

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

MAGISTRADA PONENTE

AP6156-2016

Radicación No.: 48848

Acta No. 293

Bogotá D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre el impedimento manifestado por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, dentro del proceso penal que cursa contra SILVERIO ALBERCIO PARRA ROJAS por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción agravado.

HECHOS

Así fueron reseñados por esta Corporación en anterior oportunidad:

Silverio Albercio Parra Rojas, en calidad de Fiscal Primero Especializado de Popayán, expidió resoluciones los días 23 de abril y 11 de mayo de 2009, disponiendo en el primer caso el archivo de las diligencias seguidas en contra de Hugo Mora Jurado, Iván Alzate Bolaños y Ronal Guerrero Checa, y, en el segundo, la entrega del dinero que les había sido incautado en un procedimiento llevado a cabo el 28 de junio de 2008, actuaciones tildadas como contrarias a la ley por la Fiscalía.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 28 de agosto de 2015, en audiencia celebrada ante la Juez Segunda Penal Municipal de Yopal (Casanare), la fiscalía formuló imputación en contra de SILVERIO ALBERCIO PARRA ROJAS, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción (artículo 413 del Código Penal), agravado, en concurso homogéneo y sucesivo. El imputado no se allanó a los cargos.

El 24 de noviembre de 2015, la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán presentó el escrito de acusación. Le correspondió a esa Corporación judicial adelantar la etapa de juzgamiento, que programó la audiencia respectiva para el 28 de abril de 2016.

Una vez instalada la vista de formulación de acusación, el apoderado del procesado, con fundamento en el artículo 457 de la ley 906 de 2004, propuso la nulidad de la actuación a partir de la formulación de la imputación, porque en su criterio, los cargos formulados al acusado no fueron ofrecidos de manera clara y precisa, en rigor de las exigencias de los artículos 286 y ss. de la Ley 906 de 2004.

En la misma audiencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán negó la solicitud de nulidad y esa determinación fue objeto de apelación por parte de la defensa. La alzada correspondió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en decisión CSJ AP4182 del 29 de junio de 2016 la confirmó integralmente.

2. Luego de que el expediente retornara a la Corporación a quo, el magistrado Jesús Alberto Gómez Gómez manifestó impedimento para continuar conociendo de la actuación. En ese sentido explicó, que luego de escuchar la acusación encontró que allí se hizo mención a una acción de tutela resuelta el 20 de agosto de 2008, de la cual fue ponente y donde además hizo un pronunciamiento de fondo sobre la legalidad del proceso, fallo del cual extrajo la fiscalía algunas afirmaciones para endilgarle el primer

prevaricato a PARRA ROJAS.

Agregó que «al afirmar [en el fallo de tutela] que el procedimiento tenía visos de legalidad, el procesado había sostenido lo contrario, y esos criterios estaban en tensión (sic)». Esa circunstancia impone su apartamiento del asunto, al amparo de la causal 4ª del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Dice que su ecuanimidad está comprometida, porque al establecer como legal la incautación de elementos dentro de una de las actuaciones desarrolladas en aquella oportunidad, se contraría el criterio según el cual, el fiscal SILVERIO PARRA ROJAS emitió las decisiones ahora tildadas como contrarias a derecho y que derivaron en el proceso penal en su contra.

Agregó que la opinión emitida fue ajena al proceso penal que en la actualidad se tramita contra PARRA ROJAS, pues se expuso en la demanda de tutela que impetró Hugo León Mora Jurado por la presunta afectación de sus derechos fundamentales. No obstante, en esa providencia se refirió «al allanamiento en flagrancia, el no control posterior de esa diligencia, la captura en flagrancia, el comiso, el acto ilegal a plena vista», siendo tal la razón para apartarse del conocimiento del asunto.

3. Los restantes integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán declararon infundado el impedimento propuesto por el magistrado Gómez Gómez porque, como pacíficamente ha señalado la Corte Suprema de Justicia, una opinión emitida en cumplimiento de sus deberes margina del conocimiento del asunto al funcionario, solo cuando haya dictado la decisión de cuya revisión se trata.

Además, en la aludida providencia de tutela «en nada hizo alusión a la eventual responsabilidad penal del hoy acusado, que pudiera tener efectos trascendentales en la decisión a tomar».

En consecuencia, ordenaron el envío del expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que dirima de plano la cuestión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo a lo establecido en el artículo 58A de la Ley 906 de 20041, a la Sala le asiste atribución para pronunciarse en relación con el impedimento propuesto, pues se trata de la manifestación que hace un Magistrado de Tribunal Superior, luego de haberse agotado el trámite previsto en la norma en comento.

La causal de impedimento invocada en este caso, prevista en el numeral 4º del artículo 56 del mismo Código, se presenta cuando «... el funcionario judicial haya... manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso».

Adujo el Magistrado Jesús Alberto Gómez Gómez, que está impedido para conocer del proceso penal que cursa contra SILVERIO ALBERCIO PARRA ROJAS porque en el año 2008 emitió un fallo de tutela en el cual se pronunció sobre la incautación de los bienes que el procesado, en su calidad de fiscal, ordenó posteriormente devolver a Hugo León Mora.

Según indicó, en el fallo que suscribió en esa oportunidad emitió un juicio sobre la legalidad de las actuaciones que desarrollaron funcionarios de policía judicial en las diligencias de registro y allanamiento excepcional que se llevaron a cabo en la vivienda de Mora Jurado. Dijo entonces, que tales actividades fueron válidas y no vulneraron el debido proceso del allí accionante.

Ahora, como la fiscalía acusó a PARRA ROJAS por ordenar la devolución, al parecer de forma irregular, de los elementos incautados en aquella oportunidad, dice que su criterio y ecuanimidad se ven comprometidos.

No obstante, ha expuesto la Corte de forma pacífica que no toda opinión ajena al proceso origina una circunstancia impeditiva. Tampoco la configura aquella que expresa el juez en ejercicio de sus funciones, pues «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» (CSJ AP4977 - 2014). La única excepción a tal regla es que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata.

Del mismo modo, la actividad natural y razón de ser de los funcionarios judiciales es dictar decisiones en las que, por supuesto, plasman su criterio sobre determinado asunto. Por ello, el cumplimiento de tal deber no puede constituir por sí mismo una causal de impedimento para conocer otros procesos en el futuro (CSJ AP4074 - 2016).

Además, se dijo en CSJ AP, 9 de septiembre de 2009, Rad. 32439 que:

... no basta para su configuración que el funcionario la enuncie vaga, genérica y abstractamente, no es suficiente que se limite a manifestar que expresó su opinión o que dio su parecer respecto de la cuestión debatida o haga cualquier otra análoga aseveración. Es necesario, por lo menos, que precise en qué consistió dicha opinión, sobre qué materia versó, y tenga relación directa con aspectos fundamentales que se debaten en el proceso, pues no toda opinión, así esta tenga algunos nexos con cuestiones que posteriormente atraen el examen judicial, puede implicar un anticipada visión del caso o una apreciación que resta libertad de análisis. (Negrillas fuera del texto original).

Entonces, no cualquier actuación anterior es la llamada a provocar que el funcionario se separe del proceso. La causal invocada se materializa, excepcionalmente, sólo cuando la opinión previa configura en sí misma un juicio adelantado sobre la nueva decisión que

debe adoptar.

Ese es el caso que se presenta en este asunto, pues en el fallo de tutela el Magistrado Gómez Gómez sí comprometió su criterio, como se pasa a explicar mediante la contrastación de algunos apartes del fallo de tutela, con la exposición que se hizo en la acusación de las determinaciones tildadas de prevaricadoras:

FALLO DE TUTELA

ACUSACIÓN

Se acató el contenido del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal porque “se hizo audiencia preliminar para la legalización de elementos materiales probatorios con fines de comiso”.

El fiscal procesado ordenó el archivo de la actuación “al estimar que no hubo flagrancia y los capturados no eran los propietarios del inmueble en donde estaban.”

Además, “la flagrancia justifica la falta de orden de allanamiento por razonables motivos de urgencia y ante la necesidad de interrumpir la comisión de delitos”

“También afirmó que no se había levantado acta de la diligencia de allanamiento y por eso procedía la exclusión de los elementos materiales probatorios y la evidencia física”

Indicó además que “Si la norma no obligaba en casos de allanamiento en flagrancia a realizar un control posterior, no hay violación al debido proceso”.

“se había hecho un allanamiento sin orden judicial, por lo que las actuaciones se tornaban irregulares y en tal medida no contaba con elementos materiales probatorios para adelantar la correspondiente acción penal”.

Es de agregar que en la acusación proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán se hizo mención al fallo de tutela del cual fue ponente el magistrado Jesús Alberto Gómez Gómez, frente al cual se dijo que lo «había desconocido» aun cuando allí se decidió «que no hubo violación al debido proceso por parte de la Fiscalía, dejando sin piso los argumentos que llevaron al archivo».

Cabe aclarar, que si bien las determinaciones por las cuales se inició el proceso penal contra el fiscal SILVERIO PARRA ROJAS son posteriores a la emisión del fallo de tutela al que hace alusión el Magistrado, desde aquella oportunidad se había comprometido su criterio, pues al calificar de legal la actuación de policía judicial en sede de amparo, es seguro que mantenga su postura ahora, cuando se juzga al mencionado fiscal por haber expuesto que aquella actuación fue irregular.

Entonces, como la opinión que emitió el Magistrado en ejercicio de sus funciones tiene relación con aspectos que se debaten dentro del proceso penal que cursa contra el mencionado funcionario, se hace imperioso declarar fundado el impedimento por él formulado y en consecuencia, se dispondrá separarlo del conocimiento del asunto.

Se dispondrá, además de lo anterior, devolver el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

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

RESUELVE

1. DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el Magistrado Jesús Alberto Gómez Gómez, integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, para conocer de este asunto. Por tanto, será separado del conocimiento del mismo.
2. DEVOLVER inmediatamente las diligencias al Tribunal de origen.
3. Contra esta decisión 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 Del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la sala respectiva, quienes se pronunciarán en un término improrrogable de tres días.

Aceptado el impedimento del magistrado, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuez. Si no se aceptare el impedimento, tratándose de Magistrado de Tribunal Superior, la actuación pasará a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.