

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

AP6690-2015

Radicación nº 47031

(Aprobado Acta No. 395)

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015).

VISTOS

Sería del caso que la Corte se pronunciara sobre el impedimento manifestado por el doctor Jorge Eliécer Mola Capera, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, para conocer la apelación interpuesta contra el fallo absolutorio proferido a favor de TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS, quien había sido acusado por los delitos de concierto para delinquir agravado, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación; si no fuera porque no están dadas las condiciones para emitir decisión en el presente asunto.

HECHOS

Según la resolución de acusación, entre el 2004 y 2006 «se presentaron al parecer irregularidades en varios procesos de contratación» celebrados por el municipio de Soledad (Atlántico), uno de los cuales, suscrito el 25 de febrero de 2005,

«fue producto de concierto para delinquir entre funcionarios de la Alcaldía de ese municipio, la contratante [Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales -CONALDE-], el procesado GÓMEZ ARIAS y miembros del Frente José Pablo Díaz de las autodefensas, entre ellos su comandante Edgar Ignacio Fierro Flórez, alias “Don Antonio”».

ANTECEDENTES RELEVANTES

Por tales acontecimientos, el 24 de agosto de 2006, el ente acusador ordenó la iniciación de investigación previa y posteriormente la apertura de instrucción, con ocasión de la cual TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS fue escuchado en diligencia de indagatoria. Al resolver su situación jurídica, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

El 28 de julio de 2013, la Fiscalía 28 Especializada de la Unidad Nacional contra el Terrorismo - Estructura de Apoyo Parapolítica, dictó resolución de acusación contra el prenombrado, como coautor de los punibles de concierto para delinquir agravado, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

Apelada dicha decisión, el 20 de noviembre del mismo año fue aclarada por la segunda instancia, en el sentido de indicar que los dos últimos delitos referidos fueron presuntamente cometidos por el encartado en calidad de determinador, y confirmada en lo restante.

En la fase de juzgamiento, el proceso fue asignado al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Barranquilla. Durante el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, la defensa, entre otras, elevó una solicitud de nulidad, que en su criterio se configuró por cuanto el concierto para delinquir contenido en la acusación debió imputarse en la modalidad simple, no la agravada.

Con auto del 12 de mayo de 2014, el despacho resolvió varias peticiones de las partes, incluyendo la que se acaba de reseñar, que fue denegada.

La representación judicial del procesado promovió la impugnación vertical contra este interlocutorio, la cual fue resuelta el 14 de agosto siguiente por la Sala Penal del Tribunal de la ciudad referida. Dicha colegiatura consideró que la calificación jurídica contenida en el proveído acusatorio era errada, pues en su concepto el concierto para delinquir debió imputarse en la modalidad simple, no la agravada; al tiempo que ninguno de los delitos fue cometido a título de coautoría, sino que el primero lo fue en grado de autoría, y los de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, en condición de complicidad. A renglón seguido, expuso que el punible contra la seguridad pública se encontraba prescrito, y ello, sumado a la «propuesta de corrección de la acusación que acabamos de hacer», implicaba que no estaban dados los requisitos para imponer medida de aseguramiento intramural, por lo que la sustituyó por detención domiciliaria.

El representante del ente instructor interpuso demanda de tutela alegando vulnerados sus derechos fundamentales con la providencia reseñada. Culminado el trámite respectivo, mediante proveído CSJ STP, 16 Oct 2014, Rad. 76251, esta Corporación concedió el amparo deprecado, en consecuencia dejó sin efectos la decisión confutada y ordenó al accionado que emitiera otra «conforme a derecho y atendiendo a las consideraciones de este fallo».

En cumplimiento de dicho mandato, el Tribunal emitió un nuevo auto en el que no incluyó las consideraciones anteriormente referidas, ordenó que el procesado fuera nuevamente conducido a un centro penitenciario para cumplir la medida de aseguramiento, y adoptó otras decisiones relacionadas con solicitudes probatorias y de nulidad.

Una vez retornó el plenario al despacho de conocimiento, tras la culminación de la audiencia de juzgamiento, el 28 de julio de 2015 fue proferida sentencia absolutoria a favor del encartado. El Ministerio Público y la Fiscalía interpusieron el recurso de apelación.

Pocos días después de que el expediente arribara al cuerpo colegiado de segundo nivel, el delegado del organismo acusador recusó a los Magistrados Jorge Eliécer Mola Capera, Julio Ojito Palma y Jorge Eliécer Cabrera Jiménez, quienes integraron la Sala de Decisión que emitió las determinaciones anteriormente aludidas. Alegó configurada la causal 4ª de impedimento contemplada en el artículo 99 del estatuto penal del 2000 («que el funcionario judicial [...] haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso»), y en sustento, indicó que en la primera de dichas providencias, se incurrió en prejuzgamiento, concretamente, al concluir que la conducta endilgada al acusado no era congruente con la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía.

Frente a lo anterior, el 22 de septiembre último, el primero de los magistrados mencionados concedió la razón al memorialista, por lo que se declaró impedido para decidir la alzada, y ordenó remitir el plenario al despacho que le sigue en turno.

Con auto del 8 de octubre posterior, los otros dos magistrados referidos declararon infundado el impedimento manifestado por su colega. Tras reseñar los criterios jurisprudenciales para determinar si se configura o no la causal impeditiva invocada, los estimaron incumplidos, por lo que remitieron las diligencias a la Corte para que dirimiera la controversia.

CONSIDERACIONES

Según lo establece el artículo 103 de la Ley 600 de 2000, estatuto adjetivo bajo cuya égida se rige el presente asunto, la Corporación es competente para resolver sobre las

manifestaciones de impedimento manifestadas por magistrados de los tribunales superiores, cuando no sean aceptadas por los restantes miembros de dichos cuerpos colegiados.

No obstante, debe recordarse que el doctor Jorge Eliécer Mola Capera se declaró impedido en respuesta a la recusación formulada por la Fiscalía respecto de éste y otros dos magistrados, quienes, como se verá a continuación, incumplieron el procedimiento legalmente establecido.

En efecto, aunque los institutos del impedimento y la recusación comparten ciertas características, el trámite al que deben someterse no es exactamente el mismo. Las disposiciones normativas aplicables a uno y otra, teniendo en cuenta que los funcionarios implicados en este caso pertenecen a un tribunal superior, son las siguientes:

ARTICULO 103. IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO. Del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la sala respectiva. Aceptado el impedimento del magistrado, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuéz. Si no se aceptare el impedimento, tratándose de magistrado de tribunal superior, se pasará el proceso a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.

ARTICULO 104. IMPEDIMENTO CONJUNTO. Si la causal de impedimento se extiende a varios integrantes de la Sala, el trámite se hará conjuntamente.

ARTICULO 106. ACEPTACIÓN O RECHAZO DE LA RECUSACIÓN. Si el funcionario judicial recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento. En caso de no aceptarse, se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano, si la recusación versa sobre magistrado decidirán los restantes magistrados de la sala.

Ahora bien, el estatuto adjetivo del 2000 define el procedimiento a seguir cuando la manifestación de impedimento se produce conjuntamente por un número plural de miembros de una sala de decisión; pero no hace lo propio respecto de las recusaciones que se proponen con relación a todos sus integrantes. Empero, por vía jurisprudencial se ha establecido el trámite que debe regir estos casos, así:

... [T]ampoco en el Código de Procedimiento Penal de tendencia inquisitiva aparece regulada la manera en la que debe tramitarse y decidirse la recusación formulada contra la totalidad de los Magistrados que integran una Sala de Decisión de Tribunal Superior.

Por tal razón y conforme el criterio de la Sala citado en precedencia [CSJ AP, 09 Mar 2015, Rad. 45537], lo viable es acudir, con fundamento en el principio de remisión establecido en el artículo 23 de esa codificación, a lo dispuesto en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido es esencialmente idéntico al del artículo 143 del Código General del Proceso, que sí regula dicha situación:

«La recusación de un magistrado o conjuer la resolverá el que le siga en turno en la respectiva sala, con observancia de lo dispuesto en el inciso anterior, en lo pertinente.

Si se recusa simultáneamente a dos o más magistrados de una sala, cada uno de ellos deberá actuar como se indica en el inciso 3°, en cuanto fuere procedente. Corresponderá al magistrado que no fue recusado tramitar y decidir la recusación.

Si se recusa a todos los magistrados de una sala de decisión, cada uno de ellos deberá proceder como se indica en el inciso 3°, siguiendo el orden alfabético de apellidos. Cumplido esto corresponderá al magistrado de la siguiente sala de decisión, por orden alfabético de apellidos, tramitar y decidir la recusación». (CSJ AP, 21 Jul 2015, Rad. 46402).

Conforme a la providencia en comento, cuyo criterio se ratifica en esta oportunidad,

por virtud de la integración normativa, cuando se formule una recusación que involucre a la totalidad de una sala de decisión de un tribunal superior, cada uno de dichos funcionarios debe manifestar si la acepta o no, y acto seguido remitir el diligenciamiento a la sala que siga en turno, (que de ser necesario puede ser conformada por conjueces), para que allí se resuelva definitivamente sobre el asunto.

En el sub examine, el trámite que se acaba de describir no fue respetado. Frente a la recusación presentada por la Fiscalía respecto de los Magistrados Jorge Eliécer Mola Capera, Julio Ojito Palma y Jorge Eliécer Cabrera Jiménez, el primero de ellos optó por declararse impedido y enviar el expediente a los otros dos. Estos últimos tenían el deber de indicar si aceptaban o no los argumentos del ente acusador y remitir el expediente a la siguiente sala en turno, pero en vez de ello, declararon infundado el impedimento expresado por su colega.

Por lo tanto, el procedimiento al que debía someterse la recusación no se llevó a cabo adecuadamente, pues dos de los funcionarios en los que recayó nunca expresaron su acuerdo o inconformidad con aquella manifestación; y en lugar de enviar el asunto al juez plural llamado a resolverlo, asumieron una competencia que no tenían y desestimaron las razones invocadas por el otro magistrado para apartarse del conocimiento de la alzada.

Además de lo anterior, debe señalarse que aunque de manera indebida el presente incidente fue tramitado como un impedimento, en realidad se trata de una recusación, por lo que la Corte no tiene competencia para emitir decisión alguna, pues según se vio, este tipo de asuntos deben resolverse por otros integrantes de la misma corporación a la que pertenecen los funcionarios recusados.

En tales condiciones, la Colegiatura no tiene otra opción que abstenerse de emitir pronunciamiento alguno, y en vez de ello, ordenar el retorno del plenario al Tribunal de

origen, para que allí se surta el trámite de la recusación propuesta por la Fiscalía, conforme a lo expuesto en este proveído.

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

RESUELVE

1. ABSTENERSE de emitir pronunciamiento alguno, de conformidad con lo expuesto en la motivación.
2. DEVOLVER las diligencias al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

Cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria