

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

AP1508-2020

Radicado #56641

Acta 145

Bogotá, D. C., quince (15) de julio de dos mil veinte (2020).

Vistos:

Se pronuncia la Sala acerca de los impedimentos manifestados por los Magistrados Patricia Salazar Cuéllar, Eugenio Fernández Carlier y Hugo Quintero Bernate.

Antecedentes:

1.- El defensor de Alvaro Dávila Peña interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de agosto de 2019, mediante la cual confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Alvaro Dávila Peña como autor del delito de concierto para delinquir agravado e interviniente en el concurso homogéneo de conductas punibles de interés indebido de celebración de contratos.

Los hechos de que trata la sentencia mencionada, relacionados con el llamado carrusel de la contratación en la ciudad de Bogotá, se sintetizan así:

El 8 de octubre de 2007, Samuel Moreno Rojas fue elegido alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, para el periodo constitucional comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de

diciembre de 2011. Desde antes de posesionarse, el alcalde y su hermano Iván Moreno Rojas, Alvaro Dávila Peña, Emilio José Tapia Aldana, Héctor Julio Gómez, Manuel Sánchez Castro y Andrés Cardona Laverde, entre otros, se reunieron con el fin de aprovechar ese cargo oficial para manipular la contratación pública distrital. Ese propósito suponía ejecutar otra serie de delitos contra la administración pública para garantizar la perfecta ejecución del plan.

Aprovechando su influencia ante la administración, el abogado Alvaro Dávila Peña propició varias reuniones en sus oficinas y en las de Emilio Tapia Aldana en la ciudad de Bogotá, y otras en la ciudad de Miami, con Emilio Tapia Aldana, Héctor Julio Gómez, Miguel Eduardo y Francisco Nule Velilla, Guido Nule Merino, Mauricio Antonio Galofre Amín, Luis Eduardo Montenegro e Iván Moreno Rojas, con el fin de acordar detalles y pormenores inherentes a la obtención de la contratación ilegal.

En desarrollo el acuerdo y en convenio con los hermanos Moreno Rojas, los contratistas mencionados, y Liliana Pardo Gaona, Inocencio Meléndez, Aldemar Cortés Salinas, Geovanni Adolfo Arenas Beltrán, Ana María Ospina y Luis Eduardo Montenegro, funcionarios de primer nivel del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, intervino en la gestión ilegal de los contratos 071 y 072 de 2008 para la rehabilitación de la malla vial de la ciudad capital, en los de interventoría 091 y 093, y en el concurso de méritos 013 de la misma anualidad, todos convocados por el instituto Distrital.

Entre sus aportes a la causa ilícita estaba la obtención de información reservada de las licitaciones para que fuera examinada con antelación por empleados de confianza de Emilio Tapia, Julio Gómez y el Grupo Nule, con el fin de que hicieran los ajustes para garantizar la adjudicación a las uniones temporales y consorcios en los que participaban el Grupo Nule, Julio Gómez y Emilio Tapia Aldana.

De esta manera se logró la adjudicación ilegal de los contratos:

(i).- Número 071 a la Unión Temporal GTM, constituida por la Empresa Constructora Inca Ltda., Translogistic S.A., y Grandi Labori Fincosit SPA.

(ii).- Número 072 a la Unión Temporal Vías de Bogotá 2009, conformada por las Empresas Cotsco Ingeniería Ltda., Bitácora Soluciones.

(iii).- Contrato número 091 de interventoría al consorcio TMK vial, integrado por Tecniconsulta S.A., Maquinaria Ingeniería y Construcción, y KHB Ingeniería Ltda.

(iv).- Contrato número 093 al Consorcio Pro-3, conformado por las firmas Prointec S.A., Proyteco y Proenza Consultores.

Según el acuerdo, Alvaro Dávila Peña recibiría el 8% del valor de los contratos de obra y el 10% del valor de los de interventoría, dinero que el llamado Grupo Nule pagaría al recibir el anticipo de los mismos, con el fin de cancelar la cuota correspondiente a los hermanos Moreno Rojas, a funcionarios que intervinieron en el amañado trámite, y a los encargados del control del proceso contractual.

2.- Los Magistrados Patricia Salazar Cuéllar, Eugenio Fernández Carlier y Hugo Quintero Bernate manifiestan su impedimento para intervenir en el trámite casacional.

Lo hacen con fundamento en la causal prevista en el numeral 4 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Los dos primeros aducen que como integrantes de la Sala número Tres de Instrucción de la Sala de Casación Penal, manifestaron su opinión sobre los hechos de que trata el presente asunto dentro del proceso 34282 A, al acusar a Néstor Iván Moreno Rojas.

Para sustentar sus afirmaciones traen a colación los hechos juzgados en el proceso indicado, que son a su juicio bastante dicentes y demostrativos de la causal que invocan

para separarse del proceso.

Explican que en la resolución acusatoria la Sala de Instrucción concluyó que:

el “ex senador Moreno Rojas se concertó con un grupo de personas, entre ellos un ex alcalde de Bogotá, algunos contratistas, concejales, funcionarios públicos y particulares, dentro los que se incluyó a Alvaro Dávila Peña, para manipular la contratación del Distrito Capital y favorecer a determinados contratistas a cambio de dinero y otras prebendas.

En concreto:

Le hizo saber, adicionalmente, que habían constituido un combo integrado por Emilio Tapia, Alvaro Dávila y Julio Gómez para cuadrar todos los negocios a nombre del alcalde, y de lo que se ganaran participaría el primer mandatario de la capital.

La apreciación conjunta de éstos medios de prueba, creíbles para la Sala debido a su coherencia, uniformidad, sinceridad y por contener relatos detallados de los hechos, características que se encuentran en personas que los han vivenciado y dicen la verdad, máxime cuando provienen de sus principales protagonistas, demuestra a la Sala la ocurrencia de esta conducta y su adecuación típica en el delito de concierto para delinquir en modalidad agravada por dirigirse, entre otros propósitos, a cometer el delito de enriquecimiento ilícito descrito por el artículo 340 inciso segundo del Código Penal, modificado por el canon 19 de la Ley 1121 de 2006, y por actuar el procesado organizando, dirigiendo el concierto ilegal, al tenor del inciso final de éste precepto.

En concreto, hasta el momento el caudal probatorio analizado denota que éste grupo de personas, dirigido, entre otros, por Néstor Iván Moreno Rojas, crearon la organización, acordando genéricamente la comisión de delitos indefinidos de manera permanente y en tanto perviviera la asociación, con el objetivo, entre otros, de incrementar sus patrimonios económicos ilícitamente para invertir, en lo que al sindicato atañe, en venideras campañas

políticas para permanecer en el Congreso de la República.

(...)

Al ponderar en conjunto estos medios de prueba, la sala concluye que hasta este momento converge la exigencia procesal requerida para proferir resolución de acusación en contra del aforado como probable autor del delito de concierto para delinquir agravado y determinante de los punibles de cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos.

En esa labor no puede soslayar que la investigación viene demostrando la tipificación de un concierto general entre varias personas a fin de enriquecerse ilícitamente por medio de la manipulación de la contratación pública en el Distrito Capital, conformada, entre otros, por el ex senador Néstor Iván Moreno Rojas, algunos contratistas que contribuyeron económicamente a la campaña, entre otros Héctor Julio Gómez González, Emilio tapia Aldana, Alvaro Dávila y Manuel Sánchez, concejales de Bogotá y Congresistas afectos a él políticamente y otros particulares, en cuyo propósito habrían convenido en vincular en los puestos directivos de las diferentes entidades locales personas de su confianza para adjudicar los contratos a las empresas en las cuales tenían interés...” (Resaltados en el texto)

Es claro, entonces, dicen los Magistrados, que emitieron una opinión sobre hechos relacionados con los que hoy se juzgan, por lo cual se configura la causal de impedimento que aducen para separarse del conocimiento del caso.

El Magistrado Hugo Quintero Bernate, por su parte, aduciendo la misma causal, manifiesta que su impedimento surge por haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto que la Sala debe decidir. Explica que Alvaro Dávila Peña requirió sus servicios profesionales cuando se desempeñaba como abogado litigante para interponer el recurso de casación contra la decisión del Tribunal que ahora la Corte debe resolver. Aun cuando la gestión no se concretó, dice el Magistrado, estudio el proceso y emitió su concepto, de manera que se

cumplen los presupuestos para declarar su impedimento en este caso.

Se Considera:

1.- Los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional asumen la independencia y la imparcialidad judicial como presupuesto del debido proceso.¹ Por lo mismo, se afecta el debido proceso y la legitimidad de la decisión cuando el juez se encuentra en situaciones objetivas, excepcionales y expresamente descritas en la ley, que de mantenerse no garantizan la adjudicación independiente e imparcial de la justicia en derecho.

Para evitar situaciones que afectan la imparcialidad, en el artículo 99 de la ley 600 de 2000 se consagran nueve causales, una de las cuales, la cuarta, dispone que es causal de impedimento:

“Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.” (Se subraya)

La causal que esgrimen los Honorables Magistrados Patricia Salazar Cuéllar y Eugenio Fernández Carlier es la última, es decir, haber “manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”, debido a que en la actuación que les correspondería conocer se involucran situaciones que en su opinión fueron analizadas en el proceso radicado con el número 34282 A, en el cual intervinieron hasta la calificación de la investigación.

El Magistrado Hugo Quintero Bernate, por su parte, lo hace por haber dado su opinión o consejo cuando ejercía su profesión de abogado como litigante.

2.- Acerca de la “opinión en el asunto materia del proceso” como causal de impedimento, la Corte ha reiterado la necesidad de que en cada caso concreto se indiquen puntualmente las razones por las cuales se considera afectada la imparcialidad, la independencia o el

equilibrio frente a la solución del problema puesto a su conocimiento. Es decir, se deben especificar las circunstancias en las cuales se produjo la participación dentro del proceso o se manifestó la opinión respecto del asunto. También, en el evento en que se hubiese realizado valoración probatoria o analizado información susceptible de convertirse en prueba, la precisión de cómo y de qué manera dichas apreciaciones inciden en el ánimo del juzgador al conocer el asunto en actuaciones posteriores, frente al o los implicados, o frente a situaciones concretas por resolver. 2

Acerca de esta causal, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

(i).- Inicialmente sólo se consideraban como causal de impedimento las opiniones externas al proceso emitidas por el Juez que imposibilitaran su posterior actuación, siempre y cuando no se profirieran en desarrollo de las funciones, sino como particular.³

(ii).- Después se especificó que la única circunstancia frente a la cual, en cumplimiento de sus funciones, el Juez debía apartarse del conocimiento de un asunto, se relacionaba con haber dictado la providencia cuya revisión se trata.⁴

(iii).- Luego se estableció que, por vía excepcional, también se configuraba la causal cuando se ordenaba compulsar copias para adelantar una investigación penal y en la decisión en que esta se adoptaba, se habían emitido juicios “respecto de la conducta delictual y la responsabilidad penal del implicado” o “sobre aspectos puntuales del asunto”, sin importar que esto hubiese ocurrido excediendo las funciones o en desarrollo de las mismas.⁵

(iv).- Finalmente la Sala optó por unificar una postura en la que aparecen dos escenarios: uno, expresar opiniones en contextos diferentes al ejercicio de las funciones judiciales (Procedencia General) y dos, emitir opiniones en desarrollo de funciones judiciales pero fuera del proceso en el que se manifiesta el impedimento (Procedencia Excepcional).

Respecto del contenido material en la Procedencia General, se estableció que la existencia

del impedimento sólo sucede frente a una opinión “sustancial, vinculante y de fondo y no, general y abstracta”⁶, es decir que se refiera a lo esencial, a lo más importante de un asunto, al fondo de la pretensión o de la relación jurídico material que se debate y, además, que el juez que la emitió quede “unido, atado o sujeto a ella de modo que en adelante no pueda ignorarla o modificarla sin incurrir en contradicción”.⁷

De igual manera, en relación con el contenido material en la procedencia excepcional, se determinó que además de que la opinión se refiera a un asunto sustancial y tenga característica vinculante, debe estar relacionado con las determinaciones fácticas ligadas en el marco de la imputación y el Juez “haya anticipado, en otro asunto, juicios concretos de responsabilidad penal contra quien se dirige la acción en el proceso en el cual se tramita el incidente de impedimento o recusación, circunstancia que encuentra, además, plena justificación penal propendiendo por la seguridad jurídica⁸”.

3.- Con estas precisiones, en el caso de los Magistrados Patricia Salazar Cuéllar y Eugenio Fernández Carlier, tratándose de un impedimento de procedencia excepcional, un cotejo formal de los supuestos fácticos que se deben analizar al decidir el recurso de casación y los evaluados en el proceso 34282 A en el cual actuaron como Magistrados Instructores, permite concluir que se trata de los mismos supuestos fácticos solo que con protagonistas diferentes que han sido investigados y juzgados por razones procedimentales en distintos procesos, de manera que las decisiones que profirieron en la investigación contra Néstor Iván Moreno Rojas constituyen un “juicio anticipado” sobre la situación que ahora se debe decidir.

Basta observar que se trata de juzgar una organización criminal que posiblemente incidió en la defraudación de bienes de la administración pública distrital, de la cual hicieron parte Néstor Iván Moreno Rojas y posiblemente Alvaro Dávila Peña. El uno acusado por su vinculación a esos comportamientos y el segundo condenado mediante una decisión que se debe revisar a través del recurso de casación.

Haberse pronunciado, entonces, sobre la situación jurídica del primero, impide hacerlo sobre la del segundo, dado que se trata de los mismos supuestos fácticos.

La Sala, entonces, aceptará su impedimento.

Con respecto al Magistrado Hugo Quintero Bernate se tomará la misma decisión.

El concepto que expresó el entonces abogado Hugo Quintero Bernate compromete su opinión y por lo tanto su imparcialidad para intervenir en el trámite del recurso extraordinario.

Haber manifestado su concepto sobre la procedencia del recurso y tener por lo tanto una percepción de cómo decidir el caso –para cuyo estudio el señor Alvaro Dávila Peña le entregó copias de las decisiones de primera y segunda instancia— le impide intervenir en la solución que debe ofrecer la Corte en un asunto sobre el cual ya tiene una opinión preconcebida, lo cual afecta la imparcialidad que la decisión judicial requiere.

Por lo tanto, se aceptará su impedimento.

Como el quórum para decidir no se afecta, no se designará conjueces en su reemplazo.

Por lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve

Declarar fundados los impedimentos presentados por los Magistrados Patricia Salazar Cuéllar, Eugenio Fernández Carlier y Hugo Quintero Bernate, por lo expuesto en la parte motiva de este auto. Por consiguiente autorizar su separación del conocimiento del asunto.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

IMPEDIDA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

IMPEDIDO

JOSÉ FRANCISO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

IMPEDIDO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

IMPEDIDO

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

2 CSJ, auto del 13 de junio de 2007, Radicado 27497; auto del 20 de junio de 2007, Radicado 27613; auto del 27 de junio de 2007, Radicado 27492.

3 CSJ auto del 1 de diciembre de 1987, Radicado 2389; auto del 19 de febrero de 1993, Radicado 8177; auto del 17 de marzo de 1999, Radicado 15.466 y auto del 18 de febrero de 2000, Radicado 16.190.

4 CSJ, auto del 19 de febrero del 2000, Radicado 17.874

5 CSJ, auto del 29 de noviembre de 2000, Radicado 17.843; auto del 13 de julio de 2005, Radicado 23.878; auto del 27 de septiembre de 2005, Radicado 23.690 y auto del 16 de mayo de 2012, Radicado 38.872

6 CSJ auto del 10 de septiembre de 2014, Radicado 44.356

7 CSJ auto del 21 de abril de 2004, Radicado 22.121; Auto del 19 de diciembre de 2000, Radicado 17.844; Auto del 21 de febrero de 2012, Radicado 38.375; Auto del 16 de mayo de 2012, Radicado 38.872.

8 CSJ CSJ auto del 10 de septiembre de 2014, Radicado 44.356.