

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

AP1382-2017

Radicado n.º 49.798

Aprobado acta n.º 61

Bogotá, D. C., primero (1º) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

ASUNTO

La Corte decide el impedimento manifestado por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, doctores James Saenz Herrera, Augusto Enrique Brunal Olarte y William Eduardo Romero Suárez para conocer de la apelación interpuesta contra la decisión del 2 de septiembre de 2016 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá que negó la nulidad de todo lo actuado y se pronunció frente a las solicitudes probatorias, al interior del proceso que se adelanta contra Luis Vicente Cavalli Papa, por los delitos de peculado por apropiación, celebración indebida de contratos y otros.

HECHOS

Fueron expuestos en la resolución de acusación en los siguientes términos:

(...) Tuvieron ocurrencia en el municipio de Chía Cundinamarca, en los primeros meses del año 2003 y fueron denunciados por los ciudadanos usuarios de los servicios públicos del

mismo municipio señores: Jorge Orlando Gaitán Mahecha, Carolina Carrizosa Pombo y Mario Álvarez Ulloa, en el mes de abril también de esa vigencia.

Según se pudo determinar mediante Acuerdo 04 de 1997, el Concejo Municipal de Chía, da nacimiento a la Empresa Industrial y Comercial para la Prestación de Servicios Públicos EMSERCHIA E.S.P.

Se dice que la referida empresa venía mostrando satisfactorios resultados en sus rendimientos económicos reflejando utilidades, lo cual permitió por ejemplo que deudas ya contraídas en la ciudad de Bogotá, se pudieran cancelar. Así mismo se venía comportando excelentemente en la administración de sus recursos, pues se habían adoptado medidas que incidieron en la disminución ostensible de fugas y pérdidas, lográndose además una buena recuperación de cartera morosa.

Con ocasión de los buenos resultados financieros y un halagador informe de gestión, la administración municipal y los directivos de EMSERCHÍA decidieron conformar una nueva empresa, con duración de veinte (20) años, y con participación de socios particulares, para el desarrollo del mismo objeto social, con un mínimo aporte de capital, y quienes a la vez explotarían comercialmente los activos de EMSERCHÍA, así como sus redes de acueducto, alcantarillado, maquinaria, equipos, muebles y enseres, infraestructura ésta que según cifras aportadas por el Cuerpo Técnico Investigativo ascienden a la suma de \$20.267.830.261 y a marzo 30 de 2003 apenas contaba con un pasivo total de \$810'983.573.

La conformación de la nueva agrupación (sic) Hidros Chía, se constituyó con cinco empresas (Hydros Colombia S.A., Gestaguas SA., Constructora Némesis S.A., Inversiones Zárate Gutiérrez y Cía, (sic) S.CS. y Frizo S.A. hoy Riagro S.A.) con un 12% de aportes, que vinieron a tener una equivalencia de seis millones de pesos (\$6.000.000.00) y en compensación recibirían dividendos de un 10% más IVA del total del valor de la

factura bimensual, lo que les permitiría a dichos socios una ganancia anual de \$ 1.000,000.000 aproximadamente, beneficios que definitivamente no se compadecen con lo aportado.

La negociación fue adelantada bajo la figura de negociación directa pretextándose menor cuantía, obviándose la concurrencia obligatoria de pluralidad de ofertas, soslayándose la aplicación de los principios de selección objetiva, transparencia, economía, publicidad, moralidad y responsabilidad.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 6 de febrero de 2006, Luis Vicente Cavalli Papa fue vinculado al proceso en diligencia de indagatoria.
2. El 19 de agosto de 2014 la Fiscalía calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación contra el proceso en calidad de determinador del punible de interés indebido en la celebración de contratos, coautor del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y precluyó la investigación por el ilícito de prevaricato por acción.
3. La anterior determinación fue apelada por la defensa y la parte civil, donde la Fiscalía 8ª Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca en resolución del 10 de noviembre de 2014, revocó parcialmente para acusar al encartado por el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía.
4. El conocimiento de la causa le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá, autoridad que avocó conocimiento el 30 de enero de 2015 y seguidamente corrió traslado a los sujetos procesales conforme a lo previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.
5. El 19 de febrero siguiente el defensor de Luis Vicente Cavalli Papa presentó petición

de nulidad del proceso y deprecó las pruebas que pretendía hacer valer en el juicio, lo cual fue denegado en proveído del 2 de septiembre de 2016.

6. Frente a tal decisión la defensa interpuso recurso de apelación, razón por la cual el expediente fue remitido al a Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca. Sin embargo, en auto del 14 de febrero de los corrientes, los Magistrados James Saenz Herrera, Augusto Enrique Brunal Olarte y William Eduardo Romero Suárez se declararon impedidos para conocer de la impugnación en mención, con fundamento en la causal 4º del artículo 99 de la Ley 600 de 2000 (...haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso).

Exponen que se encuentran comprometidos porque en la aludida condición, conocieron del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso No. 2012-00146, seguido en contra de otras personas que fueron condenados por los mismos hechos.

Anotaron que valoraron y analizaron los elementos materiales de convicción y los tipos penales que son materia del proceso y efectuaron “apreciaciones de amplio espectro que irradiaron sobre la participación del señor LUIS VICENTE CAVALLI PAPA”.

7. El 16 de febrero de 2017, en Sala de decisión presidida por el Magistrado Joselyn Gómez Granados, declaró infundado el impedimento expuesto por sus colegas.

Para ello destacaron que frente asuntos similares la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos han declarado infundado la manifestaciones de impedimentos para conocer de una actuación, en razón a haber tenido bajo su conocimiento previo un proceso seguido en contra de coautores del punible, en razón a que a aquellas opiniones expresadas en ejercicio de su función judicial no constituyen per se mácula de ninguna naturaleza para producir la separación de la actuación, ni siquiera la evaluación de los medios de convicción en la medida que

la perspectiva que se puede tener frente a otros coparticipes puede ser transversalmente diversa.

En ese orden de ideas expresaron que en la transcripción de la sentencia emitida en contra de los otros procesados por los mismos hechos, se alude esencialmente al análisis de la materialidad de las conductas punibles a ellos atribuida y la responsabilidad que sobrevino a ellos, en su condición de servidores públicos, pero nunca frente a Luis Vicente Cavalli Papa. Aunado a lo anterior ninguno de los Magistrados afirmó que convergen las mismas pruebas.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en los artículos 101 y 103 de la Ley 600 de 2000 corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolver de plano el impedimento manifestado por los magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca.
2. Como lo ha venido pregonando la Corte, 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 ecuaníme, principio de alcance general que tiene aplicación en todos los sistemas procesales¹.

En tal virtud, los mecanismos del impedimento y la recusación han sido instituidos para que aquellos eventos en que el funcionario judicial se deba separar del conocimiento de los casos por estar comprometidos sus propios intereses o haber conocido el fondo del asunto. Por tanto, la finalidad de dichos instrumentos 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 sea ajena a cualquier interés distinto al de administrar recta justicia, de manera que su imparcialidad y

ponderación no estén alterados por circunstancias externas al proceso.

También es de reiterar 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. En el caso de la especie, los doctores James Saenz Herrera, Augusto Enrique Brunal Olarte y William Eduardo Romero Suárez, Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca, manifestaron su impedimento para conocer y resolver el recurso de apelación propuesto por la defensa contra la decisión del 2 de septiembre pasado que negó la petición de nulidad y se pronunció frente a la solicitud de pruebas, al considerarse incurso en la causal prevista en el numeral 4º del artículo 99 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Lo anterior, por cuanto, en su sentir, tendrían que volver a valorar las mismas pruebas que ya fueron objeto de estudio en otro proceso penal en el cual fueron sentenciados otros acusados por los punibles de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado por la cuantía.

4. La causal 4ª contenida en el artículo 99 de la Ley 600 de 2000 contempla varios motivos que dan lugar a la configuración del impedimento, entre ellos, que el funcionario judicial "...haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto

materia del proceso”, aspecto sobre el cual la Corporación ha indicado:

(...) Ha sido posición recurrente de la Sala señalar que, no toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impeditiva, 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”² (subrayas fuera de texto).

5. Aterrizando las consideraciones expuestas a la presente actuación, la Sala concluye que no le asiste razón a los Magistrados que se declararon impedidos, pues en un asunto de idéntica connotación, esta Corporación precisó que:

“Al respecto, de entrada se observa cómo la causal propuesta por los magistrados para sustentar la necesidad de apartarse del conocimiento del asunto, ninguna relación guarda con los hechos que soportan esa manifestación, en tanto, si de lo que se trata es de relacionar que en otro proceso diferente se analizaron las mismas circunstancias fácticas y se verificó el valor de la prueba recogida en contra de otro de los procesados, es claro que lo realizado por los funcionarios se limita al estricto cumplimiento de sus funciones, en cuanto encargados de verificar en segunda instancia la justeza de lo decidido por el A quo.

De ninguna manera esa decisión judicial puede siquiera por analogía definirse como una “opinión” o “consejo”, para utilizar los términos consignados en la causal 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Cuando la norma relaciona el antecedente previo consistente en que el funcionario haya dado opinión o consejo, necesariamente remite a un tipo de actuación extraprocesal, ajeno al estricto cumplimiento de la labor de administrar justicia deferido al mismo por razón de su cargo, pues, se reitera, si lo manifestado se consigna formal y materialmente en una decisión, ello supera con mucho esa informalidad a la que remite la causal en cita y cuyo fin es precisamente evitar que lo expresado por fuera del proceso, sea reiterado en este, poniendo en entredicho la seriedad e imparcialidad de quien así ha actuado.

(...)

En efecto, aducen los magistrados que ya en ocasión anterior evaluaron los mismos hechos que ahora prefiguran el proceso seguido contra otro de los supuestos ejecutores del crimen, y que además hicieron la taxonomía de lo declarado por el testigo de cargos, diciéndolo enteramente creíble.

Si ello es así, razonan, ahora abordarán similar tarea, pues, ese mismo testigo concurrió a declarar en el juicio seguido contra ESTIVEN RAMÍREZ y la esencia de la apelación la constituye precisamente el grado de credibilidad que contienen sus acusaciones.

Sucede, sin embargo, que los procesos seguidos contra Robinson Martínez Riaño y ESTIVEN MARTÍNEZ, operaron independientes, dado que al segundo no se le había individualizado desde un comienzo, al parecer porque solo se le conocía con un alias.

(...)

Entonces, independientemente de que en otro momento procesal similar, el declarante se hubiese manifestado sobre los mismos hechos, es lo cierto que ello ninguna influencia debe tener respecto de su ulterior deponencia en asunto diferente, pues, se reitera, no son iguales los factores que gobiernan ambas evaluaciones, aunque, desde luego, si el testigo

es creíble y narra aspectos trascendentes de responsabilidad, lo lógico y deseable es que en ambos procesos el resultado sea similar.”³.

Postura que fue recientemente reiterada por esta Sala en los siguientes términos:

“... el hecho de tener que valorar ahora el testimonio de una persona frente a la cual ya lo hicieron en otro proceso, no es fundamento suficiente para separarlos del conocimiento del sub judice, por cuanto no debe perderse de vista que ello se presenta en actuaciones en donde se está ante procesados distintos, como también lo fueron las autoridades ante las cuales se depuso,”⁴.

Así las cosas, no cabe duda que igual situación se evidencia en esta oportunidad, pues si bien es cierto que los doctores James Saenz Herrera, Augusto Enrique Brunal Olarte y William Eduardo Romero Suárez en su calidad de magistrados dictaron el fallo que definió la apelación propuesta por la defensa, el Ministerio Público y la parte civil, contra la sentencia condenatoria proferida 15 de septiembre de 2015 contra Santiago Echandía Gutiérrez, Agustín Cárdenas Rocha, Pedro María Ramírez Ortiz y Pablo Enrique Cortés Rodríguez, lo cierto es que en dicho proveído se fincó la atención en el grado de participación de los referidos y no en Luis Vicente Cavalli Papa, tanto así, que complementaron el numeral segundo de la parte resolutive del fallo de primer grado al constatar que se había omitido señalar la pena de multa que les fue impuesta y la inhabilitación de 5 años para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como no se presenta, por consiguiente, una opinión trascendente que pudiera vincular la imparcialidad de los funcionarios con respecto a la actuación que se adelanta contra Luis Vicente Cavalli Papa por los delitos de peculado por apropiación, celebración indebida de contratos y otros, se declarará infundado el impedimento en cuestión.

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

RESUELVE

DECLARAR INFUNDADO el impedimento que en razón del presente asunto ha manifestado los Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca, doctores James Saenz Herrera, Augusto Enrique Brunal Olarte y William Eduardo Romero Suárez, para conocer de la apelación contra la decisión que negó la petición de nulidad y solicitud de pruebas elevadas por la defensa, conforme con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cúmplase y devuélvase inmediatamente al Tribunal de origen.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 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.

2 CSJ, 16 may.2012, rad 38.872.

3 CSJ, 22 ago. 2008, rad. 30.399

4 CSJ, 29 ago. 2012, rad. 39.732