salud JUAN VARELA amigo muy personal de los hermanos IVÁN y SAMUEL MORENO, que la persona que manejaba todos los aspectos de contratación e importantes decisiones al interior de la empresa de acueducto era el ingeniero ANDRÉS CARDONA y hasta donde recuerdo a él lo relacionan

⁹⁴ Declaración del 8 de abr. 2016, Procuraduría General de la Nación, proceso disciplinario IUS2015-290805, entre otros concejales, contra Edgar Torrado.

⁹⁵ Declaración del 7 de abr. 2017, Procuraduría General de la Nación, proceso disciplinario IUS2015-290805.

con un apodo, creo que era el enano, porque como que es de baja estatura. Este nombre lo corroboré en la charla que tuve con IVÁN MORENO en la casa materna cuando me expresó con toda confianza que en el acueducto tenían un ingeniero ANDRÉS CARDONA muy preparado y que les coordinaba los temas en contratación al interior de la empresa, exactamente me dijo cuando me habló del Tunjuelo Canoas y los beneficios económicos "allá tenemos al ingeniero ANDRÉS CARDONA que es un verraco y nos da la tranquilidad de que todo saldrá bien".⁹⁶

Así también lo declaró, Manuel Hernando Sánchez, al referir que Cardona Laverde y Tapia Aldana eran las personas designadas por los hermanos MORENO ROJAS para controlar al interior de la empresa de acueducto toda la contratación, por tanto, bajo ese rol elegían las personas naturales o jurídicas a las que se adjudicarían los contratos⁹⁷, siempre y cuando estuvieran dispuestas a pagarle al aforado la comisión del 6% y el 10% dependiendo del monto y el objeto a contratar como lo resaltó Tapia Aldana⁹⁸, como sucedió con los contratos de obra para la construcción del Interceptor Tunjuelo Canoas y de interventoría que Julián Montoya Guzmán, en su calidad de Gerente Corporativo suscribió el 30 de diciembre de 2009.

En ese contexto y visto el modus operandi del entramado criminal para la adjudicación de contratos y el pago de coimas, no cabe duda que Andrés Cardona Laverde se valió de la amistad y la confianza que tenía con el entonces Gerente del Acueducto Jorge Enrique Pizano (q.e.p.d.), a quien el Alcalde Samuel Moreno Rojas (q.e.p.d.) designó en ese cargo con la

⁹⁶ Fl 46 c. o. No. 5 SEI. Declaración jurada del 3 de feb. 2017, ante las Fiscalías Especializadas contra la corrupción, rad. 110016000102201400186.

⁹⁷ Declaración jurada del 16 de ene. 2017, ante las Fiscalías Especializadas contra la corrupción, rad. 110016000102201400186, en virtud de la colaboración eficaz ofrecida a la administración de justicia en razón al principio de oportunidad.

⁹⁸ Declaración del 22 de oct. 2013, ante la Fiscalía Seccional 198 en comisión de la Fiscalía 3ª. Declaración jurada del 26 de may. 2017, ante la Fiscalía 64 que rindió en colaboración dentro del principio de oportunidad.

finalidad de cumplir el propósito ilegal, de ahí que delegara en el Gerente Corporativo del Sistema Maestro, Julián Montoya Guzmán, la ordenación del gasto y la actividad contractual e hiciera nacer en este el interés para cometer el injusto típico y favorecer a terceros con la adjudicación de los contratos que se mencionan en esta providencia, todo ello inducido por el Senador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS.

La intervención del citado Gerente Corporativo, quien con otros funcionarios se prestaron para que las licitaciones de los contratos de obra e interventoría del interceptor Tunjuelo Canoas, fueran direccionadas a las empresas que IVÁN MORENO ROJAS había ordenado, resultó determinante para culminar con éxito la labor encomendada. En principio, Andrés Cardona Laverde siguiendo las instrucciones del aforado, indicó al gerente de la entidad, Jorge Enrique Pizano, que la empresa CARTELLONE de Francisco Martínez era a la que se le adjudicaría el contrato de obra, empero, a última hora quien lo suscribió fue el Consorcio Canoas integrado por la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT y CASS CONSTRUCTORES y CÍA, que pagaron el monto de la comisión, con destino a Samuel y NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS.

Emilio Tapia Aldana, sobre el particular, expuso:

En la contratación del Tunjuelo Canoas, Samuel Moreno como Alcalde impartió la instrucción al gerente de la Empresa de Acueducto Jorge Pizano, esto me lo refería el entonces Senador IVÁN MORENO ROJAS, de que el contrato de obra se tenía que adjudicar a una empresa, al oferente Unión Cartellone, donde estaban pendientes unos intereses del señor Francisco Martínez, quien había aportado para la campaña a la Alcaldía de Samuel Moreno Rojas. Esa propuesta la acompañaba Manuel

Sánchez Castro, quien posteriormente, al ver que dicha propuesta tuvo algunos inconvenientes, muy a pesar de que solicitó la atención de los organismos de control no termina como ganadora, gracias a la intervención de Andrés Cardona y Orlando Fajardo, pero Samuel Moreno e IVÁN MORENO, una vez adjudicada la propuesta al consorcio donde estaba ODEBRECHT y los SOLARTE, propuesta que tuvo como padrino al señor Orlando Fajardo, quien estaba detrás pendiente de esa adjudicación, los MORENO estuvieron pendientes para recibir la comisión del 6%, que alcanzó la suma de más de 8 millones de dólares (...).⁹⁹

(...) Desde la evaluación se coordinó para que se revisaran algunos aspectos relacionados con la capacidad técnica de los oferentes, buscando determinar si faltaban algunos requisitos, como recuerdo, ocurrió con la propuesta de la Unión Cartelone, para lo cual algunos funcionarios del Acueducto viajaron a Argentina y no sé cómo se obtuvo una certificación que afectó el requisito de la capacidad técnica de la propuesta y facilitó que se discutiera únicamente entre dos proponentes y con el apoyo del gerente Pizano se adjudicara (...)

El testimonio de Tapia Aldana encuentra respaldo probatorio en el dicho de Manuel Hernando Sánchez Castro, que en el proceso licitatorio representó los intereses de Arquitectura y Concreto, una de las empresas que integraron la Unión Temporal Cartelone que, sobre la adjudicación del contrato de obra al Consorcio Canoas, declaró:

(...) de los hechos que voy a mencionar, debe existir una cinta magnetofónica de la grabación del desarrollo de las dos audiencias que deben reposar en las instalaciones de la EAAB, me pareció extraño encontrar en la primera audiencia al señor Orlando Fajardo, porque el señor Orlando Fajardo, ha sido señalado en varias ocasiones como uno de los grandes contratistas por años atrás en la EAAB, y porqué extraño, porque estaba en la audiencia, pero su firma constructora no estaba participando de manera directa en el proceso licitatorio, arranca la primera audiencia donde cada uno de los participantes intervinimos presentando observaciones u objeciones al informe de evaluación publicado en la página de la EAAB, la discusión jurídico, técnico y financiera, cada vez se subía de tono, se suspendió esa primera audiencia y se citó nuevamente, no recuerdo si para uno o dos días después. Al llegar a la segunda

⁹⁹ Declaración del 26 de may. 2017, ante la Fiscalía 64, como parte de la colaboración con la administración de justicia y dentro del principio de oportunidad.

audiencia, se acerca a saludarme el ingeniero Orlando Fajardo y me pide que me retire de la audiencia, que no discuta más jurídicamente el proceso en mención, que podemos llegar a un acuerdo para que los ánimos al interior de esta segunda audiencia, sean más tranquilos y se pueda lograr la adjudicación al Consorcio o Unión Temporal, no recuerdo, conformado por la firma ODEBRECHT y Grupo Solarte, me di cuenta que entonces que el señor Orlando Fajardo estaba apoyando, acompañando a este consorcio.¹⁰⁰

(...) para esa época, en varias ocasiones me encuentro con el señor Emilio Tapia, y el señor Emilio Tapia me dice, hay una orden, hay una instrucción que dio el señor IVÁN MORENO ROJAS de que la licitación pública debe adjudicársele a Francisco Martínez Arquitectura y Concreto, el señor Andrés Cardona sabe, el señor Andrés Cardona que era la persona que manejaba, pues los hilos al interior de la empresa de acueducto de alcantarillado de Bogotá él sabe que esa licitación es para el señor Francisco Martínez y tienen que hacer lo que sea para que se les adjudique a él, porque hay un compromiso con él. Me lo manifestó de varias formas y en varios momentos el señor Emilio Tapia, pero además yo lo sabía porque él nos había ayudado en la campaña, porque yo lo presento, porque yo soy siendo amigos, porque ese era el compromiso de ayudarlo en algún proceso licitatorio (...).¹⁰¹

Además de los testigos de cargo se cuenta con las declaración de Andrés Cardona Laverde, que sin dudarlo relató los pormenores de lo sucedido en la parte final de la audiencia en la que se adjudicó el contrato de obra para la construcción del Interceptor Tunjuelo Canoas de forma irregular al Consorcio Canoas, que conlleva a deducir el interés particular y el ánimo de obtener un provecho para terceros por parte del Gerente Corporativo del Sistema Maestro, entre otros funcionarios de la EAAB, en contravía de los principios de transparencia y selección objetiva que rigen la contratación Estatal. Veamos:

¹⁰⁰ Fl. 60 c. o. No. 5 SEI. Declaración del 21 de oct. 2013, ante la Fiscalía 198 comisionada por la Fiscalía 3ª, diligencia que se efectuó en desarrollo de la colaboración eficaz ofrecida a la administración de justicia en razón del principio de oportunidad.

¹⁰¹ Fl. 131-135 c.o. No. 6 SEI. Declaración del 12 de jul. 2017, ante una de las Salas de Instrucción de la CSJ Sala de Casación Penal, rad. 35215.

hubo un receso durante el cual se efectuó una reunión de los funcionarios de la EAAB presentes en la audiencia, con el doctor Pizano para decidir finalmente a quien se le adjudicaba la licitación del Túnel, la decisión final dependía del doctor Pizano a pesar de este no ser el ordenador del gasto y los funcionarios le consultaban poniendo sobre la mesa unos argumentos de tipo jurídico que eran sujetos a interpretación, cuando esto estaba sucediendo, yo me comuniqué con el Doctor Pizano como narré anteriormente, yo hice esta comunicación ante solicitud de Orlando Fajardo, que estaba al tanto de lo que estaba sucediendo, la solicitud concreta de Fajardo fue que ya como yo tenía confianza con el doctor Pizano, me comunicara con este para que la interpretación jurídica y decisión de adjudicación fuera favorable al Consorcio Canoas, en el cual el doctor Fajardo tenía intereses aparte de no ser parte del consorcio, reitero yo me comuniqué con el Doctor Pizano y él me respondió "OK" como narré anteriormente, luego de la respuesta de Pizano, yo le comuniqué inmediatamente a Fajardo con la palabra "HECHO", refiriéndome a que ya había efectuado la comunicación con Pizano y este había atendido su solicitud conforme sus intereses. (...)

(...) la decisión de Pizano que era fundamental como Gerente General de la EAAB; de manera inmediata la escribí por chat al Dr. Pizano más o menos lo siguiente: "Sé que hay controversia, ayúdame, dale un empujón al Consorcio Canoas"¹⁰²

(...) todo esto era laconico porque así es como se hacen esas cosas, no eran necesarios más detalles ni de parte de Pizano ni de Fajardo, porque todos sabíamos a qué nos referíamos y cual era nuestra intención, esto fue el 29 de diciembre de 2009.¹⁰²

La audiencia de adjudicación a la que se refieren los testigos, se llevó a cabo en el auditorio del casino de la central de operaciones del Acueducto de Bogotá, estuvo presidida por Julián Montoya Guzmán, en su condición de Gerente Corporativo del Sistema Maestro, en calidad de secretario de la sesión estuvo Jaime Díaz Ortiz (director de compras y contratación), como evaluador técnico y económico, Carlos Alberto Acero Arango (director Red Troncal Alcantarillado-Gerencia Corporativa del Sistema Maestro), el financiero Jorge

¹⁰² Declaración del 25 de may. 2017, ante las Fiscalías 84 y 88 adscritas al Grupo de Trabajo contra la Corrupción en la Contratación de Bogotá, rad. 110016000102201400186.

Antonio Cuenca, el jurídico Humberto Meza y Claudia Patricia Correa Orozco (profesional de la Dirección de Contratación y Compras encargada del proceso de contratación)¹⁰³, sin desligar la presencia del Gerente General, Jorge Enrique Pizano (q.e.p.d.), en la Sala de Juntas de la gerencia general donde se deliberó, pues si bien había delegado la función de ordenador del gasto y la actividad contractual, no dejó de estar pendiente de lo que allí sucedía.

Al respecto, el Gerente Corporativo del Sistema Maestro, Julián Montoya Guzmán, declaró que todas las personas de la EAAB que habían participado en la audiencia deliberaron en la sala de juntas de la gerencia general, allí además de los mencionados estuvieron presentes el Dr. Andrés Varela, que era asesor jurídico del gerente general, quien lo había enviado para que asistiera como espectador, así tener un informe sobre la audiencia y, que el *Dr. Pizano, como gerente general estuvo digamos entrando y saliendo de la sala de juntas de la gerencia general, verificando el proceso*¹⁰⁴, afirmaciones que encuentran eco en lo sostenido por Cardona Laverde, al señalarlo de ser el funcionario con el que se comunicó vía chat para ayudarlo al Consorcio Canoas, lo que en efecto sucedió, al ser el oferente favorecido con la adjudicación del contrato, según consta en el acta Invitación Pública No. ICSM-0731-2009 del 29 de diciembre de 2009, en la que se consignó:

En virtud de las anteriores consideraciones LA GERENCIA CORPORATIVA DE SISTEMA MAESTRO resuelve adjudicar la invitación pública ICSM-0731-2009 cuyo objeto es EL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DE UN TÚNEL, BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN

¹⁰³ Folio 131-139 c. o. anexo No. 34 de la SEI.

¹⁰⁴ Declaración del 23 de abr. 2015, ante la Fiscalía 3ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, rad. 110016000102201400186.

MANO, PARA EL SISTEMA DE ALCATARILLADO TRONCAL TUNJUELO – CANOAS – RÍO BOGOTÁ al oferente Consorcio CANOAS conformada por: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A y CASS CONSTRUCTORES & CIA por un valor de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (\$243.117.273.906) M/CTE y un plazo de ejecución de TREINTA (30) MESES.¹⁰⁵

Lo cierto es que la orden de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS a Andrés Cardona Laverde y a los funcionarios de la EAAB, era que el contrato debía adjudicarse a la Unión Temporal CARTELLONE¹⁰⁶ en la que Francisco Martínez tenía interés, dado el compromiso que el exsenador tenía con él, pero Julián Montoya Guzmán como ordenador del gasto delegado por Jorge Enrique Pizano con la misma finalidad criminal y con inobservancia de los principios de transparencia y selección objetiva, adjudicó y suscribió el contrato No. 1-01-25500-M15-2009 con el Consorcio Canoas (integrado por CASS CONSTRUCTORES & CIA y la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT) por un valor de \$243.117.273.906¹⁰⁷, correspondiente a la propuesta económica que el proponente seleccionado presentó -la más costosa de los tres oferentes-, que a cambio entregó al aforado la suma de 1.000 millones de pesos como comisión, hechos que ratifican que IVÁN MORENO ROJAS avaló la adjudicación amañada.

El interés indebido en esta contratación lo realizó a través del Consorcio Canoas, a favor de CASS CONSTRUCTORES & CIA SCA, representada legalmente por Carlos Alberto Solarte

¹⁰⁵ Folio 139 c.o. anexo No. 34 de la SEI.

¹⁰⁶ Compuesta por la firma Argentina José Cartellone Construcciones Civiles S.A y Arquitectura y Concreto

¹⁰⁷ Folio 107-126 c. o. anexo No. 34 de la SEI.

y en su ausencia por Paola Fernanda Solarte Enriquez, que junto con Orlando Fajardo Castillo y Luis Gabriel Nieto, elaboraron la oferta que se presentó en la Invitación Pública ICSM 0731 de 2009.

Para conformar el Consorcio y acreditar la experiencia técnica requerida en los pliegos de condiciones y términos de referencia, a través de Federico Gaviria Velásquez contactaron a la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, representada por Luiz Antonio Bueno Junior, multinacional que desde el comienzo sabía que la totalidad de las obras civiles del contrato se contratarían con CASS CONSTRUCTORES & CIA y la CONSTRUCTORA FAJARDO NIETO LTDA, propiedad de Orlando Fajardo Nieto.

Conforme lo evidenció Andrés Cardona Laverde, Orlando Fajardo Nieto no sólo era su amigo sino también lo era del gerente general del Acueducto, Jorge Enrique Pizano (q.e.p.d.), por lo que su participación en todas las etapas de la licitación pública y su presencia en la audiencia de adjudicación se justificaba dado el interés que le asistía como socio oculto de CASS CONSTRUCTORES & CIA, al punto que coordinó y ofreció a Manuel Hernando Sánchez Castro, abogado de la Unión Temporal CARTELLONE, a la que NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS había ordenado inicialmente direccionar la contratación; para que en la puja por la adjudicación mantuviera una actitud pasiva, sin intervención alguna de manera que se garantizara el objetivo criminal, como en efecto sucedió.

De lo anterior, Sánchez Castro indicó:

(...) días después o al día siguiente me encontré con el señor Emilio Tapia y le cuento, digo Emilio, Mira lo que pasó. ¿Cómo le van a hacer esto a Francisco Martínez? El desgaste, la propuesta hizo un aporte a la campaña. Sí, Manuel, ese es una instrucción, una orden del señor Samuel Moreno e IVÁN MORENO, pero el señor Andrés Cardona organizó otro tema, y Andrés Cardona tiene interés en que se le adjudique a ODEBRECHT y a Constructora CASS y él va a hacer la interventoría a través de una empresa que él tiene en compañía de otra empresa, de una persona que yo conozco, que se llama Jaime Quintero CONTELAC. Lo conozco porque lo conocí en el Club Nogal con mis hijos, allá en una persona muy amable. Por eso recuerdo y lo vi también ahí en estaban las audiencias en la reunión, no en la audiencia de la licitación, pero me encontraron los pasillos del Acueducto. Entonces me dijo, Manuel, yo hice un acuerdo con ellos, me dijo el señor Emilio de que efectivamente, Andrés Cardona se encarga de la interventoría de ese proyecto y que el señor Orlando Fajardo coordine todo con ODEBRECHT y con los hermanos Solarte para que ese proceso se desarrolle y Francisco Martínez después dice Samuel, IVÁN que le van a ayudar en otro proceso. Listo, yo me retiro, luego me llama Orlando Fajardo, me dice, Manuel, voy a cancelar el dinero que me comprometí contigo por haberte retirado de la audiencia yo le presentó una factura y él me la paga, aquí tengo copia la factura y de la transacción, como me paga ese dinero.¹⁰⁸

En suma, una vez es adjudicado el contrato por el apoyo brindado, Orlando Fajardo Castillo pagó a Sánchez Castro, a través de la Constructora Fajardo Nieto Ltda, la suma de \$255.482.758.00 y, con Paola Fernanda Solarte Enriquez, por intermedio de Andrés Cardona Laverde y Emilio Tapia Aldana a los hermanos Samuel e IVÁN MORENO ROJAS, una coima de \$1.000.000.000.00 provenientes de los anticipos, como retribución por el beneficio recibido.

Según los medios suasorios obrantes en el plenario, fueron procesados los funcionarios de la EAAB, Jorge Enrique Pizano Callejas (q.e.p.d), Julián Montoya Guzmán, Carlos Alberto Acero Arango y Jaime Díaz Ortiz (CUI

¹⁰⁸ Fl. 131 c.o. No. 6 SEI. Declaración del 12 de jul. 2017, ante una de las Salas de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, rad. 35215.

110016000102201400186)¹⁰⁹ y condenados mediante la figura del preacuerdo Andrés Cardona Laverde, por el Juzgado 14 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 16 de febrero de 2018 (CUI 11016000000201700400 NI 290042), Paola Fernanda Solarte Enriquez por el Juzgado 51 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 21 de marzo de 2019 (proceso 2018-0145D) y Orlando Fajardo Castillo por el Juzgado 20 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el 10 de agosto de 2021 (CUI 110016000000201702124 NI311342), entre otros, por el punible de interés indebido en la celebración de contratos.¹¹⁰

Nada diferente ocurrió con el contrato de interventoría No. 1-15-25500-1112-2009 que en virtud de la delegación como ordenador del gasto por parte del Gerente General, Jorge Enrique Pizano, el Gerente Corporativo del Sistema Maestro de la EAAB, Julián Montoya Guzmán, suscribió en la misma calenda que el de obra, con el Consorcio Canoas (integrado por Consultoría integral en Ingeniería S. A. de C.V., Consultoría Técnica Latinoamericana y del Caribe Ltda. -Contelac- y H2O Consulting S. A.), cuyo objeto era: *“la interventoría al contrato de diseño, construcción y puesta en operación de un túnel, bajo la modalidad llave en mano, para el sistema de alcantarillado troncal Tunjuelo-Canoas-Río Bogotá”*, con el que se favoreció el interés de Andrés Alberto Cardona Laverde.

Al igual que el anterior contrato, la participación de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS a título de determinador en

¹⁰⁹ Fl. 43-51 c. o. No. 10 SEI. Inspección judicial Fiscalía 11 del Grupo de Tareas Especiales para el Caso de Odebrecht. Fl. 51 - Unidad de DVD, estado del proceso para ese momento en indagación.

¹¹⁰ Fl. 133 c.o. No. 11 SEI. Informe Final de Policía Judicial No. 7937041 del 15-02 de 2023. Unidad de DVD, Sentencias.

el *iter criminis* del delito de interés indebido en la celebración de contratos, se acreditó con la declaración de Emilio Tapia Aldana, quien adujo que por instrucción del aforado sería él y no Andrés Cardona Laverde quien se encargaría de manejar la interventoría al contrato de obra para la construcción del Túnel Tunjuelo-Canoas, empero inicialmente acordó con este último cambiarlo por otros contratos, así lo sostuvo el deponente Tapia Aldana ante la Procuraduría:

En cuanto a la interventoría de ese contrato IVÁN me dijo: (sic) "mira, Andrés, este contrato lo va a manejar él, pero yo no quiero que maneje la interventoría, manéjala tú", entonces yo le dije: porque él que busca una persona, "no, no, no, quiero que seas tú". Entonces como era un tema específico, porque son las tuneladoras, bueno, aquí en el país ninguna compañía cumplía con la experiencia específica, ni general ni específica para desarrollar esa interventoría para ese contrato y, entonces yo le dije mira... interventoría que yo la voy a hacer, como hacemos, qué empresa buscamos para asociarnos aquí para hacer esto... entonces él me dijo... no yo tengo esto listo, era una empresa mexicana y nos fuimos para México, pues, en México estuvimos... hablamos con el contratista, con los que tenían experiencia en ese tipo de interventorías, luego él me dijo, mira, hagamos una cosa, porque me dejas esa interventoría y cambiamos la interventoría por otro contrato que era la construcción de los edificios del Acueducto, después lo cambiamos por otro y, en fin, lo cambiamos y yo no hice la interventoría, sino la hizo él."¹¹¹

En otra de sus declaraciones, Emilio Tapia Aldana desveló que constantemente se reunía con NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS para tratar los temas relativos a la contratación de Bogotá, como el relacionado a la EAAB, en el que Andrés Cardona Laverde era el encargado, excepto para la adjudicación del contrato de interventoría, porque según la determinación del exsenador quien debía manejarlo y direccionarlo era él:

¹¹¹ Declaración del 8 de abr. 2016, ante la Procuraduría General de la Nación, rad. IUS2015-290805.

(...) yo me reunía con el señor Iván Moreno de manera permanente para tratar los distintos temas en los que yo estaba cumpliendo un rol en todo este tema de los contratos de Bogotá y, en este tema en particular lo mencionamos, pues en un... en varias ocasiones y obviamente era... una me lo manifestaba también el señor Iván Moreno, que era una responsabilidad pues de quien estaba dirigiendo esto que era de Andrés Cardona, excepto el tema de la interventoría. Estoy hablándole del contrato de obra para el contrato de la interventoría el doctor Iván Moreno me dice que yo me encargue de ese contrato y es así como yo luego me junto con Cardona para determinar qué se iba a hacer con ese contrato (...).

Entonces decidimos ir a la Ciudad de México porque el señor Iván Moreno me informa me dice que ese contrato de interventoría eh le dé un manejo le dé un manejo yo y es así como eh me apersono del tema y voy en compañía de y voy en compañía eh de Iván Moreno de, perdón, de Andrés Cardona a la ciudad de México con varias empresas, entre ellas la que resultó siendo adjudicataria del contrato de interventoría.¹¹²

En otra de sus declaraciones, señaló:

No, solamente participaba el señor Iván Moreno cuando simplemente dio la directriz, ya luego el tema no se hacía mucha mención a ello y la luego digamos las reuniones de carácter permanente respecto a eso, las manejaba Andrés Cardona y yo. Las reuniones con el señor Iván Moreno referente a ella fueron muy pocas, porque simplemente se da una directriz y ya, no más, ya el resto era cuestión de procedimiento (...)

Eh bueno humm nos reunimos en la casa materna del señor Iván Moreno, nos reunimos en el apartamento de la del doctor Iván Moreno (...)

ya no había por qué reunirse más con el entonces senador para ello y ya todo el resto de digamos de reuniones y de organización del tema era con el señor Andrés Cardona. Ya él tenía la directriz que él manejaba el contrato de obra como se había definido y que manejaba conmigo el contrato de interventoría. Yo de igual forma le hacía un seguimiento de manera permanente porque lo que yo pretendía y, lo que yo pretendía en ese momento era que se cumpliera con la indicación que se dio de que el contrato era para determinada persona.

El testimonio de Emilio Tapia Aldana, es corroborado con

¹¹² Fl. 56 c. o. No. 7 SEI. Declaración del 21 de nov. 2017, ante una de las Salas de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, rad. 35215.

lo dicho por Manuel Hernando Sánchez Castro, cuando refiere que el acuerdo consistía en que él, Tapia Aldana, a través de su grupo empresarial ejecutaría el contrato de interventoría:

El señor Emilio Tapia traía unas empresas que son de público conocimiento que participaron en el carrusel de la contratación en Bogotá, en varias entidades. Entonces lo que él iba a poner una de ellas, y la experiencia fuerte la traía la empresa de México. Que fue la empresa que él me cuenta fueron a México con Andrés Cardona a conocer para que le sumara la experiencia a la empresa de él y poder participar en la licitación como podían acomodar los pliegos, como podían acomodar las condiciones de ese concurso de méritos que no era una licitación pública (...)

Huelga decir, no obstante que Cardona Laverde indicó que no había intervenido en la adjudicación del contrato de interventoría, no puede pasarse por alto que ofreció a Tapia Aldana cambiarlo por el de unas obras civiles, intercambio del cual fue enterado NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, quien lo avaló completamente, según lo manifestó el mismo Tapia Aldana.

No cabe duda que el aforado prevalido de su ascendencia como Senador de la República y hermano del Alcalde Mayor de Bogotá, Samuel Moreno Rojas, a través de Andrés Cardona Laverde y Emilio Tapia Aldana, como sucedió en el contrato de obra, instigó a los funcionarios de la EAAB, concretamente al Gerente Corporativo del Sistema Maestro, Julián Montoya Guzmán, a interesarse en beneficio de terceros, en este caso, del Consorcio Canoas¹¹³ (integrado por Consultoría integral en Ingeniería S. A. de C.V., Consultoría Técnica Latinoamericana y del Caribe Ltda. -Contelac- y H2O Consulting S. A.), al suscribir, en la misma calenda, el contrato No. 1-15-25500-1112-200, por

¹¹³ A pesar de llevar la misma razón social, se trata de un consorcio distinto.

\$9.969.874.200.00.

Bajo ese derrotero, puede concluirse que quien instigó en cadena el direccionamiento de la contratación en la EAAB fue el exsenador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, el encargado de ello fue, Andrés Alberto Cardona Laverde y el depositario de la inducción sin duda alguna, fue el servidor público que en razón de sus funciones suscribió los contratos de obra y de interventoría y ordenó su pago, calidad que para entonces ostentaba el Gerente Corporativo del Sistema Maestro, Julián Montoya Guzmán.

En síntesis, NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS adecuó su comportamiento al tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos previsto en el artículo 409 del Código Penal, en calidad de determinador, también en concurso homogéneo y sucesivo, en relación el contrato de obra No. 1-01-25500-1115-2009 del 30 de diciembre de 2009 y el contrato de interventoría No. 1-15-25500-1112-2009 de la misma fecha y, concurso homogéneo sucesivo entre los convenios y los contratos de las dos entidades.

Ahora, en cuanto al aspecto subjetivo, el punible de interés indebido en la celebración de contratos como modalidad delictiva solo admite responsabilidad a título de dolo, esto es, la concurrencia de los factores *cognoscitivo* *intelectivo*, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y el *volitivo* que implica querer realizarlos y, como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible sólo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad dirigida a

determinado fin.¹¹⁴

En otras palabras, obra dolosamente quien sabe que está realizando los elementos del tipo objetivo y quiere su realización.¹¹⁵

La demostración del dolo, dada su condición de “hecho psíquico” (no perceptible directamente por los sentidos), como suele denominársele por algunos doctrinantes, generalmente se hace a través de inferencias, por la obvia dificultad para lograr su acreditación a través de “prueba directa”.

Sobre el dolo, ha dicho la Corte que en tanto se refiere al conocimiento y la voluntad de todos los elementos que constituyen el tipo objetivo, se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta:

*De esta manera, habrá situaciones en las cuales presentar en la motivación aserciones específicas relacionadas con el dolo no será más que un ejercicio discursivo repetitivo e irrelevante para efectos de la constitucionalidad y legalidad de la decisión, en la medida en que de las circunstancias objetivas probadas en el expediente pueda predicarse, sin mayores dificultades, la imputación al tipo subjetivo».*¹¹⁶

En ese orden, no cabe duda que el proceder de IVÁN MORENO fue a título doloso, pues pese a saber que a través de intermediarios estaba haciendo nacer en los autores materiales la decisión de interesarse en el trámite y adjudicación amañada de los contratos, en favor de los

¹¹⁴ Cfr. CSJ SP13733, 30 ago. 2017, rad. 47761.

¹¹⁵ Cfr. CSJ SP682, 9 mar. 2022, rad. 59741.

¹¹⁶ CSJ AP de 10 de jul. 2013, rad. 41411.

contratistas, decidió realizar las conductas libremente; además, sabía que los servidores públicos estaban dando prelación al interés particular sobre el común, al adjudicar a dedo los contratos a favor de los contratistas, es decir, que estaban actualizando el tipo penal.

Ciertamente, si bien no fue quien manejó la ejecución material del hecho, se comprobó que conscientemente ejerció por medio de Héctor Julio Gómez y Andrés Alberto Cardona un influjo de tal magnitud que hizo nacer en Mercedes del Carmen Ríos Hernández y en Julián Montoya Guzmán, la idea criminal y logró que estos la desarrollaran para su beneficio y el de terceras personas, comportamiento que se insiste, realizó con pleno conocimiento y voluntad, pues sabía que estaba instigando a los aludidos funcionarios para que se interesaran indebidamente en la contratación de la SDIS y de la EAAB, a favor de los contratistas.

Además sabía que al recurrir a Héctor Julio Gómez González y a Andrés Alberto Cardona Laverde para que los aludidos funcionarios, quienes ostentaban la calidad de ordenadores del gasto en las citadas entidades, adjudicaran de forma ilegal los contratos, estaba interesándose indebidamente en ellos, propósito ilícito que inspiró todo el entramado delictivo del *"Carrusel de la Contratación de Bogotá"* liderado por él, en desmedro de los fines del Estado Social y de Derecho, como lo es el interés general.

Así lo evidencia su formación profesional como médico cirujano con varias especializaciones en Colombia y maestrías en prestigiosas universidades del exterior, y la experiencia

laboral que tenía tras su paso como concejal y alcalde de la ciudad de Bucaramanga, en el que además fungió como ordenador del gasto, por ende, conocedor de la actividad contractual, también fue Representante a la Cámara, Viceministro de Salud, Ministro del Trabajo y Seguridad Social y Senador de la República; estudios y experiencia laboral al servicio del Estado le permitían entender su comportamiento como determinador de los servidores públicos para que adecuaran su conducta en los elementos del tipo penal, esto es, inclinarse por un interés particular con el fin de beneficiar a las empresas del exsenador Efraín Torrado García y, a Orlando Fajardo Castillo y Paola Fernanda Solarte del Consorcio Canoas y, posicionar sus aspiraciones políticas y las de hermano, el entonces y fallecido Alcalde de Bogotá.

Además, desde su primera salida procesal reconoció que se interesó indebidamente en la contratación de las aludidas entidades distritales, al punto que brindó detalles relacionados con algunas de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su actuar, lo que permite deducir el uso ilegal del poder derivado de su cargo, cuyo fin no era otro que obtener beneficio indebido para terceros y para él a través de los ordenadores del gasto.

También, por su rol funcional como Senador de la República sabía que actuaba movido por un interés particular, como quiera que convino recibir comisiones del 5%, 6%, incluso del 10% del valor del convenio o contrato para lograr su objetivo.

Recuérdese que los artículos 181 y 281 de la Carta

Política y de la Ley 5ª de 1993, imponen que ante la concurrencia antagónica del interés privado y el general, los congresistas deben escoger estos últimos a fin de salvaguardar los principios constitucionales.

Demostrado quedó, entonces, su actuar doloso, y la tipicidad de las conductas.

3.1.1.2. Antijuricidad

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, para que una conducta típica sea punible ha de lesionar o poner efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento penal¹¹⁷.

Además del desvalor de la conducta debe concurrir el de resultado, entendido como su impacto en el bien jurídico al ponerlo efectivamente en peligro o dañarlo sin justificación, lo cual constituye la antijuridicidad material¹¹⁸.

Los delitos que atentan contra la administración pública protegen los principios que rigen la función pública¹¹⁹, a fin de evitar que intereses particulares diferentes al bien común prevalezcan en la actividad de la administración.

Su correcto funcionamiento implica sancionar al servidor público que derive de su investidura provecho indebido para sí o para un tercero quebrantando la moralidad,

¹¹⁷ Cfr. CSJ SEP00082-2021, rad. 00094.

¹¹⁸ Cfr. CSJ SP14190-2016, rad. 40089.

¹¹⁹ Cfr. Artículo 209 Superior. Cfr. CSJ SP AP6612-2017, rad. 38939.

imparcialidad, neutralidad, transparencia e igualdad que se espera recibir de la administración pública, deformando la prevalencia del interés general¹²⁰ que se lesiona cuando incumple su deber institucional, situación que se extiende en este caso por el actuar como determinador.

Obsérvese que la función pública en sentido amplio se relaciona con el conjunto de actividades estatales destinadas a alcanzar los fines del Estado consagrados en el artículo 2° Superior, esto es, servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios consagrados en la Constitución, entre otros¹²¹. Estrictamente está ligada a las reglas aplicadas a quienes tienen un vínculo laboral subordinado con el Estado, por lo tanto, el servidor público está investido de facultades que debe desarrollar dentro de la competencia asignada en la Carta Política, la ley o el reglamento¹²², marco que se amplía a quien siendo determinador participa en el delito.

Para la Sala, no cabe duda que con esta conducta se lesiona de manera efectiva la administración pública, cuya función debe ser dirigida al servicio de los intereses generales y no de los particulares como aquí ocurrió, ya que la suscripción de los convenios y contratos en entidades como la SDIS y la EAAB significó el deliberado desconocimiento de los principios esenciales de la administración pública, para beneficiar intereses particulares.

¹²⁰ Cfr. CSJ SP SP14623-2014, rad. 34282.

¹²¹ Cfr. CSJ SEP00082-2021, rad. 00094: facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

¹²² Cfr. C-562-2008.

Actuar que minó la confianza de la ciudadanía en la administración distrital, al punto de poner al servicio de intereses mezquinos la contratación, convirtiéndola en un botín político, desconociendo que el servicio público tiene por finalidad satisfacer las necesidades de la comunidad y no el interés particular.

En fin, la conducta atribuida al procesado además de típica, es antijurídica por haber lesionado efectivamente el bien jurídico de la administración pública, sin que se haya acreditado la concurrencia de alguna causal de justificación.

3.1.1.3. Culpabilidad

Definida como el juicio de reproche en virtud del cual se le atribuye al sujeto pasivo de la acción penal responsabilidad por haber llevado a cabo de manera libre y voluntaria, comportamientos que la ley describe como delictivos, pese a que dadas sus condiciones personales y sociales al tiempo de realización de las conductas típicamente antijurídicas se encontraba en condiciones de actuar de manera diversa y acorde al ordenamiento jurídico, y sin embargo, optó por no hacerlo.

En este asunto, acorde con la objetividad de la prueba recaudada no se acreditó que el exsenador MORENO ROJAS al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, careciera de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares (art. 33 C.P), y

tampoco de ellas se establece que en su favor concorra alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal.

Al contrario, su formación profesional como médico cirujano con magister en prestigiosas Universidades en Estados Unidos y España, su vasta experiencia en el sector oficial y en la corporación de elección popular más importante en nuestra organización política, esto es, en el Congreso de la República, cuyos miembros al ser elegidos directamente representan al pueblo y de los que se espera deben actuar buscando la justicia y el bien común (art. 133 de la Constitución Política), sumado al conocimiento en temas políticos, jurídicos y contractuales, sin duda permite colegir que tenía plena conciencia de la ilicitud que entrañaban los comportamientos cuya comisión se le reprocha.

Insiste la Sala, no existe prueba que certifique que al momento de cometer las conductas endilgadas estaba condicionado por alguna perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios respecto de sus funciones como senador y la gestión realizada. Sus intervenciones procesales demuestran que para la época de los hechos no padecía de patología transitoria o permanente que le impidiera comprender la naturaleza de su conducta, razón por la cual el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento a la ley no lo hizo, lo que amerita tratamiento punitivo.

Así las cosas, acreditado como está que el procesado

ejecutó una conducta típica, antijurídica y culpable, la Sala declarará que es responsable en calidad de determinador del concurso homogéneo y sucesivo en la comisión del delito de interés indebido en la celebración de contratos, en relación con los convenios de asociación No. 1982 del 13 de marzo y No. 3664 del 14 de septiembre de 2009 y los contratos de obra No. 1-01-25500-1115-2009 y de interventoría No. 1-15-25500-1112-2009, ambos del 30 de diciembre de 2009, de conformidad con lo establecido en los artículos 409, 397-2 y 31 del C.P.

3.2. Del peculado por apropiación a favor de terceros

Se encuentra consagrado en el artículo 397 de nuestra codificación sustantiva en los siguientes términos:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado."

Por las mismas razones expuestas para el punible de interés indebido en la celebración de contratos, la Sala no incrementará la pena en este caso con fundamento en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues si bien los hechos ocurrieron después del 1 de enero de 2005, lo cierto es que el aumento contenido en la citada ley, no le fue atribuido al procesado previamente, de suerte que no puede sorprenderse ahora con su imposición, pues ello, como se señaló, violaría los principios de congruencia, confianza legítima, igualdad y seguridad jurídica¹²³.

Elementos del tipo penal

Según esta descripción, para su estructuración se requiere: i) un sujeto activo calificado que debe ostentar la condición de servidor público; ii) la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

Así lo ha señalado la jurisprudencia del órgano de cierre.

El delito de peculado por apropiación custodia la administración pública en su esfera patrimonial y pretende garantizar la efectiva utilización del erario, para así conjurar su pérdida como consecuencia de actuaciones fraudulentas cometidas por sus servidores o propiciadas por éstos en favor de terceros. El verbo rector que define la configuración de la conducta es el de apropiar, el cual si bien es cierto delimita el ámbito de aplicación del injusto, no debe examinarse aisladamente respecto del

¹²³ Tesis asumida por esta Sala desde: CSJ. SEP00046 de 28 de abril de 2022.

contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador. Es decir, la tipicidad no puede circunscribirse a la mera verificación de la subsunción gramatical de una acción en el modelo descriptivo incorporado en la disposición legal, como lo auspicia el recurrente, sino que además debe corroborarse en cada caso concreto si el comportamiento prohibido previsto en el tipo resulta idóneo para afectar el bien jurídico tutelado.¹²⁴

Sobre el sujeto activo calificado, la Corte ha decantado que en este *“debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”¹²⁵*, entonces el acto de apropiación puede ocurrir bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o debido al ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza¹²⁶.

La disposición del servidor público sobre bienes puede ser material o jurídica¹²⁷, como lo ha previsto la jurisprudencia¹²⁸. La disponibilidad sobre bienes del erario o bienes públicos está vinculada al ejercicio de los deberes funcionales del servidor, en el marco de los cuales administra de manera efectiva recursos del Estado al disponer de su titularidad¹²⁹, cobrando el servidor la condición de garante del patrimonio estatal, gestionando con sumo rigor su uso y adecuado manejo, procurando conjurar situaciones

¹²⁴ Cfr. CSJ, SP 21 oct. 2009, rad. 29655.

¹²⁵ CJS SP18532-2017, rad. 43263.

¹²⁶ CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021.

¹²⁷ CSJ SP-2184-2017, 15 feb. 2017, rad. 47348.

¹²⁸ CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.

¹²⁹ CSJ SP5053-2018, rad. 53277, CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021; CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 27092; CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 36387; CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38396; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099 y CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.

irregulares que puedan generar que los bienes del Estado vayan a parar a manos de particulares.

El bien jurídico tutelado corresponde a la administración pública, pues con la comisión de este reato se afecta el patrimonio estatal ante la sustracción que sobre él pueda producirse por el inadecuado manejo que haga el servidor a quien se la ha entregado su custodia.

En cuanto al momento consumativo del tipo penal ha indicado que es un delito de resultado, el cual se perfecciona cuando se produce la apropiación patrimonial, es decir, *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*.¹³⁰

Sobre el particular, la Corte ha agregado:

*Esta suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo*¹³¹.
(...)

*Ahora bien; hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola “sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga”*¹³². No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez

¹³⁰ CJS SP18532-2017, rad. 43263.

¹³¹ CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188.

¹³² CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.

que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública.

El delito, como expresión del comportamiento humano, requiere para su consumación la ejecución de todos los actos propios de la descripción típica. En este orden, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública.¹³³

De igual forma, ha precisado:

El delito de peculado por apropiación custodia la administración pública en su esfera patrimonial y pretende garantizar la efectiva utilización del erario, para así conjurar su pérdida como consecuencia de actuaciones fraudulentas cometidas por sus servidores o propiciadas por éstos en favor de terceros. El verbo rector que define la configuración de la conducta es el de apropiar, el cual si bien es cierto delimita el ámbito de aplicación del injusto, no debe examinarse aisladamente respecto del contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador. Es decir, la tipicidad no puede circunscribirse a la mera verificación de la subsunción gramatical de una acción en el modelo descriptivo incorporado en la disposición legal, como lo auspicia el recurrente, sino que además debe corroborarse en cada caso concreto si el comportamiento prohibido previsto en el tipo resulta idóneo para afectar el bien jurídico tutelado.¹³⁴

Es una conducta esencialmente dolosa que por lo mismo requiere conocimiento de los hechos constitutivos del tipo penal y *voluntad* en su realización. En tal medida para acreditar que el procesado prevalido de esa conciencia o conocimiento conduce su voluntad a la apropiación de los bienes públicos en provecho suyo o de terceros, como son

¹³³ CSJ SP, 28 jun. 2017, rad. 49020 y SP364-2018, rad. 51142.

¹³⁴ CSJ SP 21 oct. 2009, rad. 29655.

aspectos que pertenecen a su fuero interno, probatoriamente será necesario analizar los actos a través de los cuales puedan acreditarse uno y otro.

Realizadas las anteriores precisiones se tiene que, en este caso, la Sala de Instrucción, en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada endilgó al exsenador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS como determinador del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, tipificado en el artículo 397-2 del C.P.

Enmarcados bajo tal entendimiento, la Sala procederá a abordar el examen de la actuación y la eventual responsabilidad del acusado frente al punible previamente examinado.

3.2.1. Caso concreto

3.2.1.1 Constatación de la convergencia de los elementos del tipo penal

Oportuno resulta precisar que en este asunto, el material probatorio incorporado al expediente, ni la acusación, evidencia que Mercedes del Carmen Ríos Hernández en su condición de Secretaria de Integración Social, y Julián Guzmán Montoya, Gerente Corporativo del Sistema Maestro de la EAAB, a cambio de interesarse en la contratación conforme se analizó en precedencia, aceptaran promesas de pago de comisiones por la adjudicación de los convenios y contratos a los que se hace alusión en esta decisión, con el objetivo de incrementar sus patrimonios económicos

ilícitamente, como sucedió en otros casos investigados por hechos relacionados con el Carrusel de la Contratación, situación que descarta la configuración del delito de cohecho propio y, de contera, el de enriquecimiento ilícito.

Pues bien, en relación con el *aspecto objetivo*, conviene precisar que la cualificación del sujeto activo, cuando se trata de servidor público, debe partir de la definición consagrada en el artículo 123 la Carta Política y en el artículo 20 del Código Penal, en cuanto, definen quiénes han de ser considerados servidores públicos y en qué casos los particulares desempeñan función pública de forma permanente o transitoria.

En materia de contratación estatal, el artículo 56 del Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993), asigna por extensión, la calidad de servidor público a los particulares que intervengan como contratistas, interventores, consultores y asesores que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que suscriban con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad penal que en esa materia señale la ley.

La exequibilidad de la norma en cita fue estudiada en la sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998, en la cual se determinó que como los particulares pueden ejercer funciones públicas en forma temporal o permanente -como se deduce de los artículos 123 y 210 de la Constitución Política-, no resulta exótico que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas. No por ello se

les debe encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales, es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos.¹³⁵

Allí la Corte Constitucional explicó que la ubicación del particular como servidor público no obedece al vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica. Ello, en la medida que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados.¹³⁶

Sin embargo, precisó, no en todos los eventos en que el particular contrate con un ente estatal, *per se*, adquiere o se le extiende la calidad de servidor público, por lo que será necesario determinar si por razón del contrato que celebró, se le está transfiriendo una función pública.

Al respecto señalo:

(...) el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que

¹³⁵ CSJ AP153-2025, 22 ene. 2025, rad. 60189.

¹³⁶ Ibidem.

adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc”.

Deviene entonces de lo anterior que el manejo de los bienes estatales por parte de particulares, lleva implícita la delegación de la función pública que radica en cabeza del Estado, y consecuentemente durante el tiempo que la ejerzan asumen la calidad de servidores públicos para efectos de responsabilidad penal.¹³⁷

Precisamente, con ocasión de lo consignado, la Corte en el radicado 19562, del 27 de abril de 2005, anotó:

(...) el particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y, en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123, inciso 3°, y 210, inciso 2°, de la Carta Política, en armonía con el inciso 2° del artículo 20 del Código Penal de 2000, -63 del estatuto represor anterior- puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales; ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos.¹³⁸

En ese orden, conforme lo previsto en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, la capacidad jurídica del particular se amplía para dar lugar a la cualificación jurídica exigida por el tipo penal, siempre que su labor no sea estrictamente material.¹³⁹

Posición que de manera pacífica viene reiterando la Sala de Casación Penal, en el siguiente sentido:

¹³⁷ Cfr. CSJ, SP3463, 27 ago. 2019, rad. 55033.

¹³⁸ Cfr. CSJ, 13 jul. 2005, rad. 19695.

¹³⁹ Cfr. CSJ, 13 jul. 2005, rad. 19695.

(...) de tiempo atrás la Corte Constitucional¹⁴⁰ y esta Corporación han sido del criterio que aquellos solo adquieren tal calidad cuando en razón del contrato celebrado con el Estado se les trasfiere una función pública, como ocurre, verbi gratia, en los casos en que asumen el carácter de concesionarios, o administradores delegados o se les encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc. (...).

el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.¹⁴¹

En ese orden, si al particular que celebra un contrato con el Estado se le entrega el manejo, administración, disposición o custodia de bienes públicos, asume una función de igual naturaleza y responde penalmente por su indebido ejercicio en las mismas condiciones de un servidor público.

En palabras de la Corte Constitucional: “para garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan cabalmente “la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una

¹⁴⁰ SCC C-563 563 de 1998.

¹⁴¹ CSJ, 9 sep. 2015, rad. 45898, CSJ, SP3463, 27 ago. 2019, rad. 55033.

finalidad de interés público".¹⁴²

En concreto, la calidad de servidor público no deviene de una constatación objetiva derivada del carácter de contratista, interventor, consultor o asesor, en los términos del artículo 56 de la Ley 80 de 1993. La jurisprudencia viene sosteniendo que en cada evento es necesario establecer si las funciones que debe prestar el particular por razón de la contratación, se traducen en el desarrollo de funciones públicas.

En el caso particular, los hechos investigados indican, que 13 de marzo de 2009, Mario Rafael Chica Meza, en representación de la Unión Temporal Alimentación Solidaria, (integrada por la Cooperativa Multiactiva Surcolombiana de Inversiones Ltda y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPROSPERAR) suscribió con la Secretaria Distrital de Integración Social, Mercedes del Carmen Ríos Hernández el convenio de asociación No. 1982 de 2009, con el objeto de *"AUNAR RECURSOS TÉCNICOS, ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS QUE PERMITAN EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y DEL PROCESO DE INCLUSIÓN SOCIAL EN LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD ECONÓMICA DE LAS FAMILIAS EN CONDICIONES DE FRAGILIDAD SOCIAL QUE VIVEN EN LAS VEINTE LOCALIDADES DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ"*, cuyo valor ascendió a \$51.877.342.200.00.¹⁴³

Mientras Luiz Antonio Bueno Junior, lo hizo respecto del Consorcio Canoas (conformado por la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A y CASS CONSTRUCTORES Y CIA

¹⁴² SCC C-563 563 de 1998.

¹⁴³ Fl. 235-254 c.o. anexo No. 31 de la SEI.

SCA) al celebrar con el Gerente Corporativo del Sistema Maestro de la EAAB, Julián Montoya Guzmán, el contrato de obra llave en mano No. 10-01-25500-1115-2009, cuyo objeto consistía en *“DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DE UN TÚNEL, BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO PARA EL SISTEMA DE ALCANTARRILLADO TRONCAL -TUNJUELO - CANOAS - RÍO BOGOTÁ”*, en cuantía de \$243.117.273.906.00.¹⁴⁴

Las entidades contratantes SDIS y EAAB, con ocasión de la suscripción de los aludidos negocios jurídicos, entregaron a los contratistas: Unión Temporal Alimentación Solidaria y Consorcio Canoas a título de anticipos los recursos públicos que debían invertir en la ejecución del programa de canasta alimentaria y las obras de infraestructura del Túnel Tunjuelo Canoas.

A propósito de los anticipos, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establece que:

“En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.

Sobre la naturaleza y entrega condicionada del anticipo el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha expresado lo siguiente:

(...) los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los

¹⁴⁴ Fl. 107-120 c.o. anexo No. 34 de la SEI.

trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro”.

En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato”.¹⁴⁵

En ese orden, las sumas entregadas por este concepto son recursos públicos de propiedad de la entidad contratante, no entran al haber patrimonial del contratista, tienen una naturaleza especial que deriva de su entrega con la condición de destinarlos específicamente a la ejecución del contrato, lo que traduce su sujeción a criterios de buen uso y manejo que se garantiza mediante póliza; pues en esas condiciones se obliga a cumplir la función de manejo y correcta administración de dineros públicos.¹⁴⁶

El contacto directo del contratista ejerciendo función pública con los dineros oficiales, cuyo manejo se le encomienda, lo coloca de inmediato en la obligación de cuidar, resguardar e invertir esos caudales en los fines oficiales anejos al contrato estatal, función que correlativamente demanda una protección más amplia y eficaz del bien jurídico tutelado mediante imposición de pena mayor y restricción de

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2001, radicado 44001-23-31-000-1996-0686-01 (13436), Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁴⁶ Cfr. CSJ SP3463, 27 ago. 2019, rad. 55033.

subrogados al agente que transitoriamente facultado de funciones públicas, atenta contra los fondos públicos destinados taxativamente al desarrollo social o al cubrimiento de necesidades dirigidas a la realización del interés general.¹⁴⁷

Sobre los anticipos y el delito de peculado por apropiación esta Corte viene sosteniendo:

En consecuencia, tratándose estrictamente de anticipos, resalta en la definición del delito objeto de juzgamiento, no solo la obvia condición de dineros públicos, sino la específica e ineludible obligación de administrarlos bajo un concreto y específico fin, circunstancia que la diferencia de las otras sumas pagadas al contratista y que incluyen su beneficio económico, respecto de las cuales no existe tal sujeción legal.

De tal suerte que cuando el ente estatal le entrega al particular contratista la administración o el manejo de los recursos destinados a la ejecución de la obra, a título de anticipo, como medio de financiación de las actividades contratadas, se genera un deber que en esencia es el mismo que le asiste a la administración pública, de destinarlo al cumplimiento de los fines que le son propios al Estado.

Ese deber, se reitera, surge de la especial naturaleza y propiedad de los dineros que se entregan al contratista por concepto de anticipo, los cuales siguen perteneciendo a la entidad contratante mientras el contratista no los amortice totalmente¹⁴⁸. (...)

Por tanto, la responsabilidad penal que le asiste ante el incumplimiento de la función pública asignada, al apropiarse de los dineros entregados a título de anticipo, debe guardar correspondencia con la de funcionarios públicos que incurren en los mismos comportamientos, asimilación a través de la cual se busca cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia y publicidad, que se persiguen con la contratación administrativa.¹⁴⁹

Lo expuesto en precedencia permite colegir que los

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Sección Tercera del Consejo de Estado, 5 de jul. de 2006, Expediente: 24.812, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴⁹ Ibidem.

anticipos girados a los contratistas con ocasión de los contratos celebrados con la SDIS y la EAAB, eran dineros públicos cuya administración, tenencia y custodia se les confiaron, por lo que era su deber destinarlos a su ejecución bajo un régimen de buen uso y manejo, garantizado mediante la constitución de póliza, como se dispuso en una de las cláusulas, para amparar, entre otros riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales, el buen manejo y correcta inversión del anticipo¹⁵⁰.

En ese orden, los recursos que recibieron los contratistas por dicho concepto al tiempo que iban adelantando las actividades propias de la ejecución de los contratos celebrados, se traduce en el ejercicio de una función estrictamente pública de administrar y manejar pulcramente en el marco del objeto contractual esos bienes públicos, como si lo hicieran directamente la SDIS y la EAAB y, no como simples particulares que los adelantan para obtener un beneficio económico.

La propiedad de los recursos entregados a los contratistas a título de anticipo en este asunto permanecían en cabeza de las entidades distritales hasta tanto cumplieran con el objeto del contrato, o se fuera amortizando su valor en

¹⁵⁰ Cfr. Fl. 250 c. o. anexo 31 de la SEI, en el caso de la SDIS, "CLÁUSULA OCTAVA - GARANTÍAS: La UNIÓN TEMPORAL, se compromete a constituir a favor de BOGOTÁ D.C., SECRETARIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL NIT 899.999.061-9 una garantía única del contrato (...). Cfr. Fl. 111 c. o. anexo 34 de la SEI, en el caso de la EAAB, "DÉCIMA PRIMERA - GARANTÍAS: De conformidad con el Parágrafo Segundo del artículo 33 del Manual de Contratación del Acueducto. EL CONTRATISTA se obliga a constituir a favor de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. garantías expedidas por Entidades Bancarias o Compañías de Seguros autorizadas por la Superintendencia Financiera para funcionar en Colombia, que amparen los siguientes riesgos: 2) BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO. Por un valor igual al cien por ciento (100%) del valor del anticipo y por un término igual a la vigencia del contrato.

entregas parciales de las obras en el caso de la construcción del Interceptor Tunjuelo Canoas, no para emplearlos en una finalidad diferente a la estipulada como sucedió en este asunto, en la que parte de ellos, los contratistas los destinaron al pago de coimas honrando el acuerdo al que de manera indirecta, llegaron con el exsenador MORENO ROJAS para la amañada adjudicación de los negocios.

Por tanto, la responsabilidad penal que les asiste ante el incumplimiento de la función pública asignada, al apropiarse de los dineros entregados a título de anticipo, debe guardar correspondencia con la de funcionarios públicos que incurren en los mismos comportamientos, asimilación a través de la cual se busca cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia y publicidad, que se persiguen con la contratación administrativa.¹⁵¹

Bajo esos presupuestos, en este asunto no cabe duda que los contratistas Unión Temporal Alimentación Solidaria y Consorcio Canoas, en desarrollo de los objetos contractuales asumieron una función de naturaleza pública de manera transitoria lo que los convierte en servidores públicos y susceptibles de ser considerados sujetos activos calificados en el delito peculado por apropiación, determinados indirectamente por el aquí acusado.

Ahora bien, en la dinámica ilegal que propició el

¹⁵¹ CSJ SP3463-2019, 27 ago. 2019, rad. 55033.

apoderamiento del patrimonio de la SDIS y de la EAAB, NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS desplegó el rol de determinador en cadena, pues sin tener interacción directa o inmediata, hizo nacer la idea criminal en los contratistas que tenían a su cargo la administración y custodia de los recursos públicos, a quienes se les transfirió transitoriamente dicha función; la decisión de apropiación de los recursos para el pago con parte de estos últimos, de las comisiones en el porcentaje que previamente y por intermedio de otras personas acordaron con el Exsenador.

La participación en dicha calidad con los demás elementos que se exigen para la estructuración del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, se acreditó con las siguientes pruebas:

Respecto del pago ilegal de \$350.000.000.00 producto de la adjudicación irregular del convenio de asociación No. 1982 del 13 de marzo de 2009

En el caso de la SDIS, conforme quedó establecido al estudiarse el delito de interés indebido en la celebración de contratos, el grupo empresarial Torrado, controlado por el entonces Senador Efraín Torrado García¹⁵², a través de integrantes de su núcleo familiar o terceras personas, con el objeto de suministrar la canasta complementaria alimentaria a familias y personas en vulnerabilidad social; celebró de forma amañada con la Secretaria de Integración Social y ordenadora del gasto, Mercedes del Carmen Ríos Hernández,

¹⁵² Aforado condenado por estos hechos por la SEPI en decisión SEP021-2026, del 25 feb. 2026, rad. 40647.

entre otros convenios, el de asociación No. 1982 del 13 de marzo de 2009.

NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, por intermedio de Héctor Julio Gómez González, acordó con el otrora Senador Efraín Torrado García el pago irregular de \$350.000.000.00, como comisión a su favor por la adjudicación amañada del contrato, suma que se comprometió a cancelar con los recursos que la SDIS, con ocasión del convenio celebrado, entregara a la Unión Temporal Alimentación Solidaria por concepto de anticipos, como en efecto sucedió.

Si bien el exsenador Torrado García no desempeñó el rol de contratista, no era quien administraba y manejaba los recursos públicos recibidos por concepto de anticipos, sí tenía injerencia en el representante legal tanto de la unión temporal como el de las empresas que la conformaron, a quienes en el ejercicio de una función pública de manera transitoria, les correspondía hacerlo pulcramente, empero, como se verá a continuación, instigados por NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, se apropiaron indebidamente de esos dineros para pagarle una coima que ascendió a \$350.000.000.00.

Al respecto, Gómez González declaró que luego de pedirle el favor a Ríos Hernández de adjudicar el convenio de asociación a la familia Torrado, ya que le había ayudado políticamente, buscó al asistente del exsenador Efraín Torrado García, se reunió una vez con él y acordaron que el porcentaje a pagar como comisión a cambio de la adjudicación sería del 5%, producto del acuerdo recibió los \$350.000.000.00 que luego entregó al aforado, así lo sostuvo:

Ella procede entonces a dar la orden de que se firme el convenio de asociación y encarga a la Dra. Olga Lucía Velásquez para que se contacte con la familia Torrado para que organice los términos del convenio. Una vez firmado el convenio, más o menos hacia el primer semestre de 2009, me reúno de nuevo con el Senador para establecer los términos de cómo iba a ser el pago de lo pactado anteriormente, él me dice que una vez salga el anticipo las empresas procederán a desembolsar lo pactado, solamente del porcentaje pactado yo recibí la suma de \$350.000.000.00 en efectivo, dinero que me fue entregado en el apartamento del Senador ubicado en la Calle 93 con novena, el resto del dinero no me fue entregado por el Senador en su apartamento, de esta entrega es testigo mi escolta John Guerra. De ahí en adelante jamás me volvió a contestar el teléfono ni su asistente tampoco, alguna vez le pregunté a Mercedes que como iba el contrato pues ella no tenía participación en la comisión por lo tanto no podía hablarle de eso sino únicamente de la ejecución y me dijo que iban cumpliendo y que además se iban a hacer una adición a ese convenio y que al parecer los señores Torrado eran muy amigos del Alcalde y por lo tanto, tocaba hacerles la adición.¹⁵³

Posteriormente ante la Corte, sobre la tercera reunión que sostuvo con el exsenador Efraín Torrado García, la negociación y entrega de los recursos del anticipo, declaró:

(...) ahí pactamos el 5% y que una vez saliera el anticipo pues se empezaban a girar la plata, yo le dije bueno yo tengo que llevarla porque pues igual hay que llevársela al senador, al Senador IVÁN MORENO. De esa forma pues entonces después nos vimos una sola vez, me dieron 350 o 400 millones de pesos, yo los mandé con Emilio que era lo que tenía que hacer y ya, hasta ahí tengo, digamos supe de la participación de ese tema.

la plata no era para mí, la plata, porque pues todas las comisiones eran canalizadas para los hermanos MORENO, no para los contratistas. Mi labor en ese tema era únicamente hacer la conexión y la plata no era para mí, la plata era para el senador de MORENO (...)

la plata era para el Senador IVÁN MORENO y de esa forma se le mandó con Emilio Tapia (...)

como le digo recibí esos 350, 400 millones de pesos y se los

¹⁵³ Fl. 297 c. o. anexo No. 31 SEI, Ampliación del interrogatorio de indiciado del 23 de oct. de 2013, recibido en el marco de colaboración al que se comprometió brindar dentro del principio de oportunidad otorgado por la FGN.

*entregué ahí Emilio Tapia para que se lo llevara IVÁN MORENO, entonces yo no recibí absolutamente nada de ellos hacia mí, que yo me quedara con alguna cosa, para nada.*¹⁵⁴

Acerca de su intermediación, refirió:

No, por la intermediación no, era la retribución por yo haber apoyado a Samuel a la campaña, no por la retribución que yo, no retribución por haber intermediado en el tema de la familia Torrado, ese tema yo lo tomé como una labor que yo tenía que hacer para los hermanos Moreno, punto, es decir, es como pasó como en el IDU, en el IDU Liliana Pardo también fue recomendada por medio ratificada por mí y simplemente había que hacer una labor de unas adiciones para unos contratos, entonces simplemente usted no tiene nada que ver en esas adiciones, pero vaya hable con los contratistas de que tiene que pagarle la comisión y punto, ok, entonces era como una labor que yo tenía que hacer y ya más nada.

La entrega de \$350.000.000.00 de Torrado García a Gómez González fue corroborado por el conductor de éste, John Atanael Guerra Polanía, quien afirmó que en tres o cuatro ocasiones lo acompañó al apartamento del exsenador y en una de ellas *“saco un dinero en efectivo de ese apartamento”* y que al subirse al vehículo le manifestó que tuviera precaución porque *“llevaba un dinero”*, ordenándole dirigirse a su residencia.

Si bien, Emilio Tapia Aldana no recordó si dentro de las cantidades de dinero que Héctor Julio Gómez González le entregó por concepto de comisiones estaba la aquí cuestionada¹⁵⁵; ello no significa que lo atestiguado por Gómez González pierda validez, dada la influencia y la participación que Tapia Aldana ocupaba en la organización criminal, así

¹⁵⁴ Declaración del 14 de feb. de 2019, rad. 40647.

¹⁵⁵ Declaración del 20 de junio de 2019, ante una de las Salas de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, rad. 40647.

como su relación con MORENO ROJAS, sobre todo porque su labor era la de recogerlas.

A propósito de los dineros producto de las coimas de los contratos, oportuno resulta traer a colación lo dicho por Tapia Aldana en cuanto al destino que el ex Senador MORENO ROJAS les dio:

Con respecto a la pregunta que me hacen todos los dineros que se iban generando producto de los sobornos o de las comisiones que generaban los distintos contratos a través de todas las gestiones que se hacían por parte de los funcionarios públicos y contratistas, muchos de ellos los recibía, yo los recibía y obviamente hacía entrega o cumplía las directrices que el entonces Senador Iván Moreno Rojas me orientaba para que esto llegara a su destino final. (...)

estas sumas de dinero se invirtieron en distintas cosas, se invirtieron una en la campaña del Senador Iván Moreno Rojas, otras se invirtieron en bienes que direccionaba el senador Iván Moreno, otras se le hacía entrega de manera directa a él o a la persona pues que él indicara y básicamente digamos que todas esas todo ese dinero producto, todo ese producto, todo ese producto de dinero de esas comisiones, quien lo direccionaba era el Senador Iván Moreno Rojas, haciendo énfasis en que eso era un dinero que le pertenecía a él y al entonces alcalde Samuel Moreno.

Lo expuesto en precedencia por los testigos de cargo, Héctor Julio Gómez González y Emilio Tapia Aldana, conforme el acuerdo de colaboración por aplicación de los principios de oportunidad que tramitaron a su favor en la Fiscalía General de la Nación, evidencian la configuración del delito de peculado por apropiación, instigado en cadena en todo caso por el exsenador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS.

Respecto del pago ilegal de \$1.000.000.000.00 producto de la adjudicación irregular del contrato de obra No. 1-01-25500-1115-2009 del 30 de diciembre de 2009

Como se demostró al estudiarse el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la EAAB de manera direccionada adjudicó al Consorcio Canoas, el contrato de ejecución de obras bajo la modalidad llave en mano para el Sistema de Alcantarillado Troncal Tunjuelo Canoas – Río Bogotá, por \$243.117.273.906.00, el cual se perfeccionó el 30 de diciembre de 2009.

Paola Fernanda Solarte Enriquez representante legal de CASS CONSTRUCCIONES & CIA, junto con Orlando Fajardo Castillo y Luis Gabriel Nieto (ambos de la Constructora Fajardo Nieto) participaron en la estructuración del Consorcio Canoas, para tal fin aquella mantuvo como socio oculto a Fajardo Castillo, quien tenía conexiones no solo con Andrés Alberto Cardona Laverde, sino con altos funcionarios de la EAAB, como el Gerente General, Jorge Enrique Pizano Callejas y el Director de la Red Troncal de Alcantarillado-Gerencia Corporativa del Sistema Maestro, Carlos Alberto Acero Arango.

Adjudicado el contrato, según el informe de policía judicial DAPJE-PEF No. 9-95869 del 30 de marzo de 2017¹⁵⁶, el 30 de diciembre de 2009, el representante legal del Consorcio Canoas Luz Antonio Bueno Junior y el interventor asignado por el Acueducto Carlos Alberto Acero Arango (funcionario de la EAAB que en la etapa precontractual realizó la evaluación técnica para la adjudicación del contrato), firmaron el acta de pago de anticipo equivalente al 20% del contrato, es decir, \$48.623.454.781.00, monto girado a la cuenta de ahorros del Banco Davivienda No. 47530000936,

¹⁵⁶ Cfr. Fl. 100 c. o. No. 10 de la SEI, DVD con información, entre otra, “análisis del anticipo”.

para el cubrimiento de los costos para la ejecución del objeto contratado.

El mismo día del desembolso, Carlos Alberto Acero Arango, director de la Red Troncal de Alcantarillado e interventor interno del contrato, en un documento de una sola hoja, aprobó en tiempo récord el programa de inversión del anticipo.

Según lo evidencian los elementos materiales probatorios, Paola Fernanda Solarte Enrique de CASS CONSTRUCCIONES, dispuso como representante de la Junta Directiva ante el Consorcio Canoas a Orlando Fajardo Castillo¹⁵⁷, en contubernio con el interventor interno designado por la EAAB, Carlos Alberto Acero Arango, en contravía de lo dispuesto en los términos de referencia del contrato de obra y de los manuales de contratación y de interventoría en Comité de Obra No. 1115 de 2009, se trasladara de la cuenta de ahorros de Davivienda a la Comisionista de Bolsa CORREVAL, hoy CREDICORP CAPITAL, \$48.434.329.596.00 correspondiente al 99.61% del valor del anticipo¹⁵⁸, en que Fajardo Castillo se encontraba autorizado para realizar cualquier tipo de operación financiera.

¹⁵⁷ Según Acuerdo de Consorcio de fecha 13 de noviembre de 2009, documento que no fue entregado de manera formal a la EAAB.

¹⁵⁸ Cfr. Fl. 110 y sg. c.o. No. 12 de la SEI, la información se extrae del escrito de acusación que la FGN presentó contra Paola Fernanda Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte, rad. 110016000000201801632 y de la sentencia condenatoria en virtud del Preacuerdo que Paola Fernanda Solarte celebró con la Fiscalía Delegada 84 Seccional Grupo de Trabajo para la Corrupción de la Contratación en Bogotá, con fecha 21 de marzo de 2019 y por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación, en calidad de interviniente.

Así las cosas, Paola Fernanda Solarte Enriquez y su socio oculto, Orlando Fajardo Castillo, representando intereses indebidos de CASS CONSTRUCCIONES & CIA, con el apoyo del interventor interno del contrato y funcionario de la EAAB, podían de manera libre e, incluso, sin la intervención de los miembros de la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, disponer de la totalidad de los dineros asignados al Consorcio Canoas como parte de los anticipos, a través de la Comisionista de Bolsa CORREVAL, desde donde efectuaron transacciones en favor de terceros y que dan cuenta del pago irregular de comisiones, entre estas, la suma de \$1.000.000.000.00 a Samuel e IVÁN MORENO ROJAS.

Dineros públicos cuya administración, tenencia y custodia se les confiaron tanto a los funcionarios de la EAAB como a la contratista Paola Fernanda Solarte Enríquez por razón de sus funciones, mismas que se derivan del contrato 1-0125500-1115-2009 y de los manuales de contratación y de interventoría, en general de los principios de transparencia, responsabilidad y economía propios de la contratación estatal y en general de la gestión pública.

Por estos hechos, el Juzgado 51 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, el 21 de marzo de 2019, emitió sentencia condenatoria en virtud de Preacuerdo a Paola Fernanda Solarte Enriquez, por los delitos interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación y cohecho por dar u ofrecer.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Fl. 133 c.o. No. 11 SEI. Informe Final de Policía Judicial No. 7937041 del 15-02 de 2023. Unidad de DVD, Sentencias.

Ahora bien, la participación del NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS en calidad de determinador se materializó, como ya se vio, a través de Andrés Alberto Cardona Laverde y Emilio Tapia Aldana, al acordar con Orlando Fajardo Castillo, socio oculto de CASS CONSTRUCTORES & CIA LTDA y con aquiescencia de la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, integrantes del Consorcio Canoas, a quien el Gerente Corporativo del Sistema Maestro, Julián Montoya Guzmán, adjudicó el contrato de obra No. 1-01-25500-1115-2009; el pago de una comisión de \$1.000.000.000.000, al igual que al anterior evento, con recursos provenientes de los anticipos de la contratación.

Así lo corroboró Emilio Tapia Aldana quien señaló al aforado de encargarle junto con Andrés Alberto Cardona, seleccionar el contratista tanto para el contrato de obra como para el de interventoría, que por yerros en la propuesta del oferente al que en principio estaba direccionada la adjudicación del contrato de obra, terminó suscribiéndose con el Consorcio Canoas, integrado por “SOLARTE, ODEBRECHT y FAJARDO”, que sí cumplía los requisitos previstos en la licitación y que estaba dispuesto a pagar la comisión exigida a cambio del favorecimiento con la contratación; incluso, indicó que presenció cuando Cardona “recibió mil millones de pesos de la comisión que le correspondió a IVÁN MORENO”¹⁶⁰.

En cuanto al manejo irregular en el anticipo recibido por el Consorcio Canoas, manifestó: “Lo único que sé es que pagaron la comisión del 6% yo recibí gran parte de eso y la

¹⁶⁰ Declaración del 17 de nov. de 2016, ante el Fiscal Coordinador Grupo de Trabajo para la Corrupción en la Contratación de Bogotá, rad. 110016000102201400186.

entregué al señor IVÁN MORENO” amén de señalar que el aforado “sabía de esta contratación, permitió que se hiciera de esta forma y recibió la comisión”.¹⁶¹

En otra de sus intervenciones, aseguró que Andrés Alberto Cardona Laverde pactó, recibió y entregó en efectivo, a través de él a los hermanos Samuel e IVÁN MORENO ROJAS, una comisión equivalente al 6% de “243 mil millones de pesos”, que era el valor al que ascendía el contrato de obra, es decir, que “*fueron aproximadamente 7. Algo millones, de dólares*”, todo por indicación del aforado¹⁶².

Lo anterior es corroborado por Cardona Laverde, al declarar que en una reunión con Emilio Tapia Aldana, este le informó que Samuel y NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS estaban exigiendo una comisión por la adjudicación de dicho contrato, por lo que le transmitió esa inquietud a Orlando Fajardo Castillo y este a los Solarte, de forma que luego de negociar accedieron a entregar \$1.000.000.000.00, suma que recibió una vez se realizó el anticipo en 4 contados, que llevó, la primera cuota al aquí procesado y las restantes las entregó a través de Tapia Aldana¹⁶³.

Posteriormente, sobre el pago de la comisión por parte del Consorcio Canoas, exactamente por Orlando Fajardo Castillo y la entrega de los \$1.000.000.000.00 al aforado ratificó:

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Declaración del 7 de abril de 2017, ante la Procuraduría General de la Nación.

¹⁶³ Fl. 100-101 c. o. 6 SEI. Interrogatorio de indiciado del 12 de mayo de 2017, rad. 110016000102201400186.

A mí me contacta Emilio Tapia, que yo conocí a Emilio Tapia por, por, por una situación que, que ya describí en la diligencia anterior, acá en, en la corte, en eso fui bastante detallado, Tapia me contacta y me dice, pues que, que, que, que, que debemos hablar personalmente, que es un tema muy importante. A los pocos días, yo no me acuerdo 3 o 4 días después nos reunimos y él me dice que, que.. en vis, que, que él sabía que yo era amigo de Fajardo y que en vista de que, pues de que si habían ganado el túnel que, qué le, que le, que le ayudara pues a, a contactar a Fajardo y a pedirle a Fajardo, una, una ayuda. Creo que fue el término preciso, para los hermanos Moreno, en plural así así así hablaba él, pues así habló en ese momento para los hermanos Moreno, y yo le dije, pues Emilio, déjeme yo, yo veo qué puedo hacer y digamos que eso fue un proceso, yo yo fui a hablar con Fajardo, mira, está pasando esto, eeh, Fajardo dijo déjeme, lo pienso, déjeme lo consulto con Paola Solarte, eeh días después, entonces, ah, bueno, se me olvida, yo le dije a, yo si le, en la primera reunión yo le dije a Tapia y , y, y, y, la ayuda es como de, como, cómo qué es lo que estás, como, qué es lo que estás pensando? De, de qué estamos hablando? Entonces me habló del 1%, eso fue lo que transmití a Fajardo, entonces Fajardo me dijo, déjeme, lo pienso, déjeme, hablo con Paola Solarte, a los días, él, él, me, él, él viene con una, digamos, con una respuesta, me dice, pues dile a él, dile a él que, que lo máximo a lo que podemos llegar es mil millones de pesos, necesitaríamos un, un, un término más o menos de unos 6 meses, eeh, y ya, entonces pues yo voy y le digo a Tapia, a Tapia, es esto, pero, pero ¿cómo así? O sea, como un proceso, una no negociación, sino como un proceso de ir, de yo en la mitad entre Tapia y Fajardo, Fajardo también tenía que ir a consultar, eso fueron, pues varias reuniones, al final se llegó a, pues se, se llegó a eso y luego se hicieron, pues unas, unas entregas.¹⁶⁴

Según lo advierte el expediente, Orlando Fajardo Castillo aceptó los cargos por estos hechos y en su contra el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 10 de agosto de 2021, dictó sentencia anticipada por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, abuso de confianza agravado y cohecho por dar u ofrecer.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Fl. 51 c.o. No. 7 SEI. Declaración del 9 de nov. de 2017, ante una de las Salas de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, rad. 35215.

¹⁶⁵ Fl. 133 c.o. No. 11 SEI. Informe Final de Policía Judicial No. 7937041 del 15-02 de 2023. Unidad de DVD, Sentencias.

Por resultar de interés para esta decisión, el juez de conocimiento en esa decisión consignó:

De esa manera, el procesado ORLANDO FAJARDO CASTILLO se apropió de fondos económicos públicos del estado, en provecho suyo a través del CONSORCIO CANOAS, y de las personas antes mencionadas

(...) Sumas de dinero correspondientes al anticipo que le fue entregado al CONSORCIO CANOAS, el cual fue consignado en la cuenta de ahorros del Banco Davivienda número 475300009366, pero por disposición de ORLANDO FAJARDO CASTILLO, fue retirada de allí y depositada en la Sociedad Comisionista de Bolsa CORREVAL, hoy CREDICORP CAPITAL

(...) Con lo cual facilitó la disposición de parte del dinero, pues se efectuaron giros a favor de terceros contraviniendo abiertamente el manual de contratación e interventoría y los términos de referencia.

(...) También se evidenció que ORLANDO FAJARDO CASTILLO, en asocio con Paola Fernanda Solarte Enriquez y Andrés Alberto Cardona Laverde, pagó a través de Emilio Tapia Aldana a los hermanos Iván y Samuel Moreno Rojas, el primero Senador de la República y el segundo ALCALDE Mayor de Bogotá para la época de los hechos, la suma de \$1.000.000.000, con ocasión de la adjudicación del susodicho contrato.

En síntesis, se probó que la cifra de \$1.000.000.000.00, producto de las comisiones ilegales, se entregó a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, a través de Cardona Laverde y Emilio Tapia Aldana por parte de Orlando Fajardo Castillo, quien era cercano a Carlos Alberto y Paola Fernanda Solarte, cuya empresa CASS CONSTRUCTORES & CÍA S.C.A integró el Consorcio Canoas, al que de manera irregular se le adjudicó el contrato N.º 1-01-25500-1115-2009 del 30 de diciembre de 2009, materializándose el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, en el que el exsenador fue su determinador.

En cuanto al *aspecto subjetivo*, los medios de prueba

incorporados también transmiten a la Sala la certeza de que MORENO ROJAS, sabía que al acordar, por intermedio de Héctor Julio Gómez y Andrés Alberto Cardona, con los contratistas, la Unión Temporal Alimentación Solidaria y Consorcio Canoas, el pago de las comisiones con los anticipos, que las entidades contratantes les habían encomendado, los contratistas se estaban apropiando en favor de él, de los recursos públicos, empero, voluntariamente dirigió su actuar a lograr que estos cometieran el injusto penal.

En efecto, dadas las particularidades que cubren al procesado relativas a su nivel cultural, de educación, y los cargos desempeñados en su vida laboral al servicio del Estado, permiten deducir que tenía conocimiento y comprendía que al instigar a los contratistas a quienes se les había confiado transitoriamente la disposición y administración de los dineros de los anticipos, para conseguir que se apropiaran de ellos y le pagaran las comisiones en los valores acordados con los intermediarios, por la adjudicación irregular de los contratos, adecuaba su conducta como determinador en el delito de peculado por apropiación, a pesar de ello, obró contrario al ordenamiento penal.

3.2.1.2. Antijuridicidad

Para la configuración de este elemento de la conducta punible no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien

jurídico objeto de protección, es decir, debe presentarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad.¹⁶⁶

Como se expuso para el análisis de esta misma categoría dogmática en el delito de interés indebido en la celebración de contratos, el delito de peculado por apropiación implica la afectación del bien jurídico tutelado de la administración pública, que hace referencia a la correcta utilización de los fondos encomendados en administración, custodia o tenencia a los contratistas por concepto de anticipos.

En el *sub examine*, la conducta endilgada a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS además de típica es antijurídica en tanto el proceder del procesado no solo formalmente contravino la normatividad penal sino de manera real y efectiva sin existir causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al apropiarse de recursos del erario distrital en detrimento de sus finanzas, produciendo, como se probó, un evidente menoscabo patrimonial de los recursos de la capital colombiana.

3.2.1.3. Culpabilidad

Para la Sala es evidente que el comportamiento del exsenador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS resulta reprochable porque actuó con conciencia de su antijuridicidad. No se acreditó durante la actuación procesal evento, padecimiento o condición alguna que tuviere la

¹⁶⁶ Cf. CSJ. SP. 30 abr. 2013, rad. 38103.

potestad para afectar su autodeterminación, por el contrario, prevalido de su status actúo con el ánimo de obtener un provecho para si y su hermano, el otrora y fallecido Alcalde de Bogotá, Samuel Moreno Rojas.

Por otra parte, como ya se expuso, se probó que el procesado MORENO ROJAS es una persona adulta, con formación académica, amplia experiencia profesional y de los altos cargos públicos que ocupó, sumado al ejercicio de la labor política como congresista, por lo que se infiere sin dificultad que podía comprender la ilicitud del comportamiento que estaba llevando a cabo y contando con la posibilidad de determinarse el mismo de manera distinta, esto es, en acatamiento de las normas constitucionales y legales que juró proteger, optó de manera voluntaria por apartarse y contrariarlas mediante la apropiación de recursos públicos, siendo así merecedor de un juicio del reproche.

Todo lo anterior ratifica que la conducta desplegada por el procesado, además de típica y antijurídica es culpable, admitiendo el juicio de reproche que conduce a su declaratoria de responsabilidad en calidad de determinador del concurso homogéneo y sucesivo del delito *de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía*, equivalente a \$1.350.000.000.00 (\$350.000.000.00 por la SDIS y \$1.000.000.000.00 por la EAAB), por los que también se acogió a sentencia anticipada y se declaró culpable.

7. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Aplicación por favorabilidad del art. 351 de la Ley 906

de 2004

La defensa solicita se aplique por favorabilidad la rebaja de pena regulada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en aras de que se efectúe una rebaja hasta la mitad de la pena imponible y no la regulada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 que prevé como disminución la tercera parte, invocando el pronunciamiento CSJ SP086-2024, 31 ene. 2024, Rad. 59622.

Con miras a brindar respuesta, es necesario citar la jurisprudencia vigente de la Corte en torno a la posibilidad de aplicar por favorabilidad el mejor beneficio punitivo que trae el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, relativo al allanamiento a cargos del procesado en asuntos en los que se acuda a la figura de la sentencia anticipada, bajo la égida del artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

Para el efecto, es necesario recordar el debate que ha existido en la jurisprudencia sobre la naturaleza del allanamiento y sus diferencias con los preacuerdos, por lo que en reciente decisión SP1901-2024, 17 jul. 2024, Rad. 64214, la Sala de Casación Penal se refirió a las principales decisiones que han marcado la discusión y reexaminó su postura y la posición mayoritaria, para recoger los anteriores precedentes y distinguir los dos institutos como formas autónomas de terminación del proceso.

Entre las diferencias que destacó entre la aceptación unilateral y los preacuerdos, se encuentran las siguientes: i) la aceptación unilateral no requiere de consenso entre las

partes, mientras que los preacuerdos necesariamente sí; ii) la aceptación unilateral tiene como contraprestación una rebaja de pena previamente establecida por el legislador, según la fase de la actuación en que se presente, límites que no necesariamente operan en la solución consensuada del debate penal; y, iii) los beneficios derivados de los preacuerdos están supeditados a la devolución del incremento patrimonial obtenido con el delito, según lo establecido en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, lo que no es condición necesaria en el allanamiento unilateral, aunque sí uno de los parámetros para establecer el monto de la rebaja.¹⁶⁷

En suma, ante las controversias suscitadas entre una y otra figura, especialmente en torno a la protección de los derechos de las víctimas y las obligaciones del procesado para obtener beneficios punitivos, estableció que son distintas e independientes, marcadas principalmente por el carácter unilateral de la primera y la bilateralidad propia del segundo, siendo una de las consecuencias que cuando se acude a la figura del allanamiento no puede aplicarse la exigencia contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

De forma que la Corte abrió la posibilidad de dar aplicación por favorabilidad a la reducción de pena consagrada en el artículo 351 la Ley 906 de 2004 a la sentencia anticipada del artículo 40 de la Ley 600 de 2004, conforme lo había considerado en pronunciamiento SP 8 abr. 2008, Rad. 25306, en la que señaló:

(...) el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906, pese a ser una

¹⁶⁷ CSJ SP1901-2024, 17 jul. 2024, rad. 64214.

norma procesal, comporta efectos sustanciales, motivo por el que puede aplicarse retroactivamente en virtud del principio de favorabilidad, dado que, además, son figuras del todo similares, aclarando que este apotegma no solo es viable frente a la sucesión de leyes en el tiempo, como tradicionalmente se concebía, sino cuando coexisten, como es el caso de la Ley 600 y la 906.

En ese contexto, la Sala acoge la postura de la Corte que retorna a la tesis de que el allanamiento es una modalidad diferente a los preacuerdos que surgen de la negociación y el consenso entre las partes, los cuales, además, delimitan el ámbito decisonal del juez. Aquella es una figura autónoma basada en la admisión libre, voluntaria y debidamente informada del procesado respecto de la responsabilidad atribuida por la Fiscalía en los cargos formulados en su contra. Verificados estos condicionantes de validez, da pie a una reducción de la pena imponible, cuyo monto depende solo de la fase procesal en la que ese allanamiento a cargos ocurre.¹⁶⁸

Ahora bien, por el acogimiento a la sentencia anticipada, la Sala de Casación Penal¹⁶⁹ ha privilegiado la aplicación del principio de favorabilidad cuando se trata de beneficios otorgados en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, siempre que se refiera a disposiciones de carácter sustancial que regulen situaciones similares, y resulten más benignas al procesado.

Así, las figuras procesales de la aceptación de cargos previstas en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y la

¹⁶⁸ Cfr. CSJ SP3252-2024, 27 nov. 2024, rad. 59042.

¹⁶⁹ Por ejemplo, sentencias con rad. 25306, 8 de abr. 2008 y 25304 16 abr. del mismo año, a la que retornó la Corte en SP1901-2024, 17 jul. 2024.

sentencia anticipada del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, responden a similar filosofía y propósitos, como que se trata de una admisión unilateral de responsabilidad frente a los delitos imputados, evitando con ello el desgaste del aparato judicial de investigación y juzgamiento, colaboración a la justicia que se premia con una rebaja de pena¹⁷⁰.

Anteriormente, la Corte Constitucional ha reconocido la equivalencia entre la sentencia anticipada del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y el allanamiento o aceptación de cargos del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, concluyendo en la obligatoria aplicación del principio de favorabilidad. Así lo ha advertido en varios pronunciamientos, a través de los cuales ha señalado:

4.4. La figura de la solicitud de sentencia anticipada contemplada en el art. 40 de la Ley 600 de 2000, no solo es una institución comparable, sino que es equivalente a la aceptación unilateral de los cargos o allanamiento que regula el art. 351 de la Ley 906 de 2004. La equivalencia entre estas dos normas permite que las personas condenadas bajo las normas contempladas en el art. 40 de la Ley 600 de 2000 soliciten que se les aplique el art. 351 de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de favorabilidad penal.”

Al respecto se expresó en la Sentencia T-091 de 2006, después de hacer una comparación de la sentencia anticipada y el allanamiento a los cargos: “El anterior parangón entre el instituto de la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 y la aceptación unilateral, o allanamiento de los cargos que se contempla en la Ley 906 de 2004, permite concluir que en efecto se trata de instituciones análogas, con regulaciones punitivas diversas.” (T-444/07) ¹⁷¹

Con el propósito de definir una senda apropiada para efectos de la rebaja, la jurisprudencia acude al referente normativo de la Ley 906 de 2004, para hacer las equivalencias respectivas de cara a cada una de las etapas del rito procesal

¹⁷⁰ CSJ. SEPI SEP00029-2021, 10 mar. 2021, Rad. 00003.

¹⁷¹ En este mismo sentido Corte Constitucional T-941 de 2006.

de la Ley 600 de 2000, en la que se produce la aceptación de cargos.¹⁷²

Es así que, en lo referente al régimen de la Ley 906 de 2004, son tres los escenarios en que es viable el reconocimiento de cargos.

Un primer momento corresponde a la aceptación de responsabilidad en la audiencia de formulación de la imputación, caso en el cual el descuento es de hasta la mitad de la pena imponible (artículos 288-3 y 351). En cambio, si la afirmación autoincriminatoria del inculcado se produce en la audiencia preparatoria, ella comporta una rebaja de hasta una tercera parte de la pena (artículo 356-5). Y, si el allanamiento se concreta al inicio de la audiencia del juicio oral, aquel implica una rebaja de la sexta parte (artículo 367, inciso 2°).

Mientras tanto, en el sistema de enjuiciamiento penal del 2000, el artículo 40 consagra únicamente dos etapas en las que es posible someterse a sentencia anticipada. Una que va desde el instante de la indagatoria y abarca la ejecutoria del cierre de la investigación, por la que es procedente un descuento de una tercera parte, y otra que trasega entre la resolución de acusación y la ejecutoria del auto que fija fecha para la audiencia pública de juzgamiento y reporta un descuento de una octava parte.

Claramente, al armonizar las normas pertinentes de la Ley 906 de 2004 con la de la Ley 600 de 2000 y las rebajas de

¹⁷² CSJ SP3067-2019, 6 ago. 2019, Rad. 55778.

pena previstas para cada una de las etapas procesales, es claro que el beneficio pedido en este caso es susceptible de ser otorgado **hasta la mitad**, en razón al instante adjetivo en el que se surtió, esto es, luego de la indagatoria y hasta antes de la ejecutoria del cierre de la investigación.

En efecto, conforme se consignó en la síntesis de la actuación procesal, NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, en la diligencia de indagatoria del 29 de octubre de 2024, expresó su deseo de acogerse a la sentencia anticipada prevista en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y admitir su responsabilidad por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación a favor de terceros, agravado por la cuantía (artículos 409 y 397-2 del C.P), es decir, antes de que cobrara ejecutoria el cierre de la investigación, por lo que se hace acreedor a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, en atención a que dicha solicitud se concretó antes del cierre de la investigación, es decir, dentro del término equivalente en la Ley 906 de 2004, previo a la presentación del escrito de acusación, para que opere por este concepto el descuento indicado.

Conviene precisar que para el momento en el que solicitó la sentencia anticipada ya operaba el precedente CSJ SP1901-2024 del 17 jul. 2024, Rad. 64214, es decir, que en la decisión de allanarse a los cargos no es exigible el reintegro del incremento patrimonial producto del delito, previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de 2004, por lo que se procederá en el siguiente acápite, a determinar los efectos concretos de esta determinación, frente a la pena a imponer y la concesión de subrogados y sustitutivos penales.

Ahora bien, siendo las conductas ejecutadas por el procesado NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS típicas, antijurídicas y culpables, se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme a los criterios de dosificación previstos en los artículos 60 y 61 del Código Penal.

De acuerdo con lo normado en el artículo 31 del Código Penal, para dosificar la sanción cuando quiera que concurren de manera homogénea o heterogénea varios delitos, el funcionario judicial debe partir de la castigada con la pena más grave. Por ello, se calculará individualmente la imponible para cada delito según las circunstancias específicas, aumentada hasta en otro tanto, siempre y cuando ese mayor valor, no supere la suma aritmética de cada una de las conductas punibles individualmente consideradas y tasadas.

Frente a la última regla de *“hasta en otro tanto”*, la Corte en providencia SP322-2023, 26 jul. 2023, Rad. 59683¹⁷³, corrigió la jurisprudencia en el sentido de que: *“la pena del delito más grave, incrementada por el concurso, siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al otro tanto y, por consiguiente, cualquier suma aritmética por encima de ese límite infringe el principio de legalidad de la pena”*.

7.1. Del interés indebido en la celebración de contratos

Tal y como se precisó en el acápite correspondiente, a pesar de la condición de servidor público del procesado al momento de ocurrencia de los hechos, los delitos propios de

¹⁷³ Ratificada en CSJ SP091-2024, 31 ene. 2024, rad. 62266.

interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación no le fueron atribuidos a título de autor directo, sino como determinador y el inciso 1° del artículo 30 del Código Penal establece que “*quien determine a otro realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción*”.

7.1.1. La Pena de prisión prevista en el artículo 409 original del Código Penal¹⁷⁴, para este delito oscila entre 4 y 12 años (equivalente a 48 y 144 meses de prisión), por lo que el ámbito de movilidad es de 24 meses¹⁷⁵. Los cuartos son: el primero oscila entre 48 y 72 meses, los dos cuartos medios de 72 meses más un día a 96 meses y de 96 meses más un día a 120 meses, y el cuarto máximo, último de 120 meses más un día a 144 meses de prisión.

En atención a que la Sala Especial de Instrucción no atribuyó circunstancias atenuantes ni agravantes, la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso 2° del artículo 61 del Código Penal se ubicará dentro del primer cuarto, toda vez que no se demostró que antes de la comisión de los delitos por los que va a ser condenado tenía antecedentes penales¹⁷⁶, de tal manera que si no se probaron en el proceso debe asumirse que el procesado carece de ellos.

A propósito del reconocimiento de esta circunstancia de menor punibilidad, ha dicho la Sala de Casación Penal¹⁷⁷ que la pretensión punitiva de sancionar en sus justos límites

¹⁷⁴ Sin el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

¹⁷⁵ Cada cuarto es de 24 meses (96 dividido en 4)

¹⁷⁶ Cfr. CSJ SP095-2020, sent. de 29 de ene. 2020, rad. 51795.

¹⁷⁷ CSJ. SP. Radicado 19970 de 27 de abril de 2005.

corresponde exclusivamente al Estado y, por tanto, es a éste a quien incumbe demostrar la existencia de los antecedentes para que produzcan efectos jurídicos.

Por tal razón la Sala se moverá en el cuarto mínimo que oscila entre 48 y 72 meses.

Ubicado el cuarto de movilidad en el que habrá de fijarse la pena, la Sala tendrá en cuenta los criterios establecidos en el inciso 3° del artículo 61 la gravedad de la conducta, el daño real causado a la administración pública, en concreto al Distrito, y a la comunidad en general, la importancia del cargo que ocupaba el procesado en el Congreso de la República, la más alta dignidad de la Rama Legislativa, la máxima intensidad del dolo en la comisión de los punibles que se vislumbra con el accionar premeditado, minuciosamente planificado y ejecutado, junto a servidores públicos de la SDIS, de la EAAB y particulares, incurriendo así en cuatro delitos de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso homogéneo y sucesivo.

En efecto, en los cuatro eventos se evidencia la mayor gravedad de la conducta porque el interés indebido recayó sobre contratación que beneficiaba a población capitalina, lo cual produjo un efectivo daño al bien jurídico de la administración pública porque hubo desviación de poder en su adjudicación, por lo cual el dolo fue de gran entidad.

De acuerdo con los fines de la prevención especial, el monto de la sanción fijada es proporcional y con ella se persigue que el acusado se resocialice y no vuelva a infringir

el Código Penal, sanción que permitirá la recuperación de la confianza ciudadana en la administración pública.

Así mismo, se tendrá en cuenta que en este caso la pena resulta necesaria, a fin de que comportamientos de esta naturaleza que afectan sin justificación alguna a la administración pública no queden impunes y, por ende, no se vuelvan a repetir.

Con base en lo expuesto, la Sala no partirá del mínimo de 48 meses sino de **54 meses de prisión**, equivalente a una proporción de 25%¹⁷⁸ del rango de movilidad del respectivo primer cuarto, como pena por uno solo de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos.

7.1.2. La **pena de multa** oscila entre 50 a 200 smlmv, siendo el ámbito de movilidad de 37,5¹⁷⁹; el primer cuarto de 50 a 87,5 smlmv, el segundo de 87,51 a 125,01 smlmv, el tercero de 125,02 a 162,52 smlmv y, el último de 162,53 a 200 smlmv.

Tomando en consideración las mismas razones expuestas para la pena de prisión y los parámetros previstos en el artículo 39-3 del Código Penal, tales como el grave daño causado con la irregular contratación, la ostensible actitud dolosa del procesado y su privilegiada situación económica, la Sala a partir del mínimo del primer cuarto aumentado en la misma proporción del 25%¹⁸⁰ de la pena privativa de la

¹⁷⁸ La operación es la siguiente: 6 meses (incremento sobre el mínimo) x 100% / 24 meses del ámbito de movilidad = 25%.

¹⁷⁹ Cada cuarto es de 37.5 smlmv (150 dividido en 4).

¹⁸⁰ Equivale a 6.24 smlmv.

libertad, impondrá multa para un solo delito de interés indebido en el celebración de contratos en la suma de **59,37 salarios mínimos legales mensuales vigentes**¹⁸¹ para la época de los hechos.

Es preciso indicar que la multa se deberá consignar al nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6° de la Ley 2197 de 2022.

7.1.3. La de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas contempla una pena de 5 a 12 años (equivalente a 60 y 144 meses de prisión), el ámbito de movilidad es de 21 meses¹⁸², los cuartos: de 60 a 81 meses; de 81 meses más un día a 102 meses; de 102 meses más un día a 123 meses; y, de 123 meses más un día a 144 meses.

En este caso, aplicando los mismos parámetros tenidos en cuenta para tasar la pena privativa de la libertad, esto es, la inexistencia de circunstancias de agravación punitiva y la de menor punibilidad relativa a la carencia de antecedentes penales (artículo 55-1 del Código Penal), la Sala se ubica en el primer cuarto de movilidad y atendiendo los motivos y la proporción allí señalada (25%), esto es, 5 meses y 7 días más¹⁸³, se fija la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en **65 meses y 7 días** para uno solo de los delitos de interés indebido en la celebración de

¹⁸¹ es decir, partimos del mínimo de 50 s.m.l.m.v. y se aumentan 9.375 s.m.l.m.v. que corresponden al 25% incrementado para la pena de prisión. La operación es así: $37.5 \times 25\%$.

¹⁸² Cada cuarto es de 21 meses (84 dividido en 4).

¹⁸³ La operación matemática es la siguiente: $21 \text{ meses} \times 25/100\% = 5.25 \text{ meses}$.

contratos.

7.2. Del peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía

7.2.1. De acuerdo a lo indicado en el inciso 1° y 2° del artículo 397 original del Código Penal, este punible tiene señalada **pena de prisión** de 6 a 15 años (esto es, de 72 a 180 meses) de prisión. Cuando la cuantía supera los 200 smmlmv, como en este caso, el inciso segundo del mismo precepto dispone que la pena se aumenta *hasta* en la mitad, incremento que por mandato del artículo 60 *ejusdem* se aplica al máximo, quedando la pena de prisión entre 6 y 22 años y 6 meses (es decir 72 y 270 meses).

Por tanto, el ámbito de movilidad es de 49.5 meses¹⁸⁴. Los cuartos son: el primero entre 72 a 121.5 meses; los dos cuartos medios de 121.5 meses más un día a 171 meses y de 171 meses más un día a 220.5 meses; y el cuarto máximo entre 220.5 meses más un día y 270 meses.

Sigue ahora ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal.

Como se explicó, MORENO ROJAS, no fue objeto de imputación de circunstancias mayor y menor punibilidad, la pena oscilará en el primer cuarto de movilidad, esto es, entre 72 meses a 121.5 meses más un día.

¹⁸⁴ Cada cuarto es 49.5 smmlmv. (198 dividido en 4).

Revisada la naturaleza y gravedad y el daño creado con el comportamiento, en tanto supuso un ingente detrimento al presupuesto de la SDIS y de la EAAB propiciado también en un comportamiento inequívocamente dirigido al apoderamiento a favor de terceros del dinero distrital, del que se insiste, iba destinado al programa de canasta alimentaria complementaria para la población vulnerable y al mejoramiento de las aguas residuales de la capital de la República. En ese orden atendiendo los fines de la pena, la Sala ubicada en el primer cuarto de movilidad, impone por el delito de peculado por apropiación a favor de los referidos terceros la pena de **76 meses de prisión** (equivalente al 8.08%¹⁸⁵).

7.2.2. La **pena de multa** equivalente al valor de lo apropiado sin que supere los 50.000 smlmv, que para este evento es de \$1.000.000.000.00 que confrontada con el valor del salario mínimo vigente para el año 2009 -\$496.900-, corresponderían a 2.012,47 smlmv, que no supera el tope legal señalado.

7.2.3. La **pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**, conforme con el artículo 397 del Código Penal aplicable para la época de los hechos, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo término de la prisión por lo que se impondrá por este concepto los mismos **76 meses**.

7.2.4. Inhabilidad intemporal

185 La operación aritmética es del siguiente tenor: 4 meses (aumento sobre el mínimo) x 100% / 49.5 meses (ámbito de movilidad) = 8.08%

Dado que NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS será condenado por un delito de peculado que afecta el patrimonio del Estado, se impondrá la sanción intemporal prevista en el inciso quinto original del artículo 122 de la Constitución Política (hoy modificado mediante el Acto Legislativo 01 de 2009), que disponía: *«Sin perjuicio de las sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el ejercicio de derechos y funciones públicas»*.

A propósito del examen de constitucionalidad del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, entonces vigente, que señalaba que para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público, señaló la Corte Constitucional que «El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilitación que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior»¹⁸⁶.

No sobra señalar que la imposición simultánea de las inhabilitaciones temporal e intemporal no quebranta el principio

¹⁸⁶ CC sent. C-063 de 4 de feb. 2003.

non bis in idem, toda vez que en la regulada en los casos previstos en la norma constitucional el condenado queda privado a perpetuidad de los derechos a inscribirse como candidato a cargos de elección popular, a ser elegido o designado como servidor público y a contratar con el Estado directamente o por interpuesta persona. Y temporalmente, por el término establecido en el fallo, queda privado de la facultad de elegir, del ejercicio de cualquier otro derecho político (menos el de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos -art. 40-7 de la Constitución-, pues su prohibición es intemporal) y el de recibir las dignidades y honores que confieran las entidades oficiales, que naturalmente no comporten el ejercicio de una función pública.¹⁸⁷

7.3. Del concurso de conductas punibles

El artículo 31 del Código Penal regula la figura jurídica del concurso material de conductas punibles, así:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. (...).

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente (...).

Sobre el particular sostuvo la Sala de Casación¹⁸⁸ que la confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud

¹⁸⁷ CSJ sent. de 19 de jun. de 2013, rad. 36511.

¹⁸⁸ CSJ SP-338-2019, rad. 47675.

permite determinar cuál es la más grave, esta consideración procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador. La sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto teniendo en cuenta como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

Teniendo en cuenta que la pena más grave es la prevista para el delito de peculado por apropiación, para fijar la sanción definitiva será ésta la tomada en cuenta como base en torno al concurso de infracciones penales, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

7.3.1. La pena de prisión

A la pena de prisión de 76 meses, se le aumentará 2 meses más, por el segundo evento, esto es, en **78 meses** por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, y por razón del concurso heterogéneo con los delitos de interés indebido en la celebración de contratos será incrementada en 2 meses más por cada uno de los contratos (que equivalen a un incremento del 3,7%¹⁸⁹ por cada ilícito), para un total de 8 meses -cantidad ésta que no supera el límite de hasta otro tanto-, que sumados a los 78 arroja un total de 86 meses de prisión.

Por tanto, la **pena de prisión** a imponer a NÉSTOR IVÁN

189 La operación aritmética es la siguiente: 8 meses de incremento con respecto al mínimo dividido en 54 meses x 100.

MORENO ROJAS será de **86 meses de prisión**.

7.3.2. Pena de multa

En lo que concierne a la multa, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 4° del artículo 39 del Código Penal, «En caso de concurso de conductas punibles [...] las multas correspondientes a cada una de las infracciones **se sumarán**, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa», es decir, que para este caso no puede ser superior a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como quiera que el monto de lo apropiado ascendió a \$1.350.000.000.00¹⁹⁰, a este valor se le incrementan 237.48¹⁹¹ smlmv de 2009¹⁹² por los delitos de interés en la celebración de contratos suscritos con la SDIS y la EAAB en dicha anualidad, equivalente a \$118.003.812.00.

En total, el valor de las penas de multa impuestas suma **\$1.468.003.812.00** (\$1.350.000.000.00 + \$118.003.812.00), el cual deberá ser consignado a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, como lo dispone el artículo 42 del Código Penal, modificado por el artículo 6° de la Ley 2197 de 2022.

7.3.3. Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

¹⁹⁰ Por los dos peculados, el primer evento por \$1.000.000.000.00 y el segundo por \$350.000.000.00, total \$1.350.000.000.00.

¹⁹¹ 59,37 x 4

¹⁹² Equivalente a \$496.900.

Como quiera que se trata de un concurso heterogéneo de conductas punibles (dos delitos de peculado por apropiación y cuatro delitos de interés indebido en la celebración de contratos), la suma total de la inhabilidad de derechos y funciones públicas corresponde a 76 meses del delito más grave, es decir, el peculado por apropiación, más 2 meses por el segundo peculado y 2 por cada delito de interés indebido en la celebración de contratos, es decir, 8 meses, que sumados a los 78 meses arroja un total de **86 meses**.

En ese contexto, tenemos que la pena de prisión debidamente individualizada que se le impondrá a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS corresponde a **86 meses de prisión, multa de \$1.468.003.812.00 y 86 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.**

7.4. Rebaja de pena por sentencia anticipada

A continuación, corresponde aplicar el descuento por sentencia anticipada, mediante el empleo, por favorabilidad, del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, tal como se precisó *ut supra*, que establece como compensación por allanamiento a cargos, una rebaja de hasta la mitad, precisando, como ha sido el criterio de la Sala de Casación Penal, que no se trata de una suma fija, sino que por ser un comportamiento posdelictual relacionado con la incidencia que tiene frente a la economía procesal, la celeridad y la oportunidad¹⁹³, debe ser

¹⁹³ CSJ, SP, 29 jun. 2006, rad. 24529. *“En otros términos, una vez que el juez de conocimiento haya individualizado la pena conforme al tradicional sistema de cuartos, debe proceder a realizar la correspondiente rebaja, “atendiendo factores tales como –a título ejemplificativo– la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia; la significativa economía en la actividad estatal de investigación; el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria; el*

objeto de ponderación, en aras de definir el monto susceptible que será aplicado.¹⁹⁴

A efecto de modular qué cantidad de pena es la que en el margen legal de rebaja debe ser concedida en cada caso, la Corte ha señalado que existe cierta discrecionalidad para fijar tal monto, dependiendo del mayor o menor grado de colaboración con la administración de justicia y el menor desgaste jurisdiccional en el cometido del esclarecimiento de los hechos y la declaración judicial de culpabilidad, lo cual puede inferirse a partir de la celeridad o tardanza en manifestar la voluntad de terminar el proceso con sentencia anticipada, el ahorro significativo de los medios y el tiempo indispensable para sacar adelante la pretensión punitiva estatal de cara a la complejidad probatoria, entre otros tópicos, sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para la individualización de la sanción, pues ya agotaron su función.¹⁹⁵

Esto último, en el sentido de que la disminución punitiva por fenómenos posdelictuales, -los cuales difieren de las circunstancias que concurren con la comisión del delito- no afectan el rango o extremos mínimo y máximo de punibilidad, sino que modifica el *quantum* de la sanción ya determinada en aplicación de los criterios indicados en los artículos 60 y 61 del Código Penal.¹⁹⁶

que -cuando sea del caso- se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos; el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc., sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para individualizar la sanción, pues ya agotaron su función”.

¹⁹⁴ CSJ, SP, 24 sep. 2014, rad. 40197; CSJ, SP, 24 sep. 2014, rad. 44484.

¹⁹⁵ Cfr. CSJ SP, 29 jun. 2006, rad. 24529, CSJ SP3067-2019, 6 ago. 2019, rad. 55778.

¹⁹⁶ CSJ SP304-2023, 2 ago. 2023, rad. 56099.

A la luz de lo expuesto, si bien el aforado aceptó los cargos imputados en la indagatoria y eso permitió la solución prematura del proceso, no puede pasarse por alto que lo hizo tan solo cuando las pesquisas efectuadas, tanto por la Sala de Casación Penal, en su oportunidad, como las efectuadas por la Sala Especial de Instrucción, habían recopilado suficientes elementos materiales probatorios, tales como las declaraciones de los testigos de cargo quienes en virtud del principio de oportunidad declararon en su contra en otros procesos y en este, sumado a varias inspecciones judiciales en radicados que se le adelantaron dentro del entramado criminal conocido como el carrusel de la contratación de Bogotá y, cuando ya se había determinado por los investigadores el manejo que se le dio a los recursos de los anticipos con los que se pagaron las comisiones ilegales.

Esto permite concluir que el sometimiento no comportó una colaboración, un ahorro significativo en la administración de justicia, ni el esclarecimiento de los hechos; tampoco se evidenció interés de su parte en devolver las sumas apropiadas, pues la aceptación de responsabilidad se materializó cuando la Sala instructora ya había recolectado prueba suficiente para cerrar la investigación y, calificar el mérito del sumario.

En ese contexto, resulta razonable conceder una rebaja punitiva del 40%, con lo que en definitiva, NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS se haría acreedor a una sanción de **51**

meses y 18 días de prisión¹⁹⁷, multa de **\$880.802.287.20**¹⁹⁸ que se deberá cancelar a favor del Tesoro Nacional según las previsiones del artículo 42 del Código Penal modificado por el artículo 6 de la ley 2197 de 2022, e interdicción de derechos y funciones públicas por **51 meses y 18 días**¹⁹⁹.

8. DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

8.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena (condena de ejecución condicional)

Con la expedición de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, por medio de la cual se modificó el artículo 63 del Código Penal, la procedencia de este sustituto penal quedó condicionada a que la pena de prisión no exceda de cuatro (4) años, norma que aunque en principio parece más beneficiosa para el procesado, no es aplicable en el presente caso por virtud del principio de favorabilidad, en consideración a que si bien es cierto el anterior precepto exigía una pena a imponer que no excediera de tres (3) años, también lo es que el artículo 32 de la nueva norma excluyó la posibilidad de conceder ese tipo de sustituto en los casos de delitos contra la administración pública.²⁰⁰

Conforme a lo anterior, dado el monto de la pena a

¹⁹⁷ $86 \times 40\% = 34.4$.

$86 - 34.4 = 51.6$ (.6x30=18).

51 meses y 18 días.

¹⁹⁸ $\$1.468.003.812 \times 40\% = \$587.201.524$

$\$1.468.003.812 - \$587.201.524 = \$880.802.287$.

¹⁹⁹ $86 \times 40\% = 34.4$.

$86 - 34.4 = 51.6$ (.6x30=18)

51 meses y 18 días.

²⁰⁰ CSJ AP1576-201, 2 abr. 2014, rad. 43342; AP4276-240, 30 jul. 2014, rad. 38262; SP124623-2014, 27 oct. 2014, rad. 34282.

imponer a MORENO ROJAS, es palmario que no procede el mecanismo sustitutivo analizado, por lo tanto, se deberá ejecutar la pena privativa de la libertad.

8.2. De la prisión domiciliaria

De acuerdo a la época de la comisión de las conductas por las que se condenará NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS (año 2009), resulta más favorable la aplicación de la norma vigente para ese momento, esto es, lo previsto en el artículo 38 original de la Ley 599 de 2000, pues las posteriores reformas legales al referido instituto restringen su concesión a las personas procesadas y condenadas por delitos contra la administración pública.

El precepto en cita dispone que para la concesión del referido mecanismo sustitutivo de la pena de prisión se debe tener en cuenta los siguientes requisitos:

i) Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos; ii) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena y iii) que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones allí señaladas.

Sin mayores disquisiciones advierte la Sala que en el presente asunto no concurre el elemento objetivo del numeral primero del citado precepto legal, porque la pena mínima

señalada en la ley para el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía por el que será condenado NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS es de 6 años de prisión, circunstancia que de plano hace innecesario que se examinen las demás exigencias previstas en la ley para su concesión y, por el contrario, trae como consecuencia que se niegue la prisión domiciliaria.

9. SOBRE LA ORDEN DE CAPTURA

El artículo 188 de la Ley 600 de 2000 dispone:

«CUMPLIMIENTO INMEDIATO. Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.

Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva» (se subraya).

En relación con el alcance dado a la norma antes transcrita, la Sala de Casación Penal y esta Sala han seguido el criterio expuesto desde la vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991, según el cual, al momento de proferirse fallo de condena sin encontrarse éste aún ejecutoriado, es posible ordenar la captura inmediata del procesado siempre y cuando se encuentre con medida de aseguramiento de detención preventiva vigente sin excarcelación.²⁰¹

Según tal criterio, proferida la sentencia condenatoria y negada su ejecución condicional, quienes se encuentren con detención preventiva en centro de reclusión continuarán en

²⁰¹ CSJ SP, auto de 10 de marzo de 1999, rad. 12.939.

esas circunstancias, pero no por razón de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos efectos se pierden con la sentencia condenatoria, sino para el cumplimiento de la pena impuesta.

Al interpretar el inciso 2° del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, la Corte indicó que quienes no se encontraran con medida de aseguramiento de detención preventiva vigente al momento de proferirse el fallo de condena la situación se tornaba distinta, dado que negado el subrogado de condena de ejecución condicional, la captura solo podrá librarse cuando la sentencia hiciera tránsito a cosa juzgada.²⁰²

En el marco jurídico expuesto y teniendo en cuenta que al resolver la situación jurídica a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS la Sala Especial de Instrucción se abstuvo de imponer medida de aseguramiento, conforme a lo establecido en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, la privación de la libertad se cumplirá una vez cobre ejecutoria la sentencia que aquí se dicta, momento en el que se librarán las respectivas órdenes de captura para el cumplimiento de las penas impuestas en establecimiento de reclusión que designe el INPEC.

10. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES

10.1. Consideraciones generales

²⁰² CSJ. SEP00119-2021, de 1° de oct., rad. 35691 y SEP 00127 de 14 de oct., rad. 53091.

Según lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso en el que se haya acreditado la existencia de perjuicios con fuente en la conducta punible, el juez procederá a liquidarlos con arreglo a lo demostrado y en el fallo condenará al responsable a indemnizarlos.²⁰³

En el mismo sentido el artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella a la víctima o a los ofendidos, como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible.²⁰⁴

Por su parte, el artículo 1613 del Código Civil dispone que la indemnización de perjuicios comprende los conceptos de daño emergente y lucro cesante, entendiéndose «*por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*», en tanto que el lucro cesante es «*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación...*» (artículo 1614).

Al extrapolar el concepto al derecho penal, el daño emergente refiere a las erogaciones económicas efectuadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito, el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio lesionado, el cual no puede fundarse sino en el acervo probatorio allegado al proceso.

²⁰³ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

²⁰⁴ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

Así, la Sala de Casación ha concebido el daño emergente como el perjuicio sufrido en el patrimonio económico de la víctima, derivado de ponderar el valor de los bienes perdidos o su deterioro, y las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo y el lucro cesante, como las ganancias o lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito.²⁰⁵

En cuanto a los perjuicios morales se han reconocido dos modalidades, los subjetivos y los objetivados. Los primeros lesionan el fuero interno de las víctimas y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas, y por lo mismo, no son cuantificables económicamente (artículo 56 del Código Penal) y los segundos, repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agravada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente.²⁰⁶

Por regla general las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos por cuanto no pueden experimentar dolor físico o moral, pero ello no obsta para que se puedan reconocer otros de carácter extra patrimonial que derivan, por ejemplo, de la lesión del buen nombre de la entidad en la medida que aparezcan demostrados en el proceso, los cuales serán resarcibles cuando amenacen concretamente la existencia o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las pongan en franca inferioridad frente a otras de su género

²⁰⁵ Ídem.

²⁰⁶ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

o especie.²⁰⁷

La demostración de los daños para ser liquidados se predica del perjuicio material, quedando el juez con la facultad de fijar los no valorables pecuniariamente, es decir, los morales de carácter subjetivo, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.²⁰⁸

Finalmente ha de decir la Corte que el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo y actual.

Ahora, las cifras que se determinen deben ser indexadas, es decir, deben traerse a valor presente, de tal forma que no pierdan su capacidad adquisitiva. La indexación surge como una repuesta al fenómeno propio de la depreciación de la moneda, con el fin último de que ésta conserve su poder adquisitivo con el paso del tiempo, de tal manera que, en aplicación de principios como los de equidad, justicia, reciprocidad, integridad del pago y reparación integral del daño, el acreedor esté protegido contra los efectos nocivos del paso del tiempo.²⁰⁹

Se ha determinado que para actualizar ese valor se divide el inicial índice de precios al consumidor (IPC) entre el IPC actual. El IPC lo certifica el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

²⁰⁷ Ejusdem.

²⁰⁸ Ibidem

²⁰⁹ C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil, rad. 1564.

Para el daño emergente, el Consejo de Estado, en aras de la indexación, ha diseñado la siguiente fórmula:

$$VR = VH \times IPC \text{ actual} / IPC \text{ inicial}$$

En donde el valor a reintegrar (VR) se determina multiplicando el valor histórico del daño investigado o monto base de indexación (VH) por el resultado de dividir el IPC final (vigente a la fecha de la decisión) por el IPC inicial (vigente al momento de los hechos). El resultado es el daño emergente.

El lucro cesante resulta de calcular cada año el interés sobre el monto del capital actualizado; conforme con el artículo 1617 del Código Civil se aplica el interés legal del 6%, tasa anual efectiva, que corresponde al 0,004867, interés efectivo mensual. La fórmula aplicable es:

$$S = Ra (1 + i)^n$$

Donde el lucro cesante (S) se determina multiplicando el valor actualizado a la fecha presente (Ra) por uno (1) más la tasa de interés mensual prevista en el Código Civil (i), elevado al número de meses transcurridos desde el momento en que se constituyó la obligación.

10.2. Caso concreto

Para determinar las cifras a actualizar en el contrato y convenio objeto de interés en la celebración de contratos y del peculado por apropiación, se tomó como base los siguientes valores y periodos:

Respecto del contrato suscrito con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB, se consideró el valor apropiado de \$1.000.000.000, tomando como fecha inicial 30 de diciembre de 2009, correspondiente a la suscripción del acta de pago del anticipo, y como fecha final el 31 de enero de 2026, por corresponder al último IPC reportado por el DANE.

En relación con el contrato suscrito con la Secretaría Distrital de Integración Social – SDIS, se tomó el valor de \$350.000.000, estableciendo como fecha inicial el 13 de marzo de 2009, correspondiente a la suscripción del contrato, y como fecha final el 31 de enero de 2026, que es la fecha del último IPC reportado por el DANE.

Cálculo Daño Emergente								
Nº	DETALLE	Fecha Hechos (Liquidación Convenio)	Fecha a Actualizar (Último IPC)	VALOR A ACTUALIZAR	ÍNDICE DANE		INDEXACIÓN	VALOR INDEXADO
					Fecha Hechos	Fecha Final		
				VH - Valor Histórico	IPC Inicial	IPC Final	$\frac{VP}{VH}$ Indexado (-) Vir Histórico	$VP = VH \cdot \left(\frac{IPC F}{IPC I} \right)$
1	Acueducto - EAAB	30/12/2009	31/01/2026	1.000.000.000	71,20	154,07	1.163.904.494	2.163.904.494
2	Secretaría Distrital - SDIS	13/03/2009	31/01/2026	350.000.000	71,15	154,07	407.898.805	757.898.805
TOTAL								2.921.803.300

(*) Fuente: Información Estadística DANE- Índices serie de empaque años 2003 - 2026, actualizado el 06 febrero de 2026

Cálculo Lucro Cesante						
Nº	Contratos	Fecha Hechos	VALOR INDEXADO (Ra)	Interés Mensual (a+I) ⁹	Lucro Cesante (Valor Interés Dinero)	Total Daño Emergente + Lucro Cesante
1	Acueducto - EAAB	30/12/2009	2.163.904.494	2,59	3.436.758.475	5.600.662.970
2	Secretaría Distrital - SDIS	13/03/2009	757.898.805	2,71	1.298.636.289	2.056.535.094
TOTAL			2.921.803.300		4.735.394.764	7.657.198.064

Al aplicar las fórmulas correspondientes, se determina que el daño emergente asciende a la suma de \$2.921.803.300.00 y el lucro cesante a \$4.735.394.764.00 para un total de daños materiales por valor de \$7.657.198.064.00., atribuibles a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, por los conceptos previamente detallados y actualizados al 31 de enero de 2026.

Por las razones expuestas se le condenará a indemnizar al Distrito por el daño patrimonial a él irrogado en cuantía de siete mil millones seiscientos cincuenta y siete mil ciento noventa y ocho sesenta y cuatro pesos (\$7.657.198.064.00), suma que deberá ser cancelada una vez cobre ejecutoria la presente decisión.

Las conductas delictivas no tuvieron la aptitud de disminuir la capacidad productiva o laboral del Distrito o poner en peligro su existencia²¹⁰, razón por la que no se condenará al pago de *perjuicios morales* por cuanto no aparece en el proceso que éstos hayan sido causados.

11. COSTAS, EXPENSAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Esta Sala²¹¹ ha determinado que no existe discusión alguna que el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, señala que en la sentencia condenatoria, además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

Se advierte que ante la gratuidad que rige el proceso penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 6° de la Ley 270 de 1996, es evidente que dentro de este no puede cobrarse arancel alguno en su procedimiento, pero ello por supuesto no implica como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-037- 1996, que dicho principio irradie a aquellos *“gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes”*, por lo tanto,

²¹⁰ Cfr. CSJ SP 18 febrero 2003, rad. 16262.

²¹¹ Cfr. CSJ SEPO79-2021, rad. 47494.

reconoce que la mayoría de las legislaciones contemplan la condena en costas en la medida que estos gastos fueron necesarios para obtener la declaración de un derecho, pues *“se trata (...), de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal”*.

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexecutable la expresión *“que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas”*, pues consideró que era responsabilidad del legislador definir *“en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales”*.

Para el caso que aquí interesa, la Ley 600 de 2000 contempla como posible la liquidación de costas procesales²¹², las que se conforman por dos rubros distintos, las expensas y las agencias en derecho, entendidas las primeras como *“los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo”*²¹³, definición que se acompasa con la reconocida por la Sala de Casación Penal, pues se predica que estas son los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores,

²¹² Cfr. CSJ SEPO79-2021, rad. 47494. Se citó: *“A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso”*.

²¹³ Cfr. CSJ SEP079-2021, rad. 47494. Se citó: *“Sentencia C-089-2002”*. Ibidem.

los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, publicaciones²¹⁴.

Y, las segundas, es decir, las agencias en derecho son la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora²¹⁵, así también descrita por la alta Corte, pues de ellas indica son los pagos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión²¹⁶.

Se precisa que la condena en costas no es el resultado de un obrar temerario o de mala fe de la parte condenada sino el resultado de su derrota en el proceso o recurso propuesto, por ello, al momento de liquidarlas tanto las agencias en derecho como las costas son los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia.²¹⁷

En este caso, si hubiere lugar a estos -costas por agencias en derecho y expensas-, de conformidad con lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, el camino para adelantar el trámite para reconocerlas y fijarlas será el previsto en el Código General del Proceso descrito en los artículos 365 y 366, ello por vía de integración tal como lo ordena el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.²¹⁸

²¹⁴ Cfr. CSJ SEP079-2021, rad. 47494. Se citó: "CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018".

²¹⁵ Cfr. CSJ SEP079-2021, rad. 47494. Se citó: "Sentencia C-089 de 2002".

²¹⁶ Ibidem

²¹⁷ Cfr. CC C-157-2013. Artículos 365 y 366 del CGP.

²¹⁸ Cfr. Según criterio de esta Sala contenido en CSJ SEP077-2023, rad. 00542: "Su fijación es privativa del juez, quien no goza de amplia libertad en materia de su señalamiento, al someterse a los criterios establecidos en el numeral 4° del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, los cuales le imponen el deber de guiarse por las tarifas

Corolario de lo anterior, en este caso sería necesario el reconocimiento de tales derechos y luego dar inicio a un trámite incidental que tiene lugar después de ejecutoriada la sentencia, empero, como ni siquiera se presentó demanda de constitución de parte civil, la Sala no emitirá condena al pago de expensas ni agencias en derecho.

12. Otras determinaciones

12.1. Para la ejecución de la condena, la actuación será enviada al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

12.2. Se dará cumplimiento a lo previsto por el artículo 472-2 de la Ley 600 de 2000.

12.3. También se comunicará lo resuelto a la Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación, para la actualización de sus respectivas bases de datos.

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

RESUELVE

PRIMERO-. CONDENAR a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, de condiciones personales y civiles antes consignadas

establecidas por Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos 1887 y 2222 de 2003, siempre y cuando "aparezcan comprobados", como lo establece el artículo 366, numeral 3° del Código General del Proceso".

como determinador de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía en concurso homogéneo sucesivo y heterogéneo contemplados en los artículos 409 y 397-2 del Código Penal, por las razones expresadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO-. CONDENAR a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS a las siguientes penas principales: de cincuenta y un **(51) meses** dieciocho **(18) días de prisión, inhabilitación** para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cincuenta y un **(51) meses** dieciocho **(18) días** por el concurso de interés indebido en la celebración de contratos e intemporal por el concurso de peculado por apropiación y, **multa** de ochocientos ochenta millones ochocientos dos mil doscientos ochenta y siete pesos **(\$880.802.287.20)** que deberá pagar a favor del Tesoro Nacional, según las previsiones del artículo 42 del Código Penal modificado por el artículo 6° de la ley 2197 de 2022.

TERCERO-. NEGAR a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS los mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la pena privativa de la libertad y prisión domiciliaria, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. Por tanto, deberá descontar la prisión impuesta en el establecimiento penitenciario que para el efecto designe el INPEC.

CUARTO-. DISPONER que el condenado **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS** siga gozando de su libertad por razón de este proceso hasta tanto cobre ejecutoria el presente fallo, conforme

a lo expuesto en el numeral 9° de este pronunciamiento.

QUINTO-. CONDENAR a **NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS** al pago de daños y perjuicios a favor del Distrito por el daño patrimonial irrogado en cuantía de siete mil millones seiscientos cincuenta y siete mil ciento noventa y ocho sesenta y cuatro pesos (\$7.657.198.064.00), valor que deberá ser actualizado al momento de su efectivo pago.

SEXTO-. DECLARAR que no hay lugar a condena de costas y agencias en derecho.

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

OCTAVO-. Comuníquese esta decisión al Ministerio de Justicia y del Derecho, para efecto del recaudo de las multas impuestas.

NOVENO-. Contra esta decisión procede el recurso de **apelación**, para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese y cúmplase,

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado
Aclaración de voto

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2026



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO

Radicado No. 35215

CUI: 11001020400020100258301

NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil veintiséis (2026).

El suscrito Magistrado procede a consignar las razones que me llevan a aclarar el voto respecto de la postura de la Sala Mayoritaria, que predica cumplido el grado de conocimiento requerido en la etapa procesal en que se transite (situación jurídica o para acusar), para condenar, con el mínimo de prueba que se cuente en los eventos de terminación anticipada del proceso, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Soy del criterio ya conocido por la Sala y admitido incluso por esta Corporación¹, que no obstante la aceptación de responsabilidad expresada por el procesado, es menester con el propósito de garantizar plenamente su derecho a la presunción de su inocencia, verificar que del plenario surja la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado, tal como sucede en los procesos que terminan a través del trámite ordinario.

¹ SEP00029-2021 de 10 de marzo de 2021, Rdo. 00003; SEP00064-2021 de 24 de junio de 2021, Rdo. 00300; SEP00076-2021 de 29 de julio de 2021, Rdo. 52892

Ello porque para dictar el fallo en los eventos de sentencia anticipada, es deber del juez verificar que no haya habido violación de garantías fundamentales según expresamente lo prevé el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, por lo que le corresponde constatar además de la aceptación de cargos, que las pruebas con que cuenta el proceso le transmitan la certeza de la responsabilidad del procesado y que no haya habido transgresión de ningún derecho o garantía esencial.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado que la terminación del proceso por sentencia anticipada implica, no solo que el sindicado acepte íntegramente su responsabilidad sino exista plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y sobre la responsabilidad de este.

«La institución de la sentencia anticipada, implica renunciaciones mutuas del Estado y del sindicado: la renuncia del Estado a seguir ejerciendo sus poderes de investigación, y la del imputado a que se agoten los trámites normales del proceso, a la controversia de la acusación y de las pruebas en que se funda. El Estado reconoce que los elementos de juicio aportados hasta ese momento son suficientes para respaldar un fallo condenatorio que debe partir de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, certeza que se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado. La aceptación de los hechos obra como confesión simple».²

Así entonces, en lo atinente a los casos de sentencia anticipada el grado de conocimiento a que deben llevar los

² SU.1300/01 de 06 de diciembre de 2001

medios de prueba recaudados en la actuación junto con la manifestación libre y voluntaria de admitir los cargos endilgados, en mi criterio, debe ser el de certeza sobre la responsabilidad del procesado, para poder dar por desvirtuada la presunción de inocencia, y no como lo sostiene el proyecto uno de carácter reducido de acuerdo con el momento procesal por el que se transite.

Importa recordar que al tenor del artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso en general se aplica a todo tipo de actuación judicial o administrativa. En particular, considera que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable, lo cual implica que cualquier persona es esencialmente inocente partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso con plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad³. En este sentido la presunción de inocencia se constituye en regla básica para la carga de la prueba⁴.

Adicionalmente, este principio ha sido consagrado en diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 prevé que: *«Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa»*.

³ Corte Constitucional Sentencia C-205 de 2003

⁴ *Ibidem*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el canon 8º, prescribe: *«toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)»*, y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el inciso 2 del precepto 14, estipula: *«toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley»*.

Para la Corte Constitucional este principio constituye uno de los principales mecanismos de defensa de la libertad, pues solo cuando se haya demostrado la comisión del delito, esto es, con la convicción o certeza más allá de una duda razonable.

Así lo sostuvo en la sentencia C-121 de 2012⁵:

“La presunción de inocencia constituye uno de l[os] principales mecanismos de defensa de la libertad de los ciudadanos, pues impide que sean sancionados de manera arbitraria y asegura que solamente puedan serlo luego de que se haya demostrado que han cometido un delito o una conducta ilícita (para el caso de sanciones administrativas) en un proceso rodeado de todas las garantías, las cuales buscan proteger al ciudadano [de] los abusos del poder punitivo del Estado. [...]”

La enervación de la presunción de inocencia requiere entonces que se demuestre la culpabilidad del individuo, la cual se orienta por tres principios. (i) El principio de responsabilidad de acto, pues en un Estado Social de Derecho “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”. (ii) La responsabilidad derivada de la comisión de delitos es subjetiva, pues no hay acto sin voluntad, lo cual exige la configuración del elemento subjetivo del delito. Y (iii) se debe tener en cuenta el grado de culpabilidad para imposición de la pena, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad. Es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

[...], la presunción de inocencia implica que la carga de demostrar la culpabilidad de la persona recae en el Estado:

⁵ Posteriormente reiterada en las Sentencias C-003 y 342, ambas de 2017

“En un Estado Social de Derecho corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori”

De esta manera, para ser desvirtuada la presunción de inocencia se requiere la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Por lo anterior, en virtud de este axioma se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado; a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica.” [...]

En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Observación General 32, realizada en Ginebra del 9 al 27 de julio de 2007, señaló que la presunción de inocencia *«impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. [...]»*, criterio reiterado entre otras determinaciones, en las Comunicaciones n.º 2414/2014 [demanda de I.D.M contra el Estado Colombiano] y, n.º 2120/2011 [demanda de Lyubov Kovaleva y Tatyana Kozyar contra el Estado Belarús].

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en múltiples y diferentes pronunciamientos, ha destacado la necesidad de garantizar la presunción de inocencia en las actuaciones judiciales. Ejemplo de ello son los casos de Benavides contra Perú al sostener que este principio encierra la garantía relativa a que ninguna persona puede ser condenada

mientras no concorra prueba plena de su responsabilidad penal; el de Ricardo Canese contra Paraguay, calificándolo como un elemento esencial del derecho de defensa que implica que el acusado no está obligado a demostrar su inocencia, y en el de López Mendoza contra Venezuela, pregonando que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, por lo tanto, la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado.

En el caso Zegarra Vs. Perú, sentencia del 15 de febrero de 2017, determinó el alcance del principio de presunción de inocencia, en los siguientes términos:

“El artículo 8.2 de la Convención dispone que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por ello, la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada.

122. *En relación con lo anterior, el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías. Por lo que sí “obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. Debe recordarse que “[l]a falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia”. En este sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.*

123. *Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora. Es más, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa.*

124. En este sentido, la Corte estima que la presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deban fallar [con un criterio] más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado.”

Siguiendo estos conceptos aceptados internacional e internamente, el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, prescribe que solo es posible proferir sentencia condenatoria cuando las pruebas transmitan al fallador la certeza sobre los elementos de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

Armónicamente el artículo 238 del mismo ordenamiento adjetivo, perpetua que el acervo probatorio debe ser ponderado en su integralidad de cara a los postulados de la sana crítica, esto es, la lógica, las máximas de la experiencia y de las ciencias, y los conocimientos científicamente afianzados, asignándole siempre razonadamente a cada medio de prueba, el mérito que conforme a lo anterior le corresponda, a fin de determinar las condignas consecuencias jurídicas.

Es incontrastable, entonces que al no cumplir con estas condiciones para proferir sentencia condenatoria se estaría afectando el principio y derecho fundamental de presunción de inocencia, como integrante del derecho al debido proceso.

En mi parecer ese mismo entendimiento es el que transmite la redacción del inciso 3° del artículo 327 de la Ley 906 de 2004 relativa a que debe verificarse la existencia de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación

en la conducta y su tipicidad.

En efecto, considero, que si el referido artículo 327 *ibidem* prescribe que los preacuerdos realizados entre los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, solo proceden si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, sin que se pueda comprometer la presunción de inocencia; de ello se extrae con claridad que para proferir fallo de condena se requiere que el mínimo de prueba recaudado hasta ese momento, aunado a la aceptación de cargos, demuestre más allá de toda duda razonable la responsabilidad del procesado, justamente para evitar que inocentes que han aceptado los cargos resulten condenados; siendo esa la única forma como se puede conservar intangible el principio de presunción de inocencia como lo define el artículo 7° del Código Penal, norma rectora que es de obligatorio acatamiento al interpretar las disposiciones del Ordenamiento Procesal Penal.

Así lo ha sostenido el Alto Tribunal Constitucional, en Sentencia C-775 de 2003:

“Estas normas contienen los postulados básicos, la filosofía y la orientación del sistema penal, y están destinadas a regir y guiar la interpretación y aplicación de las normas penales, de tal manera que los diversos desarrollos guarden plena coherencia con estos postulados.

Por su diseño estas disposiciones tienen una gran generalidad, sin que entren a determinar elementos específicos de sus regulaciones, porque precisamente están dirigidas a servir de guía y orientación, irradiando las demás disposiciones de los códigos a las que pertenecen, al propio tiempo que señalan su sentido y alcance. Cobrando plena relevancia práctica cuando se las interpreta de manera sistemática con las disposiciones especiales que están llamadas a incidir e influenciar. De ahí que su lectura aislada pueda suscitar comprensiones erróneas. Por el contrario, si se integran a las codificaciones de

las cuales hacen parte, brindan total coherencia y sentido...

Con mayor razón, se reitera, si este principio ostenta el estatus de garantía fundamental del debido proceso como lo viene repitiendo la Corte Constitucional, prueba de ello es que en la sentencia C – 342 de 2017, sostuvo que «[...] *la presunción de inocencia es un principio constitucional, un derecho fundamental y una de las garantías del debido proceso, de acuerdo con la cual, la persona sometida a proceso penal deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario, a través de un proceso adelantado con observancia de todas las garantías de las que es titular, en el que se le haya declarado judicialmente responsable mediante sentencia ejecutoriada*».

De igual forma, en la Sentencia C-774 de 2001, reiteró [...] *en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querella o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado*.

En consecuencia, es equivocado sostener que las formas de terminación anticipada, previstas en los dos códigos de procedimiento penal vigentes, demandan estadios de conocimiento menores al que se pregona para la sentencia ordinaria, toda vez que en ambas se debe exigir la demostración más allá de toda duda razonable de la responsabilidad del

procesado, que es el producto de la demostración de la convergencia de las categorías de la conducta punible, esto es, la tipicidad (tipos objetivo y subjetivo), la antijuridicidad y la culpabilidad.

Lo correcto, en mi sentir, es interpretar el artículo 327 del procedimiento penal de manera sistemática y teleológica con los artículos 29 de la Carta, 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7, 380 y 381 de la Ley 906 de 2004; a fin de materializar la garantía superior a la presunción de inocencia, entendiendo que la prueba mínima requerida, de acuerdo con el momento procesal por el que se transite, alude es a la necesidad de que concurren pruebas que al ser valoradas con la aceptación de cargos le transmitan al juez más allá de toda duda la responsabilidad del procesado; y no como lo sostiene la mayoría que alude al mínimo de conocimiento sobre la responsabilidad penal, según la etapa procesal en que el allanamiento se produce, que si es en la imputación (posibilidad) y en la acusación (probabilidad), porque con esa intelección se vulnera el presunción de inocencia prohiendo que personas inocentes por intereses económicos o por otros motivos, acepten cargos para exonerar al verdadero responsable; argumentos aplicables al Código de Procedimiento Penal de 2000.

Criterio idéntico al sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1195 de 2005:

“Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere

que sea típica, antijurídica y culpable...en consecuencia, el juez solo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito...En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último no resulta quebrantada por la expresión que se examina...

Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquél es su autor o participe.

En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida conforme a los criterios consagrados en la misma ley y en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del artículo 381 ibidem, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juico...

Adicionalmente, considero necesario resaltar que si bien el artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 2°, faculta al Congreso de la República como legislador primario para «expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones», y por tanto, goza de amplia libertad para definir «el procedimiento en los procesos, actuaciones y acciones originadas en el derecho sustancial»⁶, ésta se encuentra limitada por el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás

⁶ Corte Constitucional Sentencias C-1512 de 2000, C-1104 de 2001, C-426 de 2002, C-318 de 2003, C-798 de 2003, C-899 de 2003, C-1091 de 2003 y C-039 de 2004, entre otras.

normas constitucionales⁷.

Igualmente, en relación con la legislación en materia de procedimiento y concretamente en la probatoria la Corte Constitucional en Sentencia C-496 de 2015, destacó que se encuentra restringida por la prohibición de transgredir los principios y derecho superiores, así:

“En este sentido, los límites establecidos en la Constitución para la legislación en materia de procedimiento y probatoria, se ven desde una perspectiva positiva y otra negativa: la necesidad de garantizar el cumplimiento de determinados propósitos u objetivos constitucionales y la prohibición de transgredir principios o derechos superiores. Lo anterior implica que se deje a la voluntad del legislador el señalamiento de: (i) los medios probatorios dentro del proceso, (ii) los requisitos y ritualidades de su práctica, (iii) las exigencias procesales para aportarlos y (iv) los principios a los cuales se somete su valoración, lo que no implica la concesión de un permiso para desconocer principios o normativa superior.

Igualmente se ha indicado que la valoración de constitucionalidad de configuración legislativa en materia procesal y probatoria, debe partir del entendido de la amplia potestad discrecional con la que cuenta el legislador; además de tener conocimiento que la violación de la Constitución puede generarse por el desconocimiento de límites negativos y finalmente que el desconocimiento de estos últimos puede efectuarse por acción u omisión del legislador.”

Del mismo modo, así el Alto Tribunal Constitucional en diferente y reiterada jurisprudencia⁸ haya señalado que el ejercicio del debido proceso no es absoluto, en la medida que puede ser objeto de limitaciones necesarias para la realización de otros principios superiores o garantizar otros derechos fundamentales con los que pueda verse confrontados, ello no puede considerarse de la presunción de inocencia pues frente a ella, la guardiana de la Carta en Sentencia C-774 de 2001,

⁷ Corte Constitucional Sentencias C-496 de 2015 y C-012 de 2002.

⁸ Corte Constitucional Sentencias C-648 de 2001, C-154 de 2004, C-154 de 2004, entre otras.

determinó que no admite excepción y permanece incólume durante toda la etapa de investigación y de juicio:

“La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4° de la Constitución Política, mandato por el cual: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”

Ahora si bien es cierto la Sala de Casación Penal⁹ ha sostenido que «el estándar de conocimiento para proferir sentencia condenatoria en los casos de terminación anticipada del proceso por aceptación de cargos en allanamientos y preacuerdos corresponde a la inferencia razonable de autoría o participación (imputación), o probabilidad de verdad (acusación),

⁹ Cfr. CSJ SCP SP2491-2024, 11 Sep. 2024, rad. 62354.

según el caso, en el marco de un mínimo de elementos materiales probatorios, y no al conocimiento más allá de toda duda (producto de la práctica probatoria en el juicio oral)», ello en manera alguna compromete la exigencia constitucional de que la evidencia recaudada, junto con la aceptación libre y voluntaria de la responsabilidad penal de parte del acusado, transmitan al juzgador la certeza de haber quedado desvirtuada la presunción de inocencia, presupuesto indispensable de un fallo de condena.

Mi discrepancia con dicho razonamiento estriba principalmente en cuanto a que se afirma que en los casos de terminación anticipada del proceso la sentencia condenatoria se debe fundar con base en el estándar de conocimiento requerido para formular imputación o acusación, según el momento procesal en que el allanamiento o el preacuerdo se presenten, toda vez que a mi modo de ver resultan confundidos los grados de conocimiento requeridos para adoptar las decisiones intermedias del proceso tanto en la ley 600 de 2000 como 906 de 2004 con los que la legislación nacional e internacional exigen para emitir un fallo de condena, pues una cosa es que el acusado renuncie a su derecho de controvertir la evidencia recaudada por la Fiscalía en la fase de investigación a cambio de obtener una rebaja sustancial de la pena que habría de corresponderle si el juicio se adelanta hasta el proferimiento del fallo, y otra diversa a que esta no deba ser suficiente para acreditar más allá de toda duda la realización de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado, de suerte que la presunción de inocencia aparezca debidamente desvirtuada.

Es por eso que bajo la egida de la Ley 600 es presupuesto indispensable para efectos de dictar el fallo en forma anticipada, reitero, que además de la aceptación expresa de los cargos por parte del procesado, existan los suficientes elementos de juicio que respalden una sentencia condenatoria, pues es apenas lógico que si dichas exigencias no se satisfacen no tiene cabida dicha medida ya que no hay lugar a dictar sentencias anticipadas absolutorias.

De acogerse como verdad de perogrullo la tesis que propugna por la posibilidad de emitir fallos de condena anticipados pese a la precaria información que la evidencia recaudada suministra, que conlleva como grado de conocimiento la posibilidad o probabilidad de la responsabilidad y no la certeza, daría lugar inclusive a emitir sentencias de condena basadas en la incertidumbre de lo realmente sucedido, o la de defraudar a la administración de justicia protegiendo a los verdaderos responsables de la conducta investigada, sea por miedo, amenazas, paga o promesa remuneratoria, sin que el juez tenga posibilidad de improbar los allanamientos o los acuerdos que en tales condiciones se producen.

En este orden, como la presunción de inocencia tiene un alcance de derecho fundamental y de norma rectora en el procedimiento penal y, el legislador a pesar de su amplia libertad para definir se encuentra limitado por el respeto a los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales, las autoridades judiciales tienen la carga de comprobar la responsabilidad penal del procesado, con el convencimiento o

certeza más allá de una duda razonable, indistintamente de que se produzca terminación adelantada del proceso por sentencia anticipada, aceptación de cargos del procesado, por iniciativa propia o por la celebración de acuerdos con la Fiscalía o, el implicado haya sido vencido en juicio. En caso contrario, como lo dijo la guardiania de la Carta en el último proveído, se quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública, y de paso, también podría originar responsabilidades.

En suma, es obvio que el proceso abreviado no pueda variar la estructura básica del proceso y dentro de ella los grados de conocimiento que preservan la presunción de inocencia en cualquier tipo de proceso, la posibilidad, la probabilidad y finalmente la demostración de la responsabilidad más allá de toda duda razonable.

En estos términos dejo sentada mi discrepancia con las partes del fallo destacadas.

Con toda consideración,

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado