



Honorable Magistrado
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
E. S. D.

Ref.: Proceso contra **FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ**, por el delito de **Cohecho por Dar u Ofrecer**, con el radicado en el Tribunal Superior de Bogotá No. 11001600000020130105601
Número Interno: 56753

Respetados Señor Magistrado:

DIEGO ANDRES SUAREZ MONCADA actuando como defensor del procesado **FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ**, por medio del presente escrito y en atención al oficio N. 31961; procedo dentro del término legal a sustentar la demanda de CASACIÓN que fuera admitida por su despacho.

CARGO ÚNICO PRINCIPAL

1. ENUNCIACIÓN DE LA CAUSAL

Con fundamento en la causal cuarta prevista por el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el cual remite al artículo 336 numeral 5 del Código General del Proceso, esto es, recurrir la sentencia impugnada por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, por encontrarse extinta la correspondiente acción civil, por haber transcurrido el término prescriptivo.

2. FUNDAMENTOS DE LA CAUSAL

Con amparo en la causal invocada anteriormente, demando la sentencia de segunda instancia objeto de impugnación, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocara parcialmente la emitida por el Juzgado 4 Penal del Circuito con función de Conocimiento, por cuanto no tuvo en cuenta que al momento en que se decidió sobre el incidente de reparación integral ya había transcurrido el término prescriptivo de la acción penal, y por ende del incidente de reparación integral a voces de nuestro ordenamiento penal.

Avenida carrera 15 No. 118-03 Oficina 311 Bogotá – Colombia

Dice el artículo 83 de la ley 599 de 2000:

“Artículo 83. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo...”
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

En relación con la acción civil que se adelanta al interior del proceso penal, dice el ordenamiento lo siguiente;

“ARTICULO 98. PRESCRIPCION. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.”

Se procede entonces a verificar el conteo objetivo de término prescriptivo en el caso bajo estudio. Mi mandante fue vinculado al proceso penal por el punible de cohecho por dar u ofrecer, el cual tiene una descripción típica, que determina una pena máxima de 108 meses, que por haberse interrumpido el termino prescriptivo con la imputación, generando un nuevo conteo a partir de dicha etapa, equivalente a la mitad del máximo de pena establecido en la ley, esto es, 54 meses que contados a partir del día en que surtiera dicha imputación es decir el día 10 de julio de 2013, fenecieron el día 10 de enero de 2018; momento para el cual no se había siquiera proferido el fallo de primera instancia relacionado con el incidente de reparación integral, por lo que ha de tenerse a partir de dicho momento como extinta la correspondiente acción civil perseguida en el incidente de reparación integral.

Para el momento en que se profirió el fallo de primera instancia del incidente de reparación integral, había transcurrido 1 año, 2 meses y 24 días; desde que se extinguió la acción civil.

Cuando se profirió el fallo objeto de la presente demanda, habían transcurrido 1 año, 8 meses y 3 días desde que se extinguió la acción civil.

Para el instante en que se radica la presente demanda; 1 año, 9 meses y 14 días; desde que se extinguió la acción civil.

Y para el día en que se radica la presente sustentación; 3 años, 7 meses y 21 días; desde que se extinguió la acción civil.

Es así, Señores Magistrados que, en este caso, se ha violado el debido proceso, al proferir una decisión judicial al momento que ya había transcurrido el término prescriptivo, frente a cualquier conteo posible que se realice, del devenir procesal.

Adelantar un proceso judicial en el que la acción penal por el implacable paso del tiempo ya se figura como extinta, es realmente lo contrario a administrar justicia, así, lo que emerge en ese estado de cosas, es una afrenta hacia las garantías procesales que son inherentes a todos aquellos que se someten a la legítima persecución estatal. Resulta postulado básico para iniciar, desarrollar y finalizar el recorrido procesal, que la acción este vigente y en el caso bajo estudio, la prescripción de la acción penal se concretó como ya se dijo el día 10 de enero de 2018; época muy anterior a la decisión que incluso se profiriera en primera instancia en lo relacionado con el agotamiento del incidente de reparación integral.

El alegato de nulidad que se depone, resulta ser viable dado que se cumple con los requisitos doctrinales y jurisprudenciales que se exigen para que el vicio procesal revista esa entidad, la de Nulidad.

La cuestión fáctica que se debate es claramente violatoria de la garantía constitucional del Debido Proceso en aspectos sustanciales así que, estando contenida esta circunstancia en el artículo 457 del CPP, se cumple con lo exigido en el siguiente artículo 458, Principio de taxatividad para significar que se concreta una causal de nulidad con enunciación legal dentro de ese articulado.

Es un vicio que se reviste de relevancia jurídica (Principio de Trascendencia) por la afectación que comporta de las garantías sustanciales de los sujetos procesales y las formalidades establecidas del proceso penal lo que claramente causa un perjuicio generado por la judicatura hacia sus administrados.

No puede de manera alguna, transferirse la ocurrencia del hecho originario de nulidad al actuar de alguno de los sujetos procesales, por el contrario, ha sido esta defensa y su representado quienes han advertido de la irregularidad que se concretó en el fallo de segunda instancia y por ello, en el marco del Principio de Protección, nos legitimamos para alegar el sustento fáctico de la nulidad deprecada.

En cuanto al *principio de convalidación*, no puede entenderse como que por no haberse solicitado previamente se subsanó de alguna forma el yerro acaecido. Como hemos venido diciendo, una vez extinta la acción penal y civil resulta completamente improcedente su continuación.

En el caso que ocupa nuestra atención, no puede calificarse como de mera ritualidad el vicio acaecido, la anterior claridad teniendo en cuenta que otro de los principios informadores de las nulidades es el de la *Instrumentalidad de las Formas*; que indica que, si la ritualidad satisface las finalidades del proceso y aun mediando el defecto, se cumple con el objeto final, no podrá alegarse la nulidad. Una de las finalidades del proceso es decidir una situación litigiosa en un fallo revestido de legalidad pero,

lo que se concreta acá es el supuesto contrario al desestimarse por el *ad quem*, la ocurrencia de la Extinción de la Acción penal a causa de la prescripción del delito enjuiciado, así que la finalidad del proceso, obtener un fallo ajustado a derecho, no fue viable.

Por la sustancial afectación que generó el desconocimiento de la extinción de la acción penal profiriendo un fallo desconocedor del presupuesto básico para emitir su decisión, y es el haber enjuiciado una conducta existente en el mundo jurídico pero, cuando nos enfrentamos a una conducta prescrita, que genera extinción de la acción penal, por sustracción de materia, no le era dable a los falladores de las dos anteriores instancias, haber endilgado responsabilidad civil. Siendo así, lo procedente de acuerdo a lo acaecido, hubiera sido decaer la pretensión de la víctima pero como ello no ocurrió, se hace imperativo, nulificar la decisión en concordancia a lo que dicta el Principio de ejecutoria material.

Sobre el *Principio de Seguridad Jurídica*; teniendo en cuenta el quebrantamiento sustancial en el que se sumerge el proceso penal por cuenta del vicio sustentado, claro está que, para conjurar dicha circunstancia, debe acudir como ultima ratio de las herramientas procesales y a voces del principio de Naturaleza Residual, a la figura de la nulidad para subsanar el yerro y decretar la Extinción de la acción civil que en derecho corresponde.

El artículo 250 de la Carta Política otorga la titularidad de la acción penal a la Fiscalía General de la Nación y en virtud del ejercicio de la misma, el ente persecutor del Estado se legitima para adelantar todas las labores pertinentes a fin de procurar la sanción legal para las conductas que revisten la calidad de delitos, pero cuando la facultad de persecución estatal fenece por el paso del tiempo y opera el fenómeno prescriptivo de la acción que se investiga, como acaece en este particular con el punible de cohecho por dar u ofrecer, se extingue la potestad investigativa del Estado que en aras de las garantías fundamentales que asisten a los procesados, se limita en el tiempo e idéntica situación a voluntad del legislador (artículo 98 Código Penal) ocurre con la persecución civil, por parte de quien fuera reconocido como víctima en el proceso.

La mora en la administración de justicia deriva en esta consecuencia jurídica, haciendo que cese de manera inmediata desde el día mismo que se concreta la prescripción de la acción, el ejercicio de la persecución penal, en ese orden de ideas, es *conditio sine qua non* que para que sea legítimo el despliegue investigativo del Estado con miras a obtener una sanción legal por la presunta comisión de un hecho punible, la existencia de un objeto real sobre el cual recaiga el juicio de valor que hace el operador jurídico y que concreta en su providencia. Ese requisito básico es una acción vigente en el tiempo, más cuando lo que ocurre en el *iter* procesal es que la acción se torna jurídicamente inexistente, puede hablarse de carencia de objeto sobre el que se sustentaría cualquier decisión de atribuir responsabilidad penal y/o civil y; la prescripción es viable de ser declarada incluso de oficio, como ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta corporación, en diferentes decisiones,

entre ellas SP 3631-2018 radicado 53066 MP. Dra PATRICIA SALAZAR CUELLAR; SP 12911-2014 radicado 40190 MP. DR FERNANDO CASTRO CABALLERO y SP 39581-2012 radicado 39581 MP. Dr GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ.

De ahí, que impetre de la Sala se CASE el fallo impugnado decretando la nulidad de lo actuado a partir del momento en que opero el fenómeno de la extinción de la acción penal y por ende civil, esto es, 10 de enero de 2018, teniendo en cuenta que no existe otra posibilidad procesal que permita subsanar dicha irregularidad.

PRIMER CARGO SUBSIDIARIO

1. CAUSAL INVOCADA

Con fundamento en la causal cuarta prevista por el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el cual remite al artículo 336 numeral 5 del Código General del Proceso, esto es, recurrir la sentencia impugnada por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, por presentarse un desquiciamiento del proceso; al proceder a la condena en perjuicios, sin que los mismos hubiesen sido demostrados por quien convocó el incidente de reparación integral.

2. FUNDAMENTOS DE LA CAUSAL

El principio de legalidad es definido por el legislador de la siguiente forma: “*Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio [...]*”

En relación con el desarrollo del incidente de reparación integral, dice el ordenamiento procesal, lo siguiente;

“ARTÍCULO 104. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGACIONES. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones...” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El incidente de reparación integral, como mecanismo de justicia restaurativa introducido por la ley 906 de 2004 en su artículo 101 y siguientes, se concibe como una instancia en la que por solicitud expresa de quien acuda a la actuación procesal en calidad de víctima o por cuenta de la Fiscalía o Ministerio Público, se persigue la reparación integral de los daños causados con la conducta punible. Se requiere para tal efecto que el incidentante formule una pretensión concreta de la reparación que

persigue y además, se exige un aporte probatorio para tal fin. Se prevé la posibilidad de convocar a conciliación y en el supuesto de que dicha diligencia no se concrete de manera favorable, se sigue con las demás etapas del procedimiento que, según el artículo 104 del CPP, consisten en aportar pruebas y exponer alegaciones conclusivas.

La condena en perjuicios no está desprovista de formalismos ni de garantías, en este escenario, una decisión judicial que endilga la responsabilidad de resarcir perjuicios imperativamente debe tener como fundamento para tal propósito, un acervo probatorio debidamente valorado por el operador jurídico.

En este caso particular, el funcionario judicial ante el que se surtió el Incidente de Reparación Integral, expuso frente a la **ausencia total** de aporte probatorio por parte del Representante del Fondo Financiero de la Secretaría de Salud de Bogotá, tal y como se expuso en el aparte de “Fundamentos de las Sentencias de Primera y Segunda Instancia” de este escrito, lo siguiente:

“Así las cosas; se debe considerar que los testigos presentados por la parte incidentante ni acreditaron que los perjuicios indicados por el apoderado de la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD y que ascienden a la suma total de \$25.398.571.884 pesos hayan producto de la conducta desplegada delictiva desplegada por el señor FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ...” (Sic).

(...)

“Además, debe tenerse en cuenta que el señor FEDERICO GAVIRIA, tal como quedó claro en la sentencia condenatoria proferida el 17 de diciembre de 2013, por este Estrado Judicial, su actuar se limitó a servir de intermediario entre los funcionarios del Distrito y algunos Concejales de la ciudad en la entrega de unas sumas de dinero a cambio de garantizar la adjudicación del contrato 1229 de 2009, más no influyó de manera alguna en la ejecución de dicho contrato y por lo tanto, no puede determinarse su responsabilidad en los perjuicios causados en desarrollo del mismo, cuyos únicos responsables serán los respectivos contratistas.”

Como lógica consecuencia, al no acreditarse probatoriamente la causación del daño reclamado por el Fondo Financiero de la Secretaria Distrital de Salud, toda acción estatal en procura de una indemnización, decayó pero aun así, la segunda instancia que fuera de conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, supuso de manera inconsulta ante la realidad procesal y ante la inexistencia de probanzas, la concreción de un perjuicio patrimonial desconociendo el análisis que conforme a derecho realizó el a quo en el que se concluye que i) no se logró por el Fondo Financiero de la Secretaria Distrital de Salud ni por sus testigos (ausentes en el trámite incidental) la acreditación de los perjuicios peticionados, por no haber sido mi mandante contratista, ni beneficiario del proceso contractual y ii) que de la conducta del procesado, no puede inferirse la ejecución del contrato 1229 de 2009 que dio origen a la investigación penal lo que permitió al a quo desestimar su responsabilidad en lo que a la eventual generación de perjuicios, se refiere.

Es decir, desconoce flagrantemente la segunda instancia los presupuestos básicos para proferir una condena en perjuicios en materia penal, el primero de ellos, es la necesidad de que el daño causado derive de la conducta criminal del declarado penalmente responsable, y el segundo de ellos, el de probar el perjuicio por parte de quien lo alega.

Es absoluto el desconocimiento del Despacho a cargo de la segunda instancia en lo que hace referencia a las disposiciones procedimentales que regulan el mecanismo restaurador del Incidente de Reparación Integral, lo que reviste de ilegalidad su decisión de condenar al señor FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ a pagar la cuantiosa suma solicitada por el Fondo Financiero de la Secretaria Distrital de Salud sin respaldo probatorio alguno y omitiendo la valoración de las pruebas que en primera instancia daban cuenta de que no hubo nexo causal entre la conducta reprochada a mi mandante y la generación del perjuicio deprecado, debido a que como quedó demostrado no era contratista, ni se benefició con el proceso contractual, lo que desembocó en una arbitraria decisión en la que de oficio por parte del *ad quem*, se condena al pago de unos perjuicios sin sustento legal.

Esta clara inobservancia de la norma procedimental, acarrea afectaciones sustanciales al proceso penal por pretermitir los requisitos básicos en los que se sustenta un fallo que condena al pago de perjuicios y va en contravía de lo mandado en el artículo 230 superior en el que se consagra una garantía básica para los ciudadanos que anhelan que la Administración de Justicia les genere seguridad jurídica al estipular que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley y en este asunto, se materializa todo lo contrario a este mandato constitucional y es que el funcionario judicial se apartó de la norma, la ignoró, la desestimó.

El fallo que se debate en esta instancia, incurre en pluralidad de yerros que se concretan en i) la suposición del *ad quem* de que la conducta del señor FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ era fuente de la generación de perjuicios cuando quedo claramente establecido en primera instancia que no se determinó relación causal entre su comportamiento y la causación de los perjuicios ya que no era contratista, ni se benefició con el contrato ii) una inexistencia de acervo probatorio que sustente legalmente los perjuicios impetrados por el Fondo Financiero de la Secretaria Distrital de Salud y iii) decidir en cantidad superior a la peticionada por la Entidad que fungió como víctima en lo que toca a la cuantía de los perjuicios.

Por tanto, y no existiendo otra forma para subsanar este vicio, es la casación el único mecanismo para decretar la invalidez a partir del momento en que cobró ejecutoria el fallo de fecha 3 de abril de 2019 proferido por el Juzgado 4 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá, razón por la cual se impone solicitarle a la Sala CASE el fallo impugnado a partir de dicho momento procesal.

Ahora bien; en lealtad procesal he de manifestar igualmente que, no puede tenerse la tesis planteada en el cargo subsidiario como una salida frente a la cual, quien fungiera como víctima en el proceso y convocante al incidente de reparación integral, hubiese efectivamente perdido las sumas de dinero indicadas en la imputación de cargos. Dicho de otra forma, no se puede concluir que la ausencia de prueba, genere en un hecho de impunidad en materia de reparación.

Tal y como se puede verificar en los registros, la imputación de cargos se hizo por dos tipos penales; el primero, cohecho por dar u ofrecer que fuera aceptado y el segundo, interés indebido en la celebración de contratos, frente al cual se otorgara un principio de oportunidad. Dicha actuación se surtió en el mes de julio del año 2013 y a la fecha se ha prorrogado de forma ininterrumpida, mientras se surten las correspondientes judicializaciones, de las personas de quienes se entregó información. Es decir, las pruebas con que cuenta la Fiscalía General de la Nación fueron aportadas por mi mandante y las mismas dan cuenta, no solo de la responsabilidad penal de otras personas; sino de la efectiva recuperación y reparación de los dineros que fueron pretendidos por el convocante al incidente de reparación integral, quien entre otras cosas, como se puede verificar; no demostró siquiera ante la Contraloría General de la República daño fiscal alguno.

No fueron pocos los procesos que se iniciaran con la colaboración que FEDERICO GAVIRIA VELASQUEZ entregara a la Fiscalía General de la Nación y de los cuales fruto de las reparaciones que se hicieran, la víctima recuperara a la fecha una suma cercana a las DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.000,oo)

Dichas reparaciones fueron;

Además de ello, se ha entregado información importante que ha resultado en varias judicializaciones, algunas de ellas con condena a varias personas, entre las que se encuentran; HECTOR ZAMBRANO, HIPOLITO MORENO, ANDRES CAMACHO, JORGE SALAMANCA, WILSON DUARTE, OMAR MEJIA y JORGE DURAN SILVA, JUAN CARLOS ALDANA, JUAN VARELA; SAMUEL MORENO ROJAS; IVAN MORENO ROJAS; YOLANDA SARMIENTO y ANDRES BOCANEGRA.

El juez emite un fallo errado cuando condena por cantidad superior a lo pedido, no puede ir más allá de lo solicitado por el demandante, hipótesis en la que se configura un fallo *ultra petita*, como tampoco le es dable pronunciarse sobre un objeto no contemplado porque estaría generando una decisión *extra petita*.

Nótese como la entidad que fungiera como víctima en este radicado, ha percibido la correspondiente reparación por los supuestos perjuicios causados con los hechos criminales al interior de la terminación de los procesos originados por el principio de oportunidad concedido al señor FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ y a pesar de ello ha insistido en acudir al incidente de reparación integral en contra de mi mandante, pretendiendo un pago por idénticas causas. Pretender un pago en las



condiciones en que se condenó en la sentencia recurrida, necesariamente implica un enriquecimiento sin justa causa, para el convocante.

De acuerdo anteriormente expuesto, de la manera más respetuosa presento la siguiente;

PETICION

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, comedidamente solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia, CASAR el fallo impugnado, decretando la nulidad de todo lo actuado desde el día 10 de enero de 2018 por haber operado el fenómeno prescriptivo de la acción civil, a manera de petición principal y en subsidio; que se decrete la nulidad de la actuación, desde el momento en que cobró ejecutoria el fallo de fecha 3 de abril de 2019 emitido por el Juzgado 4 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá, por no existir prueba que respaldara la pretensión del convocante al incidente de reparación integral y desconociendo que la estrategia del condenado coadyuvó a la reparación del convocante; para en su lugar ABSOLVER a FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ, del pago de daños materiales ocasionados con la conducta por la que fuera en su momento condenado.

De los Señores Magistrados, atentamente,

DIEGO ANDRÉS SUÁREZ MONCADA

C.C. 79.887.126 de Bogotá,

T.P. N° 135.957