

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

AP1938-2016

Radicación N° 47.556

(Aprobado acta N° 105)

Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO

Se resuelve el impedimento manifestado por el doctor Gustavo Enrique Malo Fernández, Magistrado integrante de la Sala de Casación Penal de esta Colegiatura, para conocer la solicitud de cambio de radicación del proceso seguido contra Cesar Augusto Castellanos León, Nelson Alberto Oquendo García, Jairo Alberto Fernández Rojas y José Luis Rentería Maturana elevada por la Fiscalía 8ª Especializada de Derechos Humanos y DIH, por el delito de homicidio en persona protegida.

HECHOS

Se desprenden de la resolución de acusación en los siguientes términos:

(...) El veinticinco (25) de marzo de dos mil siete (2007), cuando tropas del Ejército Nacional, batallón de Ingenieros número 14 “Calibio”, se encontraba adelantando patrullajes en la vereda Ojos Claros, municipio de Cantagallo, departamento de Bolívar,

reportaron un enfrentamiento en el que se presentó una persona muerta, correspondiente al nombre de Carlos Mario García David a quien supuestamente le incautaron un fusil AK 47 con cuatro proveedores y 104 cartuchos.

ANTECEDENTES

1. El 12 de junio de 2007, el Juzgado 40 de Instrucción Militar dispuso la apertura de la investigación en contra de los procesados. Sin embargo, en atención a la solicitud que hiciera la Fiscalía General de la Nación, el despacho en proveído del 24 de octubre de 2008, decidió despojarse de la competencia para conocer de la actuación y remitió la misma a la jurisdicción ordinaria.

2. El 31 de agosto de 2010, la Fiscalía 8ª Especializada de Derechos Humanos y DIH profirió resolución de acusación contra Cesar Augusto Castellanos León y Nelson Alberto Oquendo García (rad. 2011-005) y el 29 de octubre de esa anualidad, contra Jairo Alberto Fernández Rojas y José Luis Rentería Maturana (rad. 2011-008) por el punible antes referido.

3. El conocimiento de las causas le fueron repartidas al Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití - Bolívar, ante el cual, la apoderada de las víctimas elevó petición de cambio de radicación de las mismas a otro municipio, la cual fue negada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena mediante auto del 22 de agosto de 2012 por ausencia de material probatorio que sustenta la causal invocada.

4. En proveído del 3 de octubre de 2014, el despacho de conocimiento, dispuso la unidad procesal de las dos actuaciones y programó la realización de la audiencia preparatoria para el 2 de julio de 2015, dentro de la cual se aprobó la práctica de varias pruebas.

5. El 11 de febrero de 2016, la Fiscalía 8ª Especializada de Derechos Humanos y DIH, presentó ante la Corte Suprema de Justicia petición de cambio de radicación al tenor

del artículo 85 de la Ley 600 de 2000, con el propósito de que la etapa de juicio sea adelantada en un Juzgado Penal del Circuito diferente al distrito judicial de Cartagena.

6. La actuación fue repartida al H. Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, quien manifestó su impedimento para conocer de la misma, invocando la causal 4ª del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, por haber emitido opinión previa sobre el asunto materia del proceso.

Al respecto, indicó que en la condición de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, el 22 de agosto de 2012, suscribió el auto mediante el cual se resolvió negar la solicitud de cambio de radicación, elevada en aquella ocasión, por la apoderada de las víctimas, la cual está fundamentada en los mismos motivos de la presente.

A renglón seguido señaló: «De esa manera, al interior del proceso penal cuya radicación se persigue variar, ya emití opinión sobre la viabilidad de proceder en tal sentido con base en aspectos relacionados con las condiciones de orden público del municipio bolivarense en el que se desarrolla la etapa de juicio».

CONSIDERACIONES

1. Según se desprende del artículo 103 del estatuto adjetivo bajo cuya égida se rige el presente asunto, la Sala está facultada para pronunciarse sobre el presente impedimento, dado que fue planteado por un magistrado de esta Sala.

2. Constituye criterio reiterado de esta Colegiatura que la finalidad del instituto en mención es garantizar que, cuando ejercen la atribución de administrar justicia, los funcionarios judiciales obren con estricto apego a los principios de imparcialidad y objetividad; de tal suerte que cualquier factor que pueda afectar su buen juicio y transparencia se erige en motivo suficiente para separarlos del conocimiento del

asunto. (Cfr. CSJ AP, 13 Ago 2014, Rad. 44362, entre muchos otros).

3. En el sub judice, la razón invocada es la contemplada en el numeral 4º del artículo 99 del Código de Procedimiento Penal de 2000. Concretamente, aduce el doctor Gustavo Enrique Malo Fernández que en su condición de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena suscribió el auto del 22 de agosto de 2012, por medio del cual se negó la petición de cambio de radicación que elevó, en aquella oportunidad, el apoderado de las víctimas al interior del presente proceso, y cuyos argumentos son los mismos que soportan la solicitud que ahora promueve la Fiscalía 8ª Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y DIH, por lo que estima haber emitido opinión previa sobre el asunto materia del proceso.

4. Al respecto, la Corte ha señalado pacíficamente que la procedencia del impedimento cuando se postula la antedicha causal, está condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias formales y materiales, por lo que resulta imperativo examinar que la opinión o el consejo colmen los siguientes requisitos:

A).- Que haya sido expuesto en escenarios diferentes al ejercicio de funciones judiciales (procedencia general).

B).- Que haya sido emitido en cumplimiento de los deberes funcionales de los servidores judiciales pero por fuera del respectivo proceso en el cual se manifiesta el impedimento o se formula la recusación (procedencia excepcional).

Solo una vez, verificado lo anterior se examinará el contenido de la correspondiente opinión o consejo para determinar su trascendencia. (CSJ AP, 10 Sep 2014, Rad. 44356).

5. Es claro que en el sub lite no se cumplen las condiciones reseñadas, dado que la opinión emitida por el Honorable Magistrado Malo Fernández fue expuesta al interior

de la actuación, en cumplimiento de la labor judicial. Entonces, no es posible avalar el impedimento, con base en este motivo.

6. Sin embargo, la Sala estima necesario examinar si los argumentos expuestos por el togado encuadran dentro de la causal 6ª de las contempladas en el artículo 99 del estatuto procedimental de 2000, («[q]ue el funcionario [...] hubiere participado dentro del proceso»), respecto de la cual esta Sala tiene sentado el siguiente criterio:

(...) No se trata, como a simple vista pareciere, de una presunción de impedimento, ni de un motivo que se active de suyo o en forma objetiva, por el sólo hecho de que el funcionario judicial hubiese “participado” dentro del proceso.

La expresión “participado”, no debe tomarse en forma textual, literal ni aislada del contexto procesal penal, pues de aceptarse así, se llegaría a extremos que escapan a la finalidad de salvaguarda de la imparcialidad contenida en las normas relativas a los impedimentos y recusaciones.

Piénsese, por ejemplo, que el Tribunal Superior conociese apelaciones sucesivas de diferentes autos emitidos por el Juez Penal del Circuito dentro del mismo proceso; bajo tal supuesto, la participación de los magistrados es innegable, pero ninguna razón existe para aceptar un impedimento, sin argumentación específica de respaldo. También habrían participado ya los magistrados que conocen por vía de apelación de la providencia que niega la práctica de una prueba o del auto que se abstuvo de declarar una nulidad; pero esa intervención en el proceso nada dice por sí misma de un pretendido impedimento para conocer después, en segunda instancia, la apelación contra el fallo de primer grado.

[...]

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. (CSJ AP, 13 Jun 2007, Rad. 27497).

En el presente asunto, se insiste, el Magistrado Malo Fernández pretende marginarse del conocimiento de la petición de cambio de radiación presentada por la Fiscal del caso, toda vez que en ejercicio de la misma función pero en el Tribunal Superior de Cartagena, participó en el auto del 22 de agosto de 2012, mediante el cual se negó la solicitud de cambio de radicación presentada en ese entonces por el apoderado de las víctimas.

En dicha providencia, la Colegiatura examinó en detalle el requerimiento del representante de la parte civil y concluyó lo siguiente:

(...) Para el caso concreto, los aspectos alegados por la representante de las víctimas, son en primer lugar, la distancia que existe entre la ciudad de Bogotá en donde residen los defensores de esta causa, como también ella, y el municipio de Simití Bolívar, donde se está llevando el juicio, segundo la dificultad que existe para el traslado hasta esa localidad, otra es el orden público, imperante en la zona, puesto

que en el municipio de Simití, es territorio de las bandas al margen de la ley como los “Urabeños” y los “Rastrojos” (sic), las “Águilas Negras”, la Guerrilla y las Autodefensa Unidas de Colombia, siendo frecuente los hostigamientos, paros armados, realizando incursiones esporádicas en la zona rural, lo que ha perturbado el desarrollo del juicio que se viene adelantando en el referido proceso.

Resulta pues evidente que de esta situación fáctica planteada no se acompañó a la petición, prueba alguna que demuestre las manifestaciones de esta profesional del derecho y de acuerdo a lo establecido 85 del Código de Procedimiento Penal (sic), la causa invocada se estructura: “por la existencia en el territorio donde se esté adelantado el proceso de circunstancia que pueda afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los sujetos procesales o de los funcionarios judiciales, lo cual nos indica que la primera eventualidad argumentada por la doctora OLGA LILIA SILVA LÓPEZ como representante de la parte civil, no se encuentra enmarcada como una causal que justifique la petición de cambio de radicación.

En cuanto a la situación de orden público en dicho municipio, que en él se encuentra acentuado (sic), bandas al margen de la ley restrojos, urabeños y águilas negras, guerrilla y grupo de autodefensas unidas de Colombia, tenemos que los artículos 85 y 87 del C.P.P., establecen que la solicitud debe ser motivada y a ella se acompañan las pruebas en las que se funda, es por ello que los motivos que determinan la solicitud de cambio de radicación deben estar probados, o en posibilidad de poder comprobarse en la actuación, de manera que objetivamente permitan valorar y resolver el incidente, si en realidad en el territorio donde debe adelantarse íntegramente el juicio se presentan circunstancias externas que atenten contra su normal desarrollo y contra el ejercicio integral de la administración de justicia.

Circunstancia esta que se echa de menos en dicha petición, a su vez no se logró probar sumariamente que la profesional del derecho haya recibido por parte de estas bandas al margen de la ley, riesgo alguno o la puesta en peligro de su integridad, que le impida acudir al normal desarrollo del juicio dentro de esta causa, es por ello que se permite definir la Sala (sic) que la petición de cambio de radicación debe negarse por no cumplir con las exigencias de orden legal y así se dejará plasmado en la parte resolutive de este auto.

El apartado transcrito revela sin mayor dificultad que el Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández participó en anterior oportunidad en el presente proceso, al estudiar los argumentos que soportaron la petición de cambio de radicación del representante judicial de las víctimas, los cuales, valga destacar, son los mismos que hoy fundamentan la solicitud de la Fiscal 8ª Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y DIH.

Ante tal panorama, la Colegiatura encuentra suficientemente acreditada la configuración de la causal prevista en el artículo 56-6 de la Ley 906 de 2004, por lo que declarará fundada la manifestación de impedimento bajo examen.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el Honorable Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, apartándolo del conocimiento de este asunto.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Comuníquese y Cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria