

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

AP094-2018

Radicación No. 51743

(Aprobado Acta No. 06)

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de enero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve el impedimento manifestado por el magistrado Fernando León Bolaños Palacios para conocer de los recursos de casación promovidos por los acusados y/o sus defensores contra la sentencia de segunda instancia dictada el 8 de agosto de 2017, por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

ANTECEDENTES

I. En sentencia de primera instancia fechada 19 de septiembre de 2014, el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá resolvió:

PRIMERO: No decretar la nulidad del proceso, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Declarar la prescripción de los delitos de violación ilícita de comunicaciones (Art. 192 INC. 1 y 2 del C.P.); utilización ilícita de equipos transmisores y receptores (Art. 197

C.P.); abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, respecto a los delitos cometidos en el país, en favor de Rodolfo Medina Alemán y Eduardo Aya Castro, por las razones expuestas.

TERCERO: Condenar a Giancarlo Auque de Silvestri como auto del delito de concierto agravado (Art. 340 Inc. 1 y 3 y 342 del C.P.); en concurso heterogéneo como autor impropio de los delitos de violación ilícita de comunicaciones en concurso homogéneo y sucesivo (Art. 192 INC. 1 y 2 del C.P.), utilización ilícita de equipos transmisores y receptores (Art. 197 C.P.); abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto en concurso homogéneo y sucesivo (Art. 416 C.P.), a la pena principal de ciento dieciocho punto cinco (118.5) meses de prisión, equivalentes a nueve (9) años, diez (10) meses y quince (15) días, y multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida del empleo o cargo público que ostentaba antes de ser detenido, si aún lo conserva, por las razones expuestas.

CUARTO: Condenar a Mario Orlando Ortiz Mena, Ignacio Moreno Tamayo, como autores del delito de concierto para delinquir (Art. 340 Inc. 1 y 3 y 342 del C.P.) en concurso heterogéneo como autores impropios de los delitos de violación ilícita de comunicaciones en concurso homogéneo y sucesivo (Art. 192 INC. 1 y 2 del C.P.); utilización ilícita de equipos transmisores y receptores (Art. 197 C.P.); abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto en concurso homogéneo y sucesivo (Art. 416 C.P.), cada uno a la pena principal de ciento quince punto cinco (115.5) meses de prisión (9 años 7 meses 15 días) y multa de (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida del empleo o cargo público que ostentaba antes de ser detenido, si aún lo conserva, por las razones expuestas.

QUINTO: Condenar a Rodolfo Medina Alemán como autor del delito de concierto para delinquir (Art. 340 Inc. 1 y 3 y 342 del C.P.) a la pena principal de noventa punto cinco meses de prisión (7 años seis meses 14 días), por las razones expuestas.

SEXTO: Condenar a Eduardo Aya Castro como autor del delito de concierto para delinquir (Art. 340 Inc. 1 y 3 y 342 del C.P.) a la pena principal de ochenta y seis punto cinco (86.5)

meses de prisión (7 años, 2 meses 12 días), por las razones expuestas.

SÉPTIMO: Condenar a Giancarlo Auque de Silvestri, Mario Orlando Ortiz Mena, Ignacio Moreno Tamayo, Rodolfo Medina Alemán y Eduardo Aya Castro a la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal de prisión impuesta y pérdida del empleo o cargo e inhabilitación por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial, posterior al cumplimiento de la pena, por las razones expuestas.

OCTAVO: Absolver a Rodolfo Medina Alemán y Eduardo Aya Castro del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto en concurso homogéneo y sucesivo (Art. 416 C.P.), por hechos cometidos en el exterior, por las razones expuestas.

NOVENO: No conceder a Giancarlo Auque de Silvestri, Mario Orlando Ortiz Mena, Ignacio Moreno Tamayo, Rodolfo Medina Alemán y Eduardo Aya Castro, el reconocimiento de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, debiendo cumplir la pena impuesta en establecimiento carcelario que para tal efecto determine el INPEC, de conformidad a lo expuesto en esta providencia.

DÉCIMO: Condenar a Giancarlo Auque de Silvestri, Mario Orlando Ortiz Mena, Ignacio Moreno Tamayo, Rodolfo Medina Alemán y Eduardo Aya Castro a la indemnización de daños y perjuicios a las víctimas José del Carmen Cuesta Novoa, partido Polo Democrático Alternativo PDA, Campaña Colombiana Contra Minas – Álvaro Jiménez Millán, Corporación de Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, Alberto León Gómez Zuluaga, Luz Marina Hache Contreras, Hollman Felipe Morris, Juan Pablo Morris, Patricia Helena Cazas Herrera en nombre propio y en representación de Felipe Morris Casas y Daniela Morris, Comisión Colombiana de Juristas y Gustavo Gallón, Centro de Investigación y Educación Popular CINEP, a la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de ellas, de acuerdo a las razones expuestas.

II. El 8 de agosto de 2017, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá integrada por los magistrados Jairo José Agudelo Parra y Juan Carlos Arias López resolvió los recursos de apelación interpuestos por la bancada de la defensa contra la sentencia de primer grado y decidió:

PRIMERO.- No decretar las nulidades deprecadas por los defensores de Rodolfo Medina Alemán, Mario Orlando Ortiz Mena y Giancarlo Auque de Silvestri, de acuerdo con lo consignado en precedencia.

SEGUNDO.- No decretar la prescripción de la acción penal respecto del delito de utilización ilícita de equipos transmisores y receptores.

TERCERO.- Invalidar el trámite surtido por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto por ausencia de querella y cesar procedimiento por el mismo comportamiento con relación a Giancarlo Auque de Silvestri, Mario Orlando Ortiz Mena e Ignacio Moreno Tamayo.

Excluir, en consecuencia, la pena impuesta de multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida del empleo.

CUARTO.- Declarar la nulidad del trámite adelantado por el delito de violación ilícita de comunicaciones por caducidad de la querella, y cesar procedimiento por dicha conducta respecto de Giancarlo Auque de Silvestri, Mario Orlando Ortiz Mena e Ignacio Moreno Tamayo.

QUINTO.- Redosificar, por tanto, la pena impuesta, para tasarla en 82.5 meses de prisión para Auque de Silvestri y en 79.5 meses de prisión para Ortiz Mena y Moreno Tamayo, tiempo igual a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

SEXTO.- Modificar el numeral décimo de la sentencia condenatoria proferida el 19 de septiembre de 2014 por el Juez 6º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad en el sentido que la condena a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas no comprende al partido Polo Democrático Alternativo PDA, Campaña Colombiana Contra Minas, Corporación Colectiva de Abogados, Comisión Colombiana de Juristas Centro de Investigación y Educación Popular CINEP, Hollman Felipe Morris Rincón y José del Carmen Cuesta Novoa, Por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- Confirmar en lo demás la sentencia impugnada.

III. Los acusados y/o sus defensores interpusieron casación contra la sentencia de segunda instancia, la actuación se sometió a reparto y correspondió al despacho del magistrado Fernando León Bolaños Palacios, el cual el pasado 11 de diciembre manifestó impedimento para conocer del recurso extraordinario, por estimar que se presenta la causal prevista en el numeral 6º del artículo 99 de la Ley 600 de 2001, dado que cuando ejerció el cargo de magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá suscribió las siguientes decisiones:

1. Auto del 30 de julio de 2012, mediante el cual se aceptó el impedimento declarado por un Magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal.

2. Auto del 30 de julio de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación que interpusieron los defensores de Mario Orlando Ortiz Mena y Giancarlo Auque de Silvestri, en contra de la providencia que denegó unas peticiones de nulidad

del proceso.

3. Auto del 10 de septiembre de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación que interpusieron los defensores de Mario Orlando Ortiz Mena y Giancarlo Auque de Silvestri, en contra de la providencia que denegó la petición de cesación de procedimiento. Y,

4. Auto del 10 de octubre de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación que interpuso el defensor de Ignacio Moreno Tamayo, en contra de la providencia que denegó la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 103 de la Ley 600 de 2000 dispone que la Sala de Casación Penal resuelve los impedimentos de los magistrados que la conforman. Respecto de la causal invocada por el magistrado Fernando León Bolaños Palacios, esta Sala en el auto CSJ AP 2982, del 10 de mayo de 2017, rad. 50190, señaló:

La Corte ha sostenido que el criterio previo que estructura el motivo de impedimento del funcionario judicial es aquel concepto sustancial, no simplemente formal, que resulta vinculante frente al nuevo asunto sometido a su consideración, en tanto solamente así constituye un acto de prejuzgamiento (CSJ, SP, 17 oct de 2012, rad. 40016).

Cuando, como en este caso, la manifestación de impedimento se funda en haber emitido el juez una decisión previa en la misma actuación, esto es, «haber participado en el proceso»,

la discusión se contrae al supuesto de que trata el numeral 6º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

En tales casos se ha dicho lo siguiente (CSJ, SP, 3 de jun 2007, rad. 27497, reiterada CSJ SP, 5 ago de 2013, rad. 41807):

En tratándose de impedimento, es necesario que en cada caso particular y concreto los funcionarios judiciales –jueces y magistrados– expliquen cuáles son las razones por las cuales su imparcialidad, su ecuanimidad, su independencia o su equilibrio podrían afectarse frente a cada uno de los implicados, por el hecho de haber participado ya en el proceso.

El género de argumentación que se exige, incluye especificar las circunstancias o condiciones en que se produjo la participación del funcionario judicial en el proceso original o en alguno de los procesos derivados por la ruptura de la unidad procesal; y si la actividad del Juez –individual o colegiado– se extendió ya a la valoración de elementos probatorios o de información susceptible de convertirse en prueba, se precisa indicar cómo y de qué manera las apreciaciones anteriores inciden en el ánimo del juzgador al conocer el asunto en ocasiones posteriores, frente a cada uno de los implicados o situaciones concretas por resolver.

De lo anterior se extrae que este particular motivo de impedimento sólo opera cuando se trata de una verdadera participación del funcionario dentro de la actuación, entendida como la intervención con entidad suficiente para comprometer la imparcialidad y criterio del servidor judicial, lo cual impone evaluar en cada caso concreto cuál fue el conocimiento que del diligenciamiento tuvo aquél en el transcurso del trámite a su cargo y, a la vez, examinar si con las labores adelantadas o las decisiones adoptadas comprometió o emitió concepto que no garantice su imparcialidad. (Resaltado ajeno al texto original).

En el caso concreto, la Sala estima insuficiente la argumentación efectuada por el magistrado Fernando León Bolaños Palacios para apartarse del conocimiento de los

recursos de casación interpuestos contra la sentencia de segunda instancia, dado que simplemente se limita a enunciar cuatro decisiones que suscribió en condición de magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y no precisa las situaciones fácticas, jurídicas o probatorias que supuestamente comprometen su criterio y le impedirían ser imparcial en el análisis de los aparentes errores de derecho y de hecho que señalan los recurrentes.

De los cuatro proveídos invocados por el magistrado Fernando León Bolaños Palacios la Sala observa que:

1. En el auto del 30 de julio de 2012, se aceptó el impedimento manifestado por el magistrado Fabio David Bernal Suárez para integrar la sala de decisión penal que tenía que resolver los recursos de apelación interpuestos por los defensores de Mario Orlando Ortiz Mena y Giancarlo Auque de Silvestri contra el proveído fechado 18 de enero de 2012, en el cual el Juzgado 6º Penal del Circuito Especializado de Bogotá negó la nulidad de la actuación.

La decisión fue suscrita por los magistrados Jairo José Agudelo Parra y Fernando León Bolaños Palacios, quienes, por la naturaleza del asunto a resolver, concretaron su motivación a exponer la presencia de la causal de impedimento prevista en el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, lo cual no tiene ninguna relación con los temas debatidos en las demandas de casación.

2. En el auto del 30 de julio de 2012, suscrito por los magistrados Jairo José Agudelo Parra y Fernando León Bolaños Palacios se resolvieron los recursos de apelación interpuestos por los abogados de Mario Orlando Ortiz Mena y Giancarlo

Auque de Silvestri contra la providencia calendada 18 de enero del mismo año, en que el Juzgado 6º Penal del Circuito Especializado de Bogotá negó la nulidad de la etapa de investigación, la cual fue solicitada en el término de traslado previsto en el segundo inciso del artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

En el proveído se estudió la supuesta existencia de vicios de estructura o de garantía durante el sumario y como no se observó la existencia de ninguno de ellos se resolvió confirmar la decisión de primera instancia.

El que el magistrado Fernando León Bolaños Palacios hubiere considerado la ausencia de defectos que afectaran el debido proceso en aspecto sustancial en la fase de instrucción no le impide realizar una valoración imparcial respecto de los cargos propuestos en los recursos de casación, dado que las nulidades que exponen la mayoría de los defensores se refieren a asuntos distintos del que en esa oportunidad analizó la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la abogada de Mario Orlando Ortiz Mena es la única que invoca un cargo que toca uno de los puntos debatidos en la referida providencia de segunda instancia, pues solicita invalidar la actuación por no surtirse con el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004; sin embargo, ese aspecto no estructura la causal de impedimento, en la medida que el análisis que efectuó el doctor Fernando León Bolaños Palacios se fundó en la apreciación de los hechos señalados por la Fiscalía en la resolución de acusación y el que debe realizar para calificar el cargo conlleva el estudio de otra clase de circunstancias, tales como los hechos probados durante la actuación, la ausencia o presencia del supuesto vicio y eventualmente la satisfacción de los principios que gobiernan el remedio extremo de la nulidad.

3. En el auto del 10 de septiembre de 2012, suscrito por los magistrados Jairo José Agudelo Parra y Fernando León Bolaños Palacios, se resolvieron los recursos de

apelación interpuestos por los defensores de Giancarlo Auque de Silvestri y Mario Orlando Ortiz Mena, contra la providencia fechada 18 de abril del mismo año, en que el Juzgado 6º Penal del Circuito Especializado de Bogotá negó la cesación de procedimiento, por estimar que no se había presentado la prescripción de la acción penal ni la caducidad de la querella de los supuestos delitos de violación e interceptación de comunicaciones, utilización indebida de equipos transmisores y receptores, y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

En los fallos de primera y segunda instancia se volvieron a analizar las solicitudes de decreto de prescripción de la acción penal o caducidad de la querella propuestas por la bancada de la defensa y varias se resolvieron favorablemente, lo cual demuestra que el estudio efectuado por el magistrado Fernando León Bolaños Palacios en el auto calendado 10 de septiembre de 2012 no le impide conocer de los recursos de casación interpuestos por los defensores, máxime cuando él no suscribió la sentencia de segundo grado y, además, solo en la casación presentada por el abogado de Giancarlo Auque de Silvestri se formula un cargo en que se discuten dichos fenómenos con fundamento en aspectos fácticos y/o probatorios que en ese momento procesal no conocía la Sala Dual que confirmó la decisión de negar la cesación de procedimiento.

4. En el auto del 10 de octubre de 2012, suscrito por los magistrados Jairo José Agudelo Parra y Fernando León Bolaños Palacios, se resolvió desfavorablemente el recurso de apelación que interpuso el defensor de Ignacio Moreno Tamayo, contra el proveído fechado 1º de junio del mismo año, en que el Juzgado 6º Penal del Circuito Especializado de Bogotá, al estimar que no tenía la calidad de padre cabeza de familia, le negó la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva. El ratificar la improcedencia de la detención domiciliaria por no acreditarse el abandono de los hijos del mencionado acusado no

tiene ninguna relación con el estudio de las demandas de casación.

Corolario de lo anotado, el doctor Fernando León Bolaños Palacios no sustentó la causal de impedimento que invoca. Además, la Sala no encontró una relación sustancial entre los aspectos que analizó como magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y los que se formulan en los recursos de casación.

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

RESUELVE:

ÚNICO.- Declarar infundado el impedimento manifestado por el magistrado Fernando León Bolaños Palacios.

Comuníquese y cúmplase.

Eugenio Fernández Carlier

José Francisco Acuña Vizcaya

José Luis Barceló Camacho

Fernando Alberto Castro Caballero

Luis Antonio Hernández Barbosa

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Que el funcionario judicial haya dictado la providencia cuya revisión se trata o
hubiere participado dentro del proceso o sea cónyuge o compañoero permanente,
pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero
civil, del inferior que dictó la providencia que se va a revizar.