

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

ANTEPROYECTO DE INVESTIGACIÓN

ANÁLISIS DE SENTENCIA CSJ SP 14623 RADICADO 34282

LÍNEA CENTRAL DE INVESTIGACIÓN

DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA CONVIVENCIA Y LA INCLUSIÓN SOCIAL

LÍNEA PRIMARIA

TEORÍA DEL DERECHO, DE LA JUSTICIA Y DE LA POLÍTICA

SANDRA DULEIDY BERMÚDEZ MARTÍNEZ

YENNY NAVARRETE SANCHEZ

LUIS FERNANDO URIBE CENTANARO

PRESENTADO A:

DR. DAVID GARCÍA VANEGAS

BOGOTÁ, MARZO 11 DE 2017

CONTENIDO

CONTENIDO	2
INTRODUCCIÓN	5
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CSJ SP 14623 RADICADO 34282	7
Problema	7
Justificación	7
Viabilidad de la investigación	8
Consecuencias de la investigación.....	9
Hipótesis	9
Objetivos.....	9
ESTADO DEL ARTE	10
Cronología Resumida del Escándalo del Carrusel de la Contratación en el Distrito Capital de Bogotá	10
Principales involucrados	12
Contratistas	13
Concejales y Representantes a la Cámara	14
Otros servidores públicos	14
Selección de lo adelantado en organismos judiciales	15
LA RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO	19
Jerarquía normativa en Colombia.....	19

Régimen constitucional	20
Régimen legal.	22
La responsabilidad de Senadores y Representantes.....	24
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	25
Régimen constitucional	25
Régimen legal y reglamentario	26
LA RESPONSABILIDAD DEL SENADOR DE LA REPÚBLICA.....	32
La posición de los miembros del senado de la república.....	32
Las funciones de la Corte Suprema de Justicia.	33
EL CASO ESPECÍFICO DEL EXSENADOR NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS ..	35
El surgimiento del escándalo del carrusel de la contratación pública en el Distrito Capital de Bogotá	35
Reseña histórica de las actuaciones seguidas al senador Néstor Iván Moreno Rojas y las decisiones tomadas.....	37
EL CASO PENAL	39
La Sentencia CSJ SP 14623 Radicado 34282.....	39
Los hechos	39
La investigación.....	40
La calificación jurídica de la imputación.....	41
La Modificación de la calificación jurídica durante el proceso.....	42
Las consideraciones de la Corte	43

Individualización de la pena.	48
EL CASO DISCIPLINARIO.....	53
Radicado IUS 2010-349363	53
Reseña histórica del derecho disciplinario en Colombia.....	53
Los cargos.....	55
Consideraciones del despacho.....	56
La ilicitud sustancial.....	59
Culpabilidad.....	60
La sanción.....	60
PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA	62
Radicación No. 11001031500020110012500 (ACUMULADO).....	62
La demanda.....	62
Problema jurídico.....	62
Consideraciones del Despacho.....	63
La falta específica:	63
La sustracción de materia:	64
La decisión.....	64
CONCLUSIONES	65
PROPUESTA	68
REFERENCIAS	70

INTRODUCCIÓN

Dentro de la línea central de investigación del derecho para la justicia, la convivencia y la inclusión social, línea primaria teoría del derecho, de la justicia y de la política se plantea el presente proyecto de investigación cuyo tema es el Análisis de la Sentencia CSJ SP 14623 radicado 34282.

La metodología consiste en realizar un estudio de caso basado en el escándalo de corrupción administrativa conocido como el carrusel de la contratación en el distrito capital de Bogotá.

En un primer capítulo se define el problema de investigación, la justificación del trabajo, la viabilidad de la investigación, las consecuencias, hipótesis y objetivos. Luego se plantea un estado del arte que consiste en una cronología de los hechos que rodearon el escándalo. Un tercer capítulo es un estudio constitucional de la responsabilidad del servidor público y en especial de los miembros del congreso, temas que luego se profundiza en un capítulo posterior para el caso de los Senadores. En un cuarto capítulo se describe el marco constitucional y legal de la contratación estatal.

Continúa la profundización del marco constitucional y legal de la responsabilidad administrativa, política, disciplinaria y penal de los senadores de la República y de las funciones de la Corte Suprema de justicia para investigar y juzgar aforados.

El sexto capítulo es el análisis del caso específico del Senador Néstor Iván Moreno Rojas, el cual es profundizado desde el punto de vista penal, disciplinario y administrativo en los capítulos siete, ocho y nueve.

Por último se extraen las conclusiones y se realiza una propuesta que busca prevenir y evitar nuevos casos de corrupción administrativa en la contratación estatal planteando estrategias de fortalecimiento al control interno de las entidades, la educación, la prevención, el fortalecimiento de las investigaciones para combatir

la impunidad y un cambio en los paradigmas sociales con respecto a la función pública.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CSJ SP 14623 RADICADO 34282

Problema

Proposición afirmativa. Existe un desconocimiento sobre los contenidos epistemológicos de la sentencia condenatoria contra un exsenador de la República por corrupción administrativa en el caso del carrusel de la contratación del distrito de Bogotá

Proposición negativa. El desconocimiento de los contenidos epistemológicos de la sentencia condenatoria contra un exsenador de la República por corrupción administrativa en el caso del carrusel de la contratación del distrito de Bogotá no sienta un precedente para combatir la corrupción

Proposición interrogativa. ¿En qué sentido la sentencia condenatoria contra un exsenador de la República por corrupción administrativa en el caso del carrusel de la contratación del distrito de Bogotá constituye un precedente jurisprudencial para combatir la corrupción?

Justificación

¿Para qué sirve? En la sociedad colombiana es común la referencia a la corrupción administrativa, y uno de los casos que más repercusión ha tenido en el ambiente social es la corrupción a través del denominado “carrusel de la contratación en Bogotá”, que se constituyó en tema de muchos artículos, columnas de prensa y conversaciones espontáneas; no obstante, muchos de estos artículos, columnas y conversaciones están afectados por el sesgo ideológico que inspira a defender o condenar públicamente a los involucrados sin un verdadero conocimiento y análisis de los hechos y tipos penales cometidos.

El estudio de caso de la Sentencia SP 14623, radicado 34282 aprobada en el Acta 357 de 27 de octubre de 2014 contribuirá aportando un análisis jurídico y social de lo sucedido.

¿Cuál es su impacto? No se conoce de un análisis desde la técnica y la teoría jurídica del “carrusel de la contratación de Bogotá”, por lo cual, este estudio de caso pretende aportar el conocimiento de lo sucedido desde la verdad procesal, de los hechos probados y los tipos penales por los que fueron condenados los protagonistas, de modo que pueda plantearse estrategias preventivas que adviertan con mayor oportunidad la recurrencia de un caso similar o mitiguen los impactos socioeconómicos.

¿Ayudara a resolver un problema práctico? El conocimiento exacto de los hechos probados y de los tipos penales cometidos enriquecerá la discusión que a la fecha ha estado permeada por sesgos ideológicos y opiniones desprovistas de rigurosidad legal. Este conocimiento podrá ser usado para plantear estrategias de prevención, y podrá ser usado posteriormente como punto de partida para propuestas de modificación normativa y estudio de conductas asociadas a la corrupción en la contratación estatal en aras de disminuir el riesgo de corrupción, - que como se ha anotado antes - es sentido por la sociedad como uno de los mayores problemas a resolver.

¿Llena algún vacío existente? A pesar de la exposición mediática del caso, no se conoce un estudio o análisis del “carrusel de la contratación” que aborde el tema desde la argumentación jurídica, por lo tanto, el estudio de caso llenará este vacío llevando la discusión desde la dóxa al conocimiento, y servirá de punto de partida a nuevos desarrollos sobre el tema.

Viabilidad de la investigación

Este estudio de caso es viable y factible, debido a que no se requiere la inversión de recursos financieros y materiales que desborden la capacidad de los estudiantes quienes optan por el título de especialistas en contratación estatal y son el recurso humano capacitados para estudiar la sentencia seleccionada

Consecuencias de la investigación

Para los estudiantes y lectores de esta investigación se generará un impacto enriquecedor al contribuir al conocimiento de los hechos probados, así como, los conceptos jurídicos de las áreas del derecho penal y del derecho administrativo planteados por la Corte Suprema de Justicia en los considerandos que sustentan la decisión contenida en la sentencia condenatoria emitida.

Hipótesis

El estudio académico de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP 14623, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282, aprobada en el Acta 357 de 27 de octubre de 2014 en contra del exsenador Néstor Iván Moreno Rojas por el caso del “carrusel de la contratación” en el Distrito Capital, permitirá identificar los hechos probados y conductas penales de modo que contribuya con el planteamiento de acciones preventivas para combatir la corrupción administrativa en la contratación estatal.

Objetivos

Objetivo general: Estudiar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP 14623, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282, aprobada en el Acta 357 de 27 de octubre de 2014 en contra del exsenador Néstor Iván Moreno Rojas para proponer acciones preventivas en contra de la corrupción administrativa en la contratación estatal.

Objetivos específicos:

Identificar y analizar los hechos probados en el expediente.

Determinar los tipos penales asociados a la corrupción administrativa en la contratación estatal y que se encuentran probados en el expediente.

Plantear medidas que busquen la prevención de la corrupción administrativa en la contratación estatal.

ESTADO DEL ARTE

Cronología Resumida del Escándalo del Carrusel de la Contratación en el Distrito Capital de Bogotá

El escándalo del carrusel de la contratación en Bogotá estalló el 25 de junio de 2010 cuando la cadena radial Caracol emitió en sus noticieros:

Una grabación que involucraba al contralor de Bogotá, Miguel Ángel Moralesrussi Russi, con la presunta negociación de comisiones con contratistas. En ella se escucha un diálogo entre el exrepresentante a la Cámara por el Partido Liberal Germán Olano y Miguel Nule, uno de los empresarios que para aquel entonces manejaba gran parte de la contratación en la ciudad (El Espectador, 2011).

Como resultado de estas revelaciones los organismos de control iniciaron averiguaciones para determinar la responsabilidad del contralor, el parlamentario y el contratista del estado. Con el tiempo, el empresario confesaría que entre el contralor y el senador Néstor Iván Moreno Rojas, hermano de para la época alcalde electo de la capital del país Samuel Moreno Tojas, le solicitaron el 6% y el 2% respectivamente para la asignación irregular de contratos del distrito. (El Espectador, 2011)

El Polo Democrático Alternativo, partido político de los hermanos Moreno Rojas, una vez desatado el escándalo con la denuncia radial, decidió iniciar una investigación interna sobre lo sucedido, el ex candidato presidencial de dicho partido, ex senador Gustavo Petro Urrego quien posteriormente también sería alcalde de Bogotá lideró la investigación junto con los, para la época, concejal Carlos Vicente De Roux y senador Luis Carlos Avellaneda.

La llamada comisión de seguimiento a la contratación distrital presentó su informe al Comité de Ética del Polo Democrático Alternativo y al Comité Ejecutivo de dicha colectividad

el 12 de noviembre de 2010. Este informe, que implicaba a los hermanos Moreno Rojas, encontró situaciones tales como:

Omisiones. A pesar de tener el deber de actuar firme y vigorosamente contra la corrupción, para garantizar el derecho colectivo a la moral administrativa, el alcalde Samuel Moreno Rojas se ha abstenido de hacerlo.

Concentración contractual. Bajo el gobierno de Samuel Moreno se ha profundizado la tendencia a la concentración contractual del Distrito Capital.

Contratación a dedo. Durante el mismo gobierno se ha reducido agudamente el número de licitaciones públicas y ha aumentado, en contrapartida, la contratación directa.

Falta de razonabilidad contractual. Se han presentado numerosos casos de introducción de cláusulas no razonables en los pliegos de las megas licitaciones, lo que favorece sin justificación a determinados contratistas.

Intermediarios equívocos. Se les ha dado juego a intermediarios contractuales que tienen conflictos de intereses y acuden a prácticas irregulares.

Paquetes Contractuales. Se han adjudicado paquetes contractuales por varios centenares de miles de millones de pesos a redes de sociedades articuladas entre sí y lideradas por personas cercanas al senador Iván Moreno, hermano del alcalde Samuel Moreno. Se trata de empresarios cuya trayectoria como contratistas del Distrito era pequeña y de calidad discutible. La cuantía de sus operaciones dio un salto fenomenal en el gobierno de Moreno (Carlos Vicente Deroux, 2011)

La presentación del informe fue inmediatamente rechazada por el Senador Iván Moreno y al día siguiente por su hermano el Alcalde Samuel Moreno quien se declaró *“cansado de “chismes y rumores”, y atribuyó las denuncias a una campaña de desprestigio contra él y su familia”*. No obstante estos desmentidos, como resultado del informe, la Corte

Suprema de Justicia, órgano competente para investigar y juzgar aforados inició investigación preliminar contra el senador Moreno Rojas (El Espectador, 2011)

Debido a la afectación política, que implicó pérdida de votantes, algunos analistas han identificado que el carrusel de la contratación Distrital fue al Polo lo que el proceso 8000 fue al partido liberal.

Como es apenas natural, los medios trataron el asunto con titulares sensacionalistas, comportamiento en el que también se vieron involucrados los organismos encargados de la investigación, por ejemplo la fiscal de la época, la señora Vivianne Morales manifestó que el clan Nule, compuesto por Miguel, Guido y Manuel Nule debía devolver al distrito entre 1,5 y 2,2 billones de pesos (Portafolio, 2011), cifra esta última que correspondía al valor de la contratación de este grupo con el distrito, es decir los medios y aún los organismos de investigación fijaban el daño a las arcas del estado en el valor de toda la contratación y no en el daño probado en las investigaciones en curso.

Desde el destape de los hechos han sido salpicadas distintas personalidades entre las que destacan:

Principales involucrados

Samuel Moreno, exalcalde de Bogotá por el Polo Democrático Alternativo, suspendido por la Procuraduría. Un juez ordenó su detención en un centro militar. En agosto de 2015, Moreno fue destituido e inhabilitado por 18 años por la Procuraduría Más investigaciones e imputaciones siguen sumándose en su contra. El 29 de marzo de 2016 fue condenado a 18 años de cárcel por su participación en el carrusel de la contratación.

Iván Moreno, exsenador de la República, hermano de Samuel Moreno. Detenido por orden de la Corte Suprema, investigado por la Procuraduría y por el Consejo de Estado.

Álvaro Cruz Vargas (Coalición Cundinamarca), exgobernador de Cundinamarca, quien renunció a su cargo en agosto de 2015 al recibir citación a imputación de cargos por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Contratistas

Miguel Nule, ex contratista de Bogotá, detenido porque la Fiscalía le imputó cinco delitos dentro del escándalo del carrusel de la contratación.

Manuel Nule, ex contratista de Bogotá, detenido porque la Fiscalía le imputó cinco delitos dentro del escándalo del carrusel de la contratación.

Guido Nule, ex contratista de Bogotá, detenido porque la Fiscalía le imputó cinco delitos dentro del escándalo del carrusel de la contratación. Actualmente tiene el beneficio de casa por cárcel.

Mauricio Galofre, socio de los primos Nule, detenido por orden de la Fiscalía General por la comisión de cinco posibles delitos.

Julio Gómez, ex contratista capturado y quien aceptó cargos ante la Fiscalía en 2013. Gómez fue condenado a 10 años de prisión, el 14 de julio de 2014, por delitos de peculado por apropiación, cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos. Debe también pagar una multa de 4.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Manuel Sánchez Castro, abogado y ex cónsul, en noviembre de 2013 negoció con la Fiscalía convertirse en testigo 'estrella' del proceso.

Emilio Tapia Aldana, ex-contratista y ex-funcionario del IDU de Bogotá, condenado inicialmente a 13 años de prisión domiciliaria, y detenido por incumplir los pactos que tenía con la Fiscalía General de la Nación. Actualmente tratando de pedir libertad por 'pena cumplida'. La Fiscalía le ha detectado más de \$41.000 millones de pesos en bienes ocultos. En agosto de 2015,

Tapia Aldana fue condenado a 3 años adicionales de prisión por el delito de concierto para delinquir, el cual aceptó.

Concejales y Representantes a la Cámara

Germán Olano (Partido de la U), ex representante a la Cámara, suspendido e inhabilitado por 12 años por la Procuraduría y detenido por orden de la Fiscalía.

Hipólito Moreno (Partido de la U), ex presidente del Concejo de Bogotá.

Andrés Camacho Casado (Partido de la U), exconcejal del Concejo de Bogotá.

Severo Correa (Partido de la U), miembro del Concejo de Bogotá.

Orlando Parada Díaz (Partido de la U), exconcejal investigado por la Fiscalía y acusado por Manuel Sánchez Castro, testigo 'estrella' de la Fiscalía. En diciembre de 2015, fue destituido e inhabilitado por 15 años por la Fiscalía General de la Nación.

José Juan Rodríguez (Partido Verde), exconcejal investigado por la Fiscalía, y denominado el 'cerebro del descalabro de la 26'. Rodríguez es acusado del presunto manejo de 500 cuotas burocráticas en el IDU, la mayoría a través de una nómina paralela. El 23 de enero de 2014, el juez 33 municipal Carlos Eduardo Velásquez concedió la libertad inmediata al exconcejal Rodríguez por vencimiento de términos.

Carlos Romero (Polo democrático), exconcejal, llamado a imputación por la Fiscalía en noviembre de 2013. Romero fue exonerado en abril de 2015 en una 'polémica decisión' de la Fiscalía.

Otros servidores públicos

Miguel Ángel Moralerussi Russi, ex contralor de Bogotá, suspendido e inhabilitado por 20 años por la Procuraduría y detenido por orden de la Fiscalía.

Liliana Pardo, exdirectora del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), detenida en marzo de 2011 por la Fiscalía, por irregularidades en la contratación. Pardo recuperó la libertad el 5 de

agosto de 2011, cuando la Juez 29 de Garantías se la concedió por vencimiento de términos. La Fiscalía citó a Pardo a una nueva audiencia de imputación y, tras cinco aplazamientos, ordenó su captura en julio de 2014. Sin embargo, Pardo fue dejada en libertad el 6 de septiembre de 2014 por decisión de la juez décima de Bogotá, argumentando irregularidades durante su detención.

Héctor Zambrano, exsecretario de Salud de Bogotá. Condenado en agosto de 2014 a 13 años de prisión por apropiarse del 9% del contrato de ambulancias de \$67.000 millones de pesos.

Inocencio Meléndez, ex-funcionario del IDU, condenado en agosto de 2011 a 7 años y 6 meses de prisión.

Luis Eduardo Montenegro, ex-subdirector de Infraestructura del IDU. Condenado en marzo de 2014 a seis años de detención domiciliaria, por irregularidades que facilitaron contratos de Emilio Tapia. (Wikipedia, 2016)

Selección de lo adelantado en organismos judiciales

En agosto 24 de 2007, luego de un preacuerdo dentro del proceso radicado 11001600010220110028300, el ex-funcionario del IDU Inocencio Meléndez, fue condenado a ocho años de prisión, multa de 142,2 SMMLV (COP\$ 61.672.140,00) por los delitos de interés indebido en celebración de contrato, sin cumplimiento de requisitos legales, prevaricato por acción y omisión. Por ser resultado de un preacuerdo contra esta sentencia no se presentó recursos (Rama Judicial, 2011).

Por ruptura de la unidad procesal el expediente anterior continúa con el radicado 11001600010120090007200 por el delito de peculado en contra de Guido Nule Marino, Liliana Pardo Gaona, Manuel Nule Velilla, Mauricio Antonio Galofre Amín, Miguel Ángel Moralesrussi Russi y Miguel Nule Velilla. La última actuación registrada de este proceso es de

05 de mayo de 2016 decretando la libertad del implicado Moralesrussi Russi (Rama Judicial, 2016).

Otros delitos por los que fueron acusados los Nule son fraude procesal, falsedad en documento privado, concierto para delinquir y cohecho.

En diciembre de 2011 Miguel Eduardo y su hermano Manuel Francisco Nule Velilla y su primo Guido Alberto Nule Marino fueron condenados a siete años y medio de prisión por el delito de peculado por apropiación. El juez 38 penal del circuito de conocimiento de Bogotá, Ignacio Martínez, condenó a los hermanos Manuel y Miguel Nule y al primo de estos Guido Nule a 89 meses de cárcel por peculado por apropiación respecto a la ejecución de los contratos 137 de 2007 y, 071 y 072 de 2008, mientras que sobre Mauricio Antonio Galofre Amín recayó una condena de 72 meses por el mismo delito con ocasión de los dos últimos contratos.

Para el juez Martínez, no hubo duda de que los miembros del llamado Grupo Nule incurrieron en actos de corrupción por sobornos y otras anomalías dentro de una serie de contratos con el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y otras entidades.

Esta sentencia fue apelada por la Procuraduría General de la Nación, el Tribunal Superior de Bogotá; en fallo de 1 de junio de 2012 elevó las penas a 14 años 11 meses y 15 días para Manuel, Miguel y Guido Nule y 10 años y seis meses para Mauricio Galofre Amín. Además, el TSB los inhabilita a perpetuidad para el ejercicio de funciones públicas y celebrar contratos con el estado. A cada uno de los cuatro condenados se le confirmó el pago de una multa de 6250 SMMLV equivalente a COP\$ 1.255.312.500,00 (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión Penal, 2012)

El 28 de julio de 2011 bajo el expediente de radicado No. 11001-03-15-000-2011-00125-00 (Acumulado) El Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del

Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren decreto la pérdida de la investidura del Senador Néstor Iván Moreno Rojas.

El 20 de enero de 2012, el despacho del Procurador General de la Nación en radicación IUS 2010-349363 profiere fallo de única instancia de destitución e inhabilidad general por 20 años en contra del senador Néstor Iván Moreno Rojas por su responsabilidad en dos conductas de concusión (Art 404 del código penal) falta gravísima tipificada en el numeral 1 del artículo 48 del Código Disciplinario Único por solicitar a la firma concesionaria de la vía Bogotá-Girardot la entrega de áreas de servicio a cambio de futuros contratos en el distrito capital y por solicitar el 6% del valor por la adjudicación de las licitaciones públicas IDU-LP-DG-006-2008, grupo 4, e IDU-LP-DG-006-2008, grupo 3. Esta decisión además ordena remitir copias para determinar la posible responsabilidad disciplinaria de Miguel, Manuel y Guido Nule y Mauricio Galofre; a la Corte Suprema de Justicia para lo de su competencia; a la Fiscalía General de la Nación para que haga parte de las causas penales que se adelantan contra Miguel, Manuel y Guido Nule, Mauricio Galofre, Lucy de Moreno, Liliana Pardo, Inocencio Meléndez, Álvaro Dávila y a los contratistas Julio Gómez y Emilio Tapia, así como para que inicie causas penales en contra de Diana Paola Patiño y Manuel Pastrana; al Consejo superior de la Judicatura para que inicie los correspondientes procesos contra Jaime Araujo Rentería y Mauricio Alarcón, por las posibles infracciones al Estatuto del Abogado en las que hubieran podido incurrir (Procuraduría General de la Nación, 2012)

El 27 de octubre de 2014, en sentencia de única instancia de la Corte Suprema de Justicia SP 14623, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282, aprobada en el Acta 357 del día, el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria condenó al ex senador Néstor Iván Moreno Rojas por los delitos de concusión en calidad de autor, interés indebido en

celebración de contrato en calidad de determinador, y tráfico de influencias en calidad de autor, delitos definidos en los artículos 404, 409 y 411 respectivamente en la Ley 599 de 2000.

La pena impuesta fue de 14 años de prisión, multa de 275 SMMLV (COP\$ 169.400.000,00) y 138 meses (11 años 6 meses) de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. (Corte Suprema de Justicia, 2014)

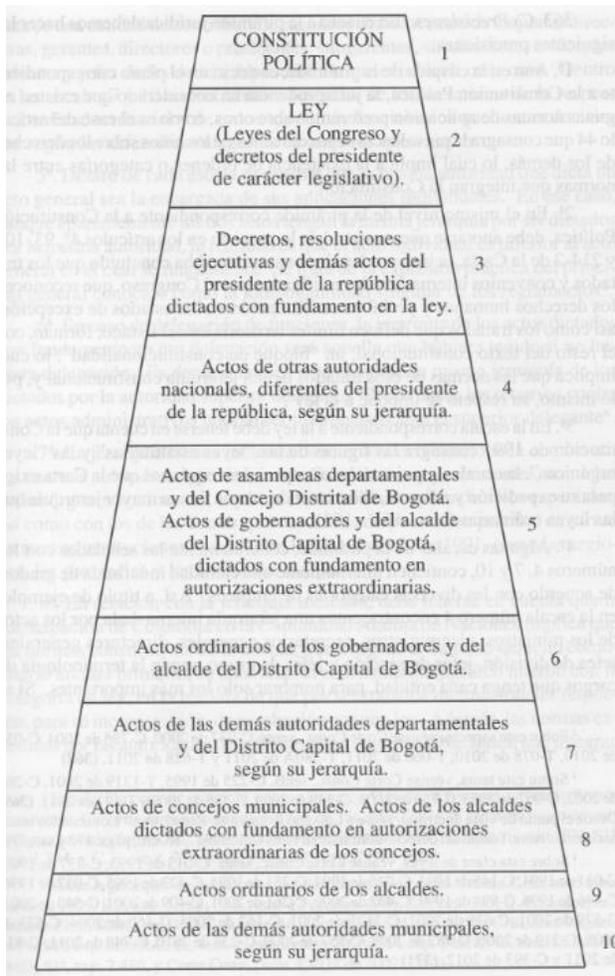
7. El 12 de diciembre de 2011, el despacho del Procurador General de la Nación en radicación IUS 2010-375030 resolvió el recurso de reposición contra el fallo de única instancia de 24 de octubre de 2011 proferido contra el ex alcalde Samuel Moreno Rojas, por presuntas conductas relacionadas con la actividad contractual. En el fallo apelado la PGN dispuso sancionar con suspensión e inhabilitación de 12 meses por:

Las irregularidades que se presentaron en la ejecución de los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2007, a cargo del IDU, correspondientes a la fase III de Transmilenio, entre ellas las siguientes: a) Falta de estudios y diseños para iniciar las obras y el no cumplimiento de los plazos inicialmente previstos para culminarlas; b) La celebración y ejecución de los contratos por obras de valorización que se hicieron por la vía de los contratos adicionales a los contratos de la Fase III de Transmilenio; y c) La falta de control y de la oportuna intervención en la ejecución del contrato 137 de 2007, así como el detrimento patrimonial que se ocasionó con éste. (IUS 2010-375030, 2011).

LA RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO

Jerarquía normativa en Colombia

La pirámide de Kelsen para las normas colombianas es descrita por el Exconsejero de Estado y catedrático Libardo Rodríguez Rodríguez de la siguiente manera (Rodríguez, 2013):



Por lo tanto, para analizar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP 14623 Radicado 34282 el fallo del despacho del Procurador General de la Nación radicado IUS 2010-349363 y la pérdida de investidura decretada por el Consejo de Estado en radicación No. 11001031500020110012500 (Acumulado), proferidos en contra del Exsenador Néstor Iván Moreno Rojas, y considerando los niveles jerárquicos 1 y 2 de esta pirámide, primero es necesario analizar la responsabilidad del servidor público desde la dimensión constitucional y

legal para después puntualizar en la responsabilidad que le atañe a un Senador de la República y por último analizar los casos penal, disciplinario y administrativo y las decisiones tomadas.

Régimen constitucional

La responsabilidad del servidor público, entendida en este documento como las consecuencias administrativas, fiscales, disciplinarias y penales de sus actos, cuando estos son desviados del deber ser, tiene sustento constitucional en el Título V de la Constitución política de Colombia que trata de la Organización del Estado, el capítulo primero de este título hace referencia a la estructura del Estado y abarca los artículos 113 hasta 121 mientras que el capítulo segundo trata de la función pública y se desarrolla entre los artículos 122 hasta 131

Organización del Estado. El texto superior establece la existencia de tres ramas del poder público, la ejecutiva la legislativa y la judicial; acompañadas de órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de otras funciones del Estado.

El Presidente de la República es jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente, los ministros y los directores de departamentos administrativos, en cada negocio particular el gobierno está constituido por el Presidente y el respectivo Ministro o el respectivo Director de Departamento.

Al Congreso, como órgano legislativo, le corresponde reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración.

Para administrar justicia se creó la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura (actualmente en curso de ser reemplazado por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial en cumplimiento del acto legislativo 02 de 2015 artículo 26), la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, Jueces y la Justicia Penal Militar.

Como órganos independientes de control figuran el Ministerio Público ejercido por el Procurador General de la Nación y la Contraloría General de la República encargada de la vigilancia de la gestión fiscal y del control de resultado de la administración.

Función pública. Establece la Constitución que no habrá empleo público sin funciones detalladas en la ley o el reglamento, tampoco podrá posesionar ningún servidor público sin haber jurado cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Se define como servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; quienes están al servicio del Estado y ejercerán las funciones de la manera en que lo prevé la Constitución, la ley y el reglamento.

Mediante acto legislativo 01 de 2004 se adicionó los inciso 5 y 6 al artículo 122 de la constitución prohibiendo, además de las demás sanciones que imponga la ley, que puedan ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, elegidos o designados como servidores públicos, celebrar por sí o por interpuesta personas contratos con el estado; a aquellos que hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por delitos que afecten el patrimonio del estado; por financiar, promocionar o pertenecer a grupos ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico en territorio nacional o en el exterior.

El artículo 124 establece que el régimen de responsabilidad del servidor público y la forma de hacerla efectiva será regulado por la ley, no obstante, es de rango constitucional la prohibición de nombrar o contratar con familiares en cuarto grado de consanguineidad (art. 126), el régimen de incompatibilidades (art 127), la prohibición de recibir más de una remuneración del tesoro público (art 128), y, la prohibición de establecer vínculos laborales y recibir estímulos de terceros países (art. 129)

Otros textos constitucionales. El artículo 6 establece que el funcionario público responderá por acción, omisión y extralimitación en sus funciones.

El artículo 90 establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por acción u omisión de sus autoridades públicas. En el evento que una condena de este tipo sea consecuencia de una actuación dolosa o gravemente culposa de un agente público; el Estado podrá repetir contra este agente para recuperar los recursos que la conciliación, sentencia o laudo arbitral impuso pagar a la Nación.

El artículo 91 establece que el mandato superior que implique una infracción del texto constitucional no exime de responsabilidad al agente ejecutor, exceptuando las fuerzas militares donde la responsabilidad recaerá en el superior que da la orden.

El artículo 92 autoriza a cualquier persona natural o jurídica a solicitar a las autoridades competentes las sanciones disciplinarias o penales derivadas de la conducta de una autoridad pública.

En el artículo 95 se establece para todo ciudadano que el ejercicio de los derechos y libertades establecidas en la Constitución implica responsabilidades.

El artículo 209 establece que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

Régimen legal.

En desarrollo del artículo 124 de la Constitución Política, el Congreso de la República ha expedido o autorizado la expedición de normas para regular la responsabilidad administrativa, política, fiscal, disciplinaria y penal de los servidores públicos o de particulares que desempeñen funciones públicas. A continuación, se listan algunas de estas normas:

- La Ley 80 de 1993. Estatuto de la Contratación estatal que en su capítulo V, artículos 51 a 59 establece responsabilidades civiles, penales, disciplinarias y fiscales para servidores públicos, contratistas, consultores, interventores y asesores según sea el caso.

- Ley 144 de 1994 que regula la pérdida de la investidura de los congresistas.

- Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia

- Decreto-Ley 267 de 2000 y la ley 610 de 2000 que regulan el funcionamiento de la Contraloría General de la Republica y el proceso de responsabilidad fiscal.

- Ley 734 de 2002 que promulgó el Código Disciplinario Único.

- Ley 599 de 2000 que expidió el Código Penal.

- Ley 600 de 2000 que expidió el Código de Procedimiento Penal aplicable a delitos cometidos con anterioridad y hasta el 31 de diciembre de 2004. Esta norma es aún vigente para miembros del congreso sin importar la fecha de comisión del punible.

- Ley 678 de 2001 que reglamenta el ejercicio de la acción de repetición.

- Ley 890 de 2004 que modifica y adiciona el Código Penal.

- Ley 906 de 2004 que expidió el Código de Procedimiento Penal vigente para delitos cometidos desde el 1 de enero de 2005 y no aplicable a miembros del congreso.

- Ley 909 de 2005 que regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública.

- Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

- Ley 1474 de 2011 que fortalece los mecanismos de prevención investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

En materia penal, la Ley 599 de 2000 o código penal, establece las conductas punibles que los funcionarios públicos y ciudadanos en general pueden cometer en contra de la

Administración Pública. Esta norma en su título XV se refiere a los delitos contra la administración pública y señala 45 tipos penales desde el artículo 397 hasta el 434, incluyendo aquellos adicionados por otras leyes como la Ley 1474 de 2011 conocida como “estatuto anticorrupción” y sin perjuicio de conductas que hayan sido tipificadas en otras normas.

La responsabilidad de Senadores y Representantes

La rama legislativa del poder público tiene su régimen constitucional establecido en el Capítulo VI del texto superior, donde destaca el Capítulo VI que regula el régimen de responsabilidad de los congresistas entre los artículos 179 hasta 187.

Los artículos 179, 189 y 181 fijan un régimen de inhabilidades e incompatibilidades específico para los congresistas; el artículo 182 obliga a los congresistas hacer públicos los casos de conflictos de intereses que sean fijados por la ley; las causales de pérdida de investidura se exponen en el artículo 183 y la competencia para decretarla recae en el Consejo de Estado de acuerdo al artículo 184; el artículo 185 establece la inviolabilidad de los congresistas por sus opiniones o votaciones pero establece que el reglamento de las cámaras puede establecer normas disciplinarias para estos; el fuero parlamentario lo fija el artículo 186 que establece que la Corte Suprema de Justicia conocerá privativamente de los delitos cometidos por congresistas y será esta corporación la única autoridad que podrá ordenar la detención de un parlamentario.

El artículo 277 numeral 6 establece que a quien desempeñe funciones públicas, aun siendo de elección popular, se le ejercerá la vigilancia superior del Procurador General de la Nación.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Régimen constitucional

La contratación pública es uno de los medios mediante los cuales el Estado pretende cumplir sus fines esenciales, es por eso que la contratación pública encuentra su sustento y reglamentación constitucional en algunos apartes del texto superior.

Los fines esenciales del Estado son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Es por ello que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra y bienes, creencias y demás derechos de todos los residentes, así como asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. (Art. 2 C.N.)

El Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.N.). Cada derecho fundamental implica un deber o una obligación correlativa del Estado. Estos derechos fundamentales, lo mismo que los derechos sociales, económicos y culturales, y los colectivos y del medio ambiente; se encuentran enunciados en el Título II del texto superior entre los artículos 11 y 82, aunque el artículo 94 aclara que la enunciación realizada no significa la negación de aquellos que sean inherentes a la persona humana y no figuren expresamente en el texto constitucional

Para efectivizar los derechos constitucionales y cumplir los fines del Estado se cuenta con diferentes herramientas siendo una de ellas la contratación pública, es por ello que el inciso final del artículo 150 de la Constitución le asigna competencia al Congreso de la República para “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”.

El artículo 311 de la Constitución, les asigna a los municipios, entre otras competencias, las de prestar servicios públicos y construir obras.

El inciso cuarto del artículo 356 de la Carta, establece que los recursos del sistema general de participación de los departamentos, distritos y municipios se utilizarán prioritariamente para el servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

Por último, el artículo 365 establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

Régimen legal y reglamentario

Es evidente entonces que uno de los medios mediante los cuales el Estado cumple sus fines esenciales y garantiza los derechos ciudadanos es la contratación, y que la expedición del régimen de contratación y de los servicios públicos es competencia del Congreso, por la expresa delegación del texto superior, el Congreso ha expedido o autorizado la expedición de la siguiente normatividad relacionada con la contratación pública:

- Ley 80 de 1993 que expide el estatuto general de la contratación de la Administración pública

- ley 87 de 1993. Establece las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado.

- Ley 1150 de 2007 que introduce medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80.

- Decreto–Ley 4170 de 2011 que crea la Agencia Nacional de Contratación Pública

- Decreto–Ley 19 de 2012 que suprime o reforma regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios en la administración pública.

El gobierno nacional ha expedido diferentes decretos que reglamentan el estatuto de la contratación, entre ellos se enuncian los siguientes:

- Decreto 3629 de 2004. Ejecución en diferentes vigencias.
- Decreto 1450 de 2012 que reglamenta el decreto – ley 019 de 2012.
- Decreto 1510 de 2013 que reglamenta el sistema de compras y contratación pública.
- Por su parte el Departamento Nacional de Planeación expidió el Decreto 1082 de 2015, “Único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”.

Por su importancia en el análisis penal y disciplinario del carrusel de la contratación en el Distrito Capital de Bogotá se resaltan de las normas hasta acá citadas las siguientes:

Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007. Mediante estas dos normas el congreso ha regulado la contratación pública y en su cuerpo se identifican artículos que establecen los principios y la responsabilidad en la contratación estatal.

El artículo 3 de esta norma establece claramente que al celebrar y ejecutar contratos las entidades públicas deben buscar el cumplimiento de los fines esenciales del estado.

De acuerdo a los artículos 23, 24, 25 y 26 se establece que los principios que rigen la contratación estatal son la transparencia -que conlleva la selección objetiva y la igualdad-, la economía y la responsabilidad.

Transparencia: este principio busca que los procesos de selección adelantados por las entidades estatales se realicen bajo los parámetros cuyas reglas sean objetivas, claras, justas y completas, que permita a los proponentes a entregar propuestas idóneas y así como presentar objeciones, observaciones, preguntas y/o aclaraciones a los documentos adoptados por la entidad.

Selección objetiva: bajo este principio se debe entender que la adjudicación de un contrato a un proponente debe estar desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto

o interés, que la propuesta más favorable para la entidad debe cumplir con los criterios de evaluación ya sea por el precio de su propuesta, su experiencia y/o calidad de los productos propuestos dependiendo de la modalidad de selección.

Igualdad: Además de ser un derecho fundamental y de estar inmerso en el principio de selección objetiva, busca que todos los interesados en contratar con el Estado tengan las mismas oportunidades, de tal manera que las Entidades contratantes deben Adoptar pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los interesados u oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos.

Economía: que implica que los procedimientos y etapas para la escogencia de contratistas sean los estrictamente necesarios para garantizar la selección objetiva de la propuesta más favorable para evitar dilaciones y retardos en la ejecución de los contratos y garantizar que los trámites se adelanten con austeridad en tiempo, medios y gastos.

Responsabilidad: se entienden responsables tanto los contratistas como las entidades estatales y sus funcionarios los cuales se encuentran obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación. En este sentido podrán responder civil, penal, disciplinariamente por sus actuaciones y omisiones antijurídicas.

En el capítulo V la ley 80 de 1993, establece responsabilidad civil, disciplinaria y penal para los servidores públicos que por sus acciones y omisiones en la actuación contractual; también hace objeto al funcionario público de la acción de repetición por condenas contra la entidad contratante por las acciones u omisiones a título de dolo o culpa grave a él imputables; a los contratistas les cabe responsabilidad civil y penal por las mismas causas, lo mismo que a los consultores, interventores y asesores, en lo relacionado con las actuaciones enmarcadas dentro de un contrato estatal. A los contratistas, interventores, consultores y asesores se les

considera particulares que cumplen funciones públicas y por consiguiente están sujetos al mismo régimen de responsabilidad de los servidores públicos.

La ley 80 de 1993, en referencia al código penal vigente en ese momento, endurecía las penas establecidas para los delitos que hoy corresponden a los artículos 408, 409 y 410 de la Ley 599 de 2000, la cual acogió las penas superiores de la Ley 80 sobre las más favorables del Decreto 100 de 1980.

La Ley 1150 procura por su parte de fijar reglas claras para la selección de contratistas mediante el establecimiento de procedimientos más rigurosos en las diferentes modalidades de selección, definiendo el concepto de selección objetiva y fijando criterios para la selección de la oferta más favorable para la entidad pública.

La escogencia del contratista de obra pública puede desarrollarse a través de las siguientes modalidades de selección:

1. Licitación pública: aplica por regla general.
2. Selección abreviada: aplica cuando el valor de la obra está en el rango de la menor cuantía de la Entidad Estatal y cuando se trata de Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional.
3. Contratación directa: ésta modalidad es de carácter restrictivo, y por lo tanto sólo aplica cuando se trate de urgencia manifiesta o de la contratación del sector defensa y seguridad nacional que requiera reserva.
4. Mínima cuantía: aplica cuando el valor de la obra está en el rango de la mínima cuantía de la Entidad Contratante.

Ley 599 de 2000. De manera específica, el Código Penal Colombiano, en su título XV, capítulo IV, contiene cuatro tipos penales relacionados con la contratación pública, son ellos:

Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades

Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos

Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Artículo 410A. Acuerdos restrictivos de la competencia (Adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011)

Ley 734 de 2002. Por su parte la justicia disciplinaria, en relación con la contratación pública, además de las conductas disciplinables, ha tomado los delitos penales para tipificar faltas disciplinarias gravísimas, es así como en su artículo 48 describe, entre otras, como faltas gravísimas las siguientes:

- Realizar objetivamente una descripción típica de un delito a título de dolo o culpa grave en razón, ocasión o consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo
- Realizar actuaciones u omitir actuaciones existiendo causales de incompatibilidad, inhabilidad o conflicto de intereses. Así mismo nombrar, designar, elegir o postular personas existiendo causales de incompatibilidad, inhabilidad o conflicto de intereses.
- Contraer obligaciones con personas o empresas con la que se tengan relaciones oficiales en función del cargo.
- Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.
- Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley

- Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello
- Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley
- No exigir, el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad
- Ofrecer el servidor público, directa o indirectamente, la vinculación de recomendados a la administración o la adjudicación de contratos a favor de determinadas personas, con ocasión o por razón del trámite de un proyecto legislativo de interés para el Estado o solicitar a los congresistas, diputados o concejales tales prebendas aprovechando su intervención en dicho trámite
- Influir en otro servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita

LA RESPONSABILIDAD DEL SENADOR DE LA REPÚBLICA

La posición de los miembros del senado de la república

El Senado y la Cámara de Representantes componen el Congreso de la República, los senadores y representantes son elegidos para un período de 4 años que inicia el 20 de julio siguiente a la fecha de elección.

La Constitución Política, en su artículo 133, establece los miembros del congreso “representan al pueblo y deben actuar consultando la justicia y el bien común”, por ende, son responsables “políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”. En atención a esta responsabilidad, los congresistas, entre ellos los Senadores de la República pueden perder su investidura en los términos establecidos por el artículo 183 de la Constitución política, este artículo, en lo relacionado con la contratación pública prevé como causales de pérdida de investidura la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses y el Tráfico de influencias debidamente comprobado.

En materia penal, el fuero de Senador está contenido en el artículo 186 de la Constitución política, de acuerdo a este fuero, solo la Corte Suprema de Justicia podrá conocer de manera privativa de los delitos que cometan los congresistas, solo la Corte Suprema de Justicia podrá ordenar la detención de un congresista y en caso de aprehensión en flagrancia las autoridades deberán ser puestos de manera inmediata a disposición de la Corte. Cesado el ejercicio del cargo expira el fuero constitucional de senador, no obstante, el parágrafo del artículo 235 superior consagra que la Corte Suprema de Justicia seguirá siendo competente para juzgar a los exsenadores por las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

En materia disciplinaria la vigilancia superior de la conducta de quien desempeñe funciones públicas en un cargo de elección popular está reservada para el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados

Las funciones de la Corte Suprema de Justicia.

Establece el artículo 116 de la Constitución que la Corte Suprema de Justicia administra justicia junto a la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces y la Justicia Penal Militar.

Como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria la Carta Constitucional en su artículo 235 le confiere a la Corte Suprema de Justicia las atribuciones de actuar como tribunal de casación e investigar y juzgar a los miembros del congreso. Este mandato constitucional es replicado por el artículo 75 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal vigente para delitos cometidos antes y hasta 31 de diciembre de 2005 y aplicable a congresistas para delitos cometidos en cualquier tiempo).

La Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia” establece que la Corte Suprema de Justicia cumplirá sus funciones misionales por medio de las salas de Casación Civil y Agraria, Laboral y Penal. Y para sus actividades administrativas mediante la Sala Plena y la Sala de Gobierno.

De acuerdo a las normas citadas, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal conocer de Investigar y juzgar a Senadores y Representantes a la Cámara

Para separar las funciones de investigación y juzgamiento, en cumplimiento de la Sentencia C-545 de 2008 de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, mediante acuerdo 001 de 2009, implementó la división de la Sala de Casación Penal en una sala de Instrucción de tres magistrados y una sala de Juzgamiento de seis magistrados.

De acuerdo a lo expuesto, un Senador de la República es un servidor público de elección popular que responderá política, disciplinaria y penalmente por sus actuaciones, omisiones o extralimitaciones de funciones.

En materia política puede ser objeto de pérdida de investidura ante el Consejo de Estado en decisión de única instancia de la sala plena de lo Contencioso Administrativo; puede ser investigado disciplinariamente por el despacho del Procurador General de la Nación quien emitirá fallo de única instancia; y, en casos penales le corresponde a la sala de juzgamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conocer de manera privativa de los delitos cometidos por un Senador de la República investigando y juzgando la conducta y con ocasión a este juzgamiento emitir una sentencia penal también de única instancia.

EL CASO ESPECÍFICO DEL EXSENADOR NÉSTOR IVÁN

MORENO ROJAS

El surgimiento del escándalo del carrusel de la contratación pública en el Distrito Capital de Bogotá

El escándalo del carrusel de la contratación en Bogotá estalló el 25 de junio de 2010 cuando la cadena radial Caracol emitió en sus noticieros una grabación que involucraba al contralor de Bogotá, Miguel Ángel Moralesrussi, con la presunta negociación de comisiones con contratistas. En ella se escucha un diálogo entre el exrepresentante a la Cámara por el Partido Liberal Germán Olano y Miguel Nule, uno de los empresarios que para aquel entonces manejaba gran parte de la contratación en la ciudad. (El Espectador, 2011)''.

Como resultado de estas revelaciones los organismos de control iniciaron averiguaciones para determinar la responsabilidad del contralor, el parlamentario y el contratista del Estado. Con el tiempo, el empresario confesaría que entre el contralor y el senador Néstor Iván Moreno Rojas, hermano de para la época alcalde electo de la capital del país Samuel Moreno Rojas, le solicitaron el 6% y el 2% respectivamente para la asignación irregular de contratos del distrito. (El Espectador, 2011)

El Polo Democrático Alternativo, partido político de los hermanos Moreno Rojas, una vez desatado el escándalo con la denuncia radial, decidió iniciar una investigación interna sobre lo sucedido, el ex candidato presidencial de dicho partido, ex senador Gustavo Petro Urrego quien posteriormente también sería alcalde de Bogotá lideró la investigación junto con, los para la época, concejal de Bogotá Carlos Vicente De Roux y senador Luis Carlos Avellaneda.

La llamada comisión de seguimiento a la contratación distrital presentó su informe al Comité de Ética del Polo Democrático Alternativo y al Comité Ejecutivo de dicha colectividad

el 12 de noviembre de 2010. Este informe, que implicaba a los hermanos Moreno Rojas, encontró situaciones tales como omisión de funciones, concentración contractual, Contratación a dedo en detrimento de las licitaciones públicas, falta de razonabilidad contractual al introducir cláusulas no razonables en licitaciones en beneficio de un proponente, intermediarios equívocos con personas inmersas en conflictos de intereses, y adjudicación de paquetes contractuales por varios centenares de millones de pesos con firmas de pequeña trayectoria que dieron un salto fenomenal en la cuantía de sus adjudicaciones durante la administración del alcalde Samuel Moreno Rojas (Carlos Vicente Deroux, 2011)

La presentación del informe fue inmediatamente rechazada por el Senador Iván Moreno y al día siguiente por su hermano el Alcalde Samuel Moreno quien se declaró “cansado de “chismes y rumores”, y atribuyó las denuncias a una campaña de desprestigio contra él y su familia”.

Como resultado del informe, la Corte Suprema de Justicia, órgano competente para investigar y juzgar aforados, inició investigación preliminar contra el senador Moreno Rojas (El Espectador, 2011)

Debido a la afectación política, que implicó pérdida de votantes, algunos analistas han identificado que el carrusel de la contratación Distrital fue al Polo Democrático lo que el proceso 8000 fue al partido liberal.

Como es apenas natural, los medios trataron el asunto con titulares sensacionalistas, comportamiento en el que también se vieron involucrados los organismos encargados de la investigación, por ejemplo la fiscal de la época, la señora Vivianne Morales manifestó que el clan Nule, compuesto por Miguel, Guido y Manuel Nule debía devolver al distrito entre 1,5 y 2,2 billones de pesos (Portafolio, 2011), cifra esta última que correspondía al valor de la contratación de este grupo con el distrito, es decir los medios de comunicación, y aún los

organismos de investigación fijaban erróneamente el daño a las arcas del Estado en el valor de toda la contratación y no en el daño probado en las investigaciones en curso y que se ordenará devolver a los responsables.

Reseña histórica de las actuaciones seguidas al senador Néstor Iván Moreno Rojas y las decisiones tomadas

- El 28 de julio de 2011 bajo el expediente de radicado No. 11001-03-15-000-2011-00125-00 (Acumulado) El Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren decretó la pérdida de la investidura del Senador Néstor Iván Moreno Rojas.

- El 20 de enero de 2012, el despacho del Procurador General de la Nación en radicación IUS 2010-349363 profiere fallo de única instancia de destitución e inhabilidad general por 20 años en contra del senador Néstor Iván Moreno Rojas por su responsabilidad en dos conductas de concusión (Art 404 del código penal) falta gravísima tipificada en el numeral 1° del artículo 48 del Código Disciplinario Único, una por solicitar a la firma concesionaria de la vía Bogotá-Girardot la entrega de áreas de servicio a cambio de futuros contratos en el distrito capital y la otra por solicitar el 6% del valor por la adjudicación de las licitaciones públicas IDU-LP-DG-006-2008, grupo 4, e IDU-LP-DG-006-2008, grupo 3.

Esa decisión además ordena remitir copias para determinar la posible responsabilidad disciplinaria de Miguel, Manuel y Guido Nule y Mauricio Galofre; a la Corte Suprema de Justicia para lo de su competencia; a la Fiscalía General de la Nación para que haga parte de las causas penales que se adelantan contra Miguel, Manuel y Guido Nule, Mauricio Galofre, Lucy de Moreno, Liliana Pardo, Inocencio Meléndez, Álvaro Dávila y a los contratistas Julio Gómez y Emilio Tapia, así como para que inicie causas penales en contra de Diana Paola Patiño y Manuel Pastrana; al Consejo Superior de la Judicatura para que inicie los correspondientes

procesos contra los profesionales Jaime Araujo Rentería y Mauricio Alarcón, por las posibles infracciones al Estatuto del Abogado en las que hubieran podido incurrir (Procuraduría General de la Nación IUS 2010 - 349363, 2012)

- El 27 de octubre de 2014, en sentencia de única instancia de la Corte Suprema de Justicia SP 14623, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282, aprobada en el Acta 357 del día, el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria condenó al ex senador Néstor Iván Moreno Rojas por los delitos de concusión en calidad de autor, interés indebido en celebración de contrato en calidad de determinador, y tráfico de influencias en calidad de autor, delitos definidos en los artículos 404, 409 y 411 respectivamente en la Ley 599 de 2000.

La pena impuesta fue de 14 años de prisión, multa de 275 SMMLV (COP\$ 169.400.000,00) y 138 meses (11 años 6 meses) de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. (Corte Suprema de Justicia Radicado 34282, 2014)

EL CASO PENAL

La Sentencia CSJ SP 14623 Radicado 34282

El ciudadano Néstor Iván Moreno Rojas se desempeñó como senador de la República para el periodo 2006-2010 posesionándose el 20 de julio de 2006 y fue reelegido para el periodo 2010-2014 posesionándose de 20 de julio de 2010. Razón por la cual durante los periodos citados le cobijó el fuero constitucional de Senador y con posterioridad a este período se extiende este fuero para los delitos cometidos con ocasión del cargo; de acuerdo a lo anterior le correspondió a la Corte Suprema de Justicia la investigación y juzgamiento de sus actuaciones relacionadas con el escándalo conocido como “el carrusel de la contratación de Bogotá” por tratarse de delitos cometidos durante su periodo como Senador de la República y aunque no relacionados directamente con el ejercicio del cargo si fueron cometidos con ocasión al cargo.

Fue privado de su libertad el 28 de abril de 2011, con medida de aseguramiento proferida por la Sala de Instrucción número 3 de la Corte Suprema de Justicia, decretada en providencia del 10 de mayo de 2011 y puesto a disposición de la Sala de Juzgamiento el 2 de diciembre de ese mismo año.

Los hechos

Dos hechos o conductas generaron este proceso penal contra el senador Moreno Rojas:

1. El arreglo realizado en el segundo semestre de 2008 (durante su primer período como senador) entre Miguel Nule Velilla en representación de un grupo de empresarios y familiares conocidos como el “grupo Nule”, Álvaro Dávila Peña en representación del para la época Contralor Distrital de Bogotá Miguel Ángel Moralesrussi, y los hermanos Néstor Iván y Samuel Moreno Rojas (senador y alcalde mayor de Bogotá respectivamente por el mismo

partido) para que los primeros entregaran un 8% del valor de los contratos de obra del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá –IDU- números 071 y 072 de 2008, relativos a la rehabilitación de la malla vial de Bogotá, de resultar adjudicatarias las Uniones Temporales conformadas parcialmente con empresas del Grupo NULE, GTM y Vías de Bogotá 2009 respectivamente; el 6% destinado a los hermanos Moreno Rojas (Samuel e Iván) y el 2% para el hoy ex Contralor Distrital Moralesrussi.

Para este objetivo se contó con el apoyo de funcionarios del IDU a saber: la propia Directora de ese entonces Liliana Pardo Gaona y el Director Técnico Legal Inocencio Meléndez Julio, y los particulares Julio Gómez, Emilio Tapia Aldana, Manuel Pastrana Sagre, Mauricio Galofre, Diana Galindo y Álvaro Dávila Peña, amañando desde la elaboración de los pliegos de condiciones hasta la evaluación de las propuestas y la escogencia de los contratistas.

2. La exigencia hecha por el Senador Iván Moreno Rojas a Miguel Nule Velilla, de entregarle las dos zonas aledañas a las áreas de los Centros de Control de Operaciones “CCO” de la Concesión Bogotá - Girardot, a fin de instalar, su esposa Lucy de Moreno, igual cantidad de estaciones de suministro de combustible, abusando de su cargo y de la condición de hermano del Alcalde Mayor de Bogotá, con la coacción de que si no accedía se dañarían las relaciones entre el grupo empresarial Nule y el Distrito Capital, según reuniones realizadas una en Miami, otra en la oficina del abogado Álvaro Dávila y dos en la casa paterna del Senador, en el Barrio Teusaquillo de Bogotá, entre julio de 2008 y abril de 2009.

La investigación

La Sala de Instrucción número 3 de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto del 21 de julio de 2010, inició la investigación previa, de conformidad con la Constitución, la Ley 600 de 2000, y el reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que para la época de los hechos Néstor Iván Moreno Rojas ostentaba la condición de senador.

Evaluado el material probatorio se dio apertura a la instrucción mediante auto del 27 de abril de 2011, precisándose claramente que este acto procesal tenía por finalidad establecer la posible intervención del Senador Néstor Iván Moreno Rojas en la licitación 06 de 2008 cuyo objeto era la contratación de obras públicas y la rehabilitación de la malla vial de Bogotá realizada por el IDU, concretamente en la adjudicación de los contratos 071 y 072 de 2008 y, adicionalmente, verificar la presunta solicitud de Moreno Rojas a Miguel Nule Velilla para que se le asignaran dos zonas en la concesión Bogotá–Girardot para la instalación de estaciones de gasolina, por parte de su esposa Lucy Luna de Moreno.

Por la posible comisión de otras conductas punibles detectadas durante la instrucción se iniciaron otros procesos radicados 34282A y 37665 sobre los cuales aún no se ha proferido decisión.

La calificación jurídica de la imputación

Al Senador Néstor Iván Moreno Rojas se le profirió Resolución de Acusación el 8 de noviembre de 2011 como probable responsable de los delitos tipificados en el código penal como Artículo 405. Cohecho propio; Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos; y Artículo 404. Concusión.

De la primera conducta investigada se desprendieron dos delitos, el primero se configuró por el acuerdo de voluntades, y el pago acordado, para adjudicar fraudulentamente la licitación pública 006 de 2008 del IDU que desembocó en los contratos 071 y 072 de 2008, el segundo se configuraría por la presunta manipulación por parte de funcionarios del IDU de la citada licitación. Estos delitos se le imputaron al Senador Moreno Rojas en condición de “Coautor interviniente” en concurso homogéneo para cada uno de los dos contratos.

Con respecto a la segunda conducta investigada, el tercer delito se le imputó por la solicitud de las dos zonas aledañas a los Centros de Control Operativo –CCO- de la concesión

Bogotá – Girardot para la instalación de estaciones de gasolina por parte de su esposa; este delito se imputó en la modalidad de autor.

La Modificación de la calificación jurídica durante el proceso

El 1 de diciembre de 2011 quedó ejecutoriada la resolución de acusación en contra del exsenador Néstor Iván Moreno Rojas pasando el expediente de la sala de instrucción a la sala de juzgamiento de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia.

En el trámite de la audiencia pública de juzgamiento, en decisión del 2 de septiembre de 2013, la Corte procedió a variar la calificación jurídica de las conductas punibles imputadas de la siguiente manera:

Con respecto a la primera conducta investigada consistente en la manipulación de la licitación pública del IDU 006 de 2008 para la adjudicación fraudulenta de los contratos del IDU 071 y 072 de 2008 el delito de cohecho propio en la modalidad de coautor se adecuó a la tipificación del “tráfico de influencias de servidor público” (Art. 411 código penal) a título de autor; esta nueva tipificación es relativamente benéfica para el acusado por su menor pena, pero se ajusta más claramente con la conducta cometida.

En esa misma conducta, el punible de “Interés indebido en la celebración de contratos” que fue imputado como “coautor interviniente” le fue conservado pero atribuyéndosele la calidad de determinador; en este caso nuevamente la conducta se adecuó más claramente al tipo penal imputado agravándose la acusación al encartado, ya que el determinador en los términos del artículo 30 del código penal incurre en la misma pena prevista para la infracción mientras que el interviniente incurre solo en las $\frac{3}{4}$ partes de esta pena.

Se conservó el concurso de conductas punibles y la imputación por cada uno de los contratos en la primera conducta investigada; para el caso de la segunda conducta investigada la adecuación típica realizada por la sala de Instrucción quedó incólume.

De manera definitiva el Exsenador Néstor Iván moreno Rojas fue juzgado por:

1. Tráfico de influencias. Artículo 411 del Código Penal o Ley 599 de 2000 en calidad de autor; por influir en su propio beneficio a los funcionarios del IDU en sus actuaciones relativas al trámite y adjudicación de la licitación pública 006 de 2008 y los contratos 071 y 072 de 2008 que de ella se derivaron

2. Interés indebido en la celebración de contratos. Artículo 409 del Código Penal o Ley 599 de 2000 en calidad de determinador; por sus actuaciones encaminadas a que los funcionarios del IDU actuaran indebidamente en el trámite y adjudicación de los contratos 071 y 072 de 2008 que se derivaron de la licitación pública 006 de 2008.

3. Concusión. Artículo 404 del Código Penal o Ley 599 de 2000, como autor; por haber solicitado, en beneficio de su esposa, la entrega de predios de la concesión vial Bogotá – Girardot para la instalación de estaciones de gasolina

Las consideraciones de la Corte

Competencia. La Corte Suprema de justicia se declara competente para asumir las investigaciones en los términos del numeral 3 del artículo 235 superior y el numeral 7 del artículo 75 de la Ley de la ley 600 de 2000 que expresan que a la sala de casación penal de las CSJ le corresponde “investigar y juzgar a los miembros del congreso”.

La Corte interpreta que, sin demeritar la relación de parentesco entre los hermanos Moreno Rojas Iván Senador y Samuel Alcalde Distrital, la comisión de los delitos se realizó por un ejercicio abusivo del cargo del Senador; a quien, por pertenecer al mismo partido político, le fue asignado el IDU como cuota burocrática y desde allí implementó conductas indebidas en abuso de su investidura para cometer los ilícitos. Razón por la cual, de acuerdo a los criterios de interpretación constitucional vigentes del párrafo único del artículo 235 constitucional, la Corte es competente para asumir la investigación y juzgamiento.

Requisitos para condenar. Para proferir sentencia penal condenatoria se requiere acreditar la comisión de hechos delictivos y de la responsabilidad del acusado con base en pruebas legítimamente aportadas al proceso.

La acreditación del hecho punible y la responsabilidad del acusado en su comisión deben soportar cualquier duda, ya que, si una razón sustancial demerita las pruebas y permite conservar la presunción de inocencia, esta duda se aplica en beneficio del acusado de acuerdo al principio conocido como “in dubio pro reo”

El Delito de tráfico de influencias. Este es un delito de sujeto activo calificado, es decir solo puede ser cometido por funcionario público que ejerza influencia indebida sobre otro funcionario público en razón a las funciones que le competan a este último. Es un delito de mera conducta ya que no requiere del cumplimiento del objetivo, sin importar la renuencia del sujeto pasivo, basta que se despliegue la indebida influencia del sujeto activo para la comisión del delito. Si la pretensión implica algún tipo de remuneración o que se cometen otras acciones ilegales para materializar lo pretendido se entra en concurso de delitos con otros tipos penales. El pretendido de oponerse figura como víctima de lo contrario su conducta es típica.

Analizado el debate probatorio se determina porque la actuación se adecua al delito de tráfico de influencias en la modalidad de autoría resaltando como su calidad de Senador de la República del mismo partido de su hermano y alcalde de Bogotá le solicitó a este último mantener en el IDU a la gerente de la anterior administración lo que le permitió ejercer su poder político a través de Emilio Tapia y Álvaro Dávila Peña para transmitir a la gerente del IDU, Liliana Pardo Gaona, los requerimientos para otorgar un trato preferente y privilegiado a las ofertas del grupo Nule. Manifestó la Corte “En palabras simples, como Liliana Pardo le debía el puesto al Senador Néstor Iván Moreno Rojas, un pedido suyo era prácticamente una orden y

su desatención implicaba alto riesgo de perder el empleo.” (Corte Suprema de Justicia Radicado 34282, 2014).

Se descarta que las actuaciones probadas se adecuaran a los delitos de cohecho propio, cohecho impropio y cohecho por dar u ofrecer, ya que la imputación de la sala de instrucción se restringe al tráfico de influencias; el pago de comisiones por parte de los contratistas a funcionarios del IDU configura delito entre aquellos y estos, y con respecto al pago de las comisiones que se hubieran podido realizar al Senador Néstor Iván Moreno Rojas la Corte realiza ruptura procesal para abrir los expedientes 34282-A y 37665

El Delito de interés indebido en celebración de contratos. Es otro delito de sujeto activo calificado que sanciona “al servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o sus funciones”

Es un delito de mera conducta no se requiere que el contrato sea celebrado ni que se configure un daño concreto al bien jurídico tutelado, basta que prevalezca el interés particular del servidor público sobre el bien general de la comunidad para la comisión del delito. Si la pretensión implica algún tipo de remuneración o se cometen otras acciones ilegales para materializar lo pretendido se entra en concurso de delitos con otros tipos penales. El pretendido de oponerse figura como víctima de lo contrario su conducta es típica.

El bien jurídico tutelado por la legislación es la administración pública, se busca preservar los postulados constitucionales del artículo 209 del texto superior y el acatamiento de los fines de la contratación administrativa del artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Para el caso concreto en estudio al Exsenador Moreno Rojas se le imputa este delito como determinador, ya que a través de sus emisarios Álvaro Dávila y Emilio Tapias, influyo en

la directora del IDU Liliana Pardo y en sus subalternos para que la licitación 006 de 2008 fuera adjudicada a las empresas del grupo Nule.

Los plazos y condiciones de licitación señalados en la Ley 80 de 1993 artículo 30, Ley 1150 de 2007 artículo 9 y Decreto 2474 de 2008 fueron cumplidos, pero la elaboración de los pliegos de condiciones se hizo a la medida de determinados contratistas; Durante el proceso se hizo evidente que las firmas GTM y Vías de Bogotá 2009 no presentaron observaciones a los pre pliegos de condiciones ya que por tener acceso a ellos de manera previa y haberlos “arreglado” no hizo necesario el uso de esta facultad.

La Corte compulsó copias para investigar a miembros del comité de adjudicaciones y del grupo de evaluadores que ante la sala de instrucción negaron cualquier manipulación de la licitación y la existencia de presiones o cualquier irregularidad por parte del Senador Moreno Rojas, para la Corte estas declaraciones no desvirtúan las otras pruebas de cargo recaudadas.

Aunque no existió comunicación directa entre el senador Moreno Rojas y los funcionarios del IDU esta si se realizó por interpuesta persona siendo el encargado Emilio Tapia Aldana. En el juzgamiento se desvirtuó la participación de Moreno Rojas como autor o coautor ya que el delito de interés indebido en celebración de contrato exige un sujeto activo calificado consistente en un funcionario público que tenga en la órbita de sus funciones la posibilidad de interesarse en la contratación, circunstancia que se aplica de los funcionarios del IDU y no de un Senador, tampoco puede ser interviniente ya que no concurrió a la comisión material del delito; la actuación probada es típica de un determinador.

El delito de concusión. En la comisión de este delito concurren cuatro elementos, primero sujeto activo calificado “servidor público que”; acción típica “en abuso del cargo o sus atribuciones”; verbos rectores “constraña induzca o solicite beneficio o utilidad indebida”; y nexo causal entre “el servidor público y la promesa de dar o entregar la utilidad indebida”.

Este punible es de mera conducta, no es necesario que el desembolso se cause o se entregue el objeto o dadora, basta con manifestar la solicitud al sujeto capaz de cumplirla. La promesa de entrega del dinero puede tener como beneficiario al funcionario o a un tercero, particular u otro servidor público. (Corte Suprema de Justicia Radicado 34282, 2014)

La defensa de Moreno Rojas acudió a la tesis del “delito imposible” ya que era técnicamente inviable la instalación de las estaciones de gasolina en los CCO de la concesión Bogotá – Girardot; la investigación desecha esta teoría ya que lo que se solicitaba era “las zonas aledañas a los CCO” las cuales estaban en estudio de factibilidad por parte de la concesión para su posible explotación económica, ya algunos socios de la concesión habían realizado adquisiciones para explotación privada de áreas no pertenecientes a la concesión pero aledañas a ellas.

La tesis de “delito imposible o tentativa inidónea” no tiene cabida en la concusión ya que por ser un delito de mera conducta no requiere que el constreñimiento logre su objetivo o lo solicitado pueda ser viable, basta con que el constreñimiento haya sido ejercitado para la configuración del tipo penal de la concusión. En el caso en estudio, el Senador Moreno Rojas exigió a Miguel Nule Velilla la entrega de las áreas aledañas a título gratuito so pena de afectar las relaciones contractuales con el distrito, la exigencia y la amenaza constituyen el delito sin importar la materialización de la exigencia.

Durante el juzgamiento se prueba y concluye que, el Senador Moreno Rojas, abusando de su condición de senador “construyó mediante violencia psicológica a Miguel Nule Velilla, con el propósito de que a su esposa, Lucy Luna de Moreno, le fueran entregadas gratuitamente dos zonas para la instalación de estaciones de gasolina.” (Corte Suprema de Justicia Radicado 34282, 2014). El delito queda configurado en el instante en que el Senador le coloca de presente que “en el evento de no acceder a esa pretensión se dañarían o afectarían las relaciones

que para ese instante mantenían con el Distrito Capital, siendo esto una evidente amenaza.” (Corte Suprema de Justicia Radicado 34282, 2014). Cometiendo de esta manera Moreno Rojas una evidente transgresión a los principios que rigen el desempeño de todo servidor público. Por lo tanto, “la condena para el ex Senador Moreno Rojas se impartirá por el delito de concusión a título de autor.” (Corte Suprema de Justicia Radicado 34282, 2014)

Individualización de la pena.

Las conductas imputadas y probadas al ex Senador Néstor Iván Moreno Rojas en el proceso penal en estudio, fueron:

Concusión. Artículo 404 de la Ley 599 de 2000; Interés indebido en la celebración de contratos. Artículo 409 de la Ley 599 de 2000; y Tráfico de influencias. Artículo 409 de la Ley 599 de 2000

Al imponérsele la condena no procede al incremento de penas establecido en la ley 890 de 2004, por inaplicabilidad a los congresistas, quienes por su régimen procesal especial no tienen acceso a la negociación de penas propia del sistema de tendencia acusatoria vigente en la Ley 906 de 2004.

Al haber concurso de delitos, se tasa la pena en aplicación de los artículos 60 y 61 del código Penal.

Para el primer delito, el de concusión, por el uso de la violencia psicológica y el abuso de su cargo y su posición social deshonrando el desempeño del servicio público se evidencia una mayor intensidad del dolo y la pena se ubica en el extremo superior del cuarto inferior, es decir 84 meses de prisión, 62,5 SMMLV de multa y 69 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo referente al delito de interés indebido en celebración de contrato se descartó la existencia de concurso homogéneo de delitos ya que la conducta probada no puede imputarse

por cada contrato adjudicado si no por la manipulación de un solo proceso licitatorio, el IDU 006 de 2008, independientemente de cuantos contratos se derivaron de él; sin embargo, la afectación al bien jurídico de la administración pública en un cuantioso proyecto vial, desconociendo los principios de la contratación estatal, el uso de tercer personas para no involucrarse mientras conserva el control de las actuaciones evidenciando una planeación criminal de la acción, y privar a la ciudad de la posibilidad de seleccionar una mejor propuesta fueron circunstancias que expresan mayor intensidad en el dolo, por lo que las penas nuevamente se ubican en el extremo superior del cuarto mínimo; es decir 72 meses de prisión, 87,5 SMMLV de multa y 81 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Para el punible de tráfico de influencias nuevamente se descarta el concurso homogéneo por la existencia de dos contratos, se considera por lo tanto cometido con ocasión de una sola licitación, otra vez se evidencia el uso de intermediarios como Dávila Peña y Tapia Aldana en la comisión de los hechos, así como el abuso de su investidura de Senador y el desprestigio al que sometió a la administración pública, con estos agravantes la pena impuesta es el extremo superior del cuarto inferior de la pena, es decir 60 meses de prisión, multa de 125 SMMLV y 69 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Legal y jurisprudencialmente (Corte Suprema de Justicia SP Radicado 18556, 2003) se han establecido tres limitantes de la acumulación de penas:

- No debe ser superior al doble de la mayor pena individual, para este caso el doble de 84 meses impuestos para el delito de concusión, es decir 168 meses,
- No debe ser superior a la suma aritmética de todas las penas individuales impuestas, en este caso 84 meses por el delito de concusión más 72 meses por el delito de interés

indebido en celebración de contrato y más 60 meses por el delito de tráfico de influencias, es decir 216 meses; y

- No debe ser mayor a la pena máxima permitida por nuestro ordenamiento penal de 60 años o 720 meses.

En este caso el limitante de la acumulación de penas es que no exceda el doble de mayor pena individualmente impuesta que corresponde a 168 meses

Calculado este limitante se condena a Néstor Iván Moreno Rojas a 84 meses de prisión por el delito de concusión 50 meses por el delito de interés indebido en celebración de contrato y 34 meses por tráfico de influencias, de esta manera se totalizan 168 meses y se cumplen las tres limitantes jurisprudenciales de la acumulación de penas y se condena al 100% de la pena por el primer punible de concusión 60% de la pena del primer delito por la comisión del interés indebido y 40% de la pena del primer delito por la comisión del tráfico de influencias.

Penas accesorias. Para el caso de las multas el artículo 39 del código penal establece que estas se sumaran sin exceder los 50.000 SMMLV, razón por la cual la multa definitiva consiste en la suma de las multas individuales, es decir 275 SMMLV.

Para la acumulación de la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplican los mismos criterios de la pena de prisión, paradójicamente el delito con mayor pena de prisión, que es la concusión, es el de menor pena de inhabilidad, pero para no “crear indebidamente un conjunto punitivo más desfavorable en perjuicio del condenado.” (Corte Suprema de Justicia Radicado 34282, 2014), se toma como punto de partida de inhabilidad la fijada para el delito de mayor pena de prisión, así este sea de menor inhabilidad, al aplicar las limitantes esta resulta el doble de los 69 meses impuestos de manera individual para el delito de concusión es decir 138 meses.

A Néstor Iván Moreno Rojas no le aplicó la inhabilidad a perpetuidad del artículo 122 inciso 5 del texto superior ya que los delitos por los cuales se condena al acusado no afectan al patrimonio público, si bien el bien jurídico tutelado es la administración pública, estos tres tipos penales protegen en concreto principios como la moralidad, transparencia, igualdad e imparcialidad de la administración. Caso contrario se predicaría de delitos como el prevaricato que afectan directamente el patrimonio público.

Exclusión de beneficios. La suspensión provisional de la ejecución de la pena, en los términos de la ley 1709 de 2014 que modifica el artículo 63 del Código Penal Colombiano, aplica como criterio objetivo para penas inferiores a cuatro años de prisión, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia excluye de la aplicación de este beneficio a los casos de delitos contra la administración pública, por lo que no se cumplen los criterios objetivos y subjetivos para la aplicación de este beneficio.

Para decretar la detención domiciliaria la Ley 1709 de 2014, que modifica el artículo 38 del código penal, se considera que, esta es aplicable para penas de prisión inferiores a 8 años, no obstante esta Ley convalida el inciso segundo del artículo 68A que excluye la posibilidad de este beneficio en los delitos contra la administración pública; la Corte evidencia que en el artículo 38 original del Código Penal no existe esta limitante de exclusión de delitos contra el patrimonio público pero la pena debe ser inferior a 5 años, y el delito de concusión por el que fue condenado impone una pena mínima de 6 años sustrayendo al acusado de este beneficio. Ante la posibilidad de aplicar una mixtura del artículo que no excluye determinados delitos y el artículo con mayor rango de beneficios, existe jurisprudencia que hace prohibitiva esta posibilidad y niega el beneficio (CSJ SP, 12 de mar. de 2014, rad. 42623; CSJ SP, 2 de abr. de 2014, rad. 43209).

No hubo ocasión a indemnización de perjuicios ya que no se acredita que los punibles cometidos hayan causado perjuicio a persona determinada.

Aunque a los aforados del Congreso les aplica la ley 600 de 2000 en materia procesal, la Ley 906 de 2004 asigna competencia a los jueces de ejecución de penas para conocer de la ejecución del fallo, consiguiente el proceso fue remitido al reparto de los juzgados de ejecución de penas.

También hubo ocasión a la compulsión de copias de la sentencia a la unidad de lavado de activos y extinción del derecho de dominio de la Fiscalía General de la Nación, esto con el fin de perseguir aquellos bienes que se demuestre son producto de conductas delictivas del ex Senador Moreno Rojas. También decide la Corte compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue la conducta de Diana Paola Patiño en relación con el amaño y manipulación de los pliegos de licitación IDU 006 de 2008 antes que estos fueran publicados por la entidad, con respecto a otros involucrados la Fiscalía ya había certificado la existencia de procesos o la sala de instrucción ya había realizado la compulsión. Por último, se ordena remitir copia de la sentencia a la sala de instrucción para que sea allegada a otros procesos que se sigue contra el senador ya sean independientes o derivados de la actuación principal y se estudie si se incurrió en el delito de concierto para delinquir.

EL CASO DISCIPLINARIO

Radicado IUS 2010-349363

Reseña histórica del derecho disciplinario en Colombia.

Antes de abordar el fallo del Ministerio Público en cabeza del Procurador General de la Nación, se hará una breve reseña histórica frente al marco legal que precedió la actual Ley 734 de 2002, lo anterior a que el régimen disciplinario, separado del derecho penal como un derecho punitivo independiente, no es común en otros ordenamientos jurídicos diferentes al colombiano y merece una contextualización histórica.

Se inicia con la Ley 4° de 1913, por la cual se establecieron las funciones del Procurador General de la Nación, que propendía por la vigilancia en las actuaciones de los servidores públicos investigando la conducta de los empleados públicos, sin embargo, dicha Ley no abordaba de manera amplia los actos de corrupción.

Tiempo después, bajo la presidencia de Alfonso López Pumarejo surge la ley 165 de 1938, primer estatuto sobre administración de personal en Colombia, que consagró la carrera administrativa enmarcando principios como fundamento de control.

Más adelante surge el Decreto ley 2091 de 1939, por el cual se instauraron las penas disciplinarias y el procedimiento para la aplicación de las sanciones disciplinarias. Acto seguido, el Decreto ley 1192 del 11 de julio de 1940, enmarca la confidencialidad y la responsabilidad que le atañe al servidor público frente al trato de los datos que consigan en su hoja de vida, la falsedad en la información que proporcionara se estimara como falta grave.

Con la expedición del Decreto 1679 de 1960, se otorgó competencia a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para conocer de las sanciones disciplinarias que fueran atribuidas a los servidores vinculados al sector público a través de carrera administrativa.

Más adelante con el Decreto 1732 del 18 de julio de 1960 se vislumbró un Estatuto de Servicio Civil y Carrera Administrativa con el cual se previeron las garantías del servidor de la Rama Ejecutiva del poder público, dicho estatuto propendía por los derechos, deberes prohibiciones y así mismo, establecer un régimen disciplinario.

Tiempo después los Decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 modificaron las normas de administración de personal civil de la Rama Ejecutiva del poder público, esta normas permitieron categorizar el perfil de los empleos los deberes, derechos y prohibiciones que se aplicarían, así mismos permitió aumentar las sanciones en materia disciplinaria, la figura de suspensión provisional e inhabilidad con destitución fue un fuerte referente que blindaba a la administración en materia disciplinaria y como fuente de control frente a los actos de los servidores públicos.

Como preámbulo de las normas citadas anteriormente se puede evidenciar que con el tiempo las leyes y el paso de varias legislaciones se fortaleció el código frente a la responsabilidad disciplinaria que enmarca como pilar fundamental la conducta que debe fundar en los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas con aras de garantizar lo que circunscribe la Carta Suprema atinente a los fines del Estado.

Frente a la titularidad de la acción disciplinaria como lo establece la Ley 734 de 2002 lo encabeza la Procuraduría General de la Nación, acto seguido las Personerías Distritales y Municipales, culminando con las oficinas de control disciplinario interno y los funcionarios con potestad disciplinaria en cada entidad (Procuraduría General de la Nación IUS 2010 - 349363, 2012).

El poder disciplinario debe estar alrededor de todas las actuaciones de los servidores públicos y como se mencionó en párrafos anteriores de igual forma en particulares que ejerzan funciones al servicio de la Nación, sin embargo es necesario preguntarnos en que momento el

Ministerio Público debe actuar con antelación a la ocurrencia de un hecho que si bien no es notorio es evidente en una sociedad que por ende está bajo la sombra de una cultura de corrupción, la Sala del Supremo Tribunal cita el pronunciamiento que perfiló el Ministerio Público como interviniente dentro del proceso, sin embargo es oportuno mencionar que no se vislumbra ninguna acción encaminada que permita dar lugar a la prevención y puesta en marcha de indagar con anterioridad de futuros casos fatídicos de corrupción, atañe a la Procuraduría la salvaguarda del cumplimiento de la Ley en materia disciplinaria, de igual forma es el ente encargado de la salvaguarda y protección de la intachable e irreprochable conducta disciplinaria de los agentes al servicio del Estado.

Los cargos.

Al senador Moreno Rojas se le imputan cargos por hechos similares a los del proceso penal; primer hecho haber solicitado en el Starbucks coffee de la Collins Avenue 171 de la ciudad de Miami, Florida, Estados Unidos a Miguel Nule Velilla y a Guido Nule Marino que se le entregaran las áreas de uso exclusivo de la carretera Bogotá – Girardot para colocar estaciones de gasolina, negocio al que se dedicaba su esposa Lucy de Moreno, solicitud que se refrendó en tres ocasiones posteriores, una en el apartamento de Álvaro Dávila Peña y dos en la casa paterna de los Moreno Rojas; y segundo en las tres últimas reuniones haber solicitado el 6% para interceder en la adjudicación de las licitaciones públicas IDU-LP-DG-006-2008 grupos 3 y 4.

La PGN consideró que ambas conductas se encuadraban dentro del tipo penal del artículo 404 del código penal “concusión” y que por consiguiente al entonces Senador se le configura la falta gravísima del numeral primero del artículo 48 del Código Disciplinario Único “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito...”

Consideraciones del despacho.

Competencia. El Procurador General de la Nación se declara competente en los términos del artículo 7 del decreto 262 que establece que le corresponde a su despacho “Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelantan contra los congresistas, por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso, aunque haya dejado de ser congresista”.

Tipificación de la conducta. Después de un amplio debate probatorio, similar al presentado en el proceso penal, el despacho del Procurador General de la Nación considera que ambas conductas imputadas al Senador quedaron probadas, y que en ambas Moreno Rojas estuvo prevalido de su condición de Senador y hermano del Alcalde de Bogotá D.C., para primero, exigir la entrega de las áreas de uso exclusivo de la concesión Bogotá - Girardot y en contraprestación recibir un mejor trato de la administración Distrital y la adjudicación de algunos contratos, y, segundo solicitar una comisión del 6% para interceder en la adjudicación de la licitación pública IDU-LP-DG-006-2008 grupos 3 y 4.

Ambas conductas son tipificadas como concusión, por tal razón el aforado cometió, a título de dolo, conductas típicas consagradas en la ley como delito por lo que incurre en la falta gravísima del artículo 48 numeral primero del Código Disciplinario Único.

En el derecho disciplinario la exigencia de la ley para determinar la precisión de la conducta es menos estricta que para el derecho penal, es propio del derecho disciplinario el uso de tipos abiertos y tipos en blanco.

En un tipo abierto el supuesto de hecho de la norma es descrito en forma genérica, con cierto grado de indeterminación, sin dejar de ser expreso, cierto y previo. Por su parte, en los tipos en blanco se hace una remisión a otras normas, para poder así completar el precepto, esas descripciones disciplinarias son constitucionalmente válidas, siempre y

cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta disciplinada y de la sanción correspondiente. (Procuraduría General de la Nación IUS 2010 - 349363, 2012)

Para la aplicación de tipos en blanco la Corte Constitucional ha establecido un conjunto de reglas con el fin de evitar vulnerar el derecho a la defensa del disciplinado, estas son:

i) La disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto; ii) que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad. Finalmente, no sobra reiterar que lógicamente a las personas no se les puede aplicar una descripción de la conducta sancionada efectuada con posterioridad a la realización de dicha conducta, porque ello desconocería el principio de *lex praevia* (Corte Constitucional, Sentencia C - 507, 2006)

El tipo en blanco disciplinario se presenta cuando el artículo 48 No. 1 del CDU remite al código penal, la culpabilidad es abordada desde el derecho disciplinario y no del derecho penal.

Los elementos del tipo objetivo en la justicia penal son: El sujeto, la acción, el resultado, el nexo de causalidad y la imputación objetiva, el bien jurídico, los medios, el momento de la acción, el lugar de la acción y el objeto de la acción (Procuraduría General de la Nación IUS 2010 - 349363, 2012).

No obstante no todo tipo penal debe contener la totalidad de estos elementos, el delito de concusión que se le consideró probado a Moreno Rojas es de comisión formal, es decir el resultado esperado no necesariamente debe presentarse para la comisión del punible es decir no

se necesita que los beneficios solicitados hayan sido recibidos tampoco era necesario que el Senador fuera ordenador del gasto o funcionario del Distrito, bastaba con que el destinatario de la solicitud creyera razonablemente que el Senador podía facilitar o entorpecer la contratación con el Distrito, y esta potestad se le atribuye como copartidario y hermano del Alcalde Distrital y al habersele la burocracia del IDU como cuota política.

Para la procuraduría se consideró probado el delito de concusión ya que la conducta fue cometida por un servidor público, en abuso del cargo o de su función, realizando una solicitud abusiva e indebida y la víctima de la conducta tuvo miedo al poder público “metus publicae potestatis” es decir miedo a ser perseguido o a perder los beneficios de la administración en su actividad como contratista de la misma.

Toda persona puede ser sometida al “metus” sin importar sus calidades, los hermanos y primos Nule, no obstante su formación profesional y experiencia de negocios y aun considerando que en otros escenarios fueron trasgresores de la ley en este caso, como contratistas profesionales, dependían de la asignación de más contratos o que se les permitiera la ejecución de los ya adjudicados; Moreno Rojas solicitó de forma indebida y abusando de su calidad de congresista, prevalido además de su condición de hermano del alcalde mayor de Bogotá unas estaciones de gasolina y unas sumas de dinero, lo que para el despacho del Procurador General de la nación se adecua a la descripción típica del artículo 404 del código penal delito de concusión.

No era necesario que se consumara o que se probara el resultado de la acción a través de la entrega de las áreas aledañas a los CCO ni con la entrega del 6% del valor de los contratos respectivamente, bastaba con que los destinatarios de la acción, es decir el grupo Nule, creyeran que el Senador Moreno Rojas tenía la potestad de facilitar o entorpecer la contratación con el Distrito.

La ilicitud sustancial

El concepto de ilicitud sustancial se encuentra consagrado en la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, consiste, como lo define el artículo segundo, en la afectación del deber funcional sin justificación alguna; para determinar en qué consiste esta afectación sin justificación el artículo 22 de esta ley establece los principios con que un servidor público debe desempeñar sus funciones con el fin de garantizar a la ciudadanía el ejercicio de la función pública, y el artículo 28 establece las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria.

De manera muy simple podría considerarse que una actuación es sustancialmente ilícita si constituye una falta típica disciplinaria sin estar amparado por una causal de exclusión del artículo 28, no obstante, el órgano disciplinario ha considerado que la responsabilidad disciplinaria no se constituye por la simple violación del deber por el deber, implica la violación de principios fundamentales establecidos en el artículo 209 de la constitución y otros textos legales.

En el caso del Senador Moreno Rojas la ilicitud sustancial se consideró probada cuando con sus actuaciones típicas transgredieron además los principios de igualdad, moralidad y eficacia.

Igualdad cuando entorpeció los procesos licitatorios del Distrito Capital para que algunos de estos fueran adjudicados a grupo empresarial de los hermanos y primos NULE a cambio del pago de una comisión dejando en inferior situación a otros proponentes.

Moralidad y eficacia cuando su accionar malintencionado se apartó del objeto de su cargo e hizo apartar al IDU del objeto de la entidad con el interés mezquino de obtener un beneficio personal de los procesos licitatorios del distrito afectando la imagen del estado frente a sus ciudadanos.

Culpabilidad.

Nuestro derecho sancionatorio disciplinario y penal proscribire la responsabilidad objetiva, es decir por la sola causación del resultado, la sola infracción del deber funcional no tiene sentido sin el contenido subjetivo de la imputación, lo anterior se fundamenta en el principio de dignidad del ser humano e implica que en aquellos contextos en que la culpabilidad no se considere como elemento de la imputación este debe considerarse implícito por el texto superior (Corte Constitucional SU - 901, 2005).

Para imputar la responsabilidad subjetiva el derecho disciplinario requiere: Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad), exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche), conocimiento de la situación típica, voluntad y conciencia de la antijuridicidad (Procuraduría General de la Nación IUS 2010 - 349363, 2012).

Para el caso del ex Senador Moreno Rojas los cinco elementos se configuraron de manera indudable, la conducta le es atribuible ya que no se encontró ninguno elemento de exclusión de la responsabilidad disciplinaria consagrados en el artículo 28 del CDU; como Senador de la República, de formación profesional universitaria y político de profesión, le era exigible conocer la prohibición de pedir dádivas para interceder ante la administración para beneficiar determinados oferentes, lo que constituye una conducta contraria a derecho; y de manera voluntaria y consciente decidió solicitar la entrega de las áreas aledañas a los CCO de la concesión Bogotá - Girardot y el 6% del valor de los contratos adjudicados.

La sanción.

El despacho del Procurador General de la Nación, al considerar probadas las dos conductas investigadas encuentra que estas encuadran como falta gravísima a título de dolo según el artículo 48 numeral primero del CDU, el artículo 44 de la misma norma fija para las faltas gravísimas la pena de destitución e inhabilidad general que el artículo 46 establece entre

10 y 20 años; los criterios para graduar la sanción del artículo 47 numeral 2 literal a, determinan que si una o más acciones infringe varias disposiciones disciplinarias o varias veces la misma disposición la sanción podrá incrementarse sin exceder el máximo legal.

Por esta razón; al probarse dos conductas que infringen la misma norma disciplinaria, causando un grave daño social, sumiendo a la ciudad en un caos vial y afectando ante la ciudadanía la imagen del Congreso Nacional entidad donde ostentaba la más alta dignidad de Senador; se le condena con destitución e inhabilidad general por veinte (20) años.

PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA

Radicación No. 11001031500020110012500 (ACUMULADO)

Por los mismos hechos narrados y descritos ampliamente en los procesos penal y disciplinario, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado tramitó la pérdida de la investidura del ex senador Néstor Iván Moreno Rojas.

La demanda

Dos diferentes demandas se presentaron en el consejo de Estado con la pretensión de que se decretara la pérdida de la investidura de Moreno Rojas; en concreto se manifestaba que al haber ejercido su poder político como Senador para que se le asignara a los contratistas del grupo Nule trato diferencial favorable en las licitaciones y se les adjudicaran contratos, así como al solicitar la entrega a título gratuito de las zonas aledañas a los CCO de la carretera Bogotá Girardot para que su esposa estableciera en ellas estaciones de gasolina, Moreno Rojas incurrió en las incompatibilidades segunda y cuarta del artículo 180 de la Constitución lo que lo hace responsable de las causales de pérdida de investidura primera y quinta del artículo 183 superior.

Problema jurídico

El Consejo de Estado determinó el siguiente problema jurídico a ser Resuelto:

Si el Senador Néstor Iván Moreno (a) incurrió en una violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades propio de los Congresistas al haber “gestionado, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos”, haber sido apoderado ante las mismas o haber celebrado con ellas algún contrato por sí o por interpuesta persona; (b) incurrió en una violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas al haber celebrado contratos o realizado gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que

administren, manejen o inviertan fondos públicos, sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste; o (c) incurrió en tráfico de influencias. (Consejo de Estado, 2013)

Consideraciones del Despacho.

Con el acervo probatorio recaudado; que incluyo el traslado de pruebas de los proceso penal y disciplinario contra el exsenador y de procesos penales, disciplinarios y fiscales contra otros involucrados, así como la práctica de declaraciones y pruebas complementarias; el Consejo de Estado concluyo que estaba plenamente comprobado “que el Senador Iván Moreno realizó gestiones y ejerció presiones, valiéndose de su investidura, para obtener la asignación de las estaciones de gasolina anexas a la carretera Bogotá-Girardot, para ser operadas por su esposa Lucy Luna” . (Consejo de Estado, 2013)

Tal como sucedió en los casos penal y disciplinario, para el Consejo de Estado es indiferente el logro o no del objetivo, para el caso de las incompatibilidades constitucionales segunda y cuarta del artículo 180 superior, estas se refieren a “gestionar” o “realizar gestiones”, ante “entidades públicas” o “contratistas del estado”. El verbo gestionar es definido como "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, y comúnmente se entiende como el adelantamiento de trámites en procura de una finalidad concreta", la sola realización de las diligencias para gestionar negocios de su esposa ante un concesionario vial de la nación le hace incurrir en la causal de perdida de investidura independiente del logro del objetivo, nuevamente como en los casos de los tipos penales de concusión, interés indebido en celebración de contratos y tráfico de influencias, incurrir en esta incompatibilidad y causal de pérdida de investidura se concreta con la mera conducta.

La falta específica:

Moreno Rojas realizó gestiones ante la firma titular de la Concesión de la vía Bogotá – Girardot por lo tanto incurrió específicamente en la incompatibilidad cuarta del artículo 180

constitucional que especifica que los congresistas no podrán “Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones”

La sustracción de materia:

A diferencia de la justicia penal y disciplinaria; que hace necesario determinar la totalidad de los hechos sucedidos y los bienes jurídicos afectados para graduar la pena de manera acumulada, ya que varios hechos pueden afectar un mismo bien jurídico o un solo hecho afectar diferentes bienes jurídicos tutelados; la pérdida de investidura es una pena única establecida en el artículo 183 superior.

Por lo tanto, probada una causal, el Consejo de Estado puede invocar la sustracción de materia para no pronunciarse sobre las demás causales en investigación, por esta razón no hay pronunciamiento sobre el accionar del ex senador en la contratación del IDU y el posible punible de tráfico de influencias.

La decisión.

En atención a lo probado en el expediente, el Consejo de Estado decreta la pérdida de investidura del ex Senador Moreno Rojas por haber transgredido el régimen constitucional de incompatibilidades de los miembros del Congreso en el numeral cuarto del artículo 180 que lo hace incurrir en la causal primera del artículo 183 de pérdida de investidura.

Como consecuencia de esta decisión del Consejo de Estado Moreno Rojas no podrá volver a ser congresista por la inhabilidad cuarta del artículo 179 superior.

CONCLUSIONES

Además de la pérdida de investidura ante el Consejo de Estado, los hechos sucedidos en el escándalo caso conocido como “carrusel de la contratación del Distrito Capital” generaron para el exsenador Néstor Iván Moreno Rojas las investigaciones penales 34282, 34282A y 37665 y el proceso disciplinario IUS 2010-349363

Los delitos en la contratación pública atentan contra los principios de la función administrativa que están consagrados constitucionalmente en el artículo 209 del texto superior.

De igual manera atenta contra los fines esenciales del Estado se consagran en el artículo 2 del texto constitucional.

La contratación pública está encaminada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como lo establece el Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993 en su artículo 3.

La Ley 80 de 1993 en los artículos 23, 24, 25 y 26 define cada uno de los principios de transparencia, economía y responsabilidad; para regular esta responsabilidad del servidor público.

Para el caso de un Senador de la República, el ordenamiento jurídico colombiano establece preceptos constitucionales y legales que se encargan de tutelar el correcto ejercicio de la función pública.

La Constitución colombiana establece para los Senadores de la Republica tres tipos principales de responsabilidad siendo ellas la política, la penal y la disciplinaria.

La responsabilidad política se materializa cuando se establece la posibilidad de pérdida de la investidura de senador, en proceso que será adelantado ante el Consejo de Estado y que se

encuentra regulado por la Ley 144 de 1994 que desarrolla los artículos 183 y 184 de la Constitución.

La pérdida de investidura le fue decretada al exsenador Néstor Iván Moreno Rojas el 28 de julio de 2011 en sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del expediente radicado No. 11001-03-15-000-2011-00125-00 (Acumulado), esta sanción implica que Moreno Rojas no podrá volver a pertenecer al Congreso por la inhabilidad del numeral 4 del artículo 179 del texto superior

También es una forma de responsabilidad política el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución que fue adicionado en el acto legislativo 001 de 2004 que crea una inhabilidad perpetua para el ejercicio de cargos públicos a quien sea condenado por delitos contra el patrimonio estatal o de lugar a fallos condenatorios contra la Nación por su conducta dolosa o gravemente culposa.

Esta sanción no fue impuesta en este caso ya que los delitos imputados y por los que se condenó al exsenador Moreno Rojas no afectaron el patrimonio público. La imposición de esta sanción operaría de manera evidente en el caso del capítulo primero del título XV del código penal –delitos de peculado-, que hacen parte de los otros radicados no analizados.

La responsabilidad disciplinaria del Senador de la República también la establece el texto superior en su artículo 277 numeral 6.

La sanción disciplinaria al exsenador Moreno Rojas fue impuesta el 20 de enero de 2012 por el despacho del Procurador General de la Nación, en fallo de única instancia bajo el radicado IUS 2010-349363 que dispuso destitución e inhabilidad general por 20 años; contrario al caso penal en el proceso disciplinario la pena impuesta fue la máxima contemplada en el CDU.

La responsabilidad penal de un Senador de la República es competencia de la Corte Suprema de Justicia en atención al fuero parlamentario establecido en el artículo 235 numeral 3 del texto superior.

El artículo 533 de la Ley 906 o Código de Procedimiento Penal vigente desde el 1 de enero de 2005, mantiene vigente las normas procesales de la Ley 600 de 2000 para los miembros del Congreso para delitos cometidos en cualquier tiempo, razón por la cual al senador de la república no le es aplicable el endurecimiento de penas establecido en la ley 890 de 2004, por inaplicabilidad a los congresistas quienes por su régimen procesal especial no tienen acceso a la negociación de penas propia del sistema de tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004.

La sanción penal al exsenador Moreno Rojas fue impuesta el 27 de octubre de 2014, en sentencia de única instancia de la Corte Suprema de Justicia SP 14623, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282, aprobada en el Acta 357 del día; el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria condenó al ex senador Néstor Iván Moreno Rojas por los delitos de concusión en calidad de autor, interés indebido en celebración de contrato en calidad de determinador, y tráfico de influencias en calidad de autor, delitos definidos en los artículos 404, 409 y 411 respectivamente en la Ley 599 de 2000.

La pena impuesta fue de 14 años de prisión, multa de 275 SMMLV (COP\$ 169.400.000,00) y 138 meses (11 años 6 meses) de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

El entramado legal colombiano no establece responsabilidad fiscal para los miembros del Congreso por no ser estos gestores fiscales.

PROPUESTA

Aunque las penas impuestas en la sentencia penal analizada siempre se dosificaron en el cuarto inferior del intervalo punitivo, una privación de la libertad intramuros en establecimiento carcelario de 14 años como la impuesta se califica de ejemplarizante.

Por lo anterior no parece que el camino para combatir la corrupción y fomentar la moralidad y correcto ejercicio de la función pública sea el endurecimiento de las penas –ya establecido en la Ley 890 de 2004- ni la pérdida de beneficios y subrogados –ya está instituido en la Leyes 1474 de 2011 y 1709 de 2014-

Para los servidores públicos las penas son fuertes y los beneficios inexistentes, los caminos para combatir la corrupción deducidos del análisis de estas sentencias, consisten en combatir la impunidad, la educación, la prevención, la investigación y un cambio de paradigmas sociales.

El Combate la impunidad es un imperativo social, existe la percepción que por cada escándalo destapado, como en el caso del “carrusel de la contratación”, existen innumerables casos que nunca son descubiertos, lo que es un incentivo para el ejercicio corrupto del servicio público, aunque no es tema de este análisis es apenas lógico considerar que la impunidad incentiva el delito; Educación en valores para que el ciudadano entienda, comprenda y aplique que el servicio público es para el beneficio general y no el propio; prevención fortaleciendo las oficinas de control interno al interior de las entidades estatales creadas por la Ley 87 de 1993.

De las sentencias analizadas se desprende que al exsenador Néstor Iván Moreno Rojas no se le ha decretado extinción de dominio sobre los bienes que hayan tenido origen ilegal, es decir adquiridos como fruto del cobro de las coimas por la asignación de contratos del Distrito Capital. La decisión de compulsar copias a la Unidad de lavado de activos y extinción del derecho

de dominio de la Fiscalía General de la Nación solo hizo parte de la decisión final y no se tomó desde la fase de instrucción del sumario. Permitir que los bienes ilícitamente adquiridos sigan perteneciendo al patrimonio del infractor penal y disciplinario es un factor que favorece e incentiva la corrupción de agentes públicos dispuestos a cumplir la pena privativa de la libertad y luego disfrutar del beneficio económico adquirido.

Habiendo recibido sanciones política, disciplinaria y penal se antoja que la debilidad de la justicia en el caso analizado se configura en la falta de persecución a los bienes mal habidos del exsenador, adquiriendo suma importancia el resultado de las investigaciones 34282A y 37665 sobre las cuales aún no se ha proferido decisión.

No perseguir el patrimonio ilícito del infractor penal contra el patrimonio público, o aún en este caso en delitos contra la administración pública que no impliquen detrimento directo del erario, incentiva el paradigma social de llegar a los cargos públicos a “aprovechar el momento” pagar una relativamente pena “benigna” y disfrutar el resto de la vida de lo obtenido. Paradigma que debe combatirse ya que su existencia, aunada a la impunidad de los casos no detectados, dificulta la lucha contra la corrupción aun con el endurecimiento de las sanciones penales.

Es por eso que, además de fortalecer la prevención, la investigación y la educación, se recomienda extender la inhabilidad permanente del inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política de Colombia no solo a los delitos que afecten el patrimonio del estado, sino a todos los delitos contra la administración pública del título XV del código penal establecido en la Ley 599 de 2000

REFERENCIAS

- Deroux, Carlos Vicente (20 de febrero de 2011). Apuesta Por la Ciudad. (2011, febrero 20). APC. Recuperado el julio 22, 2016, de Apuesta por la Ciudad: <http://www.carlosvicentederoux.org/index.shtml?apc=d-xx-1-&m=k-&x=9817>
- Consejo de Estado, radicación 11001031500020110012500. C.P. Gómez Aranguren, Gustavo Eduardo. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo marzo 12 de 2013)
- Corte Constitucional, C - 507. M.P. Tafur Galvis, Álvaro. (Corte Constitucional julio 6, 2006).
- Corte Constitucional. SU - 901. M.P. Córdoba Triviño, Jaime (Corte Constitucional septiembre 1, 2005).
- Corte Suprema de Justicia, SP Radicado 18556 (Sala de Casación Penal abril 24, 2003).
- Corte Suprema de Justicia, Radicado 34282. M.P. Castro Caballero, Fernando Alberto (Sala de Casación Penal. Sala de Juzgamiento octubre 27, 2014). Recuperado el julio 22, 2016, de [http://www.legismovil.com/BancoMedios/Archivos/sent-sp-14623\(3428\)-14.pdf](http://www.legismovil.com/BancoMedios/Archivos/sent-sp-14623(3428)-14.pdf)
- El Espectador. (2011, marzo 03). El Espectador. Recuperado el julio 22, 2016, de <http://www.elespectador.com/noticias/temadeldia/el-carrusel-el-polo-y-los-hermanos-moreno-articulo-254725>
- Portafolio. (2011, abril 05). Portafolio. Recuperado el julio 22, 2016, de <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/nule-devolverian-billones-fiscal-general-136958>
- Procuraduría General de la Nación. IUS 2010 - 349363. Ordoñez Maldonado, Alejandro. (Despacho del Procurador General de la Nación enero 20, 2012).
- Procuraduría General de la Nación. IUS 2010 - 375030. Ordoñez Maldonado, Alejandro. (Despacho del Procurador General de la Nación diciembre 12, 2011).

Rama Judicial. (01 de septiembre de 2011). *Rama Judicial*. Recuperado el 22 de julio de 2016, de República de Colombia: <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/>

Rama Judicial. (05 de Mayo de 2016). *Rama Judicial*. Recuperado el 22 de julio de 2016, de República de Colombia: <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/>

Rodríguez, L. (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano* (18 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis S.A.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. (Sala de Decisión Penal, CUI 2011 - 00134 junio 01, 2012).

Wikipedia. (04 de junio de 2016). *Wikipedia*. Recuperado el 22 de julio de 2016, de La Enciclopedia libre: https://es.wikipedia.org/wiki/Carrusel_de_la_contrataci%C3%B3n