

presentación escrito de refutación dentro de la casación NI 60610 contra SAMUEL MORENO ROJAS.

David Andres Grajales Marino <david.grajales@idu.gov.co>

Jue 10/02/2022 1:55 PM

Para: Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Buenas Tardes:

En mi calidad de representante judicial del Instituto de Desarrollo Urbano-IDU quien ha sido reconocido como víctima dentro del presente proceso signado como CASACIÓN NI. 60610, seguido en contra de SAMUEL MORENO ROJAS, dentro del término de traslado otorgado por el H Magistrado Ponente estoy remitiendo el documento que contiene el escrito de refutación que esta representación de víctimas elaboro dando respuesta a los argumentos presentados por los dos recurrentes en las demandas de casación que fueron elaborados por esto y presentadas dentro de este proceso.

De esta forma doy cumplimiento a lo ordenado por el Sr. Magistrado Ponente para tal fin y quedo atento a la continuación de la actuación ante la Corte.

Atte.,

DAVID ANDRÉS GRAJALES MARÍN
ABOGADO IDU

Bogotá, 10 de Febrero de 2022

**H. MAGISTRADO:
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
MAGISTRADO PONENTE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL
CIUDAD.**

**REF: CUI 11001600010220120051003 NI CASACIÓN 60610
ACUSADO: SAMUEL MORENO ROJAS
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO.
SUSTENTACIÓN TRASLADO COMO NO RECURRENTE DEMANDAS DE
CASACIÓN.**

DAVID ANDRES GRAJALES MARÍN, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de **REPRESENTANTE JUDICIAL del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU)** a quien se le ha reconocido su calidad de **VICTIMA** dentro del proceso de la referencia, me permito a través de este escrito **SUSTENTAR TRASLADO COMO NO RECURRENTE DE LAS DEMANDAS DE CASACIÓN** que se interpusieron contra la sentencia de Segunda Instancia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, el pasado 09 de Agosto de 2021 dentro del presente radicado, a saber:

HECHOS

El pasado 09 de Agosto de 2021 el Tribunal Superior de Bogotá profirió sentencia de Segunda Instancia dentro del radicado de la referencia, mediante dicho pronunciamiento se estaba desatando el recurso de **APELACIÓN** que fuera interpuesto en su momento por parte tanto de la defensa como del procesado contra la sentencia de primera instancia proferida el día 07 de Octubre de 2019 por parte del Juzgado Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá por medio de la cual se condeno al Sr. **SAMUEL MORENO ROJAS** a la pena de prisión de 360 meses y multa por \$ 26.780.000.000.oo al hallarlo penalmente responsable en la comisión de los delitos de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y DE PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS AGRAVADO** como **DETERMINADOR** esto en **CONCURSO HOMOGENEO y SUCESIVO**.

Dicha sentencia de primera instancia, que luego fuera confirmada parcialmente por el Tribunal Superior de Bogotá, se profirió ya que se logro establecer sin duda de ninguna índole que el Sr. **MORENO ROJAS** se concertó siendo candidato y luego como Alcalde Mayor de Bogotá entre los años 2007 al 2011, junto con otras personas, para cometer delitos contra la administración pública y obtener un provecho económico a su favor y de terceros en desmedro del erario público.

Como ya se dijo, en la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá se Confirmó lo decidido por el Juzgado de primera instancia siendo solo objeto de modificación el *quantum* de la pena al pasar de 360 meses al de 300 meses.

Dentro del termino de traslado a los diferentes sujetos procesales, tanto el condenado como su abogado defensor manifestaron su deseo de interponer el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá, luego fueron aportadas las respectivas demandas por quienes manifestaron su deseo de recurrir dicha decisión.

Tanto las mencionadas demandas como sus respectivos anexos fueron remitidas a la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en la cual se le asigno magistrado ponente y él cual mediante auto del pasado 09 de Diciembre de 2021 **ADMITIÓ** dichas demandas de casación.

Teniendo en cuenta la situación que todavía persiste de pandemia a nivel mundial y con base en lo establecido en el acuerdo 020 de abril de 2020 proferido por la Corte Suprema de Justicia se ordenó correr traslado a los demandantes y a los sujetos procesales no recurrentes para que en un término común de **QUINCE (15) DÍAS** presenten por escrito sus alegatos de sustentación y refutación en relación con las demandas de casación que fueron interpuestas.

Con el fin de dar un orden a nuestro escrito de refutación en primer lugar, nos referiremos a la demanda de casación que fuera interpuesta por quien funge como procesado en estas diligencias, esto es, el Sr. **SAMUEL MORENO ROJAS** y en segundo lugar nos referiremos a la demanda interpuesta por el Abogado de Confianza del aca condenado y por último elevaremos una petición conjunta, a saber:

1. DE LA DEMANDA DE CASACIÓN INTERPUESTA POR EL PROCESADO.

Es de manifestar que el procesado, inicia su intervención manifestando que considera que la sentencia de segunda instancia surge en un proceso el cual se encuentra viciado de nulidad por desconocimiento a la estructura del debido proceso ya que se desconoce la figura del Juez competente.

Y esta manifestación la sustenta en el hecho de que para criterio del recurrente la Juez de primera instancia había perdido competencia para proferir la sentencia que fuera objeto de apelación, situación esta que fue desconocida por el H. Tribunal Superior de Bogotá que tuvo el encargo de desatar el recurso que fue interpuesto.

Para sustentar el criterio de la existencia de una nulidad se hace una relación pormenorizada de lo que se debe entender por servidores públicos judiciales en propiedad o en provisionalidad y como en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se advierte claramente que la facultad de administrar justicia solo radica en cabeza en funcionarios investidos de facultad legal para tal fin.

Como corolario de dicha manifestación, el recurrente, concluye que quien no este investido de dicha facultad legal no puede administrar ni impartir justicia, que para el caso en concreto en el Juzgado donde se adopto la decisión de primera instancia debía estar nombrada una persona como Juez que hubiera sido escogida de la lista de elegibles que para dichos fines se confeccionan por parte del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, esto con el fin de proteger la carrea judicial y los magistrados tienen prohibido apartasen de dichas listas de elegibles para llevar a cabo dichos nombramientos.

Puntualmente frente a la persona que como Juez Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la ciudad de Bogotá profirió la sentencia de primera instancia dentro de este proceso, se advierte que la misma no aprobó las pruebas de conocimiento presentadas por ella para proveer los cargos de Jueces Penales del Circuito o de Magistrado del Tribunal Superior, por lo tanto a criterio del demandante la mencionada Juez no cumplió ni cumple con los criterios establecidos en la Ley para poder administrar e impartir Justicia y en tal sentido sus decisiones carecen de dicha legitimidad.

Agregan que el nombramiento en provisionalidad de dicha persona para ejercer como Juez Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la ciudad de Bogotá no cumple con los requisitos establecidos en la Ley ya que ella con anterioridad no se encontraba inscrita en la lista de elegibles.

Sumado a lo anterior se encuentra el hecho que por mandato legal la provisionalidad para un cargo judicial como el de Juez, que se encuentre vacante, no puede ir más allá de los seis (6) meses, tiempo que se considera suficiente para llevara a cabo el nombramiento en propiedad y la posesión de quien deba asumir dicho cargo, y en el presente caso la provisionalidad de la persona que dicto la primera sentencia en este proceso como Juez Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la ciudad de Bogotá sobrepasa con creces los seis (6) meses ya mencionados y ha superado en varios años el ejercicio de dicha

provisionalidad en el cargo de Juez Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la ciudad de Bogotá.

Se considera entonces que lo actuado por la mencionada persona que ejerce como Juez Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la ciudad de Bogotá luego de transcurridos los primeros seis (6) meses de su provisionalidad se constituye en una vía de hecho lo que ocasiona que todas sus actuaciones se encuentran viciadas de nulidad por vulneración al debido proceso al desconocer el principio del Juez competente, entre dichas actuaciones que se consideran nulas se encuentra la sentencia de primera instancia proferida dentro de este proceso el pasado 07 de Octubre de 2019.

Que las decisiones adoptadas por esta persona como Juez Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la ciudad de Bogotá, son nulas de pleno derecho y no pueden ser objeto de subsanación alguna siendo el único camino posible para corregir dicho violación al debido proceso la de declarar la nulidad de todo lo actuado por parte de dicha persona que ejerció de forma irregular dicho cargo de Juez Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la ciudad de Bogotá y en especial la sentencia de primera instancia que profiriera dentro de este proceso en el mes de Octubre de 2019.

Como cargo subsidiario el recurrente. que de igual forma tiene la calidad de condenado dentro de este proceso, propone violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la norma contenida en el Art. 58 del Decreto 1421 de 1993 y que como resultado de la no aplicación de dicha norma se le declaro responsable de los delitos de concierto para delinquir y peculado por apropiación.

Que dicha norma fue desconocida por el H. Tribunal Superior de Bogotá que profirió la sentencia de segunda instancia que se ataca con esta demanda, norma que es muy clara en manifestar que las juntas directivas de las diferentes entidades no intervendrán en la tramitación ni adjudicación de los contratos que le sean propios de dicha entidad.

Que así las cosas y conforme a la norma citada el recurrente-condenado nunca participo ni directa ni indirectamente en la tramitación ni adjudicación de los contratos que le eran propios al Instituto de Desarrollo Urbano- **IDU**.

Como otro cargo subsidiario el recurrente, propone violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de la norma contenida en el Art. 10 del Código Penal y que como resultado de dicha indebida aplicación de la mencionada norma se le declaro responsable de los delitos de concierto para delinquir y peculado por apropiación.

El mencionado Art. 10 del C.P., hace mención a la tipicidad, y para el recurrente esta tipicidad en su caso no se da ya que la fiscalía lo acusa de concierto para delinquir agravado por hechos supuestamente ocurridos entre los años 2008 al 2010 y dado de que debe ser juzgado con las normas vigentes para ese momento este manifiesta que el concierto para delinquir agravado contemplaba los delitos que allí taxativamente estaban enumerados para esa época y que en ningún momento el delito de peculado o delitos contra la administración pública hacían parte de dicha lista.

Que la inclusión de los delitos contra la administración pública dentro del listado de los delitos que hacen parte del concierto para delinquir agravado se realizó en el año 2017 dentro de la reforma que fuera propuesta en su momento por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Como último cargo subsidiario el recurrente, propone violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la norma contenida en el Art. 9 del Código Penal y que como resultado de la no aplicación de dicha norma se le declaro responsable de los delitos de concierto para delinquir y peculado por apropiación.

Hay que recordar que el Art. 9 del C.P. establece que para tener una conducta como punible esta debe ser típica, antijurídica y culpable.

Advierte el recurrente que la Fiscalía le imputo peculado por apropiación en beneficio de terceros en calidad de determinador, ya que este determino a los directivos del **IDU** para que estos cometieran el delito de peculado.

Para tal fin, la sala de decisión penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, manifestó en la sentencia recurrida que “era posible” considerar al recurrente como determinador, pero el mencionado tribunal en ningún momento estableció de forma precisa y concreta como se llevaron a cabo las actuaciones que este realizo para determinar a cometer el delito de peculado a los directivos de la entidad **IDU**.

Ejemplarizo que frente a la cesión del contrato objeto de investigación dicha cesión era una exigencia de la aseguradora en la cual él como Alcalde no tuvo ninguna injerencia, que fue un tema tratado directamente entre la Aseguradora **SEGUREXPO** y el **IDU**.

Se manifiesta que se desconoce el precepto del Art. 381 del C.P.P. en el sentido de desconocer que se requiere conocimiento más allá de cualquier duda para condenar y que una condena no se puede basar, como lo hizo el H. Tribunal, en una “posible consideración”.

Recuerda que por esta conducta punible fue absuelta **LILIANA PARDO GAONA** quien actuó como directora del IDU para el momento de la ocurrencia de los hechos, y en tal sentido que cuando se absuelve al autor material de una conducta se debe absolver a quien se acusa como determinador, esto por simple lógica, también insiste que no se demostró por parte de la judicatura como pudo determinar el recurrente-condenado a quien era la Directora del IDU para ese momento.

1.1. DE NUESTROS ARGUMENTOS FRENTE A LO MANIFESTADO POR EL ACCIONANTE EN SU CALIDAD DE RECURRENTE Y CONDENADO EN ESTE PROCESO.

Una vez analizados los argumentos esgrimidos por el recurrente-condenado en esta actuación, desde ya manifestamos, en nuestra calidad de representantes judiciales del **IDU** en su calidad de víctima reconocida en este proceso, que no compartimos los mismos y por tal motivo desde ya solicitamos que dichos cargos no prosperen y se confirme la decisión adoptada por el H. Tribunal Superior de Bogotá dentro de este proceso.

En lo que respecta a la nulidad impetrada por violación al debido proceso al considerar que la persona que emitió la sentencia de primera instancia no era la Juez competente para emitir tal decisión ya que está no había aprobado los exámenes del concurso para optar por el puesto de Juez, como considerar también que no tenía esa facultad ya que la provisionalidad que ostentaba en ese momento era ilegal por haber sobrepasado los seis (6) meses que la ley establece para las provisionalidades, consideramos que son argumentos que no tienen vocación de prosperar y que por el contrario quien emitió la decisión dentro de este proceso en primera instancia estaba investida de las facultades legales para llevar a cabo dicha actividad.

En lo que respecta a que dicha funcionaria, supuestamente, en su momento no hubiera aprobado el examen de conocimiento que se realizó para proveer la lista de elegibles de donde saldrán los nombres de las personas que serán nombradas como jueces en la rama judicial ni invalida o impide que esta funcionaria pueda ejercer el cargo de juez de forma provisional hasta cuando se nombre en propiedad al funcionario que ostentará dicho cargo, como tampoco pone en duda o en entredicho la capacidad que tenga esta funcionaria para llevar a cabo dicha actividad.

Hasta donde tenemos conocimiento, no existe obligación legal de aprobar exámenes de conocimiento, ideados con otra finalidad, para poder ejercer un cargo al cual se ha llegado como resultado de un nombramiento en provisionalidad, como tampoco este funcionario

deberá probar su aptitud para poder ejercer dicho cargo a través de aprobar un examen de conocimientos.

En lo que respecta al tiempo de la provisionalidad, que argumenta el recurrente, también consideramos que es una interpretación inadecuada de las normas que regulan el tema, no es de recibo ni procedente querer dar a entender que una provisionalidad solo puede ser por el termino máximo de seis (6) meses y luego de ello se deba proveer de forma definitiva el cargo o en el peor de los casos darlo en provisionalidad por otros seis (6) meses a otro funcionario diferente al que ya lo ocupo por los primeros seis (6) meses.

El proceso de provisionalidad busca culminar con la designación definitiva de un funcionario que ejerza el cargo de forma definitiva, pero en ningún momento establece la obligatoriedad de tener que proveer el cargo en un término fatídico de seis (6) meses, pudiéndose extender más allá de dicho tiempo esa posibilidad y aun mas cuando por ejemplo las listas de elegibles no han podido ser confeccionadas por un motivo u otro.

En aras de la brevedad consideramos que este tema se ha tratado de forma adecuada por parte de la Corte Constitucional en diferentes decisiones, entre ellas la C-537 de 2016, la cual si bien es invocada por el recurrente esté le da una interpretación totalmente diferente a la que verdaderamente le quiso dar la Corte Constitucional.

Frente a los cargos subsidiarios de violación directa de la ley sustancial tanto por no aplicación como aplicación indebida de una norma contenida en algún Decreto o Ley, también consideramos que es una interpretación subjetiva del recurrente y que por el contrario el H. Tribunal Superior de Bogotá en su decisión de segunda instancia dio aplicación a las normas de forma adecuada y no dejo de aplicar ninguna de las normas que están llamadas a regular el caso en estudio.

Recordemos. *“La violación directa por falta de aplicación de una norma sustancial llamada a regular el caso se consolida cuando el juzgador al paso que acepta y reconoce que la conducta juzgada se adecua en lo fáctico y en lo jurídico a una norma sustancial que la recoge y la describe, en la parte resolutive de la sentencia se ignora lo así reconocido y concluye con una decisión en sentido contrario y, se deja de aplicar la norma o normas sustanciales llamadas a regular el caso.”*¹

¹ De la casación penal en sistema penal acusatorio, Germán Pabón Gómez, Edt Ibáñez, segunda edición, Pag 208.

En el presente caso es claro que esto no sucedió en ningún momento ya que no se dejó de aplicar alguna norma que haya sido reconocido por los jueces como normas sustanciales que estuvieran llamadas a regular el caso materia de estudio por parte de la judicatura.

Lo mismo ocurre con la indebida aplicación a la que hace mención el recurrente en su escrito, no debemos olvidar que la Corte Suprema de Justicia ha advertido que: *“Cuando se postula la violación directa por aplicación indebida de un precepto legal, le corresponde al actor demostrar que al momento de adecuar los hechos acreditados en la actuación, el sentenciador se equivocó en la selección de la norma, en tanto, la situación fáctica establecida no coincide con los supuestos contenidos en esa disposición y por ello termina resolviendo el caso con una preceptiva inaplicable al mismo.”*²

Así pues, consideramos que los cargos esgrimidos por el recurrente en su demanda no están llamados a prosperar.

2. DE LA DEMANDA DE CASACIÓN INTERPUESTA POR LA DEFENSA TECNICA DEL PROCESADO.

El defensor público a cargo de la defensa de los intereses del aca acusado, en su escrito por medio del cual sustenta su recurso extraordinario de casación manifiesta que presenta tres cargos- uno de ellos subsidiario- contra la sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá dentro de este proceso.

Sea la oportunidad de mencionar, que esta representación de víctimas no entiende por qué en parte del escrito de la demanda de casación presentada por la defensa pública del acusado se hace alusión a temas que tienen que ver con la población carcelaria frente a la epidemia del covid-19 y su alta propagación dentro de dicha población carcelaria, no se entiende la relación de dichas manifestaciones con los temas atinentes a esta demanda.

Frente al primer cargo, el mismo se sintetiza en considerar que existe error in iudicando por indebida motivación en el fallo de segunda instancia, lo que conlleva a que exista una falencia en dicha decisión.

Esto se da, ya que el recurrente considera que el Juez colegiado realizó una motivación sofisticada del Art. 397 del C.P., en relación con los dispositivos de los Arts. 29 y 30 de la misma obra, esto es que el fallador de segunda instancia entra en una carga argumentativa rebuscada que envuelve premisas falsas o sofisticadas con el fin de poder demostrar la existencia de una subordinación o control jerárquico de parte del acusado en su papel como

² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 02 de septiembre de 2020, Rad. 53218.

Alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá frente a los funcionarios directivos del Instituto de Desarrollo Urbano- IDU.

Como ejemplo de lo antes dicho, el recurrente hace alusión a la forma en como fue nombrada la Directora del Idu para ese momento Dra. Liliana Pardo Gaona, esto es, como resultado de las recomendaciones elevadas por los interesados en la contratación de dicho Instituto entrelazados con los aportantes de la campaña del candidato que luego ostento el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá y se tilda de sofisticada esta afirmación ya que la mencionada Directora del Idu había sido nombrada en dicho cargo desde la administración anterior, es decir en la del Alcalde Lucho Garzón y no era posible que esos posibles padrinos de la Sra. Pardo Gaona supieran con antelación que el candidato Moreno Rojas terminaría vencedor el dicha contienda política.

Se continua con la argumentación que contiene premisas falsas cuando se manifiesta que si bien el aca acusado no aparece suscribiendo los actos administrativos que atentaron contra las finanzas del Distrito si fueron sus decisiones de gobierno lo que lo permitieron, entre estas ratificar en cabeza de dicho Instituto (IDU) a la Sra. Pardo Gaona, permitiéndose de esta forma que se esquilmaran los recursos de dicha Entidad.

De igual forma el Tribunal actuó de forma sofisticada cuando conociendo que la Sra. Pardo Gaona por estos mismos hechos fue declarada inocente procede a condenar a Moreno Rojas basados en el argumento que la Corte Suprema de Justicia ha afirmado en reiterada jurisprudencia que se puede condenar, en estos casos, al *extranus* a sino se identifique al *intranus*.

Dichos errores - in iudicando – dan lugar a una declaratoria de nulidad, como lo depreca el recurrente, para lo cual es procedente casar el fallo y proferir una sentencia de remplazo que contenga un fallo de carácter absolutorio.

Por último, frente a ese primer cargo, se considera, por parte del recurrente, que el Juez colegiado realizo unas estimaciones de carácter ideológico-político que no jurídico, las cuales no venían al caso de ser realizadas.

Frente al segundo cargo, el recurrente manifiesta que se dio una violación directa de la ley sustancial al darse una aplicación indebida de los incisos 2 y 3 del Art. 340 del C.P. y la falta de aplicación de los Arts. 29 de la C.N., 9, 10, 340 inciso 1 del C.P., que llevo a imponer a Moreno Rojas una sanción punitiva muy superior a la que legalmente le correspondía.

En tal sentido, lo que se pretende por parte del recurrente con el cargo invocado es demostrar que el quantum punitivo contemplado en el Art. 340 del C.P. para el momento de ocurrencia de los hechos es muy diferente al que se le impuso al acusado y que el incremento en dicho quantum se dio posterior al momento de ocurrencia de los hechos; también se pretende demostrar que para el momento de la imputación realizada por la Fiscalía General de la Nación no estaba vigente la modificación que introdujo la Ley 1908 de 2018 al Art. 340 del C.P. y por ultimo que por principio de legalidad se debe aplicar la norma original contemplada en el Art. 340 del C.P., con las modificaciones introducidas por las Leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006, leyes que son preexistentes al momento de ocurrencia de los hechos.

En tal sentido se configura la violación directa cuando los falladores aumentaron en una forma indebida el quantum de la pena y se desconoció que para la época de los hechos no se incluyo en el concierto para delinquir agravado los delitos contra la administración pública o que afectaran el patrimonio del Estado, modificación que solo se incluyo hasta el año 2018 mediante la Ley 1908.

Si este error no se hubiera cometida la sanción impuesta al acusado habría sido muchísimo menor, por tal motivo se debe Casar de forma parcial el fallo de segunda instancia atacado y como consecuencia proferir un fallo de remplazo donde se redosifique la sanción penal que en legalidad corresponde.

Frente al tercer y último cargo, el cual se presenta de forma subsidiaria, el recurrente manifiesta que se dio una violación directa de la ley sustancial al darse una interpretación errónea del numeral 10 del Art. 58 del C.P., lo que conlleva a que la judicatura se moviera dentro de un ámbito de punibilidad mayor al que verdaderamente era y por tal motivo impuso al acusado una sanción punitiva mayor a la que legalmente le correspondía al acusado.

En tal sentido lo que se pretende, por parte del recurrente con el cargo invocado, es demostrar que la causal genérica de mayor punibilidad contemplada en el numeral 10 del Art. 58 del C.P., esto es “obrar en coparticipación criminal” no puede subsistir a la vez, así sea mediante un concurso heterogéneo, con el punible de concierto para delinquir contemplado en el Art. 340 del C.P., que cuando lo aca manifestado sucede se está vulnerando la norma rectora contemplada en el Art. 8 del C.P., la cual prohíbe la doble incriminación y por ultimo que se vulnera el *non bis in ídem* cuando se pretende hacer concursar la causal genérica de mayor punibilidad de forma heterogénea con el delito de concierto para delinquir, ya que el ingrediente normativo que aumenta genéricamente la punibilidad, corresponde a la conducta concursal.

Se argumenta que existió un error cuando la Juez de primera instancia para ubicarse en los cuartos medios argumento que la causal de mayor punibilidad de obrar en coparticipación criminal solo se aplicaba al delito de peculado por apropiación y luego procede a incrementar la pena por el delito de concierto para delinquir agravado, en virtud del concurso heterogéneo.

Que si bien el fallador colegiado modifico la pena al encontrar desproporcionada la que se impuso por el delito de peculado, se sostuvo en que no se afectaba el *non bis in ídem* por que la circunstancia genérica de mayor punibilidad de obrar en coparticipación criminal se aplico solo al delito de peculado y no para el concierto para delinquir, desconociendo que dicha causal genérica se aplica a todos los delitos del Código Penal y no exclusivamente al delito de peculado y que por mandato del Art. 31 del C.P. las dos conductas penales imputadas concursan.

Dicho error es de carácter trascendente ya que afecto considerablemente la pena que le correspondía al acusado, por tal motivo se debe Casar de forma parcial el fallo proferido y entrar a dictar un fallo de remplazo donde se redosifique dicha pena imponiendo la que legalmente le corresponde al acusado.

2.1. DE NUESTROS ARGUMENTOS FRENTE A LO MANIFESTADO POR EL ACCIONANTE EN SU CALIDAD DE DEFENSOR TECNICO DEL ACUSADO.

Una vez analizados los argumentos esgrimidos por el recurrente en esta actuación, desde ya manifestamos, en nuestra calidad de representantes judiciales del IDU en su calidad de víctima, reconocida en este proceso, que no compartimos los mismos y por tal motivo desde ya solicitamos que dichos cargos no prosperen y se confirme la decisión adoptada por el H. Tribunal Superior de Bogotá dentro de este proceso.

No compartimos la afirmación realizada por el recurrente al manifestar que el H. Tribunal Superior de Bogotá tuvo que acudir a argumentos falsos o de índole sofista con el fin de respaldar los dichos por la judicatura en primera instancia.

No es ajeno a este proceso y así quedo demostrado a lo largo del mismos que desde cuando el Sr. Moreno Rojas era candidato a la Alcaldía Mayor de Bogotá ya se había conformado un bloque de contratistas que estaban brindando su apoyo económico con la promesa de que una vez en el poder el mencionado Sr. Moreno Rojas devolviera “el favor” otorgándole a estos contratistas la contratación de diferentes entidades en las que ellos (los contratistas) tenían intereses.

Y mirese, como quedó demostrado que si bien la Sra. Liliana **PARDO GAONA** ya era Directora del Instituto de Desarrollo Urbano-**IDU** desde la época de la administración del Alcalde Lucho Garzón, su permanencia y continuidad al frente de dicho Instituto solo se concreto una vez los contratistas a los que nos hemos referido llegaron a ciertos acuerdos con ella y dieron su VoBo por así decirlo para que el Alcalde Moreno Rojas la ratificara en dicho puesto.

Entonces, visto así, frente a lo que aquí sucedido no vemos a que argumentación sofisticada o falsa acudió el fallador de segunda instancia para confirmar lo ya decidido en primera instancia, siendo que lo único que se llevo a cabo fue realizar el recuento de lo sucedido y la forma en que se dio la toma de decisiones frente a la contratación al interior del IDU.

Y si bien, como se dijo por parte del recurrente, el aca acusado **MORENO ROJAS** no fue el que suscribió los actos administrativos de adjudicación de los contratos objeto de reproche judicial, actividad que fue realizada por las directivas del **IDU**, no se puede desconocer ni obviar que su calidad de Alcalde Mayor y jefe de la Directora del **IDU** le daba la facultad de llevar a cabo control y dirección sobre esa clase de decisiones.

Y, por último, frente a este cargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en advertir que para sancionar a quien determino la ocurrencia de un hecho punible no es obligatorio necesariamente que también deba ser sancionado el autor material de la conducta punible que se buscaba realizar, así las cosas, el hecho de que la Sra. Pardo Gaona haya sido absuelta no es indicador necesario que el Sr. **MORENO ROJAS** no hubiera llevada a cabo la conducta que se le endilga.

Recordemos como la C.S.J. ha manifestado que el determinador es responsable, aunque no exista relación directa con el ejecutor (C.S.J., sentencia 33118, mayo 15 de 2013), como también se ha manifestado que el determinador al no tener el dominio del hecho no puede garantizar que el ejecutor lleve a cabo la acción ilícita ya que puede contramotivarse por otras razones y no llevar a cabo el injusto, sin que eso permita manifestar que la acción del determinador no existió.

Así pues, consideramos que este primer cargo no está llamado a prosperar.

Frente a los cargos dos y tres, donde el recurrente adelanta el reproche dirigido a manifestar que la pena que se le impuso al acusado es muy superior a la que efectivamente se debía imponer y esto se dio como resultado de una violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de una norma, interpretación errónea de una norma y falta de aplicación de una norma.

Consideramos, que dichas manifestaciones tampoco coinciden con la realidad de lo actuado por parte del Juez colegiado en su fallo de segunda instancia, y que dicha decisión fue proferida dentro de los parámetros de legalidad y acatando lo lineamientos jurídicos imperantes en su momento.

Por ejemplo, no compartimos la manifestación realizada por el recurrente en el sentido de que se violaban los principios de doble incriminación y del *non bis in ídem* con la aplicación de la circunstancia genérica de mayor punibilidad consistente en “obrar en coparticipación criminal”, como bien se ha dicho dichas circunstancias genérica se aplica solo para el delito de peculado por apropiación y en ningún caso se convierte en una doble incriminación que afecte los intereses del acusado.

Como también consideramos, por último, que tanto el fallador de primera como de segunda instancia en el presente caso aplicaron las normas que se encontraban vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos con los quantum de las penas que era aplicables en dicho momento y se movieron en los ámbitos de movilidad que les permitía la Ley, así pues las penas impuestas están acordes con el principio de legalidad y no han sido el resultado del capricho o del abuso de los operadores judiciales.

De esta forma y tratando a lo máximo en cumplir con los parámetros establecidos por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, hemos descrito el traslado como no recurrente de las demandas de casación que fueron interpuestas en este proceso.

PETICIÓN

Con base en lo ya manifestado, solicitamos **NO SE CASE** la sentencia proferida dentro de este proceso el pasado 07 de Octubre de 2019 por parte del H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal y por el contrario se confirme la misma.

Atentamente,

DAVID ANDRES GRAJALES MARIN
C.C. No. 93.377.944 de Ibagué.
T.P. No. 69.353 del C.S.J.