

Proceso No 31328

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.52

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la manifestación de impedimento presentada por los doctores RODRIGO RODRÍGUEZ BARRAGÁN, MATILDE LEMUS SAN MARTÍN y SAÚL BOTELLO RONDEROS, en su condición de Magistrados del Tribunal Superior de Arauca para conocer del proceso penal adelantado en contra de José Javier Olivo Eugenio y David Leifen Contreras Contreras por los delitos de homicidio agravado y rebelión, en concurso de hechos punibles.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Se extracta de las diligencias que el 14 de octubre de 2008 a las 9:45 horas, en el municipio de Saravena (Arauca) reportaron por el radio de comunicaciones de la Policía Nacional que le habían disparado al centinela de la garita seis del anillo de seguridad, lugar a donde llegaron los patrulleros Richard Toledo Camacho y Diofre Armando Cepeda Quintero, quienes hallaron el cuerpo sin vida del patrullero Germán González Díaz, a quien los homicidas despojaron del fusil de dotación.

Al mismo tiempo, efectivos de la Sijin de Saravena iniciaron la persecución de los autores del hecho y capturaron al menor YONDER EMIR MORA RIVERO, de nacionalidad Venezolana, quien horas después manifestó colaborar y refirió que ejecutó el hecho con DAVID LEIFAN CONTRERAS CONTRERAS, quien fue aprehendido y dijo que fueron contratados por JOSÉ JAVIER OLIVOS EUGENIO, respecto de quien facilitó su captura.

2. La Fiscal Segunda Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Arauca, presentó escrito de acusación en contra de DAVID LEIFAN CONTRERAS CONTRERAS y JOSÉ JAVIER OLIVOS EUGENIO, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca, por los delitos de homicidio agravado y rebelión, en concurso de hechos punibles.

3. El 21 de enero pasado, se llevó a cabo la audiencia de acusación en la que el defensor de JOSÉ JAVIER OLIVOS EUGENIO manifestó: “solicito la declaración de la nulidad en razón a la violación del debido proceso, de las garantías fundamentales, y la nulidad derivada de la prueba ilícita, señor juez, la prueba que presenta la fiscalía, o que ha venido presentando la fiscalía, es ilícita, pues fue producto de la tortura y la humillación que se hiciera a las personas que fueron ilegalmente capturadas”.

4. El 5 de diciembre de 2008, la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Arauca, integrada por los doctores RODRIGO RODRÍGUEZ BARRAGÁN, MATILDE LEMOS SAN MARTÍN y SAÚL BOTELLO RONDEROS falló la acción de tutela interpuesta por José Javier Olivo Eugenio, a través de apoderado judicial, en contra del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con función de control de garantías y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca, cuya demanda, según los hechos reseñados en la sentencia se fundamento en los siguientes aspectos:

4.1. José Javier Olivo Eugenio fue privado de la libertad, por miembros de la policía judicial, en el municipio de Saravena, Arauca, el 14 de octubre de 2008, a las número 4:30 p.m., por

el homicidio del patrullero de la Policía Nacional Germán González Díaz, ocurrida el mismo día a las 9: 30 a.m.

4.2. La captura de su procurado constituye un claro abuso de poder, por no haber mediado orden de autoridad judicial competente, ni efectuado en situación de flagrancia.

4.3. En la audiencia de legalización de captura realizada ante el Juez Tercero Promiscuo Municipal de Arauca con función de control de garantías, la señora Fiscal Primera Especializada manifestó que la captura fue legal a pesar de que no se expidió orden de captura por un juez de garantías, que no mediaron los requisitos de la flagrancia y que el acusado Olivo Eugenio fue golpeado al momento de la aprehensión, por lo que le dictaminaron ocho días de incapacidad, pues en realidad se trató una captura administrativa que tuvo como sustento jurídico la sentencia C-024 de 1994 de la Corte Constitucional.

4.4. Aunque la defensa técnica alegó ante el Juez Tercero Promiscuo Municipal de Arauca con función de control de garantías, la ilegalidad de la captura de José Javier Olivo Eugenio, dicho funcionario judicial consideró que la misma fue realizada de manera legal por tratarse de una detención administrativa, consagrada en el parágrafo segundo del artículo 28 de la [Constitución Política](#).

4.5. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca, quien, equivocadamente y contrariando la jurisprudencia de la Corte Constitucional, arribó a la conclusión de la legalidad de la captura, con base en la misma disposición Constitucional, desconociendo la seguridad jurídica y agravando los derechos fundamentales.

4.6. La efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la [constitución política](#), constituyen la medida de la actuación legítima de los jueces, por lo que estos no

pueden interpretar de cualquier manera la constitución y la ley, pues la Corte Constitucional es la única autorizada para fijar el sentido y alcance de las normas superiores, como se desprende del contenido del artículo 214 de la Carta Política.

5. Para resolver dicha acción, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Arauca, luego de hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que no se ha presentado lesión alguna al derecho fundamental al debido proceso y que la tutela se dirigió a buscar “la modificación de una situación procesal definida mediante decisiones judiciales”, ante lo cual el juez de tutela carece de competencia.

6. Impugnada oportunamente la decisión por medio de la cual el Juez Primero Penal del Circuito de Arauca, en la audiencia de acusación, negó la nulidad pedida por el defensor de José Javier Olivo Eugenio, la actuación fue enviada a la Sala Penal del Tribunal Superior de Arauca, correspondiéndole a la Sala de Decisión que tramitó y resolvió la acción de tutela interpuesta por aquél, razón por la cual los magistrados que la integran conjuntamente se declaran impedidos para conocer del proceso de acuerdo con el artículo 56, numeral 4 de la Ley 906 de 2004, en cuanto la solicitud de invalidación de lo actuado presentada por el defensor, remonta los argumentos expuestos por el autor de la demanda de tutela fallada el 5 de diciembre de 2008.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al tenor de lo preceptuado por el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, cuando el funcionario judicial se encuentra incurso en una de las causales de impedimento debe manifestarlo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia o a la Sala Penal del Tribunal de Distrito Judicial, según corresponda, para que sea sustraído del conocimiento del asunto.

El canon 59 ibídem, dispone que si la casual se extiende a varios integrantes de las Salas de

decisión de los Tribunales el trámite será conjunto, y el artículo 62 ordena suspender la actuación procesal desde el mismo momento en que se presente la recusación o se manifieste el impedimento del funcionario judicial hasta que se resuelva definitivamente.

El numeral 4 del artículo 56 del mismo ordenamiento señala como causal de impedimento que “el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”, la cual atendiendo a la naturaleza y estructura del sistema acusatorio y a los argumentos de los magistrados de Tribunal que se declaran impedidos, se configura en el caso en examen.

En efecto, la teleología de los impedimentos es garantizar la imparcialidad e independencia judicial, por lo que constituye un deber legal de los administradores de justicia apartarse del conocimiento de aquellos asuntos en los cuales el equilibrio que caracteriza las decisiones judiciales se vea amenazado por concurrir en ellos motivo que interfiera en su recto juicio o pueda opacar la transparencia de la administración de justicia por haber manifestado su opinión, ora como fiscal, juez de garantías, de conocimiento, juez ad quem o juez constitucional.

Sobre este tema en particular, la Sala ha dicho que “lo que obliga a aceptar la circunstancia de inhibición es que el funcionario haya incurrido, con ocasión de sus funciones, en pronunciamientos anticipados acerca de aspectos sustanciales que [...] constituyen auténticos actos de prejuzgamiento, que implican compromiso indiscutible de su criterio y pretenden su imparcialidad para resolver el asunto futuro”¹.

Igualmente, ha señalado la Corte que “lo sustancial [...], en asuntos jurídicos, se identifica con el fondo de la pretensión o de la relación jurídico material que se debate”².

En este caso, los magistrados del Tribunal de Arauca que manifiesta su impedimento, en la sentencia que prohirieron el 5 de diciembre de 2008, dentro de la acción de tutela interpuesta por el apoderado judicial de José Javier Olivo Eugenio, respondieron argumentos semejantes a los expuestos en la audiencia de formulación de acusación por el defensor para sustentar la solicitud de nulidad de lo actuado por violación al debido proceso y porque los cargos forjados en contra de aquel están sustentados en prueba obtenida ilícitamente.

Ante lo cual es necesario reiterar que el proceso acusatorio “como garantía orgánica, supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa, y el tercero súper partes: el acusador, el defensor y el juez. Esta estructura triádica constituye, como se ha visto, la primera señal de identidad del proceso acusatorio. Y es indispensable que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos –el de la tutela frente a los delitos, representado por la acusación, y el de la tutela frente a los castigos arbitrarios, representado por la defensa – que además corresponde a los dos fines, perfectamente compatibles en abstracto pero siempre conflictivos en concreto, que, como se ha visto, justifican el derecho penal”³. (Negrilla de la Sala)

Esa imparcialidad, en el sub lite, se encuentra afectada en cuanto la nulidad demandada por el defensor de Olivos Eugenio, como se ha precisado, está fundamentada en argumentos similares a los que expuso como soporte de la acción de tutela, pues en la audiencia de formulación de la acusación, con la misma línea de pensamiento, expresó:

“... [L]a prueba que presenta la Fiscalía, o que ha venido presentando la Fiscalía, es ilícita, pues fue producto de la tortura y la humillación que se hiciera a las personas que fueron ilegalmente capturadas. Como es sabido, señor Juez, al menor Yonder Emir Mora Rivero se le capturó momentos o instantes después de los hechos, y como él mismo lo declaró... en la entrevista que presentara aquí la Fiscalía, fue brutalmente torturado para que

declarara en contra de otras personas que no habían sido capturadas, pero que posteriormente, a las seis o siete horas, se capturaron, se llevaron al calabozo y se le obligó, señor Juez, a decir que esas personas habían participado en el homicidio. Mire, señor Juez, lo que dice David... lo que dice el menor Yonder, dice: “y me metieron a... me dieron una rumba de pata en el hospital, y luego me llevaron a la policía y me metieron en un poco de cuartos oscuros y me martillaban los revólveres en la cabeza que para que dijera dónde estaba el fusil y más nada” [...] “Pero que decir también de José Javier, folio 15 de las mismas pruebas que presenta la Fiscalía: “me detuvieron y cuando entré al puesto de policía y en una pieza solo me capturaron me golpearon en el cuerpo, en el pescuezo, me metieron bolsas en la cara para ahogarme, luego uno del ejército me pegó en la cabeza y en los testículos”... Es que, señor Juez, a este hecho tampoco se respetó el derecho fundamental a no autoincriminarse, se le obligó al menor Yonder Emir Mora Rivero a que declarara” [...] “por ello solicito al señor Juez que se declare la nulidad de toda esta actuación en razón a las comprobadas irregularidades en la obtención de la prueba por parte de miembros de la policía judicial de Saravena y que fueron avaladas por la Fiscalía, señor Juez, tenga en cuenta que mi defendido fue capturado también ilegalmente, que no hubo situación de flagrancia ni orden de captura dictada por un Juez de garantías, sino que en un acto unilateral de la policía se le detuvo y se le inmiscuyó en esta investigación de forma perversa y poco jurídica”.⁴

Y frente a estos argumentos los Magistrados del Tribunal que se declaran impedidos expresaron en el aludido fallo de tutela que contrario a lo afirmado por el accionante, “no se está en presencia de protuberantes falencias sustanciales que contraríen el Debido Proceso previsto en el art. 29 de la Constitución”, porque, en su sentir, los operadores judiciales asumieron las decisiones judiciales con sujeción al procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, no queda duda que anticiparon su criterio acerca de aspectos en los que nuevamente insiste el defensor a través del mecanismo de las nulidades

procesales, como acendradamente lo exponen los Magistrados del Tribunal en su manifestación de impedimento, por lo que la Sala procederá a declararlo fundado, ordenado su separación del conocimiento de este proceso.

Igualmente, dispondrá la devolución inmediata la actuación para que se integre la Sala de Decisión que deba conocer el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los acusados contra el auto mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca negó la nulidad demanda por el abogado de José Javier Olivo Eugenio.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. DECLARAR fundado el impedimento manifestado por los doctores RODRIGO RODRÍGUEZ BARRAGÁN, MATILDE LEMUS SAN MARTÍN y SAÚL BOTELLO RONDEROS, en su condición de Magistrados del Tribunal Superior de Arauca, y, como consecuencia de ello, ORDENAR su separación del conocimiento de este proceso.
2. DEVOLVER de inmediato el proceso al Tribunal Superior de Arauca, con el fin de que integre la Sala de Decisión que deba conocer del recurso de apelación interpuesto por los defensores de José Javier Olivo Eugenio y David Leifan Contreras Contreras contra la decisión por medio de la cual el Juez Primero Penal del Circuito de Arauca con función de conocimiento le negó la nulidad solicitada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto de 7 de marzo de 2007, radicación 26853

2 Ibídem

3 Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, 2006, Pág. 581.

4 Disco compacto de la audiencia de formulación de acusación, audio correspondiente a la continuación de la audiencia después del primer receso, record 1':57" a 9':54"