

Proceso n.º 35582

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 28

Bogotá, D. C., dos (02) de febrero de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante de Juan de Jesús Díaz Sanabria, Leonor Rodríguez de Walteros, Gloria Marina Cuéllar Salamanca, José Ignacio Chávez Castañeda, Édgar Ricardo Bohórquez Betancourt, Saúl Castañeda Castañeda y Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán en contra de la decisión proferida por la Magistrada con Funciones de Control de Garantías de la Sala Penal de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que negó la nulidad solicitada por el referido profesional del derecho en audiencia preliminar.

ANTECEDENTES

1. Dentro del proceso que con base en la Ley 975 de 2005 (o Ley de Justicia y Paz) se adelanta en contra de HERNÁN GIRALDO SERNA (alias El Patrón o

Taladro), NORBERTO QUIROGA POVEDA (alias Cinco Cinco, Brasil o El Gato) y JOSÉ DANIEL MORA LÓPEZ (alias Guerrero o 101), una Magistrada con Funciones de Control de Garantías de la Sala Penal de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla ordenó, en audiencia preliminar del 1º de julio de 2010, la restitución provisional de los predios La Paz (identificado con matrícula inmobiliaria número 222-20692) y San Carlos (matrícula inmobiliaria 222-25619), situados en el corregimiento de San Pedro de la Sierra (municipio de Minca, departamento de Magdalena), a favor de la Cooperativa Agropecuaria San Carlos -Cooagrosac Ltda. Así mismo, comisionó a la Fiscalía General de la Nación para coordinar y garantizar la diligencia de devolución de los inmuebles.

2. La entrega provisional la llevó a cabo la Fiscal Novena de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, quien había solicitado la medida cautelar¹. El 1º de septiembre de 2010, tuvo lugar la de la finca San Carlos, diligencia en la cual no se presentó oposición alguna; y al día siguiente, la de la finca La Paz, en la que José Ignacio Chávez Castañeda y Édgar Ricardo Bohórquez Betancourt (ocupantes de esta última), así como Saúl Castañeda Castañeda y Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán (residentes en la finca San Carlos), nombraron a un apoderado común para que los representase.

La Fiscal Novena, una vez le reconoció personería a dicho abogado, rechazó de plano la oposición formulada en nombre de José Ignacio Chávez Castañeda y Édgar Ricardo Bohórquez Betancourt. Igualmente, se abstuvo de dar trámite a la reposición y apelación interpuestas en nombre de Saúl Castañeda Castañeda y Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán, tras considerar que la oportunidad para oponerse a la entrega y presentar recursos expiró una vez agotada la diligencia pertinente al predio San Carlos, ocurrida el día anterior.

3. Posteriormente, el profesional del derecho, en representación de Juan de Jesús Díaz Sanabria, Leonor Rodríguez de Walteros, Gloria Marina Cuéllar Salamanca, José Ignacio Chávez Castañeda, Édgar Ricardo Bohórquez Betancourt, Saúl Castañeda Castañeda y Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán, solicitó la celebración de audiencia preliminar con el fin de obtener la nulidad del acto de devolución de los inmuebles.

4. En dicha diligencia, que contó con la presencia e intervención de los representantes de las víctimas y los postulados, al igual que del Ministerio Público, el solicitante apoyó su pretensión aduciendo las siguientes irregularidades:

(i) Violación del principio de imparcialidad, debido a que la Fiscal que presidió la restitución material de los predios fue la misma que solicitó la audiencia preliminar con tal fin.

(ii) Vulneración del debido proceso, por cuanto los inmuebles no fueron identificados ni delimitados de manera correcta durante el transcurso de la diligencia.

(iii) Desconocimiento de los derechos fundamentales de los ocupantes de las fincas La Paz y San Carlos, hasta el punto de que una servidora pública adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF) ordenó despojar a Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán de la custodia de sus dos menores hijos, usurpándole funciones al Defensor de Familia.

5. La Magistrada de Control de Garantías negó la petición de nulidad, con base en los siguientes argumentos:

(i) La Fiscal que adelantó la entrega provisional de los inmuebles obró según los parámetros que acerca de la figura de la comisión contempla el artículo 84 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal cuya aplicación

es procedente para los asuntos no regulados en la Ley de Justicia y Paz en virtud del principio de complementariedad y de la jurisprudencia que en este sentido ha desarrollado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

(ii) Los predios objeto del debate fueron debidamente identificados y delimitados.

(iii) En la diligencia, ningún niño fue despojado de la custodia de su madre, ni medió vulneración de derecho fundamental alguno.

6. En contra de dicha decisión, el apoderado interpuso recurso de apelación, que fue concedido, sustentado y trasladado en la misma audiencia, después de que la Magistrada señalara que en este caso debía observarse el artículo 90 de la Ley 1395 de 2009, que modificó el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para el sistema acusatorio.

LA IMPUGNACIÓN

El recurrente contravirtió los fundamentos de la providencia que negó la nulidad de la siguiente manera:

(i) La Fiscal Novena de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz carecía de imparcialidad para realizar la entrega de los inmuebles, pues le era achacable una obvia predisposición hacia la prosperidad de ésta tras haber promovido la solicitud de medida cautelar. En otras palabras, la funcionaria que adoptó la decisión de restitución comisionó a una parte para que actuara como juez en el proceso.

Adicionalmente, la comisionada no era de igual o inferior jerarquía a la comitente, ni tenía las atribuciones legales para actuar como tal.

(ii) Como el bien no había sido identificado, tampoco era posible dar inicio al trámite de las oposiciones, según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil.

(iii) La violación de las garantías de los poseedores fue manifiesta, pues una empleada del ICBF adoptó durante el transcurso de la diligencia una determinación, que debe ser entendida como un acto de constreñimiento, e incluso antes de proceder al desalojo no hubo una verdadera concertación con los habitantes de los inmuebles, dentro de los cuales había gente indefensa como niños y ancianos.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

1. La Fiscal Novena de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz manifestó que el recurrente se limitó a reiterar los mismos argumentos empleados en la petición de invalidez que fueron refutados en el auto dictado por la funcionaria, a cuya postura agregó que las supuestas irregularidades fueron convalidadas por el propio solicitante durante la realización de la diligencia, y en todo caso no serían trascendentes, ya que lo sustancial debe estar por encima de las formas.

2. Los representantes de las víctimas, así como la Procuradora Delegada, apoyaron la negativa de nulidad, destacando entre otros aspectos que los poseedores de los predios restituidos no eran de buena fe, sino que se trataban de las mismas personas beneficiadas con el proceder ilícito de los grupos de autodefensas; que en la entrega de ninguna manera fue irrespetado el debido proceso, y que quien sustentó la petición de medida cautelar no fue la Fiscal Novena, sino el Fiscal Treinta y Tres de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, razón por la cual no hubo desconocimiento alguno del principio de imparcialidad.

CONSIDERACIONES

1. Cuestiones previas

1.1. La Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta por el representante de Juan de Jesús Díaz Sanabria, Leonor Rodríguez de Walteros, Gloria Marina Cuéllar Salamanca, José Ignacio Chávez Castañeda, Édgar Ricardo Bohórquez Betancourt, Saúl Castañeda Castañeda y Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán en contra de la decisión que negó la nulidad de la diligencia de devolución material y provisional de los predios San Carlos y La Paz, toda vez que el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 975 de 2005 (o Ley de Justicia y Paz) prevé que dicho recurso procederá contra todos los autos que resuelvan aspectos de fondo adoptados durante el transcurso de las audiencias, incluida la preliminar, en la que por mandato de los numerales 4 y 7 del artículo 13 de la norma en comento deberá resolverse lo relativo a la imposición de las medidas cautelares, así como asuntos de índole similar.

1.2. En relación con el trámite surtido para sustentar el recurso, es de advertir que la Magistrada de Control de Garantías no le dio prelación al que de manera expresa consagra el artículo 26 de la Ley 975 de 2005 para el recurso de alzada, según el cual la apelación “[s]e interpone en la misma audiencia en que se profiera la decisión, y se concede en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”², de modo que “[e]l magistrado ponente citará a las partes e intervinientes a audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los diez días siguientes al recibo de la actuación”³.

Por el contrario, lo que hizo la funcionaria a quo fue aplicar el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 178 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal del nuevo sistema acusatorio) en el sentido de que el

recurso de apelación contra autos “se interpondrá, sustentará y correrá traslado a los no impugnantes dentro de la misma audiencia”⁴.

En apoyo de su postura, la Magistrada hizo alusión a una providencia de sustanciación no colegiada de la Corte, al parecer proferida el 23 de agosto de 2010, de la cual no aportó mayores datos para su confrontación o análisis, ni explicó en qué contexto fue proferida, ni mucho menos justificó las razones por las cuales tendría fuerza vinculante o serviría como criterio jurídico de apoyo para proceder de la forma en que lo hizo⁵.

Al examinar el tema en cuestión, la Sala encuentra que el legislador no contempló, por lo menos de manera concreta, que la modificación introducida al nuevo Código de Procedimiento Penal tendría cabida en asuntos como el presente.

En efecto, de la simple lectura de las aludidas disposiciones se podría predicar, en principio, que carecen de incidencia en el proceso de que trata la Ley de Justicia y Paz. Por una parte, el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010, al reformar el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, no derogó expresamente el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, que regula en su integridad el trámite del recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia.

Tampoco hubo una derogatoria tácita, pues tal como se desprende de lo previsto en el artículo 3 de la Ley 157 de 1887⁶ la insubsistencia de una disposición legal que no haya sido específicamente derogada por el legislador sólo será viable cuando aparezca una posterior en idéntica especialidad o cuando se trate de una nueva ley que regule en forma total la materia a la que se refería la anterior, aunque no haya incompatibilidades entre ésta y aquélla⁷.

Por otra parte, salta a la vista que el principio de complementariedad, en virtud del cual se faculta la remisión a las normas del Código de Procedimiento Penal

(ya sea a la Ley 600 de 2000 o la más reciente del sistema acusatorio), es procedente para todo lo que no haya sido dispuesto en la Ley 975 de 2005; y, como se advirtió, el trámite de la apelación está previsto de manera íntegra en el artículo 26 de este último estatuto.

Sin embargo, la Corte no encuentra obstáculo jurídico alguno para rechazar, desconocer o restarle efectos a la posibilidad que, de ahora en adelante, tanto la sustentación del recurso de apelación como las intervenciones de los no recurrentes se presenten ante el mismo funcionario que profirió la decisión, ni tampoco a que la actuación de la Corte en segunda instancia se reduzca a cumplir lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 90 de la Ley 1395 de 2010, es decir, a adoptar la decisión que en derecho corresponda y a adelantar una audiencia de lectura para la notificación de la providencia.

En primer lugar, ninguno de los principios procesales que consagra la Ley 975 de 2005 se vería afectado por un proceder de tal índole.

No se pondría en peligro la naturaleza oral de la actuación¹⁰ por el hecho de que el trámite de sustentación y traslado del recurso se agote ante el funcionario de primera instancia y no ante la corporación de segunda. Tampoco podría menoscabarse el esclarecimiento de la verdad¹¹, ni mucho menos los derechos de defensa o contradicción¹², siempre y cuando el a quo conceda al apelante, así como a los no recurrentes, un plazo prudente y razonable (acorde con la naturaleza del asunto debatido) para desarrollar la respectiva intervención.

En segundo lugar, seguir el trámite del reformado artículo 178 del Código de Procedimiento Penal facilitaría la realización del principio de celeridad¹³, y por contera de los derechos de las víctimas, en especial el de acceso a la

administración de justicia (o tutela judicial efectiva) consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

Por ejemplo, el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre (adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948) establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”.

En el mismo sentido se expresa el numeral 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado en la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968¹⁴.

A su vez, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica (aprobado en nuestro país por la Ley 16 de 1972), consagra el “derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo” en el sentido de que los Estados miembros se comprometen a garantizar una decisión por parte de la autoridad competente, desarrollar las posibilidades del instituto y asegurar el cumplimiento de lo ordenado.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, para la eficacia del recurso, “no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo”¹⁵, lo que implica que toda institución o mecanismo de derecho interno deberá reunir “las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve”¹⁶. De esta manera, si “[l]os recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica”¹⁷, el Estado entonces

“tiene que garantizar una actuación expedita”¹⁸.

A similar conclusión (esto es, a que el recurso “debe ser efectivo, tanto en la ley como en la práctica”¹⁹) ha llegado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de cuyas providencias se ha nutrido la jurisprudencia internacional de este continente.

En este orden de ideas, si la Ley 1395 de 2010 consagró, como en efecto lo hizo, una serie de medidas en materia de descongestión judicial para los ordenamientos procesales ordinarios, incluido el Código de Procedimiento Penal de 2004, y de manera concreta creó en este ámbito una norma con el inobjetable propósito de simplificar y agilizar el trámite ante la segunda instancia, consistente en suprimir las audiencias de debate o argumentación oral, no habría motivo razonable para impedir que ésta tuviera repercusiones en materia de Justicia y Paz, cuyas diligencias por múltiples circunstancias han sido objeto de aplazamientos, atrasos y dilaciones.

En tercer lugar, no es posible predicar una alteración relevante o sustancial de la estructura del debido proceso. Recuérdese que la Ley de Justicia y Paz es de índole extraordinaria, pues al contrario de la tradicional actuación jurídico-penal obedece a una especial política criminal de justicia restaurativa, en la que el respeto a la ritualidad no es tanto un fin en sí mismo como un mecanismo para obtener una solución pacífica al conflicto armado o, así mismo, un instrumento procesal de transición hacia el logro de una paz sostenible²⁰.

De ahí que la Sala haya reconocido en otra oportunidad²¹, respecto de aparentes vulneraciones sustanciales al debido proceso, que la estricta observancia de esta garantía debe ceder ante la búsqueda de los propósitos propios de la Ley 975 de 2005, como el cese de las actividades delictivas, la no repetición, la reparación de las víctimas y la recuperación de la institucionalidad del Estado

de Derecho, entre otros.

Por lo tanto, el no atenerse de manera estricta al trámite previsto en el artículo 26 de la Ley de Justicia y Paz, sino en lugar de ello dar prelación a lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004 (modificado por la Ley 1395 de 2010), no implica anomalía alguna; en cambio, se traduce en una necesidad para asegurar la efectividad del instituto, en la medida en que garantiza la celeridad de la actuación y por ende la tutela judicial a favor de la víctima, al mismo tiempo que no pone en peligro ni lesiona trascendentemente otros principios procesales de similar o idéntica raigambre, lo que de paso contribuye a la consecución de los fines primordiales de la Ley 975 de 2005.

Por último, a estas conclusiones llegó la Sala en reciente auto de sustanciación:

“[...] si la normatividad en cuestión [la Ley 1395 de 2010] se inscribe general para la justicia, al punto de verificarse introducidas respecto de los procedimientos civil, laboral, administrativo y penal (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004), y si además se entendió que esa mejor práctica, en el proceso penal ordinario, opera bajo el criterio de que la apelación de los autos debe sustentarse ante el funcionario que profirió la decisión atacada, incluso en el curso de la audiencia que la incluyó, ninguna razón existe para que de esa postulación se excluya el trámite propio de justicia y paz.

”Mucho más, si en consideración se toma que dentro de su carácter sui géneris, la Ley 975 de 2005 contempla principios ineludibles que, en primer lugar, dentro de lo eminentemente sustancial, buscan ofrecer verdad, justicia y reparación a las víctimas (artículos 6, 7 y 8); y, en segundo término, en el espectro procesal propugnan, como manera de acceder a esos propósitos anteriores, por la celeridad en el trámite, como así expresamente se dispone en el artículo 13, a manera de principio, y el parágrafo primero del artículo 26, en cuanto dispone que ‘El trámite de los recursos de

apelación de que trata la presente ley tendrá prelación sobre los demás asuntos de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, excepto lo relacionado con las acciones de tutela”.

”[...]

”De manera contraria, no es posible predicar que a la modificación inserta en la Ley 1395 de 2010 afecta principios basilares del trámite de Justicia y Paz, o vulnera derechos específicos de alguno o de algunos de los intervinientes en el mismo, pues, en primer lugar, de poder afirmarse ello habría que significar cómo igual debería suceder en el trámite ordinario de la Ley 906 de 2004, con lo cual los criterios de mejor hacer que signan la reforma carecerían de soporte; y, en segundo término, el hecho de permitir a los impugnantes y sus contrapartes exponer oralmente sus argumentaciones ante el mismo órgano judicial que dictó la providencia atacada en nada incide respecto a la naturaleza, calidad o efectividad del medio de controversia.

”Y si se trata de afirmar que la posibilidad de argumentar ante la segunda instancia brinda un término mayor para preparar la alegación, habría que responder que si esa es una necesidad acuciante, perfectamente la magistratura de primer grado, dentro de lo razonable y acorde con el sustento de lo pedido, puede brindar a impugnantes y no impugnantes un espacio temporal suficiente para afinar su argumentación, aunque, no sobra recordar, la interposición del recurso –ella sí obligatoria de inmediato– no puede representar una simple veleidad, planteada apenas a la espera de poder hallar después motivos que la hagan ver legítima”²².

En consecuencia, la Corte entrará a resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto y sustentado en audiencia preliminar por el apoderado de Juan de Jesús Díaz Sanabria, Leonor Rodríguez de Walteros, Gloria Marina Cuéllar Salamanca, José Ignacio Chávez Castañeda, Édgar Ricardo Bohórquez Betancourt, Saúl Castañeda

Castañeda y Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán.

2. Problemas jurídicos propuestos por el recurrente

Fueron tres los temas traídos a colación por el profesional del derecho durante la impugnación. El primero tiene que ver con los principios de sujeción a la ley e imparcialidad de los funcionarios judiciales respecto de la comisión realizada por el a quo. El segundo está relacionado con el trámite de identificación de los inmuebles de que trata el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil. Y el tercero hace alusión a los derechos fundamentales de quienes ocupaban los predios objeto de devolución.

La Sala los resolverá en el referido orden.

2.1. De los principios de legalidad e imparcialidad

Según el apelante, la Magistrada de Control de Garantías que en audiencia preliminar ordenó la entrega de los predios San Carlos y La Paz no podía comisionar a la Fiscal Novena de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz a efectos de coordinar la restitución provisional, pues (i) carecía de las facultades legales para ello, (ii) la comisionada no era un funcionario de igual o inferior jerarquía a la comitente y (iii) quien solicitó la medida fue la misma persona que por causa de la comisión ejerció funciones jurisdiccionales durante la diligencia.

Tanto la Magistrada que negó la nulidad como los no recurrentes se mostraron contrarios a tal postura aduciendo que (i) el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal de 2000 (que regula lo pertinente a la figura de la comisión) resulta aplicable en el proceso de la Ley 975 de 2005, (ii) dicha norma facultaba a la comisionada para obrar en calidad de tal durante la diligencia y (iii) la Fiscal

Novena no fue la que sustentó la solicitud de entrega, sino el Fiscal Treinta y Tres de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.

En aras de zanjar el debate, la Sala lo dividirá en los siguientes sub-problemas:

¿Puede un Magistrado de Control de Garantías de Justicia y Paz recurrir a la figura de la comisión para garantizar la realización de una medida cautelar? En caso afirmativo, ¿es posible comisionar para tal fin a delegados de la Fiscalía General de la Nación? Y, por último, si el comisionado es el mismo Fiscal que solicitó la medida, o que de cualquier otra forma intervino en el proceso, ¿estaría vulnerando por ese solo hecho el principio de imparcialidad judicial en la respectiva diligencia? Veamos.

2.1.1. El principio de complementariedad señalado en el artículo 62 de la Ley 975 de 2000 prescribe que para todos los asuntos no dispuestos en la norma se aplicará la Ley 782 de 2002 (reguladora de los acuerdos con los grupos armados al margen de la ley), así como “el Código de Procedimiento Penal”²³.

Dado que en la actualidad coexisten dos ordenamientos procesales penales, la Sala ha señalado al respecto lo siguiente:

“[...] si se trata de un asunto ocurrido en época anterior al 1º de enero de 2005, la regla general para efectos de la remisión normativa será la de acudir a la Ley 600 de 2000, salvo que se trate de instituciones que solamente pueden tener identidad con las consagradas en la Ley 906 de 2004, caso en el cual la integración normativa se debe hacer con el estatuto procesal de estirpe acusatoria”²⁴.

La figura de la comisión se halla prevista en el artículo 84 de la Ley 600 de 2000, sin que

encuentre parangón alguno en el Código de Procedimiento Penal del sistema acusatorio, que incluso en su norma rectora del artículo 16 le impone al juez de conocimiento, debido a la relevancia del principio de inmediación, la prohibición absoluta de comisionar para la práctica de pruebas.

Adicionalmente, son de tener en cuenta los artículos 31 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que contemplan aspectos no regulados en ninguno de los estatutos penales, y a éstos es posible acudir en virtud del principio de remisión, o de integración normativa, de que trata el artículo 23 de la Ley 600 de 2000 y el artículo 25 de la Ley 906 de 2004.

La comisión, de acuerdo con las citadas disposiciones, es aquel acto judicial en el que un funcionario le otorga facultades a otro para la práctica de una prueba o determinada diligencia cuando éstas deban surtirse por fuera de la sede del primero, de modo que el segundo, o comisionado, tendrá las mismas potestades del comitente en relación con lo que se le delegue, siempre y cuando tenga competencia para adelantarlas, tanto desde el punto de vista territorial como funcional.

En el presente asunto, la Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla tenía el deber de garantizar el cumplimiento de la medida cautelar por ella decretada, consistente en la devolución provisional y material de unos predios situados por fuera de su jurisdicción, a favor de los derechos de quienes habían sido víctimas de las acciones delictivas de grupos armados ilegales.

Por consiguiente, el mecanismo idóneo para asegurar la efectividad de dicha medida no era otro que el de comisionar para la entrega de los inmuebles a una autoridad idónea para adelantar la diligencia, en este caso, a la Fiscalía, cuyos

delegados tienen competencia para decretar medidas cautelares en todo el territorio nacional, según lo previsto en los artículos 60 y 82 de la Ley 600 de 2000.

2.1.2. En lo que atañe a la posibilidad de facultar a delegados de la Fiscalía para garantizar la realización de lo ordenado en audiencia, de una lectura aislada del inciso 3º del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal del sistema mixto²⁵ podría derivarse que los tribunales de distrito y otros funcionarios judiciales sólo estarían autorizados para comisionar, por fuera de su sede, a cualquier autoridad que sea de idéntica o inferior categoría a la del comitente.

No obstante, el inciso 4º ibídem²⁶ les permite a los jueces comisionar durante la fase de juzgamiento a servidores de la Fiscalía, siempre que estos últimos de ninguna manera hayan participado durante la instrucción o la formulación de la acusación.

Así mismo, el inciso 5º siguiente²⁷ consagra que los fiscales podrán comisionar para la práctica de una prueba o diligencia a cualquier funcionario judicial, a menos de que se trate de uno adscrito a un cuerpo colegiado.

Una interpretación armónica de tales preceptos, que se compadezca con la naturaleza sui géneris del proceso de Justicia y Paz, permite colegir que los Magistrados de Control de Garantías, en el curso de las audiencias preliminares, sí pueden comisionar a delegados de la Fiscalía General de la Nación, en la medida en que los primeros no ejercen funciones propias de juzgamiento, mientras que los segundos decretan medidas cautelares como el embargo y secuestro de bienes previsto en el artículo 60 de la Ley 600 de 2000.

En otras palabras, como el Magistrado de Control no es un juez de conocimiento y, por el contrario, tiene la potestad de decretar medidas similares a las que durante la

etapa de instrucción profieren los fiscales dentro del proceso penal ordinario de la Ley 600 de 2000, la Sala no encuentra contrario a derecho que comisione a estos últimos para efectos de garantizar el cumplimiento de lo ordenado en las audiencias preliminares de la Ley de 975 de 2005.

2.1.3. Por último, en lo que a la supuesta violación de la imparcialidad concierne, la Corte reitera el criterio de que toda transgresión de este principio tiene que manifestarse en datos objetivos de los cuales pueda inferirse de forma razonable una concreta perturbación del equilibrio que debe garantizárseles a las partes o, en general, del respeto a las garantías de quienes intervienen en el proceso.

Así lo ha señalado, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en un caso que no llegó a la respectiva Corte porque fue declarado inadmisibile):

“[...] lo decisivo no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a la imparcialidad que debe tener el tribunal que se ocupa del juicio, sino el hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente”²⁸.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado lo siguiente:

“Resulta que para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto concreto, de una razón legítima para temer de un juez la falta de imparcialidad, hay que tener en cuenta la opinión del acusado, pero ésta no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprensiones del interesado como objetivamente justificadas”²⁹.

En la doctrina, por su parte, se ha dicho que para justificar la afectación del principio del juez imparcial “alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello, según

una valoración razonable”³⁰. Sin embargo, “[d]erivar este temor de la pura visión subjetiva de quien recusa resultaría violatorio del principio del juez establecido por la ley”³¹.

Por último, la Sala ha señalado en sede de casación que cuando se alega la vulneración del principio de imparcialidad,

“[...] el demandante tiene la obligación de convencer a la Corte de que en el caso analizado el funcionario de conocimiento evidenció, mediante manifestaciones de índole objetiva, algún interés personal o privado en el resultado del proceso, o buscó un fin público o institucional distinto al respeto de las garantías fundamentales, en otras palabras, [...] que no sólo hubo una intervención excesiva, extraordinaria o poco frecuente por parte del juez, sino que además dicho proceder se tradujo, en la práctica, en una efectiva perturbación del equilibrio que debe garantizárseles a las partes”³².

En el presente asunto, la Corte no advierte motivo razonable alguno para suponer que la actuación desempeñada por la Fiscal Novena de la Unidad Nacional de Justicia y Paz estuvo siquiera imbuida de una apariencia de parcialidad o de cualquier otro proceder que desconociera las garantías de todos los implicados en la devolución provisional de los inmuebles San Carlos y La Paz.

Como ya se explicó, la Fiscal obró al amparo de la comisión dispuesta por la Magistrada de Control en audiencia preliminar, razón por la cual estuvo investida de las mismas facultades que hubiera tenido la comitente para efectos de la realización de la diligencia, que no eran otras sino las contempladas en los artículos 337 y 338 del Código de Procedimiento Civil.

Según estas disposiciones, que regulan lo relativo a la entrega de bienes inmuebles, la comisionada del organismo investigador carecía de capacidades decisorias distintas

a la admisión o al rechazo de las oposiciones presentadas por quienes adujeran ser terceros de buena fe, de suerte que si las hubiera admitido, debería remitir al despacho de quien dictó la restitución para que este último corriera el traslado a pruebas, dispusiera su práctica y dictara la decisión que las resolviese, tal como está previsto en el numeral 1 del párrafo 3º del artículo 338 del referido estatuto.

Un tal proceder no desnaturalizaría las funciones ejercidas por los servidores públicos adscritos a la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, pues si bien están obligados a investigar los delitos cometidos por miembros de organizaciones armadas ilegales, imputar cargos, velar por la protección de las víctimas y garantizarles una tutela judicial efectiva, entre otras responsabilidades, también ostentan el deber de amparar los derechos fundamentales de todos y cada uno de quienes intervienen en el proceso, tal como se extrae de lo establecido en las distintas normas que integran la Ley 975 de 2005, en armonía con lo señalado en los estatutos procesales vigentes.

En otras palabras, la necesidad de respetar los derechos de terceros de buena fe en la Ley de Justicia y Paz no imposibilita, condiciona, reduce o altera la salvaguardia de los deberes institucionales en cabeza de los servidores públicos encargados de tramitarla, ni viceversa. De ahí que quienes podrían ver sus derechos afectados o comprometidos con las decisiones adoptadas en la Ley 975 de 2005 no podrían fundar en razones objetivas una afectación del principio del juez imparcial por el solo hecho de que el funcionario haya actuado en defensa de intereses no afines o contrarios a los suyos.

De seguir hasta sus últimas consecuencias el argumento esgrimido por el recurrente (según el cual participar en la decisión atinente a la medida cautelar creaba un temor razonable de parcialidad para las personas ajenas a la actuación),

llegaríamos al absurdo de concluir que la Magistrada que dictó la medida carecería de imparcialidad para pronunciarse acerca de las oposiciones que en la diligencia de entrega presentasen los terceros, pues se trataría de la principal interesada en finiquitar el cumplimiento de lo por ella ordenado.

En este orden de ideas, no viene al caso precisar en qué medida participó la Fiscal Novena de Justicia y Paz en la solicitud de entrega provisional de los inmuebles, o si ésta le era atribuible en su totalidad al Fiscal Treinta y Tres de la misma Unidad, tal como lo alegaron los no recurrentes, toda vez que dicha circunstancia termina siendo en últimas intrascendente desde la perspectiva del respeto al principio del juez imparcial³³.

Lo importante, en todo caso, es que la Sala no encuentra dato concreto alguno en el trámite de restitución adelantado por la Fiscal comisionada que sea indicativo del desconocimiento a los derechos de quienes alegaron ser terceros de buena fe, tal como se analizará en los apartados que vienen a continuación.

2.2. De la identificación de los inmuebles

De acuerdo con el recurrente, no era posible atender las oposiciones por él formuladas, ya que la Fiscal Novena de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz ni siquiera había identificado los bienes objeto de controversia.

En sustento de su postura, el apoderado trajo a colación el numeral 4 del párrafo 1º del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe lo siguiente:

“4-. Cuando la diligencia se efectúe en varios días, sólo se atenderán las oposiciones que se formulen el día que el juez identifique el sector del inmueble o los bienes muebles a que se refieren las oposiciones. Al mismo tiempo se hará la identificación de

las personas que ocupen el inmueble o el correspondiente sector, si fuere el caso”.

El profesional del derecho, sin embargo, no tuvo en cuenta lo señalado en el parágrafo 4º del artículo 337 ibídem, que señala:

“Parágrafo 4º-. Identificación del inmueble. Para efectos de la entrega de un inmueble, no es indispensable recorrer ni identificar los linderos cuando al juez o comisionado no le quede duda acerca de que se trata del mismo bien”.

De las anteriores disposiciones, la Sala advierte que una rigurosa identificación del inmueble procede cuando al funcionario le asistan dudas relacionadas con la delimitación o individualización del bien objeto de entrega o cuando un tercero pretende constituir oposición respecto de un sector del predio o de determinado bien mueble sobre el cual pretenda hacer valer sus derechos.

El apoderado, en lugar de presentar los motivos por los cuales era absolutamente necesario identificar de manera correcta los predios San Carlos y La Paz en las respectivas diligencias, partió del infundado supuesto de que se trataba de un requisito sustancial para todo trámite de restitución.

Como si lo anterior fuese poco, los registros de la actuación indican que los inmuebles fueron identificados sin lugar a equívocos, conforme lo adujo el a quo en la providencia materia de impugnación.

En efecto, en el acta de la diligencia de 1º de septiembre de 2010, atinente a la finca San Carlos, la Fiscal Novena de Justicia y Paz dejó constancia de lo siguiente:

“Acto seguido, se le solicitó al señor perito tipógrafo que procediera a realizar las

labores de reconocimiento del lugar y su identificación, y a los señores investigadores que realizaran el reconocimiento y exploración del sitio para constatar sus construcciones, estado en que se encuentra y labores a que se encuentra destinada, haciendo los correspondientes fílmicos y fotográficos. [...] En compañía del guía Pedro Antonio Pradilla, representante legal de Cooagrosac, se recorrió el predio, procediendo el guía a señalar los linderos y viviendas, constatando con ello que efectivamente sí existen, tal y como quedó rendido en el informe de policía judicial. De tal manera, queda debidamente identificado el inmueble denominado San Carlos, sin que quede duda alguna sobre su identificación y ubicación”³⁴.

Y, en la diligencia de 2 de septiembre siguiente, se constató en similares términos la identificación del predio La Paz³⁵.

Dado que el recurrente, tanto en la solicitud de nulidad como en la apelación, no fundamentó más allá de las simples aseveraciones por qué los procedimientos adelantados para identificar los inmuebles no fueron ajustados a derecho, o no cumplieron con el fin perseguido, y como la Sala además no encuentra una afectación relevante al debido proceso, ni que de alguna manera se haya podido entregar bienes diferentes a los decretados en la medida cautelar, no hay consecuencia distinta a la de concluir que la argumentación en este sentido está condenada al fracaso.

2.3. Del respeto de los derechos fundamentales de los menores y de las personas pertenecientes a la tercera edad

Según el apelante, los derechos de los ocupantes de los predios San Carlos y La Paz, personas en estado de debilidad manifiesta, fueron desconocidos en las respectivas diligencias.

Tal afirmación no sólo riñe con lo analizado por la funcionaria a quo en la

decisión impugnada, sino además con el contenido de las actas de restitución de los inmuebles, de las cuales se desprende que la comisionada siempre fue respetuosa de los derechos de quienes los habitaban, en especial de aquellas garantías de las que hubieran podido ser titulares niños y ancianos.

En cuanto a lo primero, no corresponde a la realidad de los hechos el que Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán haya sido coaccionada por una empleada del ICBF, bajo la amenaza de disponer la custodia de sus hijos menores de edad, o de dejarlos a cuenta del instituto, pues al contrario de lo sostenido por el profesional del derecho lo que hubo fue un verdadero diálogo con esta persona, en el que las autoridades le propusieron alternativas para la protección de su familia, aspectos de los que obra constancia en el acta de la diligencia de 2 de septiembre de 2010, realizada en horas de la tarde³⁶.

Ahora bien, es cierto que en un momento de la actuación la servidora pública del ICBF manifestó de forma errónea e inapropiada adoptar la decisión de llevarse a los menores (“tomo la determinación de llevarme a los dos niños [A. M. y J. F.37] a un hogar sustituto para garantizarles sus derechos”³⁸), pero también lo es que de lo ocurrido en dicha diligencia, analizado en su contexto general y no particular, no es posible predicar una actuación autoritaria o en contravía del ordenamiento jurídico, ni de consecuencias perjudiciales para las garantías de los implicados.

En palabras de la Defensora Regional del Pueblo (quien estuvo presente durante la devolución provisional de las fincas), lo que sucedió fue lo siguiente:

“[...] a la señora Carmenza Jiménez se le requirió por no encontrarse educando a sus hijos menores de edad, quien justificó la situación por la mala calidad de la educación en el departamento de Magdalena. Por parte de la funcionaria del ICBF se ofreció

temporalmente, y sin afectar sus derechos como madre, llevar a los dos menores a un hogar instituto [sic] garantizándole asimismo la integralidad [sic] de sus derechos, pero la respuesta enfática de la madre fue un no rotundo, ya que no desea bajo ninguna circunstancia separarse de sus menores”³⁹.

Adicionalmente, ante la pregunta que la agente del Ministerio Público le hizo a esta persona (“acerca de si tiene un lugar a donde dirigirse con sus hijos y la forma de proveer su subsistencia, o si recibe la tutela del Estado”⁴⁰), ella respondió:

“Ustedes me dijeron antes que para dónde iba y qué hacía con mis hijos, yo trabajo en la cosecha y como cocinera, en oficios varios y puedo responder por mis hijos, rechazo voluntariamente el ofrecimiento que se me hace”⁴¹.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra que los derechos de los menores fueran conculcados en este caso. Por el contrario, las autoridades siempre estuvieron dispuestas a privilegiar que ninguno de los hijos de Carmenza Ingrid Jiménez Beltrán quedara en estado de abandono o desprotección, o con el peligro intolerable de estarlo.

Respecto de lo segundo, es de destacar que de las personas que durante las diligencias alegaron pertenecer a la tercera edad (José Ignacio Chávez Castañeda, de 54 años; Édgar Ricardo Bohórquez Betancourt, 56 años; y Saúl Castañeda Castañeda, 65⁴²), a ninguna de ellas podría considerársele sujeto que amerite una especial protección constitucional, de acuerdo con lo señalado por el más reciente criterio de la jurisprudencia en sede de acción de tutela, que estableció como parámetro tener “una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia”⁴³, la cual para el periodo 2010-2015 asciende a 72,1 años para hombres y 78,5 para mujeres, según el Departamento Nacional de Estadística⁴⁴.

No obstante, como dicha postura de ninguna manera es absoluta, es menester indicar que al ciudadano Saúl Castañeda Castañeda (quien de acuerdo con pautas menos rigurosas sí podría calificarse como una persona perteneciente a la tercera edad) se le ofreció en la diligencia de 2 de septiembre de 2010, en presencia de miembros de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, el ICBF y la Comisión Nacional de Reparación, asilo en una institución del Estado para la protección integral de sus derechos, a lo que respondió:

“[...] como yo todavía soy una persona activa a pesar de mis años, yo no acepto la oferta que me hacen del asilo. Pienso continuar trabajando en estas fincas porque aún me siento con fuerzas. Por ejemplo, en Santa Cruz, que es la otra finca en donde nos dan trabajo, y ahí viviremos”⁴⁵.

En consecuencia, como ninguno de los argumentos esgrimidos por el recurrente tiene posibilidad de éxito, la Sala confirmará la providencia proferida por la Magistrada de Control de Garantías de no decretar la nulidad.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión de primera instancia en lo que fue materia de impugnación.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Excusa justificada

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Cita medica

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 1-5 del cuaderno de audiencia preliminar. No obstante, en la referida audiencia, intervino el Fiscal Treinta y Tres de Justicia y Paz, designado para actuar en dicha diligencia, debido a que la Fiscal Novena estaba en vacaciones.

2 Inciso 2º del artículo 26 de la Ley de Justicia y Paz.

3 Inciso 3º ibídem.

4 El texto original del artículo 178 de la Ley 906 de 2004 señalaba lo siguiente:

“Trámite del recurso de apelación contra autos. Se interpondrá oralmente en la respectiva audiencia y se concederá de inmediato en el efecto previsto en el artículo anterior [suspensivo, en el evento de que la decisión impugnada haya resuelto una nulidad] /

Recibida la actuación objeto de recurso, el juez o magistrado que deba resolverlo citará a las partes e intervinientes a audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los cinco días siguientes”.

5 Cf. folios 108-109 del cuaderno de la audiencia de solicitud de nulidad (nótese además que en los registros de la actuación no aparece una información distinta a la consignada en el acta correspondiente).

6 Artículo 3 [Ley 153 de 1887]-. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

7 Acerca de esta última modalidad de derogatoria tácita, cf. Corte Constitucional, sentencias C-634 de 1996, C-558 de 1996, C-329 de 2001, C-653 de 2003, y C-823 de 2006, entre otras.

8 Artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

9 Artículo 90 [Ley 1395 de 2005]-. El artículo 178 de la Ley 906 de 2004 quedará así: / [...] / Recibida la actuación objeto del recurso el juez lo resolverá en el término de cinco (5) días y citará a las partes e intervinientes a audiencia de lectura de auto dentro de los cinco (5) días siguientes. / Si se trata de juez colegiado, el magistrado ponente dispondrá de cinco (5) días para presentar el proyecto y de tres (3) días la Sala para su estudio y decisión. La audiencia de lectura de providencia será realizada en cinco (5) días.

10 Artículo 12 de la Ley de Justicia y Paz.

11 Artículo 15 ibídem.

12 Artículo 14 ibídem.

13 Artículo 13, inciso 1º, ibídem.

14 “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en estados de emergencia, Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, serie A, número 9, § 24.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, número 71, § 91.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, número 74, §§ 137-142.

18 Comité de Derechos Humanos, caso Fuenzalida vs. Ecuador, comunicación 480 de 1991, dictamen de 15 de agosto de 1996, § 9.6.

19 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Aksoy vs. Turquía, sentencia de 18 de diciembre de 1996, § 95 (traducción no oficial).

20 Cf. auto de 3 de octubre de 2008, radicación 30442. Así mismo, auto de 24 de marzo de 2010, radicación 33257, entre otros.

21 Ibídem.

22 Auto de 26 de enero de 2011, radicación 32022.

23 Por su parte, el artículo 2 del Decreto 4760 de 30 de diciembre de 2005, reglamentario de la Ley de Justicia y Paz, consagra que en lo no previsto de manera específica por dicho estatuto “se aplicarán las normas de procedimiento penal contenidas en la Ley 906 de 2004 y, en lo compatible con la estructura del proceso regulado por aquélla, lo dispuesto en la Ley 600 de 2000, así como la Ley 793 de 2002 [o Ley de Extinción de Dominio] y las normas civiles en lo que corresponda”.

24 Auto de 26 de octubre de 2010, radicación 28492.

25 “Los tribunales de distrito judicial y otros funcionarios judiciales podrán comisionar fuera de su sede a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría”.

26 “En la etapa de juzgamiento no podrá comisionarse a ningún funcionario de la Fiscalía General de la Nación que haya participado en la etapa de instrucción o en la formulación de la acusación”.

27 “Los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación no podrán comisionar a las corporaciones judiciales, pero podrán hacerlo para la práctica de cualquier prueba o diligencia a otros funcionarios judiciales o con funciones de policía judicial, conforme a lo dispuesto en el presente código”.

28 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Gustavo Gómez López vs. Venezuela, informe número 82 de 28 de septiembre de 1998, § 22.

29 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Perote Pellón vs. España, sentencia de 25 de julio de 2002, § 31.

30 Roxin, Claus, Derecho procesal penal, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 43.

31 Ibídem.

32 Auto de 30 de junio de 2006, radicación 33658.

33 Al respecto, lo único que habría de aclarar es que a pesar de que el Fiscal Treinta y Tres fue quien sustentó la petición formal de la medida cautelar, la Fiscal Novena fue la que presentó el escrito pidiendo la celebración de dicha audiencia, tal como obra a folios 1-5 del cuaderno de solicitud de la medida cautelar (cf., así mismo, el texto y contenido del pie de página número 1).

34 Folio 26 del cuaderno de restitución provisional.

35 Folio 12 ibídem.

36 Folios 23-35 ibídem.

37 La Sala se abstiene de revelar los nombres completos de estas personas, de conformidad con lo que se desprende del numeral 8 del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

38 Folio 19 del cuaderno de restitución provisional.

39 Folios 18-19 ibídem.

40 Folios 29-30 ibídem.

41 Folio 30 ibídem.

42 Folio 71 ibídem.

43 Corte Constitucional, sentencia T-138 de 2010.

44 Ibídem, citando al documento 'Proyecciones de población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística', septiembre de 2007, p. 37.

45 Folio 30 del cuaderno de restitución provisional.