

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

Radicación # 56753

Acta 176

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

Resuelve la Sala el impedimento presentado por los magistrados Eugenio Fernández Carlier, Patricia Salazar Cuéllar y José Francisco Acuña Vizcaya para conocer del recurso de casación interpuesto por el defensor de FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ en contra de la sentencia del incidente de reparación del 13 de septiembre de 2019 emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, que ordenó el pago a favor de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá de la suma de \$13.474.338.020 por los daños causados con la conducta punible de cohecho por dar y ofrecer, por la cual fue condenado.

ANTECEDENTES:

1. El 10 de julio de 2013 la Fiscalía 28 delegada de la Unidad Nacional Anticorrupción imputó cargos a FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ por cohecho por dar u ofrecer ante el Juzgado 65 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, cargos que fueron aceptados por el imputado.¹ El 21 de agosto siguiente, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, en el que indicó que el acusado, con la

coparticipación de José Antonio Bonett Llinas, Juan Carlos Aldana Aldana, Andrés Fernando Bocanegra Sarmiento y Yolanda Sarmiento Gutiérrez, entre octubre de 2009 y noviembre de 2010, le dieron 6.730 millones de pesos al Secretario de Salud de Bogotá Héctor Zambrano Rodríguez y al Concejal Hipólito Moreno, con el fin de direccionar, como efectivamente ocurrió, la contratación para la compra de ambulancias destinadas al sistema de salud Distrital a la Unión Temporal Transporte Ambulatorio de Bogotá.2El 17 de septiembre de 2013 del Juzgado 4º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá dictó sentencia condenatoria en contra de GAVIRIA VELÁSQUEZ, al que le impuso la pena principal de 31.5 meses de prisión y multa de 43.745 SMLMV, y le concedió la suspensión condicional de la pena. Al no haberse interpuesto recurso alguno, la sentencia quedó en firme el 17 de diciembre de 2013.3

2. Los apoderados de la Secretaría Distrital de Salud y de la Contraloría Distrital de Bogotá el 13 y 30 de enero de 2014, respectivamente, solicitaron al Juzgado 4º Penal del Circuito convocar audiencia pública para iniciar el incidente de reparación integral de daños.4 Luego de varias audiencias llevadas a cabo entre los años 2014 y 2018, el 3 de abril de 2019 el Juzgado 4º Penal del Circuito de Bogotá resolvió no atender la solicitud del representante de las víctimas al pago de perjuicios.5

Al ser apelada la decisión por el representante de las víctimas, el 5 de agosto de 2019 el Tribunal Superior de Bogotá revocó parcialmente la decisión y declaró que FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ debe pagar la suma de 13.474.338.020 millones de pesos por los daños materiales. La Sala del Tribunal fue integrada por los magistrados Juan Carlos Arias López, Fabio David Bernal Suárez y Fernando León Bolaños Palacio.6

3. En contra de la anterior decisión, el apoderado de GAVIRIA VELÁSQUEZ

interpuso recurso extraordinario de casación que le correspondió por reparto al Magistrado Eugenio Fernández Carlier, quien el 20 de mayo del presente año declaró estar incurso en la causal 4ª de impedimento del artículo 56 del Código Penal. Indicó que junto con la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, en funciones de instrucción dentro del radicado 34282A y luego de valorar los hechos y las pruebas, acusaron a Iván Moreno Rojas por los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito de particulares. En dicha acusación afirmaron que los hermanos Iván y Samuel Moreno Rojas, concertaron con contratistas, Concejales de Bogotá, funcionarios públicos y particulares, recibir su apoyo económico y/o político para obtener la alcaldía de Bogotá en el periodo 2008-2012, a cambio de vincular personas de su confianza en los cargos directivos de las entidades distritales, con el fin de manipular la contratación y así obtener comisiones en dinero con los que acrecentaron ilícitamente su patrimonio económico.

Indicó que haber sido juez en distintas actuaciones relacionadas con los hechos de corrupción generados por los hermanos Moreno Rojas, realizó aseveraciones que comprometen su criterio para ser imparcial en el presente proceso, en el que se juzga la conducta del procesado FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ, quien fue uno de los que pactó ilícitamente el reconocimiento económico a cambio de la adjudicación de contratos en la alcaldía de Samuel Moreno Rojas. Señaló, además, que en el radicado 50241, con ponencia del magistrado Eyder Patiño Cabrera, se aceptó el impedimento manifestado por la doctora Patricia Salazar Cuéllar y él, por razones como las anteriormente señaladas.

Afirmó que su propósito al manifestar el impedimento “es que la transparencia, objetividad e imagen de la justicia en su integridad no se vea cuestionada”, al estar convencido que cualquier factor que afecta la ajenidad e ingenuidad en el asunto del funcionario que se declara impedido es razón suficiente para declararlo fundado, como lo enseña el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Werner, tal y como él lo ha manifestado en los

salvamentos de voto presentados, entre otros, en los radicados 49307 y 48128. Reseñó, igualmente, que el artículo 41-2 del Estatuto de Roma refiere la necesidad de contar con un juez imparcial cuando se ha tenido contacto con el tema a decidir, y, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios casos, entre estos el de Arvo O Karttunen Vs Finland, los jueces no deben tener ideas preconcebidas en los casos que deben atender.

4. La Magistrada Patricia Salazar Cuéllar manifestó su impedimento en la misma fecha, e indicó que se encontraba en idéntica situación a la expresada por el Magistrado Eugenio Fernández Carlier. Solicitó que se le separe del conocimiento del presente caso.

5. El 29 de junio siguiente, el Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya también manifestó su impedimento por la misma causal. Señaló que fue apoderado judicial de Eugenio Varela Beltrán, exsubsecretario Distrital de Salud de Bogotá quien fue acusado por hechos estrechamente relacionados con los atribuidos a FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ y por los cuales también fue condenado Héctor Zambrano, exsecretario Distrital de Salud de Bogotá.

Aseveró que esta misma manifestación la realizó en los procesos adelantados bajo los radicados 34.282-A y 56.781 seguidos contra los hermanos Néstor Iván y Samuel Moreno Rojas, respectivamente, y le fue reconocido el impedimento, al tener presente que en desarrollo de su actividad profesional como apoderado de Juan Eugenio Varela Beltrán, no sólo debió conocer los aspectos generales del acuerdo realizado por los acusados para acceder a la contratación de Bogotá y las particularidades de cada uno de los convenios efectuados en cada entidad Distrital afectada, sino “sobre actos, circunstancias y

estrategias de defensa”, relacionadas con su defendido que no fue investigado en el mismo proceso por no tener fuero constitucional.

Indicó que la jurisprudencia de la Corte Suprema y la sentencia C-496 de 2016 señalan que cuando el juez o congreso ha sido contraparte de las partes y sus apoderados en un proceso diferente, se exige demostrar adicionalmente una afectación concreta a la imparcialidad judicial. Para cumplir con esta carga argumentativa, consideró pertinente transcribir el aparte de la sentencia dictada en contra de Samuel Moreno Rojas en la que el Juez 34 Penal del Circuito de Bogotá afirmó que desde el momento mismo de su elección como alcalde, los integrantes de la empresa criminal, entre los que menciona a Manuel Hernando Sánchez Castro, Héctor Julio Gómez González, Emilio Tapia Aldana, Álvaro Dávila Peña y Néstor Iván Moreno Rojas, establecieron un acuerdo para cometer delitos indeterminados contra la administración pública. Dicho acuerdo se empezó a materializar en la contratación a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, en la que fue nombrada inicialmente Liliana Pardo Gaona y, posteriormente, Néstor Eugenio Ramírez Cardona en reemplazo de ésta.

Aseveró que en dicho contexto los hechos por los cuáles fue acusado GAVIRIA VELÁSQUEZ fueron objeto de análisis en los radicados 32.282A y 56.781, en el que se realizaron consideraciones de fondo “no solamente a todo el entramado del “carrusel de la contratación” y “cartel de las ambulancias” permeando toda la estructura administrativa de la Alcaldía Mayor de Bogotá, y particularmente al escrutarse el contrato de obra IDU 137 de 2007, el cual sirvió de base para lograr la asociación criminal de los hermanos MORENO ROJAS, buscaran financiadores y socios, para manipular la contratación distrital...”.⁷

CONSIDERACIONES:

1. Corresponde a los demás integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolver sobre el impedimento manifestado por tres de sus

integrantes, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 A de la Ley 906 de 2004.

2. En reiteradas ocasiones la Sala ha resaltado la naturaleza constitucional del instituto de los impedimentos y recusaciones. De una parte, por cuanto el artículo 228 Superior establece que la administración de justicia es función pública y sus decisiones son independientes y, de otra, en razón a que el artículo 230 de la Carta Política prevé que en sus decisiones los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

Para materializar el principio de imparcialidad, en el estatuto procesal penal se establecieron las causales de orden objetivo y subjetivo, bajo las cuales el juez debe apartarse del conocimiento de un caso, con el propósito de garantizar la transparencia en la decisión a las partes, terceros y demás intervinientes. Este es un imperativo ético y legal y, por ende, separarse de un proceso no depende de la voluntad o del capricho del funcionario, ni tampoco del querer de las partes orientado a seleccionar a su amano el funcionario judicial encargado de dirimir la controversia. Las causales son taxativas y no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas por cuanto se trata de reglas con carácter de orden público, fundadas en el convencimiento del legislador de que son éstas y no otras las circunstancias fácticas que impiden que un funcionario judicial conozca de un asunto, porque de continuar vinculado a la decisión compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo dictado por un tribunal imparcial.⁸

3. El numeral 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 establece como causal de impedimento: “Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.”

Sobre el haber “manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”, en reiteradas decisiones la Corte ha precisado que: (i) No toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso determina que el funcionario deba separarse del caso, pues la opinión que adquiere relevancia jurídica para estos efectos es la que se emite por fuera de la actuación judicial y debe ser de tal entidad o naturaleza, que vincule al funcionario de antemano a las variables en las que recae el pronunciamiento; (ii) la opinión no sólo debe referirse a un aspecto sustancial vinculante, sino que, además, es fundamental que esté relacionada con las premisas fácticas y jurídicas comprendidas en el juicio de reproche contra quien es el procesado en el trámite donde se expresa el impedimento, permitiendo anticipar el criterio del funcionario frente a la responsabilidad que pudiese asistirle, y (iii) la causal no comprende los conceptos expresados por los funcionarios en ejercicio de su labor judicial ya que, de hacerlo, esto conllevaría al absurdo de establecer que la misma facultad que habilita al juez para desarrollar su actividad, lo inhabilite para intervenir en otros asuntos de su competencia.⁹

6. Como argumentación para sustentar la declaración de impedimento el magistrado Eugenio Fernández Carlier aseveró que al haber sido instructor, junto con la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, del proceso seguido en contra de Iván Moreno Rojas -radicado interno 34282A—, “admitimos que los hermanos MORENO ROJAS se concertaron con algunos contratistas, concejales y funcionarios públicos y particulares, para manipular la contratación del Distrito Capital y favorecer en la contratación, a cambio de dinero y otras prebendas” (resaltados del texto original). Este juicio de valor, según manifestó, compromete su imparcialidad en el presente caso pues se trata de uno de los particulares que pactaron ilícitamente reconocimientos económicos por la adjudicación de contratos durante la Alcaldía de Samuel Moreno Rojas, con las intervenciones de su hermano Iván Moreno Rojas. Indicó que, por razones similares, en el radicado 50.241, se aceptó la declaración de

impedimento que realizaron de manera conjunta él y la doctora Patricia Salazar Cuéllar.

A los anteriores argumentos, se adhirió la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, al manifestar su impedimento por encontrarse en las mismas circunstancias del Magistrado Eugenio Fernández Carlier.

i. En los aspectos fácticos de la acusación realizada en contra de FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ claramente se establece que él, junto con José Antonio Bonett Llinas, Juan Carlos Aldana Aldana, Andrés Fernando Bocanegra Sarmiento y Yolanda Sarmiento Gutiérrez, le dieron 6.730 millones de pesos al secretario de Salud de Bogotá Héctor Zambrano Rodríguez y al concejal Hipólito Moreno, para direccionar la contratación de la compra de ambulancias destinadas a la red de salud de Bogotá. Y, si bien, las fechas en que se materializó este hecho corresponden con la alcaldía de Samuel Moreno Rojas, en ningún momento se menciona que éste o su hermano Iván, estuvieron comprometidos en acto de corrupción. Este proceso terminó de manera anticipada por aceptación de cargos y el recurso de casación versa sobre el incidente de reparación integral.

ii. El impedimento aceptado en el radicado 50241 se declaró fundado por cuanto en dicho proceso se juzgó a Samuel Moreno Rojas y, como lo expresó el magistrado Eugenio Fernández Carlier, él y la doctora Patricia Salazar Cuéllar en el proceso que instruyeron en contra de su hermano Iván Moreno Rojas, afirmaron que tanto Iván como Samuel concertaron los actos de corrupción con contratistas, concejales y particulares, esto es, habían expresado una opinión que afectaba su imparcialidad para juzgar a Samuel Moreno Rojas.

iii. La manifestación genérica relativa a que los hermanos MORENO ROJAS se concertaron con contratistas, concejales y particulares para generar actos de corrupción, en los que éstos le entregaban dinero a cambio de direccionar la adjudicación de contratos de los entes del distrito de Bogotá, no constituye en momento alguno una opinión concreta sobre la responsabilidad de FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ.

La causal invocada implica que el funcionario judicial haya manifestado previamente su opinión sobre un asunto que es materia del proceso. En principio, debe tratarse de una opinión suministrada por fuera de la actividad procesal, al margen del ejercicio propio de las funciones y que tenga un carácter sustancial. Al no existir prueba sobre una opinión o concepto previo determinante que hayan realizado los magistrados Eugenio Fernández Carlier y Patricia Salazar Cuéllar que involucre los aspectos fácticos o jurídicos en que se sustentó la acusación y posterior condena FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ, la Sala declarará infundado su impedimento.

7. Respecto del impedimento manifestado por el Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya por haber sido apoderado judicial de Juan Eugenio Varela Beltrán, exsubsecretario Distrital de Salud de Bogotá, quien fue condenado por los mismos hechos por los que se condenó a FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ referenciados como el “cartel de las ambulancias”, si bien podría considerarse que la situación expuesta no encuadra literalmente en la causal invocada, esto es, por haber «sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos (...)», debido a que no fue abogado de GAVIRIA VELÁSQUEZ en este proceso, ni en otro, también lo es que en estos casos, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte,¹⁰ la ponderación de las garantías superiores que orienta la administración de justicia, prevalece sobre el sentido literal de la norma. Por tanto, se debe entender el concepto de «parte», no sólo en relación a una persona, sino al conjunto

de individuos que son acusados dentro de un mismo proceso.

Por ende, el impedimento se declarará fundado al igual que lo hizo anteriormente la Sala en el radicado 34.282A, en razón a que el Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya como defensor de Juan Eugenio Varela Beltrán, conoció los detalles del acuerdo general para acceder a la contratación en Bogotá y las particularidades de los convenios en cada entidad del Distrito capital, y estructuró una estrategia defensiva en favor de su representado, lo cual podría incidir en su juicio, poniendo en riesgo la imparcialidad y objetividad con las cuales debe administrar justicia, generando desconfianza en los sujetos procesales y en la comunidad.

De acuerdo con el artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, no se designará reemplazo, en la medida que se mantiene el quorum deliberatorio y decisorio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por los magistrados Eugenio Fernández Carlier y Patricia Salazar Cuéllar para decidir acerca del recurso de casación interpuesto por apoderado de FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ sobre la sentencia del Tribunal de Bogotá que resolvió el incidente de reparación integral.
2. DECLARAR fundado el impedimento manifestado por el Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya dentro de este proceso y, por consiguiente, autorizar la separación del conocimiento por él solicitada.

Devolver el expediente al Despacho del Magistrado Eugenio Fernández Carlier.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cuaderno número 1, folio 5.
- 2 Cuaderno número 1, folios 80 a 102.
- 3 Cuaderno número 1, folios 109 a 119.
- 4 Cuaderno número 1, folios 152 y 153.
- 5 Cuaderno número 2, folios 45 a 57.
- 6 Cuaderno del Tribunal, folios 29 al 38.
- 7 Escrito de impedimento, folio 6.

8 AP del 19 de octubre de 2006, radicado 26246, AP3851 del 7 de septiembre de 2018, radicado 51997 y AP2977 del 4 de noviembre de 2020, radicado 58057, entre otros.

9 AP del 3 de septiembre de 2002, radicado 19756; AP del 17 de marzo de 1999, AP del 27 de agosto de 2014, radicado 4977; AP del 10 de octubre de 2017, radicado 6696 y AP2977 del 4 de noviembre de 2020, radicado 58057, entre otros.

10 AP2226 del 25 de abril de 2016, radicado 34282A; AP1202 del 26 de junio de 2020, radicado 56781