

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado ponente

AP3704-2018

Radicación No. 53152

(Aprobado acta No. 288)

Bogotá D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO

Resuelve la Sala el impedimento manifestado por los Magistrados Jesús Alberto Gómez Gómez y Jesús Eduardo Navia Lame, integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán para conocer de la solicitud de preclusión elevada dentro de la actuación seguida en contra de Héctor Roveiro Agredo León por el delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

1. Entre la Fiscalía y María del Mar Pino, Ingrid Vanesa Erazo Pino, David Felipe Erazo Pino y Cristian David Solarte se celebró un preacuerdo conforme al cual, estos aceptaron su responsabilidad a cambio de la eliminación de la circunstancia de agravación del delito de concierto para delinquir, imputado en audiencia preliminar llevada a cabo el 18 de marzo de 2016.
2. El 16 de enero de 2017, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán

—previa verificación de la legalidad del preacuerdo— profirió sentencia en la cual, conforme a los términos allí establecidos, les condenó a la pena principal de 48 meses de prisión como autores penalmente responsables del delito de concierto para delinquir. Adicionalmente les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, determinación que fue recurrida por la defensa.

3. El 5 de abril de 2017, la primera Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán revocó parcialmente la providencia atacada y en su lugar resolvió otorgar a los recurrentes ese subrogado penal.

4. El defensor, por su parte, formuló denuncia contra el a quo por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción, la cual fue asignada al Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior.

5. El 16 de mayo de 2018, el Fiscal solicitó la preclusión de la investigación a favor de Héctor Roveiro Agredo León, Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán, con fundamento en la causal 4° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por atipicidad del hecho investigado.

6. Los Magistrados Jesús Alberto Gómez Gómez y Jesús Eduardo Navia Lame, mediante escrito de 9 de julio siguiente se declararon impedidos para conocer de ese asunto de acuerdo con lo indicado en el numeral 4° del artículo 56 ibídem.

Para tal efecto alegaron su intervención en la sentencia de 30 de marzo de 2017, —que revocó parcialmente la proferida por el funcionario investigado—, y en la cual emitieron una opinión contundente frente a la decisión tachada de prevaricadora.

Lo anterior dado que, al verificar los argumentos esgrimidos por el a quo para negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, disertaron acerca de i) la fácil comprensión de la norma aplicable, ii) el evidente cumplimiento de los requisitos por parte

de los procesados, y iii) el error drástico en que se incurrió al adoptar esa determinación.

En ese orden, en cuanto ya construyeron «un pensamiento respecto al comportamiento que tuvo el doctor HÉCTOR REVEIRO al proferir la sentencia del 16 de enero de 2017» del que difícilmente podrían apartarse, consideran que su imparcialidad está seriamente afectada para resolver sobre la preclusión por atipicidad.

4. El 12 de julio de 2018, el último integrante de esa Sala de Decisión declaró infundado el impedimento. Lo anterior, dado que los magistrados «calificaron de forma genérica como equivocada la interpretación y alcance normativo del Juez 1° Penal del Circuito Especializado de Popayán, Cauca, sobre los efectos del “Preacuerdo” en relación con la imputación fáctica y el reconocimiento de los subrogados, sin señalamientos directos sobre su manifiesta contrariedad con la ley o alguna muestra de arbitrariedad o capricho por parte del funcionario judicial, ni tampoco relación alguna frente a características de responsabilidad»; de manera que no comprometieron en absoluto su objetividad.

5. Finalmente, se dispuso la remisión del proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con el artículo 58A de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 83 de la Ley 1395 de 2010, esta Sala es competente pronunciarse respecto del impedimento manifestado por los Magistrados Jesús Alberto Gómez Gómez y Jesús Eduardo Navia Lame, el cual fue declarado infundado por el otro integrante de la Sala decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

2. La finalidad del régimen de los impedimentos y las recusaciones no es otro que la satisfacción de la garantía fundamental de un juez natural, independiente e imparcial que garantice a los ciudadanos una recta y cumplida administración de justicia, esto es, que la

imparcialidad y la ponderación del funcionario judicial llamado a resolver el conflicto jurídico no se encuentren perturbadas por alguna circunstancia ajena al proceso.

Al respecto, esta Sala ha señalado de manera pacífica y reiterada que la manifestación de impedimento está sujeta al particular arbitrio de quien la declara pero vinculada inevitablemente a la taxatividad de las causales, sin que sea posible acudir a la analogía o a la extensión de los motivos estrictamente señalados por la ley, en aras de sustentar su procedencia.

En pronunciamientos anteriores se ha expresado lo siguiente:

En desarrollo del principio de imparcialidad que debe presidir las actuaciones judiciales, la legislación procesal ha previsto una serie de causales de orden objetivo y subjetivo en las cuales el juez debe declararse impedido para decidir, garantizando a las partes, terceros y demás intervinientes las formas propias de cada juicio.

Empero, como a los jueces no les está permitido separarse por su propia voluntad de las funciones que les han sido asignadas, y a las partes no les está dado escoger libremente la persona del juzgador, las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un caso determinado a un juez o magistrado no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en cuanto se trata de reglas con carácter de orden público, fundadas en el convencimiento del legislador de que son estas y no otras, las circunstancias fácticas que impiden que un funcionario judicial siga conociendo de un asunto, porque de continuar vinculado a la decisión, compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial¹.

CASO CONCRETO

Exponen los Jesús Alberto Gómez Gómez y Jesús Eduardo Navia Lame que se encuentran

impedidos para conocer de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía Primera Seccional dentro de la investigación que se sigue a Héctor Roveiro Agredo León por el delito de prevaricato por acción; con fundamento en lo indicado en el numeral 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, cuyo tenor reza:

Artículo 56. Son causales de impedimento.

(...)

4. Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso. (Subrayado fuera de texto).

La declaración de impedimento al amparo de la causal invocada se configura cuando, por fuera de la actuación cuyo discernimiento se rechaza, se ha emitido una opinión con implicación en el criterio e imparcialidad del funcionario. Al respecto, la Sala de Casación Penal de esta Corte ha advertido que:

«... la opinión erigida en motivo de impedimento tiene que ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso.»

“Lo sustancial, es lo esencial y más importante de una cosa; en asuntos jurídicos, se identifica con el fondo de la pretensión o de la relación jurídico material que se debate. Se entiende que la opinión es vinculante cuando el funcionario judicial que la emitió queda unido, atado o sujeto a ella, de modo que en adelante no puede ignorarla o modificarla sin incurrir en contradicción. Y por fuera del proceso, significa que la opinión sea expresada en circunstancias y oportunidades diferentes a aquella que prevé la legislación procesal para el asunto del cual se debe conocer funcionalmente.»² (Subrayado fuera de texto).

En cuanto al carácter de la opinión previa, se ha hecho precisión en los siguientes términos:

«...no toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impeditivo, 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.»³ (Subrayado fuera de texto).

3. En el caso concreto, no se configura la causal de impedimento opuesta dado que las manifestaciones efectuadas en la sentencia de segunda instancia de fecha 5 de abril de 2017, no tienen relación con el objeto del pronunciamiento demandado dentro del proceso seguido contra Héctor Roveiro Agredo León.

Basta advertir que al resolver el recurso de apelación los Magistrados se enfocaron en definir si, contrario a lo señalado en la sentencia de primera instancia, había lugar a otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena a los procesados tras ser condenados por el cargo de concierto para delinquir; mientras que la solicitud de preclusión por atipicidad les exige identificar si el juez de conocimiento, al negar ese subrogado penal, incurrió o no en un delito.

Si bien, una y otra función tienen como punto de partida el examen de la decisión cuestionada, su orientación difiere en gran medida pues en el primer escenario corresponde establecer su acierto y en el segundo se verifica su legalidad⁴; como aspectos que no están inequívocamente vinculados entre sí.

De allí que la simple observación de un error en el criterio de aplicación o interpretación utilizado por el a quo en su decisión judicial y la necesidad de corregirlo, no anticipa o

predispone necesariamente un análisis positivo respecto del elemento normativo del delito de prevaricato por acción, como es la evidente contrariedad de esta con la ley.

En el asunto examinado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán concluyó que el análisis efectuado por el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán para no otorgar el subrogado no contaba con sustento y se apartaba del tenor de las normas aplicables; pero ello, no configura un pronunciamiento trascendental sobre alguno de los elementos objetivos o subjetivos del tipo penal por el cual se investiga al funcionario.

Además, es preciso recordar que ese tipo penal no tiene configuración por la simple discrepancia entre lo decidido por el servidor público y el ordenamiento jurídico sino que demanda la existencia de arbitrariedad, capricho o ánimo de ejecutar un acto de corrupción; aspectos sobre los cuales no existió alguna insinuación o examen.

Por esa razón, válidamente y sin incurrirse en contradicción alguna puede afirmarse que el comportamiento atribuido al investigado es atípico pese a que la decisión hubiere sido revocada; circunstancia de la cual se desprende que la opinión extraprocesal ofrecida por los Magistrados, además, no les resulta vinculante ni les compromete en algún sentido con la aceptación o rechazo de la solicitud de preclusión.

Por ello, dado que no existió un compromiso de los principios de objetividad e imparcialidad al momento de emitir esa decisión no es preciso separarlos del asunto.

4. Por lo anterior, el impedimento manifestado por los Magistrados Jesús Alberto Gómez Gómez y Jesús Eduardo Navia Lame se declarará infundado, por lo que, como integrantes de la segunda Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán deberán resolver la solicitud de preclusión elevada dentro de la actuación seguida en contra de Héctor Roveiro Agredo León por el delito de prevaricato por acción.

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

RESUELVE

Primero: DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por los Jesús Alberto Gómez Gómez y Jesús Eduardo Navia Lame, integrantes de la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Segundo: DEVOLVER la actuación a su lugar de origen.

Tercero: Contra el presente auto no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ SP, 19 Oct. 2006, rad. 26246.

2 Cfr. CSJ, SP, del 13 de julio de 2005, rad. 23840, entre otras.

3 Cfr. CSJ, SP, auto del 13 de agosto de 2013, rad. 42054, entre otros.

4 Cfr. CSJ, AP 22 abr 2015, rad. 45138, entre otros.