

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada ponente

AP1592-2015

Radicación n° 45471

(Aprobado Acta No. 110)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015).

VISTOS

Se pronuncia la Sala en relación con el impedimento manifestado por el Magistrado de esta Corporación, doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, para conocer del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida el 2 de julio de 2014 por el Tribunal Superior de esta ciudad, por cuyo medio revocó la absolución pronunciada por el Juzgado Quince Penal del Circuito de la misma sede y, en su lugar, condenó a LUIS EMILIO ALVARADO ESTEPA, HERNANDO RAFAEL DÍAZ MEJÍA y RAÚL EMILIO PEÑARANDA ALVARADO, como determinadores del delito de peculado por apropiación agravado.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 23 de agosto de 2006, la Fiscalía 2ª Delegada adscrita a la Unidad Nacional de Administración Pública formuló resolución de acusación contra LUIS EMILIO ALVARADO

ESTEPA, HERNANDO RAFAEL DÍAZ MEJÍA y RAÚL EMILIO PEÑARANDA ALVARADO, como coautores del delito de estafa agravada.

2. En virtud de la apelación interpuesta por la defensa, el pliego de cargos obtuvo confirmación de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en decisión del 20 de junio de 2008.

3. Adelantada la etapa del juicio, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión con sede en esta Capital puso fin a la instancia con decisión del 21 de septiembre de 2009, absolviendo a los acusados.

4. Por apelación interpuesta en su momento, el Tribunal Superior también de Bogotá, a través de la Sala de Decisión integrada por los Magistrados ESPERANZA NAJAR MORENO, EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER y JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS, mediante providencia del 10 de marzo de 2011, decretó la nulidad de lo actuado desde la intervención de la Fiscalía en la audiencia pública, por error en la calificación jurídica, al considerar que las pruebas recaudadas daban cuenta de la existencia de un delito de peculado por apropiación, en vez de la estafa agravada atribuida por el ente acusador.

5. De retorno el proceso a sede de primera instancia, se ordenó rehacer la actuación, conforme a lo dispuesto por el superior, en cuyo desarrollo el procesado LUIS EMILIO ALVARADO ESTEPA solicitó la nulidad de lo actuado, cuestionando al Tribunal por la decisión reseñada, en cuanto allí efectuó valoraciones acerca de la responsabilidad del acusado.

6. Por auto del 5 de abril de 2011, el Juzgado 37 Penal del Circuito de esta ciudad, a cuyo cargo corrió el subsiguiente trámite, negó la referida solicitud.

7. Ante la apelación interpuesta contra esa decisión, el proceso arribó nuevamente

al Tribunal de Bogotá, oportunidad en la cual los Magistrados ESPERANZA NAJAR MORENO, EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER y JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS se declararon impedidos con fundamento en la causal 6ª del artículo 99 de la Ley 600 de 2000.

8. La Sala de Decisión subsiguiente de la mencionada colegiatura negó la manifestación de inhibición en auto del 5 de octubre del mismo 2011. Por esa razón la actuación se remitió a la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala de Casación Penal optó por declarar fundado el impedimento en decisión del 21 de octubre siguiente.

Estimó la Corte que los Magistrados arriba mencionados comprometieron su criterio en torno al fondo del proceso al analizar la conducta desplegada por los acusados, señalando que ALVARADO ESTEPA, en virtud del poder otorgado por HERNANDO RAFAEL DÍAZ MEJÍA y RAÚL EMILIO PEÑARANDA ALVARADO, entre otros, instauró acción de tutela contra Foncolpuertos, con cuyo resultado favorable celebró acta de conciliación en la cual se acordó el pago de la suma de \$104.402.522,70 por concepto de pago de salarios moratorios, pese a que ya con anterioridad la Empresa Puertos de Colombia les había reconocido la indemnización moratoria por el retardo en el pago de prestaciones sociales y les hicieron otros pagos por diferentes conceptos.

Encontró la Sala también que con tales fundamentos los Magistrados ESPERANZA NAJAR MORENO, EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER y JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS concluyeron acerca de la existencia, al parecer, de una duplicidad de pagos por el mismo concepto, cuyo comportamiento provino no de la inducción en error a Foncolpuertos sino de la necesaria participación de los empleados de esa entidad, determinados por los aquí procesados, situación que llevó a los funcionarios judiciales en mención a predicar, precisamente, la errónea calificación jurídica, en cuanto el objeto material de la conducta realizada por aquéllos la constituía el erario público.

9. Correspondió de esa forma a la Sala de Decisión del Tribunal de Bogotá integrada por los Magistrados MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ, HUMBERTO GUTIÉRREZ RICAURTE y DAGOBERTO HERNÁNDEZ PEÑA desatar la referida apelación, quienes mediante providencia del 15 de noviembre de 2011 confirmaron la decisión impugnada.

10. Devuelto el proceso a sede de primera instancia y culminada la audiencia pública de juzgamiento, el Juzgado Quince Penal del Circuito absolvió a los procesados en proveído del 29 de febrero de 2012.

11. Contra el fallo de primer grado se alzaron en apelación la Fiscalía y el Ministerio Público, por cuya vía el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 2 de julio de 2014, lo revocó para, en su lugar, condenar a LUIS EMILIO ALVARADO ESTEPA, HERNANDO RAFAEL DÍAZ MEJÍA y RAÚL EMILIO PEÑARANDA ALVARADO, como determinadores del delito de peculado por apropiación agravado.

12. En atención a la decisión de segunda instancia, los defensores de ALVARADO ESTEPA y PEÑARANDA ALVARADO interpusieron el recurso extraordinario de casación.

13. Remitido el proceso a la Corte Suprema de Justicia, correspondió su tramitación al doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, ahora Magistrado de esta Corporación, quien en auto del 27 de febrero del cursante año se declaró impedido para conocer de la impugnación, para cuyo efecto se remitió a las razones ofrecidas por la Colegiatura en la decisión del 21 de octubre de 2011.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es del resorte de la Corte decidir lo relacionado con el impedimento manifestado por el doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, Magistrado de esta Corporación, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 103 del Código de Procedimiento penal de 2000.

Acorde con ese precepto legal, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolver los impedimentos manifestados por sus integrantes.

El instituto de los impedimentos tiene como fin garantizar la imparcialidad y rectitud en el proferimiento de las decisiones y, por ende, desvanecer en las partes e, incluso, en la sociedad las aprehensiones y sospechas que se puedan anidar frente a la objetividad de los funcionarios judiciales.

Por lo anterior, será necesario separar del conocimiento de un determinado asunto al juez que previamente haya emitido conceptos, opiniones o decisiones en torno al mismo que puedan comprometer su criterio.

En el caso materia de estudio, el Magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER invoca la causal prevista en el numeral 6º del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, porque participó dentro de este proceso al integrar la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá que profirió la providencia del 10 de marzo de 2011, en la cual declaró la nulidad de lo actuado desde el acto de intervención de la Fiscalía en la audiencia pública.

Acerca de la mencionada causal de impedimento, de tiempo atrás la Sala ha tenido la oportunidad de precisar que sólo opera cuando se trata de una verdadera participación del funcionario dentro de la actuación, entendida como la intervención con entidad suficiente para comprometer su imparcialidad y criterio (CSJ AP, 7 de may. de 2002, rad. 19300), lo cual impone evaluar en cada caso concreto cuál fue el conocimiento que del diligenciamiento tuvo en el transcurso del trámite a su cargo y examinar si con las labores adelantadas o las decisiones adoptadas comprometió o emitió concepto que vaya en desmedro de su imparcialidad (CSJ AP, 2 de abr. de 2008, rad. 29446).

A este respecto, se advierte que, ciertamente, ya la Corte tuvo la oportunidad de examinar, en la providencia del 21 de octubre de 2011, cuál fue el alcance de la

intervención anterior que tuvo el doctor FERNÁNDEZ CARLIER en la presente actuación, concluyendo que el prenombrado, al integrar la Sala de Decisión que profirió el auto del 10 de marzo del citado año comprometió su criterio en torno al fondo del asunto, pues asumió el examen de la conducta desplegada por los procesados, al considerar que éstos determinaron a funcionarios de Foncolpuertos para obtener el pago irregular de la suma de \$104.402.522.70 por concepto de salarios moratorios derivados de la liquidación de prestaciones sociales, cuya cancelación había sido ya efectuada con anterioridad.

En este momento la Sala no puede más que ratificar el criterio expuesto en la providencia del 21 de octubre de 2011, máxime cuando los temas que se plantean en las demandas de casación instauradas por los defensores de LUIS EMILIO ALVARADO ESTEPA y RAÚL EMILIO PEÑARANDA ALVARADO se orientan, precisamente, a cuestionar la decisión en cuyo proferimiento participó el Magistrado FERNÁNDEZ CARLIER, así como a pretender acreditar la legalidad de las reclamaciones laborales por razón de las cuales se adelanta el presente proceso.

Frente a tales temáticas, como se infiere de lo antes analizado, el doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER manifestó ya su opinión, de donde se sigue que su imparcialidad se encuentra afectada para pronunciarse en torno a la impugnación extraordinaria en cuestión.

En consecuencia, se declarará fundado el impedimento expresado por el H. Magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, como consecuencia de lo cual se dispondrá su separación respecto del conocimiento del presente asunto, sin que sea necesario reemplazarlo con un Conjuez, pues el quorum decisorio no se desvertebra (art. 54.4 Ley 270 de 1996).

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

PENAL,

RESUELVE

1. ACEPTAR el impedimento manifestado por el H. Magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, de conformidad con las razones consignadas en la anterior motivación.
2. SEPARAR, en consecuencia, del conocimiento del presente asunto, al Magistrado cuyo impedimento se acepta.
3. PASAR en compensación un proceso de las mismas características del despacho de la doctora MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ al despacho del Magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, para preservar el equilibrio en el reparto, según acuerdo de la Sala.

Comuníquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria