

Proceso No 23878

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 55

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Bogotá, D. C., trece de julio de dos mil cinco.

Se pronuncia la Corte sobre la recusación formulada por el defensor de los procesados Abelardo Arciniegas Tello, John Dilmer García Toscano, Carlos Augusto García Toscano, Hugo Gómez Murillo y Jesús Fernando Pinilla Velandia, respecto de los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Descongestión, doctores David Humberto Pastrana Alarcón y Nelly de Jesús Mena Murillo.

Antecedentes.

1. El 21 de enero de 2005, en las instalaciones del aeropuerto El Dorado de Bogotá, unidades de la policía nacional capturaron a Abelardo Arciniegas Tello, John Dilmer García Toscano, Carlos Augusto García Toscano, Hugo Gómez Murillo y Jesús Fernando Pinilla Velandia, cuando pretendían abordar el vuelo 0060 de Avianca con destino a Ciudad de Panamá, llevando consigo camuflados en sus partes íntimas, zapatos y equipajes, un total de 292.417 dólares americanos, en cantidades que oscilaban entre 40.300 y 100.300 dólares cada uno.

2. El 23 de enero la Fiscalía presentó el caso ante la Juez Novena Penal Municipal con

funciones de control de garantías, en audiencia preliminar de legalización de la captura, formulación de la imputación, solicitud de medida de aseguramiento, revisión de la legalidad de las incautaciones y suspensión del poder dispositivo de las divisas con fines de comiso. La imputación se efectuó por los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir, descritos y sancionados en los artículos 323 y 340 inciso segundo del Código Penal, modificados por la ley 890 de 2004. Los implicados aceptaron la imputación por el primero de los delitos y se abstuvieron de hacerlo en relación con el segundo. La juez declaró la legalidad de las actuaciones de la Fiscalía, y dictó medida de aseguramiento.

3. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 293 de estatuto procesal penal (ley 906 de 2004), el caso fue llevado ante el Juez de conocimiento (Segundo Penal del Circuito Especializado), para verificación de la legalidad de la aceptación de la imputación por el delito de lavado de activos, individualización de la pena y proferimiento de la sentencia. Iniciada la audiencia, los defensores se retractaron de la aceptación de la imputación, coadyuvados por los procesados. El Juez aceptó la retractación y concedió 30 días a la Fiscalía para la presentación de la acusación o la preclusión. El Fiscal recurrió en reposición y subsidiariamente en apelación. El Juez se abstuvo de reponer, y ordenó remitir la actuación al Tribunal Superior para la decisión de la apelación.

4. El conocimiento del asunto correspondió a la Sala integrada por los Magistrados doctores David Humberto Pastrana Alarcón, Nelly de Jesús Mena Murillo y María Consuelo Rincón Jaramillo, que en audiencia de 29 de marzo de 2005, decidieron, por mayoría, revocar la decisión impugnada por considerar que la retractación no procedía cuando la aceptación de la imputación se hacía por iniciativa propia, y dispuso devolver el proceso al Juzgado de instancia para que realizara el control de legalidad de la aceptación. Salvó voto la Magistrado María Consuelo Rincón Jaramillo.

5. En obediencia de lo resuelto por el superior, el Juzgado realizó el 11 de mayo

nueva audiencia de revisión de la legalidad de la aceptación de la imputación, individualización de la pena y sentencia, en desarrollo de la cual decretó la nulidad del acto de aceptación de la imputación, por violación del derecho de defensa, fundamentado en dos razones básicas: (1) que los defensores no contaron con tiempo suficiente para ilustrar a sus poderdantes sobre los alcances de la aceptación y sus consecuencias jurídicas, y (2) que en los registros de la audiencia no aparecía constancia de que los implicados hubiesen hecho manifestación clara y expresa de aceptación de la imputación. La Fiscalía recurrió en apelación esta decisión.

6. Remitido de nuevo el proceso al Tribunal para la definición de este recurso, le fue asignado por conocimiento previo a la Sala integrada por los Magistrados David Humberto Pastrana Alarcón, Nelly de Jesús Mena Murillo y María Consuelo Rincón Jaramillo. La audiencia de argumentación oral y decisión se inició el 22 de junio, pero abierto el debate, el defensor recusó a los Magistrados David Humberto Pastrana Alarcón y Nelly de Jesús Mena Murillo, con fundamento en la causal 4ª del artículo 56 del estatuto procesal penal, por haber emitido concepto u opinión en relación con el aspecto objeto del recurso.

Precisó que en oportunidad anterior, la misma Sala debió pronunciarse por vía de apelación sobre el derecho de los procesados a retractarse de la aceptación de la imputación, y que a este aspecto se circunscribía la impugnación. No obstante ello, la Sala, en la motivación de la decisión, hizo la siguiente precisión adicional: “No está por demás advertir a esta Sala y con el único propósito de contestar las inquietudes formuladas por los defensores y por los imputados, que no se advierte en el trámite seguido ante el Juez de garantías, violación alguna de los derechos fundamentales, pues como bien lo destacó la Fiscalía, los procesados (...) tuvieron la oportunidad de dialogar por un término más que prudencial con sus defensores de los alcances y consecuencias del allanamiento, y en presencia del Juez de garantías reiteraron su deseo de aceptar la imputación que por el delito de lavado de activos les formuló la Fiscalía”.

Asegura que sobre estos mismos aspectos es que gira el recurso de apelación ahora interpuesto, y por tanto, que como los Magistrados que integraron la Sala mayoritaria comprometieron su criterio en relación con el punto, deben marginarse del conocimiento del asunto con arreglo a lo dispuesto en la norma citada. Los Magistrados no aceptaron la recusación, por estimar que las afirmaciones realizadas por ellos en la parte motiva, a las cuales hacía referencia el defensor de los procesados, no constituían prejuzgamiento. En consecuencia, ordenaron suspender la actuación procesal, y remitir las diligencias a la Corte para decisión.

SE CONSIDERA:

1. Competencia.

La Corte es competente para resolver la recusación propuesta por la defensa contra los Magistrados de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, doctores David Humberto Pastrana Alarcón y Nelly de Jesús Mena Murillo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 57 y 341 del estatuto procesal penal que rige para el sistema acusatorio. Las normas en mención, dicen textualmente:

“Artículo 57. Trámite para impedimento. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia o a la Sala Penal del Tribunal de Distrito, según corresponda, para que sea sustraído del conocimiento del asunto.

“Artículo 341. Trámite de impedimentos, recusaciones e impugnación de competencia. De los impedimentos, recusaciones, o impugnaciones de competencia conocerá el superior jerárquico del Juez, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado.

“En el evento de prosperar el impedimento, la recusación o la impugnación de competencia, el superior deberá remitir la actuación al funcionario competente. Esta decisión no admite recurso alguno”.

Como puede claramente verse, las nuevas normas introducen dos modificaciones sustanciales en materia de trámite y conocimiento de los impedimentos y acusaciones. De una parte, abandona el sistema tradicional de trámite horizontal de las causales de inhibición (asignación del conocimiento a un funcionario de la misma categoría), para acoger el de trámite vertical (asignación del conocimiento al superior jerárquico). De otra, radica en cabeza de los Tribunales Superiores y en la Sala de Casación Penal de la Corte, la competencia para conocer de ellas.

A estos dos órganos corresponde, entonces, de manera privativa, su definición. Ahora bien, si es aplicado el segundo criterio que la ley establece para la asignación del conocimiento (que se tenga el carácter de superior jerárquico), se concluye que los Tribunales deben conocer de los impedimentos y recusaciones de los jueces, cualquiera sea su categoría (Penales Municipales, Penales de Circuito, Penales de Circuito Especializados, o de Ejecución de Penas), y la Corte de los impedimentos y recusaciones de los Magistrados de los Tribunales de Distrito. Esta regla se aplica en todos los eventos, salvo de aquellos en los cuales no existe superior jerárquico, como acontece con la Sala de Casación Penal de la Corte, en cuyo caso el conocimiento corresponde a la misma Sala.

En cuanto dice relación al procedimiento que debe cumplirse en cada caso, no se presentan variaciones sustanciales. En tratándose de impedimento, una vez manifestado, la actuación se suspende, y debe ser remitida al funcionario competente (Tribunal o Corte) para que decida dentro de los tres días siguientes. Si el impedimento es admitido, se ordenará la separación del funcionario y se remitirá la actuación a quien deba asumir su conocimiento. Si es rechazado, se devolverá al mismo funcionario para que continúe

su curso.

En tratándose de recusación, una vez presentada se suspende la actuación. El funcionario recusado deberá manifestar si la acepta o la rechaza. Si la acepta, deberá separarse del conocimiento del asunto. Si la rechaza, la actuación deberá ser remitida al superior (Tribunal o Corte) para decisión. Si es declarada fundada, se ordenará su separación del conocimiento del asunto. En caso contrario, se ordenará que continúe con el conocimiento.

Existen opiniones que se inclinan por considerar que la decisión del superior debe ser tomada en audiencia, en virtud del principio de oralidad que preside el sistema acusatorio. La Corte no lo entiende así. De una parte, porque el Código no lo dispone, pero también, porque de su examen sistemático no surge que este deba ser el procedimiento a seguir. Todo lo contrario, el artículo 341, que viene de ser transcrito, establece que el superior debe resolver de plano, es decir, sin intervención de los sujetos procesales.

Sobre la oportunidad para manifestar el impedimento, o formular la recusación, deben distinguirse dos situaciones: si la causal recae sobre funcionario que debe actuar antes de la audiencia de formulación de acusación, o si recae sobre el funcionario que ha de asumir el conocimiento del asunto a partir de dicha audiencia. En la primera hipótesis debe plantearse dentro de la audiencia en la cual el funcionario debe actuar o decidir, como ocurrió en el presente caso. En el segundo, debe ser propuesto en la audiencia de formulación de acusación, antes de la presentación de los cargos por parte de la Fiscalía (artículo 339 ejusdem).

Hechas estas precisiones, la Corte entrará a decir lo pertinente en relación con el motivo de recusación propuesto en el caso estudiado.

2. Análisis de la causal de recusación alegada.

La causal de recusación que se plantea por la defensa en el presente caso, es la prevista en la segunda parte del numeral 4° del artículo 56 del estatuto procesal penal, que literalmente dice: “Que el funcionario judicial (...) haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”. Su contenido es sustancialmente idéntico al consagrado en el numeral 4° del artículo 99 de la ley 600 de 2000, y en el numeral 4° del artículo 103 del Decreto 2700 de 1991.

En relación con el alcance de este motivo de inhibición, La Corte ha sostenido tradicionalmente que para su configuración es necesario (1) que la opinión o concepto que la origina haya sido dado por fuera del proceso, o lo que es igual, por fuera del marco propio de los deberes funcionales, (2) que esté referida en concreto al asunto que es materia de estudio, (3) que sea vinculante, es decir, que comprometa su recto juicio en la resolución o definición del caso.

Si son confrontadas estas exigencias con el asunto que se encuentra en consideración de la Sala, habría de concluirse, ab initio, que la recusación formulada en el presente caso resulta improcedente, porque la opinión que se aduce como motivo de inhibición, fue emitida al interior del mismo proceso, en una oportunidad antecedente, cuando la misma Sala debió conocer del recurso de apelación interpuesto contra la decisión que declaró procedente la retractación manifestada por los implicados en la audiencia de control de la legalidad de la aceptación de la imputación.

Excepcionalmente la Corte ha aceptado, sin embargo, que si el servidor judicial, en el desempeño de sus funciones, anticipa conceptos sobre aspectos puntuales del asunto, por fuera de los marcos propios de su competencia, o con exceso de ellas, que comprometen su criterio, como cuando ordena copias para investigar penalmente una determinada conducta y en la motivación hace pronunciamientos concretos sobre la calificación

jurídica o el compromiso penal del implicado, resulta sensato y razonable declarar su separación del conocimiento del asunto, con el fin de garantizar el principio de imparcialidad en su definición, y evitar que se genere desconfianza en los sujetos procesales y en la comunidad en general (Cfr. Auto de 29 de noviembre de 2000, Rad.17843, Magistrado Ponente doctor Edgar Lombana Trujillo, entre otros).

Esta postura coincide cabalmente con la política legislativa en materia de impedimentos y recusaciones, de evitar a toda costa que el funcionario judicial que ha prefijado conceptos, o proferido decisiones dentro de un determinado asunto, no deba resolverlo, ni revisarlas, con el fin de garantizar la total imparcialidad en la decisión, voluntad que se revela manifiesta no solo en la causal que se estudia, sino en la sexta (haber dictado la providencia de cuya revisión se trata), la catorce (que el juez haya negado la solicitud de preclusión y deba conocer del asunto en el juicio) y la especial del artículo 197 (haber suscrito la decisión objeto de la acción de revisión), entre otras.

En el caso analizado la Corte no alberga la menor duda de que las consideraciones que los Magistrados recusados hicieron en la audiencia de marzo 29 de 2005, constituyen un pronunciamiento anticipado sobre aspectos que no eran objeto de impugnación, emitido en ejercicio de sus funciones, pero por fuera de los marcos de competencia que la oportunidad procesal le establecía. Un auténtico acto de prejuzgamiento, que compromete indiscutiblemente su criterio y permea su imparcialidad para resolver el asunto.

Como se recuerda, los magistrados, en dicha oportunidad, debían pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la retractación de la aceptación de la imputación realizada por los imputados. En el marco de esta decisión, resolvieron hacer una intervención adicional para advertir que el procedimiento adelantado ante el Juez de garantías no violaba los derechos fundamentales, porque los imputados habían tenido la oportunidad de dialogar por un término más que prudencial con sus abogados de los alcances y consecuencias del allanamiento a la imputación, y que en presencia del Juez reiteraron

su voluntad de aceptar los cargos.

La identidad del tema sobre el cual recayó la opinión anticipada y el objeto del recurso que actualmente se encuentra a consideración de los Magistrados recusados, tampoco admite espacio a discusión. El Juez de conocimiento, al revisar la legalidad de la aceptación de la imputación, decidió decretar la nulidad de la actuación por considerar que los abogados defensores no contaron con el tiempo suficiente ni la oportunidad adecuada para ilustrar a los implicados sobre los alcances y consecuencias de la aceptación, y además de ello, que en los registros de la audiencia no aparecía constancia de que hubiesen hecho manifestación clara y expresa de aceptación.

Como puede establecerse de la simple confrontación del contenido de estos dos pronunciamientos, el tema sobre el cual gira actualmente el recurso de apelación que debe ser resuelto por los Magistrados recusados, es literalmente el mismo sobre el cual ya se pronunciaron en oportunidad pasada, por fuera, como ya se dijo y se insiste, de los marcos de competencia que el momento procesal les definía. Siendo ello así, su separación del conocimiento del asunto resulta necesaria, no solo con el fin de salvaguardar el principio de imparcialidad, sino de realizar materialmente el de doble instancia, pues ningún sentido tendría que la decisión sea revisada por quien ya fijó su posición sobre la cuestión que debe ser objeto de examen.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

R E S U E L V E:

1. Declarar fundada la recusación formulada por la defensa en contra de los Magistrados David Humberto Pastrana Alarcón y Nelly de Jesús Mena Murillo. En consecuencia, se los separa del conocimiento del asunto.
2. Devolver la actuación al Tribunal de Bogotá para que se integre la Sala de Decisión y

continúe el trámite del proceso.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

MARINA PULIDO DE BARON

SIGIFREDO	ESPINOSA PEREZ	HERMAN GALAN CASTELLANOS
-----------	----------------	--------------------------

ALFREDO	GOMEZ QUINTERO	EDGAR LOMBANA TRUJILLO
---------	----------------	------------------------

ALVARO	O. PEREZ PINZON	JORGE L. QUINTERO MILANES
--------	-----------------	---------------------------

YESID	RAMIREZ BASTIDAS	MAURO SOLARTE PORTILLA
-------	------------------	------------------------

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria