

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

AP4706-2018

Radicación n.º 53856

Acta n.º 371

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre las manifestaciones efectuadas por los magistrados JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA y EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, quienes separadamente se han declarado impedidos para conocer en segunda instancia el presente proceso, el cual arribó en apelación contra la providencia AEP00005 del 14 de agosto del año en curso, por medio de la cual la Sala Especial de Primera Instancia declaró la nulidad de lo actuado y ordenó devolver la actuación a la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 13 de mayo de 2016, el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia presentó escrito de acusación por medio del cual le atribuyó a Robinson Sanabria Baracaldo el delito de fraude procesal, a título de autor, el cual, según su teoría del caso, habría cometido cuando se desempeñaba como Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito Judicial y Jefe de la Unidad Nacional para la Investigación de Funcionarios de la Rama Judicial.

2. En la audiencia de formulación de acusación, que se realizó el 12 de septiembre de 2016 y en la que no se plantearon causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades ni se hicieron observaciones al escrito de acusación, el Fiscal Delegado varió la adecuación típica del comportamiento, manteniendo su base fáctica. En consecuencia, en ese acto endilgó a Robinson Sanabria Baracaldo la perpetración del punible de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, en calidad de autor.

3. La audiencia preparatoria se cumplió el 6 de marzo de 2017. En el curso de ella, las partes llegaron a un acuerdo en materia de estipulaciones probatorias, el cual fue presentado y aprobado. Así mismo, solicitaron la práctica de las pruebas requeridas en relación con los hechos materia de controversia, sin que ninguna de ellas ejerciera oposición a las pretensiones de la contraria. La Sala decretó la totalidad de las pruebas deprecadas tanto por la Fiscalía como por la defensa.

4. El juicio oral se celebró en tres sesiones, los días 5, 18 y 19 de septiembre de 2017. En la última de esas fechas, las partes e intervinientes alegaron de conclusión. En esa ocasión, la representante del Ministerio Público invocó la nulidad de lo actuado. La diligencia concluyó con el anuncio de que en próxima oportunidad la Sala emitiría su pronunciamiento.

5. Esa ocasión no llegó, pues mediante providencia del 25 de julio de 2018 se ordenó remitir la actuación, por competencia, a la Sala Especial de Primera Instancia.

6. El 24 de agosto, la Sala antes mencionada, mediante el proveído AEP00005, resolvió declarar la nulidad de lo actuado, por considerar que “(...) una vez modificada la imputación jurídica, era necesario acreditar las condiciones de procesabilidad exigidas por el legislador para continuar con la actuación. Como así no se hizo, el trámite surtido quebranta el debido proceso (...)”. En consecuencia, ordenó devolver la carpeta a la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, “(...) con el fin de que examine la existencia y la vigencia de la querella y actúe conforme con las normas pertinentes”.

7. La providencia fue leída en audiencia celebrada el 4 de septiembre del año en curso. En su contra interpusieron reposición y, en subsidio, apelación el Fiscal Delegado y el defensor, aunque su desacuerdo fue solo parcial.

8. Con el pronunciamiento AEP00012 del 19 de septiembre de 2018, la Sala Especial de Primera Instancia no repuso su proveído y concedió los recursos de apelación subsidiariamente interpuestos. La decisión se dio a conocer en audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2018.

9. Recibido el proceso para conocimiento en segunda instancia, el mismo fue repartido, el 26 de septiembre, al magistrado JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, quien el 9 de octubre se declaró impedido. Para el efecto, adujo como motivo el hecho de haber participado o intervenido en el proceso con anterioridad, toda vez que con su participación se realizaron “(...) las audiencias de acusación, preparatoria y se desarrollaron todas las sesiones dispuestas para agotar el juicio oral” (fol. 7 y 8).

En tal virtud, en la audiencia de acusación “(...) se enteró de los hechos, de las conclusiones obtenidas con base en los elementos materiales probatorios (...). Además hubo conocimiento de las pruebas descubiertas (...)”. Por tanto, “(...) me informé de los argumentos que estructuraban la tesis de la Fiscalía (...)”. (fol. 8).

A su vez, en la audiencia preparatoria, “(...) se cumplió con el deber de oír, escrutar, analizar y formarse el juicio o criterio que constituye el fundamento de la actual convicción y decisión, a fin de decidir sobre la exclusión o rechazo de las pruebas en el juicio” (fol. 9). Si a esto se suman las diez estipulaciones probatorias presentadas, se puede concluir que “(...) se contaminó el juicio para llegar a tomar una decisión posterior, a través de la fijación de conceptos obtenidos en esta instancia, impidiéndome ser juez de segundo grado al verse intervenido en estas diferentes actuaciones resultando pre-instruido por el conocimiento obtenido allí” (fol. 9).

Por último: “Lo anterior se consolida por las tres sesiones de la audiencia de juicio oral (...)” (fol. 9).

Arguyó que, de esa manera, se ve afectada la imparcialidad, pues ésta “(...) parte del supuesto de que el juez no ha sido contaminado (...)” (fol. 10). Y en este caso lo fue, ya que con el “(...) desarrollo de cada una de las audiencias se fue valorando y forjando un criterio para analizar si se podía reafirmar o rechazar la hipótesis planteada por la Fiscalía (...)” (fol. 10). En resumen, no es independiente el juez que “(...) tiene criterios en segunda instancia con base en información que personalmente obtuvo en el trámite de la primera instancia en torno a los problemas jurídicos dispuestos a definirse” (fol. 10).

10. El proceso pasó, el 10 de octubre de 2018, al despacho del magistrado que sigue en turno. Posteriormente, se sumó al impedimento el doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, exponiendo fundamentos similares a los de su colega y añadiendo:

(...) en la medida en que las partes intervenían en la audiencia de acusación, preparatoria y de juicio oral, se iba haciendo la valoración y construyendo el criterio de decisión, por lo que esa formación de conceptos para emitir decisión se obtuvo en la primera instancia y no es dable ahora en segunda instancia utilizar ese conocimiento y juicio para resolver como juez de segundo grado.

La imparcialidad no solamente se afecta por el hecho de dictar una providencia, también se afecta la objetividad con participar en el acto procesal en el que se dan los insumos para formar el criterio para adoptar la decisión y esta es precisamente la situación que se presenta en el asunto sub judice.

CONSIDERACIONES DE LS CORTE

1. Como el presente proceso se rige por la Ley 906 de 2004, los impedimentos deben tramitarse en la forma indicada por el artículo 58 A, adicionado a dicho cuerpo normativo por

el artículo 83 de la Ley 1395 de 2010, que, en lo pertinente, dispone:

Impedimento de magistrado. Del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la Sala respectiva, (...).

Si el magistrado fuere de la Corte Suprema de Justicia y la Sala rechazare el impedimento, la decisión de ésta lo obligará. En caso de aceptarlo se sorteará un conjuez, si a ello hubiere necesidad.

2. El motivo impediante alegado se encuentra previsto en el artículo 56-6 de la Ley 906 de 2004, así:

Causales de impedimento. 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. (...). (Se subraya).

3. Al respecto, la Sala tiene decantado, de manera pacífica y consistente, lo siguiente:

Frente a esta causal, la Sala tiene establecido que la comprensión de este concepto no debe asumirse en sentido literal sino que es preciso que esa intervención, para que adquiera un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud del funcionario. Su actividad dentro del proceso, debe haber sido esencial y no simplemente formal¹, de fondo, sustancial, trascendente, que lo vincule con la actuación puesta a su consideración de tal manera que le impida actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él esperan no solamente los sujetos procesales sino la comunidad en general. (CSJ AP, 6 jun. 2007, rad. 27385).

(...) no cualquier contacto con la situación fáctica o jurídica conduce a comprometer su

objetividad. Una interpretación de esa naturaleza entorpecería la labor de administración de justicia y terminaría por aniquilar la intervención judicial. Es preciso constatar que en efecto el funcionario ha prefijado conceptos en torno al fondo del asunto que examina o ha proferido decisiones sustanciales sobre el mismo, que le impidan resolverlo o revisarlo con transparencia. (CSJ SP, 18 jun. 2008, rad. 29252).

De otra forma no se explicaría por qué, entre las numerosas situaciones que el artículo 96 de la Ley 906 de 2004 erige en motivos impedientes, la participación dentro del proceso se encuentre agrupada con el haber “dictado la providencia de cuya revisión se trata” o ser pariente “del funcionario que dictó la providencia a revisar”. Evidentemente, esa asimilación es indicativa de que la participación tuvo que haber sido trascendente; tanto como haber dictado la providencia de cuya revisión se trata.

4. Pues bien, las razones expuestas en los escritos de impedimento no se ajustan a esos presupuestos, por varios motivos:

4.1. El doctor JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA no intervino en la audiencia de formulación de acusación, pues según consta a folio 20 del cuaderno de primera instancia, el 12 de septiembre de 2016 se encontraba en “uso de permiso”.

Así mismo, dicho integrante de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tampoco asistió a la segunda y a la tercera sesiones del juicio oral porque, de acuerdo a las constancias procesales, los días 18 y 19 de septiembre de 2017 estuvo en “comisión de servicios” (fol. 43 vto. y 45 vto.).

Significa lo anterior que dicho togado no presenció toda la práctica probatoria ni escuchó los alegatos de conclusión.

Aunque sí estuvo presente en la audiencia preparatoria, esta estuvo exenta de controversias, pues ninguna de las partes solicitó la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de

los medios de prueba solicitados por la contraria. Igualmente, todas las pruebas deprecadas fueron decretadas, por haberse cumplido adecuadamente la carga de sustentar su conducencia, pertinencia y utilidad.

4.2. Por su parte, el doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER sí asistió a la formulación de la acusación y a la audiencia preparatoria, pero no estuvo presente en ninguna de las sesiones del juicio oral (5, 18 y 19 de septiembre de 2017) por presentar “excusa justificada” (folios 40 vto., 43 vto. y 45 vto.). Es decir que este togado no escuchó la exposición de la teoría del caso de la Fiscalía y de la defensa; no presencié la práctica probatoria; él tampoco fue receptor los alegatos de conclusión de las partes e intervinientes.

4.3. Como se anotó en otro pronunciamiento de la Sala, en los escasos actos procesales en que dichos magistrados sí estuvieron presentes la actuación se limitó a:

(...) dar órdenes destinadas al impulso del trámite de la actuación, como por ejemplo: correr traslado del escrito, conceder la palabra a las partes para que expresen causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y observaciones sobre el escrito de acusación, conceder la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación y fijar fecha para la audiencia preparatoria, etc. (...). (CSJ AP4382-2018, 3 oct. 2018, rad. 53669 y 53670).

5. En consecuencia, en su participación en el proceso no existe la trascendencia demandada por la causal de impedimento invocada, pues ni siquiera tuvieron conocimiento de la solicitud de nulidad cuya aceptación es hoy motivo de alzada.

Es más si uno de los magistrados que se han declarado impedidos no presencié en lo absoluto la práctica probatoria y el restante lo hizo solamente en forma parcial, no se explica cómo puede tener un juicio formado al respecto, cuando el juez sólo puede tener como pruebas “(...) únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia (...)” (art. 379 C. de P. P.) y los medios de prueba “(...) se apreciarán en conjunto (...)” (art.

380 ibídem).

6. Los precedentes citados por los funcionarios que pretenden apartarse del conocimiento del presente proceso presentan en su base fáctica diferencias sustanciales con las situaciones que aquí se examinan.

6.1. En primer lugar, si bien es cierto en el proveído CSJ AP, 8 jun. 2010, rad. 34295 la Sala consideró suficiente la actividad cumplida dentro del proceso por la funcionaria que declaró su impedimento para concluir que “(...) no es meramente formal, sino esencial circunstancia que la vincula de manera ineludible con la actuación puesta ahora a su consideración de manera que le impide actuar con la ecuanimidad, imparcialidad y ponderación, exigidas para la recta administración de justicia (...)”, también lo es que la misma no se limitó, única y exclusivamente, a “(...) la realización de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria (...)”, sino que se extendió a “(...) otros actos (...)”, pues como señaló la magistrada a quien a la postre se separó del conocimiento del proceso: “(...) mediante decisión del 14 de julio de 2009 negué la nulidad de la actuación por falta de competencia y (...) consideré que los hechos objeto de acusación tuvieron ocurrencia en la ciudad de Bogotá (...)”.

6.2. Por otra parte, en el pronunciamiento CSJ AP2464-2017, 19 abr. 2017, rad. 50073 el impedimento expresado por los magistrados integrantes de una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que se declaró fundado, se basó en que confirmaron la sentencia absolutoria dictada a favor de un acusado y a continuación les correspondía conocer la alzada de igual determinación respecto de otras procesadas por los mismos hechos. Precisamente, la decisión de la Corte se basó en que:

(...) la Corporación encuentra que en verdad el pronunciamiento emitido dentro del fallo proferido en el proceso seguido contra Carlos Andrés Cárdenas Gómez resulta trascendente y vinculante para el efecto de dilucidar la responsabilidad de las aquí procesadas Laura

Milena Moreno Ramírez y Jessy Mercedes Quintero Moreno. (CSJ AP2464-2017, 19 abr. 2017, rad. 50073. Se subraya).

7. Resumiendo: (i) “(...) no se presume la falta de imparcialidad, sino que debe ser evaluada caso a caso (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 168); (ii) efectuada dicha evaluación en este asunto no se advierte afectada la imparcialidad de los magistrados JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA y EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Luego entonces, sus manifestaciones de impedimento deben ser declaradas infundadas y, consiguientemente, debe ordenarse que el proceso regrese al despacho del primero de los togados mencionados, a quien le correspondió por reparto. Así se procederá.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. Declarar infundados los impedimentos manifestados por los magistrados JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA y EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER para integrar la Sala que habrá de conocer el presente proceso en segunda instancia.
2. Devolver el proceso al despacho del magistrado JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, a quien le correspondió por reparto, para lo pertinente.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 “Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sent. del 7 de mayo de 2002, rad.19300”.