

Proceso No 31005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 9

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil nueve (2009)

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de queja interpuesto por el defensor de ELIZABETH REY SANABRIA DE CORTÉS contra el auto interlocutorio del 5 de diciembre de 2008, por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá rechazó de plano la recusación propuesta por el defensor contra el Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

ANTECEDENTES

1. Contra la Dra. ELIZABETH REY SANABRIA DE CORTÉS (quien se desempeña como Fiscal Seccional), cursa un proceso penal en el Tribunal de Bogotá por el delito de prevaricato por acción; el 10 de julio de 2008 se dio inicio a la audiencia pública de juzgamiento y la fiscalía delegada ante el Tribunal presentó sus alegaciones por escrito (Cfr. fls. 2; 4 - 22).

2. A solicitud de la defensa, la audiencia se aplazó para continuarla el 3 de septiembre de 2008 (fl. 25); el primero de septiembre, el defensor presentó ante la Sala del Tribunal un escrito de recusación a la fiscal que sustentó la acusación en el juicio<sup>1</sup> (fls. 31 y 32); en la sesión de audiencia del 3 de septiembre el Tribunal escuchó los argumentos de la fiscal recusada (Delegada ante el Tribunal) quien no aceptó el motivo de recusación (fl. 35) y a tenor del artículo 118 – 3 del C. de P.P. (L. 600) dispuso el traslado a la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia para que decidiera la controversia.

3. El 17 de septiembre de 2008 la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia declaró infundada la recusación propuesta por el defensor y el Tribunal ordenó continuar la audiencia pública en sesión que programó para el 9 de diciembre a las tres de la tarde. (Fl. 37).

4. Mediante memorial del 2 de diciembre de 2008, el defensor de la acusada recusó al delegado ante la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup> y solicitó aplazar la audiencia. (Fls. 44 – 46).

5. El 5 de diciembre de 2008, el Tribunal Superior de Bogotá negó de plano la recusación propuesta por el defensor contra el fiscal delegado ante la Corte porque la encontró manifiestamente infundada, en atención a que no son recusables los funcionarios judiciales a quienes corresponde decidir el incidente de recusación, como aparece previsto de forma expresa en el artículo 107 del C. de P.P.

Además, el Tribunal develó las maniobras dilatorias del defensor, pues, encontró que la conducta que asume es temeraria, “dilata, retrasa y entorpece el curso normal del proceso”, por suerte que compulsó copias de la actuación ante el H. Consejo Seccional de la Judicatura para que se investigue disciplinariamente al litigante. Confirmó también la continuación de la audiencia en la fecha programada [9 de diciembre, tres de la

tarde]. (Fls. 54 - 58).

6. Por escrito del 5 de diciembre de 2008, el defensor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto del 5 de diciembre de 2008 (fls. 68 - 69); en la sesión de la audiencia del 9 de diciembre la Sala negó los recursos de reposición y apelación contra la reseñada decisión.

7. Por manuscrito sin fecha (folios 77 y 78), el defensor de la procesada REY SANABRIA DE CORTÉS interpuso recurso de queja contra la decisión que se tomó en la audiencia; el 15 de diciembre de 2008 el Tribunal dio el trámite del recurso, que correspondió por reparto del 18 de diciembre siguiente al Despacho (Fl. 84).

## FUNDAMENTOS

Son realmente dos los problemas jurídicos que surgen a partir de la controversia que propone el quejoso<sup>3</sup>

:

El primero se relaciona con los recursos ordinarios en el proceso penal y con el carácter vinculante de la acusación, el segundo con la recusación del funcionario a quien corresponde decidir un incidente de recusación:

1. La Fiscalía General de la Nación es el organismo al que corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal, realizar la investigación de hechos que revistan características de delito, ...acusar ante el juez del conocimiento con el fin de dar inicio al juicio, solicitar la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar, etc. (Artículos 249 y 250 de la C. Pol, conc. artículos 112 y siguientes del C. de P.P. Ley 600 de 2000).

Es claro, en virtud del carácter dialéctico que fundamenta el proceso penal y de los grados de impugnación de las decisiones que se adoptan al interior del proceso, las determinaciones están sometidas a la revisión del superior de conformidad con la distribución funcional de competencias que determina la Ley. (Cfr. C. de P.P., Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, Ley 938 de 2004 y Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996); por suerte que es absolutamente normal que una acusación sea modificada por el funcionario de segunda instancia, o una preclusión sea revocada.

En la fase del juicio de la ley 600, el fiscal asume el rol de sujeto procesal, y en tal virtud le corresponde, i) sustentar la acusación de los presuntos infractores ante los juzgados, art. 23 de la L. 270 de 1996 (Estatuto orgánico de la administración de justicia); ii) introducir variaciones a la acusación, en orden a precaver los efectos de la congruencia, o incongruencia, del fallo (art. 404); ii) también tiene facultad, como ya ha tenido ocasión de referirlo la jurisprudencia, de pedir la cesación del procedimiento y la absolución del procesado, sin que dichas peticiones tengan efecto vinculante:

“En la actualidad, su petición (la del fiscal), no obliga al juez, y si es absolutoria, ello no significa que los cargos hayan desaparecido, pues, éstos están formulados en la resolución de acusación y se resuelven en la sentencia, de ahí que el artículo 456 ibídem diga que, finalizada la práctica de pruebas y la intervención de las partes en la audiencia el juez decidirá dentro de los diez días siguientes.

Dentro de las diversas modalidades que son posibles en un sistema procesal de tendencia acusatoria, la escogida por nuestro legislador otorga al fiscal la potestad de formular cargos o precluir la instrucción, pero una vez el proceso pasa a la etapa del juicio, la decisión corresponde exclusivamente al juez, quien consultará la evidencia recaudada y las alegaciones de las partes, sin que ninguna restrinja su autonomía

para decidir”4.

Es incorrecta la interpretación del defensor cuando aduce que el fiscal que inicialmente precluyó la investigación y su decisión fue revocada en virtud del grado de impugnación, esté compelido a pedir la absolución en el juicio.

En este tema existe una diferencia fundamental con el sistema de procedimiento penal que adoptó la Ley 906 de 2004, pues, sólo en el nuevo sistema de enjuiciamiento una petición de la fiscalía en sentido absolutorio implica el retiro de la acusación, implica desistir de la teoría del caso, pues la petición de absolución es vinculante5.

2. En relación con la recusación del funcionario a quien correspondió decidir el incidente de recusación, razón asistió al Tribunal cuando rechazó de plano la recusación del fiscal ad quem, pues, en virtud de los artículos 106 y 107 de la Ley 600 de 2000, es claro que el funcionario a quien corresponde resolver una recusación adopta la decisión “de plano”, es decir, no existe lugar a controversia posterior sobre el tema propuesto (el motivo de recusación), pues, con claridad se previene que “...no son recusables los funcionarios judiciales a quienes corresponda decidir el incidente...”. Ello, por cuanto el superior sólo se pronuncia sobre la estructuración o no de la causal si adelantar juicio alguno sobre la autoría o responsabilidad.

Finalmente, ningún comentario expresa la Sala en relación con la determinación del Tribunal de compulsar copias al abogado, pues, la definición de responsabilidad disciplinaria por la conducta que el profesional adopte, es tema del resorte del Consejo Superior de la Judicatura.

En consecuencia, la Sala NEGARÁ el recurso de apelación propuesto por el defensor.

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

RESUELVE:

NEGAR el recurso de apelación propuesto por el defensor de ELIZABETH REY SANABRIA DE CORTÉS contra el auto del cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008) que rechazó de plano la recusación contra el Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase,

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO  
GONZÁLEZ DE LEMOS

MARIA DEL ROSARIO

AUGUSTO J.  
LUIS QUINTERO MILANÉS

IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1El fundamento de la recusación se centra en que la fiscal que precluyó la investigación en primera instancia incurre en una “manifiesta ilegalidad” al sustentar la acusación y

pedir la condena en la audiencia de juzgamiento, con base en los argumentos de la providencia que revocó la preclusión.

2El fundamento de la recusación consiste en que el Fiscal Delegado ante la Corte que declaró infundada la recusación es el mismo funcionario que revocó la resolución de preclusión de investigación y profirió resolución de acusación contra la procesada.

3Fls. 85 - 89; el defensor adjuntó escrito aclaratorio el 16 de enero de 2008 que se anexó al antecedente.

4CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 16 de marzo de 2006, rad. Núm. 20669.

5Cfr. artículo 448 del C. de P.P., sentencias del 13 de julio de 2006, rad. núm. 15 843, del 8 de noviembre de 2007, rad. 26411; del 13 de marzo de 2008, rad. núm. 27413, entre otras.