

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado: Acta No. 103-

Bogotá, D. C., ocho (8) de abril de dos mil trece (2013)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el impedimento manifestado por la doctora Esperanza Najar Moreno en su condición de Magistrada de la Sala Penal del Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá, quien al amparo de la causal 4 del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, se declaró impedida para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 26 de enero de 2012, a través de la cual el Juzgado 15 Penal del Circuito de Bogotá resolvió, entre otros, absolver a Doris Cecilia Barrios Mendoza.

HECHOS Y ANTECEDENTES

1. La Fiscalía General de la Nación adelantó investigación penal en contra de Estella Barrios Mendoza por cuanto, al parecer, pretendió en forma fraudulenta el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

De igual modo, por haber instaurado demandas laborales contra FONCOLPUERTOS por conceptos ya cancelados y prestaciones no consagradas en la ley ni en la convención colectiva de trabajo, así como la cancelación de mandamientos ejecutivos no ejecutoriados.

En dichos trámites, se investigó la intervención de los profesionales del derecho Fidel Ernesto Oroño Retamozo y Doris Cecilia Barrios Mendoza.

2. El 26 de enero de 2012¹ el Juzgado 15 Penal del Circuito de Bogotá resolvió, entre otros, decretar la prescripción de la acción penal respecto de Oroño Retamozo y absolver a las procesadas por el delito de peculado por apropiación.

3. El fallo fue recurrido por la Fiscalía 2ª de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública y el representante del Ministerio Público, y remitido a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial Bogotá, cuyo reparto le correspondió a la magistrada Esperanza Najjar Moreno.

4. El 7 de marzo de 2013², dicha funcionaria judicial invocó la causal de impedimento consagrada en el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, para conocer de la apelación interpuesta contra la providencia proferida por el A quo. Sus argumentos fueron los siguientes:

El 13 de agosto de 2012³ la Sala de Decisión conformada por ella (en calidad de ponente) y los magistrados Javier Armando Fletcher Plazas y Max Alejandro Flórez Rodríguez, confirmó la sentencia emitida el 20 de febrero por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Descongestión dentro del proceso adelantado en contra de María Gladys Varela Flórez y Doris Cecilia Barrios Mendoza por los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación.

Destacó que al interior de esa determinación se efectuaron valoraciones de fondo, sustanciales y trascendentes que se vinculan estrechamente con uno de los cargos imputados a Estella Barrios Mendoza dentro del presente trámite, lo cual afectaría la imparcialidad para resolver en forma definitiva la situación jurídica de la procesada.

5. El 15 de febrero de 2013⁴, la Sala del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los

magistrados Carlos Héctor Tamayo Medina, José Joaquín Urbano Martínez y Álvaro Valdivieso Reyes, manifestó su desacuerdo con las razones expuestas por la doctora Esperanza Najar Moreno.

Consideraron que la referida funcionaria judicial se pronunció en ejercicio de sus funciones y no de forma extraprocesal, por lo que resulta claro que no es procedente la hipótesis normativa invocada para declararse impedida.

Reseñaron que la manifestación es poco consecuente con la asignación exclusiva del conocimiento de los asuntos relacionados con FONCOLPUERTOS a ciertos jueces y a una Magistrada sustanciadora de esta Sala, ya que al estar relacionados unos episodios con otros, lo normal es que al dictarse una sentencia se emitan valoraciones extensivas a otros casos no comprendidos dentro del respectivo proceso.

Por tal razón, ordenaron la remisión de lo actuado a la Corte Suprema de Justicia para que decida el incidente.

CONSIDERACIONES

1. Es competente esta Sala para pronunciarse sobre la solicitud de impedimento manifestada por la magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Esperanza Najar Moreno, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 600 de 2000.
2. Las instituciones del impedimento y las recusaciones fueron establecidas constitucional y legalmente con el fin de salvaguardar el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial.

El derecho al juez imparcial estipulado en el artículo 209 de la [Constitución Política](#), se ha concebido como componente esencial del debido proceso, toda vez que ante la presencia

de partes parciales se exige un tercero imparcial, principio de alcance general que tiene aplicación en todos los sistemas procesales⁵.

Con el propósito de cumplir el referido postulado, se han instituido los mecanismos del impedimento y la recusación, en virtud de los cuales el funcionario judicial se debe separar del conocimiento de aquellos casos en donde por estar comprometido sus propios intereses o haber conocido el fondo del asunto, se desdibuja el fin de la recta administración de justicia.

En esa medida, la finalidad de los impedimentos y las recusaciones es garantizar, tanto a los asociados en general, como a los sujetos que están legitimados para actuar en un determinado asunto, que la autoridad judicial llamada a resolver el conflicto jurídico sea ajeno a cualquier interés distinto al de administrar recta justicia, de manera que su imparcialidad y ponderación no estén alterados por circunstancias externas al proceso.

Es de anotar que en esta materia rige el principio de taxatividad, según el cual sólo constituye motivo de excusa o de recusación, aquel que de manera expresa esté señalado en la ley, por tanto, a los jueces les está vedado separarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales, mientras que a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio a su juzgador, de modo que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial, no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía en punto de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez.

3. La Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá invocó la causal de impedimento prevista en el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, en los siguientes términos:

“Que el funcionario judicial haya... manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”.

Respecto a esa causal, la Sala ha manifestado que no toda opinión emitida por el juez sobre el objeto del proceso da lugar a la declaratoria de impedimento, sino solo aquella que producida extraprocesalmente pueda conducir a la separación del asunto.

Asimismo, la opinión con poder suficiente para ser apartado del conocimiento del proceso, debe ser de fondo, sustancial, es decir, que vincule al funcionario judicial con el asunto sometido a su consideración, al punto que le impida actuar con la imparcialidad y ponderación que de él espera el conglomerado social y, particularmente, los sujetos procesales que intervienen en la actuación.

Por ende, no se trata de cualquier pronunciamiento u opinión abstracta y general, por cuanto la que resulta impediente debe tener estrecha relación con el asunto que ha de resolver el funcionario, como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, que ha dicho:

“...es perfectamente posible entenderla dirigida a precaver la neutralidad de los servidores judiciales cuando quiera que dicho concepto se ha emitido bien por fuera del ejercicio de sus deberes funcionales, o con atinencia al desempeño de los mismos, siempre y cuando, desde luego, tal anticipación conceptual de los juicios «comprometan» el criterio del juez de modo tal que eventualmente se pudiera ver alterada su imparcialidad”⁶.

De igual modo, ha señalado:

“no toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impediente, pues la que adquiere relevancia jurídica en esta materia es la emitida por fuera del proceso y de

tal entidad o naturaleza que vincule al funcionario sobre el aspecto que ha de ser objeto de decisión. No es aquella opinión expresada por el juez en ejercicio de sus funciones, exceptuado el evento de 'haber dictado la providencia cuya revisión se trata', porque ello entrañaría el absurdo de que la facultad que la ley otorga al juez para cumplir su actividad judicial a la vez lo inhabilita para intervenir en otros asuntos de su competencia, procedimiento que ni la ley autoriza ni la lógica justifica"7. (Subrayas fuera de texto).

4. En el presente asunto, no le asiste razón a la magistrada que se declaró impedida, ya que como con acierto lo señalaron los otros integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, cuando la doctora Najar Moreno emitió, en ejercicio de sus funciones judiciales, la providencia del 13 de agosto de 2012, optó por determinada postura jurídica, lo cual no le genera de plano la imposibilidad de examinar un asunto de igual o similar tenor en el que se deba reiterar su posición.

Frente a las conductas delictivas ocasionadas en contra de FONCOLPUERTOS, donde existen múltiples pronunciamientos por parte de los jueces de la República, la Sala ha manifestado que:

"Igual sucede con los casos de FONCOLPUERTOS, donde respecto de un mismo hecho, se han planteado criterios jurídicos precisos y evaluado pruebas que incluso remiten a terceras personas no involucradas en la misma -por ejemplo, cuando en segunda instancia se confirma la condena del funcionario judicial que ordenó el pago de las acreencias laborales y se anota que se trata de un concierto criminal con abogados y funcionarios investigados en otras instancias, que luego se asumen en casación-sin que en los nuevos asuntos se hubiese manifestado algún tipo de impedimento.

(...)

En suma, de aceptarse la propuesta de impedimento que ahora formula el H.

Magistrado (...), habría que significar que en todos los casos arriba reseñados, la Corte actuó sin imparcialidad, o cuando menos, que los magistrados de la Sala debieron declararse impedidos”⁸.

Además, en la decisión de segunda instancia proferida con ponencia de la doctora Najar Moreno no se realizó juicio alguno sobre la posible responsabilidad penal de la aquí procesada Estella Barrios Mendoza, ya que la impugnación se limitó a determinar la existencia de las conductas punibles endilgadas a la abogada María Gladys Varela Flórez.

Aunado a lo anterior, dentro de la referida providencia no se realizó ningún juicio de reproche en contra de la señora Barrios Mendoza por el delito de peculado por apropiación en el grado de tentativa, pues se limitó a señalar, en forma general, que ésta había presentado varias reclamaciones tendientes a que se le reconocieran valores indebidos de su pensión de jubilación, las cuales fueron revocadas en sede de consulta en su gran mayoría, sin hacer precisión alguna respecto del presunto actuar delictivo de la procesada.

Asimismo, el escrito a través del cual la doctora Ojeda Ojeda manifiesta la imposibilidad de conocer las presentes diligencias carece de argumentación, toda vez que no le demuestra a la Corte la real existencia de un consejo u opinión de fondo donde se encuentre comprometido su criterio y, por esa vía, afecten su imparcialidad para integrar la Sala de Decisión Penal que ha de conocer, en segunda instancia, la sentencia impugnada.

En efecto, el criterio expuesto por la funcionaria judicial es completamente ajeno a los hechos que ahora se juzgan en el asunto en el cual dice estar impedida y el mismo se emitió dentro de un proceso penal que en razón a su deber funcional fue sometido a su conocimiento.

Así las cosas, no se aceptará el impedimento manifestado por la magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, doctora Esperanza Najar Moreno.

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

RESUELVE

Primero. DECLARAR infundado el impedimento manifestado por la doctora Esperanza Najar Moreno, magistrada del Tribunal Superior de Bogotá, para conocer del recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2012, por el Juzgado 15 Penal del Circuito de Bogotá, por cuyo medio resolvió, entre otros, absolver a Estella Barrios Mendoza por los delitos de peculado.

Segundo. DEVOLVER las diligencias al Tribunal de origen, en orden a que resuelva la impugnación mencionada.

Tercero. Contra la presente determinación no procede ningún recurso.

Cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ GUSTAVO ENRIQUE MALO
FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. folios 31 a 57 – cuaderno original No. 8.

2 Cfr. folios 18 a 23 – cuaderno del Tribunal.

3 Cfr. folios 4 a 37 – cuaderno de la Corte.

4 Cfr. folios 40 a 48 – cuaderno del Tribunal.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones del 23 de marzo y 8 de noviembre de 2000, 7 de mayo de 2002, 18 de febrero de 2004, 16 de marzo de 2005, 30 de noviembre de 2006, radicaciones números 14536, 14078, 19300, 21921, 23374 y 26453, respectivamente, entre otras.

6 Auto del 27 de agosto de 2005, radicación No. 23690.

7 Autos de 19 de diciembre de 2000, 25 de junio de 2002, Rad. 19.587, y 3 de septiembre de 2002, Rad. 19.756, entre otros.

8 Auto del 21 de marzo de 2012, radicado 38331.