

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado ponente

AP 4483-2016

Radicación N° 48344

(Aprobado Acta No.211)

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala resuelve el impedimento manifestado por los magistrados Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, Edilberto Antonio Arenas Correa y Nancy Ávila de Miranda, integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Fiscal Treinta y siete Seccional de Guarne contra la sentencia de 1.º de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro.

#### ANTECEDENTES

1. La Fiscalía General de la Nación acusó a EDISON ALEXANDER CARDONA CASTAÑO, el 11 de octubre de 2013, por el delito de acto sexual con menor de catorce años.

Correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, adelantar la respectiva fase de juzgamiento.

2. Al inicio de la audiencia de juicio oral, diligencia realizada el 11 de julio de 2014, la Fiscal Ciento Veintisiete Seccional de Guarne informó que había llegado a un preacuerdo con el acusado, consistente en degradar la conducta imputada de acto sexual abusivo con menor de catorce años, a la de acoso sexual.
3. El juzgador improbió la referida negociación porque, según su criterio, la Fiscalía pretendía conceder rebajas de pena por aceptación o preacuerdos desconociendo la realidad fáctica, lo que implicaba otorgar al procesado una rebaja prohibida por la ley en los casos en que la víctima del delito es una niña, niño o adolescente.
4. Apelada la anterior determinación por la defensa, el 18 de septiembre de 2014, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia la confirmó en su integridad<sup>1</sup>.

Se destacan, por su relevancia, los siguientes argumentos allí expuestos:

... [V]ista la realidad fáctica planteada, no encuentra la Sala posible, hablar de acoso sexual, no es el señor EDISON ALEXANDER CARDONA, una persona que se encuentre en superioridad manifiesta o relaciones de autoridad, poder, sexo, posición laboral, social, familiar o económica sobre la menor Y.O.H., pues no es el padre, familiar, empleador o algo similar de la menor, sino que era un simple trabajador de ordeño del predio, donde ella se encontraba. De otra parte no ocurrió un acoso, hostigamiento, persecución, o asedio con fines sexuales, ocurrió un acto sexual, tocó a la menor en la vagina y le exhibió el pene, según se lee en el escrito de acusación y se confirma en la entrevista que se ofreció como respaldo del preacuerdo, y no está por demás, señalar que la tipicidad del delito de acto sexual contenido en la compilación normativa, habla de un elemento configurativo que es “con fines sexuales”, por lo que dicha conducta delictual, al carecer los menores de 14 años, de capacidad de consentimiento no podría ejecutarse la misma sobre un sujeto pasivo menor de 14 años, visto que estos no tienen

la capacidad de consentir actos de contenido sexual.

La juez de instancia, señala que lo que se está presentando a su consideración, no es otra cosa que una rebaja de pena disfrazada, que como quiera que la ley proscribe para los casos en que los niños, niñas y adolescentes la rebaja de pena por allanamiento, la Fiscalía busca entonces, dar dicha rebaja mutando la adecuación típica de la conducta a un tipo considerablemente más benigno, indudablemente es que esto se está presentando, y para lograrlo se está desconociendo flagrantemente la realidad fáctica, sin que a parezca posible deducir del acontecer fáctico, ni siquiera un requisito que permita suponer que la conducta bien pudo encausarse en la de acoso sexual. (Negrilla fuera de texto)

5. Al continuar con el trámite, el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro<sup>2</sup>, mediante fallo de 1.º de marzo de 2016, absolvió al acusado.

Esa decisión se basó en la siguiente conclusión:

... [N]o hay una correspondencia en el núcleo central de los hechos que dieron lugar a esta causa, respecto de lo dicho por la menor de manera previa y lo expuesto en el juicio oral. Todo lo cual, a juicio del Despacho se constituye en duda, que a la luz de lo preceptuado en el artículo 7 de la norma procesal aplicable, debe ser resuelta a favor del procesado.

6. La representante del ente Acusador apeló la determinación, alegando errores en la valoración probatoria, por lo que las diligencias fueron remitidas a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

7. Asignado el asunto al magistrado Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, él y sus pares, Edilberto Antonio Arenas Correa y Nancy Ávila de Miranda, manifestaron su impedimento para resolver la impugnación el 8 de junio de 2016, argumentando la configuración

de la causal 6.<sup>a</sup> del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, en concreto, “Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso.”

Respaldaron esa determinación con los siguientes argumentos:

... [E]l recurso de apelación que formulaba el abogado defensor contra el auto proferido por el juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro, que improbió un acuerdo suscrito entre la Fiscalía y el procesado EDISON ALEXANDER CARDONA CASTAÑO en el que se acordaba en cambio de aceptar la responsabilidad mutar la conducta de acto sexual a acoso sexual, tal y como consta a partir del folio 61 del cuaderno de la actuación, providencia en la que se analizaron los hechos materia ahora de juzgamiento, señalando la Sala de decisión que la situación fáctica permitía circunscribir la conducta desplegada por EDISON ALEXANDER CARDONA CASTAÑO al delito de acto sexual.

Adicionalmente, adujeron que “El conocimiento previo que tuvo la Sala de la actuación no fue simplemente formal, y al confirmar la providencia que inaprobó el acuerdo, se lanzaron juicios de fondo sobre la adecuación típica, que ahora indudablemente afectan la imparcialidad al entrar a revisar la sentencia absolutoria por vía de apelación”. (Negrilla fuera de texto)

8. El 15 de junio de 2016, el magistrado en turno, doctor Juan Carlos Cardona Ortiz, advirtió que aunque los manifestantes habían sido claros en su exposición al justificar la afectación de su imparcialidad, la situación referida corresponde a la causal 4.<sup>o</sup> de impedimento, la cual se configura cuando el funcionario ha “manifestado su posición sobre el asunto materia del proceso”.

Por esa razón, analizó la trascendencia de las actuaciones frente al debate propuesto por la Fiscalía en el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, para determinar si, en efecto, estaba comprometida la imparcialidad de sus homólogos.

En ese orden, no aceptó el impedimento con fundamento en las siguientes razones:

... [S]i bien el juez colegiado el 18 de septiembre de 2014 confirmó lo decidido por el Tercero Penal del Circuito de Rionegro (sic), en punto a desechar un preacuerdo que degradó la conducta punible de actos sexuales con menor a una de acoso sexual, esa razón no catapultó per se la estructuración de la causal impeditiva, básicamente porque, no asoma una valoración contundente de las pruebas que obran en el juicio.

En aquella oportunidad dicha Sala únicamente se limitó a enunciar los hechos materia de investigación que apuntaban al delito de Acto Sexual con Menor de 14 años, descartando otro comportamiento, lo cual no comporta, in limine, que se haya declarado penalmente responsable de ese delito al procesado; ni siquiera se aludió a un mínimo probatorio en la medida que solo refirió la instancia a la naturaleza de los hechos presentados por el ente acusador.

De ahí que tampoco se perciba alguna valoración probatoria desde ese estadio que llevara a concluir a la Sala la responsabilidad penal del señor EDISON ALEXANDER, que es justamente el problema jurídico planteado por la Fiscalía en su apelación, por virtud de la decisión absolutoria.

Si bien es cierto que en esa etapa fueron relatados unos hechos donde era nombrado el sentenciado, también lo es que en ella no se hizo manifestación alguna en relación con su posible responsabilidad penal; no existió controversia, ni nada que pudiera indicar que estaba viciada su imparcialidad, como para justificar que se les aparte de su juzgamiento. Recuérdese, apenas citó los hechos relatados por la Fiscalía desde la acusación.

Finalmente, ordenó el envío del proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.

## CONSIDERACIONES

1. Teniendo en cuenta que la actuación penal que origina el presente pronunciamiento se rige por los lineamientos del sistema penal acusatorio, esta Sala de conformidad con el artículo 58A de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 83 de la Ley 1395 de 2010, es competente para dirimir de plano acerca del impedimento manifestado por tres magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, luego de haber sido declarado infundado por el magistrado en turno, doctor Juan Carlos Cardona Ortiz.

2. La finalidad del régimen de los impedimentos y las recusaciones no es otro que la satisfacción de la garantía fundamental de 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 y 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 éstas 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 imparcial<sup>3</sup>.

Los anteriores son los parámetros que han de gobernar el examen de las apreciaciones expuestas por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, Edilberto Antonio Arenas Correa y Nancy Ávila de Miranda, de conformidad con la manifestación de impedimento y la causal que aducen para separarse del conocimiento del asunto.

3. Los manifestantes plantearon la circunstancia prevista en el numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, el cual reza:

Artículo 56. Son causales de impedimento.

(...)

6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar. (Negrilla fuera de texto)

La declaración de impedimento al amparo de la causal invocada, corresponde a aquellos juicios de valor y de ponderación jurídica y probatoria que tienen lugar en el mismo

escenario de la actuación y que, de soslayarse, permitiría que el servidor público se ocupara de aspectos sustanciales acerca del tema medular objeto de controversia, razón para que el ordenamiento procesal disponga la obligación de separar del conocimiento posterior al funcionario que dictó la providencia cuya revisión se pretende.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha advertido que:

(...) [L]a causal 6ª impeditiva, en la hipótesis regulada en su parte segunda, esto es cuando el funcionario judicial “hubiere participado dentro del proceso”, se estructura siempre que, como lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala, la intervención precedente haya sido trascendente o sustancial, en otras palabras, cuando el juez compromete su criterio de tal modo que no contará con la debida serenidad y ecuanimidad para decidir la nueva controversia puesta a su consideración (...)4.(Negrilla fuera de texto)

En ese orden, para el análisis de esa circunstancia es necesario “... evaluar en cada caso concreto cuál fue el conocimiento que del diligenciamiento tuvo el mismo en el transcurso del trámite a su cargo y examinar si con las labores adelantadas o las decisiones adoptadas comprometió o emitió concepto que no garantice su imparcialidad.”5.

4. En el caso bajo examen, el fundamento de la providencia de 18 de septiembre de 2014 se circunscribió al objetivo de determinar si de la descripción fáctica planteada en el escrito de acusación era viable predicar la ocurrencia del delito de acoso sexual.

Si bien los funcionarios que conformaron la Sala de Decisión, al descartar la ocurrencia de esa conducta punible, también manifestaron que “... ocurrió un acto sexual, tocó a la menor en la vagina y le exhibió el pene...”, esa afirmación, realizada con fundamento en el escrito de acusación y sin consideración a los elementos probatorios que luego fueron practicados en el juicio, no inhibe su intervención en el presente

asunto.

Tampoco puede habilitarse la causal de impedimento por la circunstancia de que los manifestantes hubieren participado dentro del proceso, dado que en la referida decisión no se expusieron juicios de valor respecto de la responsabilidad penal del acusado.

En ese orden, se observa que los motivos de censura formulados por la Fiscalía contra el fallo de 1.º de marzo de 2016, proferido por el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro, no han sido abordados por los magistrados Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, Edilberto Antonio Arenas Correa y Nancy Ávila de Miranda y, por ende, no puede predicarse un conocimiento previo del asunto que habilite la causal de impedimento alegada.

5. Así las cosas, como en este evento no se estructuró el impedimento alegado, ya que los aspectos puestos a consideración de los manifestantes no fueron abordados en el auto de 18 de septiembre de 2014, el mismo se declarará infundado, por lo que deberán conocer de la apelación formulada por la Fiscalía contra el fallo de 1.º de marzo de 2016, proferido por el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro.

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 magistrados Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, Edilberto Antonio Arenas Correa y Nancy Ávila de Miranda, integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

Segundo: DEVOLVER la actuación a su lugar de origen.

Tercero: Contra el presente auto no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Conformada por los magistrados Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, Edilberto Antonio Arenas Correa y Nancy Ávila de Miranda.

2 Se resalta que el funcionario que adoptó la decisión no fue quien improbo el preacuerdo.

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

4 CSJ AP, 2 diciembre. 2008, rad. 30888, reiterado en CSJ AP, 31 julio. 2013, rad. 41808.

5 CSJ AP, 05 agosto 2013, rad. 41807,