

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP062-2019

Radicación N°. 54400

Acta 6

Bogotá D. C., dieciséis (16) de enero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la manifestación de impedimento impetrada por el Magistrado ÁLVARO ARCE TOBAR, integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, dentro del proceso penal que cursa contra Néstor Hugo Ninco Pascuas por la presunta comisión del delito de falsedad material en documento público.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Ante el Juzgado 2° Penal del Circuito de Neiva se adelantó proceso penal contra Néstor Hugo Ninco Pascuas, donde mediante decisión del 26 de octubre de 2018 se profirió sentencia condenatoria al hallarlo responsable de la conducta punible de falsedad material en documento público, por lo que le fue impuesta la pena principal de prisión de 64 meses y 80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se le concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.
2. La decisión fue apelada por la defensa de Ninco Pascuas, y la alzada correspondió por

reparto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, en donde fue asignada al magistrado Álvaro Arce Tovar el 15 de noviembre de 2018.

3. El 23 de noviembre de la pasada anualidad, a través de agente oficioso Néstor Hugo Ninco Pascuas interpuso Hábeas Corpus.

Sustentó la acción constitucional en que la sentencia no ha cobrado ejecutoria, por lo que aún goza de la presunción de inocencia, dado que el recurso de apelación fue concedido en el efecto suspensivo y no en el devolutivo y no hubo pronunciamiento alguno en la audiencia de sentido de fallo realizada el 1° de diciembre de 2017 respecto a la necesidad de privarlo de la libertad.

La petición de amparo constitucional fue negada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva, quien argumentó:

... si el juez omite hacer una manifestación respecto a la libertad del procesado en esa oportunidad, como aquí ocurrió; de todas formas, al momento de dictar sentencia, el togado no sólo está facultado, sino obligado a hacer efectiva la sanción, sin que requiera la firmeza del fallo, pues desde ese momento la detención busca el cumplimiento de la pena.

4. Ante la negativa de la solicitud de Hábeas Corpus se presentó recurso de apelación mismo que decidió en segunda instancia el despacho del Magistrado ARCE TOVAR quien resolvió confirmar la decisión tomada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva.

5. El 30 de noviembre de 2018, el Magistrado ÁLVARO ARCE TOVAR manifestó que se encuentra incurso en la causal contemplada en el numeral 6 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, toda vez que conoció del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de no acceder a la pretensión de Hábeas Corpus, donde realizó una valoración sobre uno de los temas de la impugnación, esto es, la captura del sentenciado Ninco Pascuas para el

cumplimiento de la pena, aspecto que está inescindiblemente vinculado con el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Explicó que lo que pretende Néstor Hugo Ninco Pascuas es que se revoque en su totalidad la sentencia calendada 26 de octubre de 2018 y en su lugar se dicte fallo absolutorio y de manera subsidiaria la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación.

Además, señaló que al decidir el recurso de apelación contra la decisión tomada en el trámite de Hábeas Corpus se vio afectada su ponderación y ecuanimidad.

6. Sobre la manifestación impeditiva se pronunciaron los demás integrantes de la Sala, mediante auto del 5 de diciembre de 2018, declarándola infundada, al considerar que el impedimento que invoca el Magistrado ARCE TOVAR no se ajusta a los lineamientos del citado numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 dado que esta causal se configura cuando se ha tenido un conocimiento previo del asunto.

En otras palabras, el impedimento se presenta cuando el funcionario ha intervenido dentro del proceso objeto de estudio, lo cual no ocurre en el caso particular, en atención a que no existe pronunciamiento de su parte frente a la sentencia condenatoria, pues si bien es cierto existió un pronunciamiento, fue dentro de una acción de Hábeas Corpus donde se discute la libertad y no sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado.

Además, expusieron que al revisar el escrito de Hábeas Corpus, el tema sobre el cual gira es “específicamente en lo relacionado con el cumplimiento de la pena, es decir la internación en su lugar de residencia para empezar a purgar la pena impuesta”, en cambio en el proceso penal se trata de “estudiar si las pruebas practicadas demuestran la materialidad del delito endilgado al acusado y si este es responsable del mismo” los cuales no se trataron en la acción constitucional.

En consecuencia, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004 ordenó remitir el asunto a esta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. 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 integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva.

2. El instituto de los impedimentos fue consagrado por el legislador con el fin de garantizar el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Se busca con él, que el funcionario judicial actúe con rectitud, ecuanimidad, independencia e imparcialidad en la actuación sometida a su conocimiento. Tales prerrogativas, naturalmente, resultan inherentes al debido proceso.

También se ha expuesto que la finalidad de ese instituto «es garantizar que el funcionario judicial no se encuentre afectado por factores externos que puedan viciar su parcialidad al momento de resolver determinado asunto, y en caso que ello se presentara, le corresponde apartarse cuando alguna de las causales taxativamente señaladas se acredite» (CSJ AP3699 – 2016).

3. El Magistrado ÁLVARO ARCE TOVAR manifestó su impedimento para conocer de la actuación, con base en la causal prevista en el numeral 6º de la Ley 906 de 2004, que se configura cuando «... 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 consaguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.».

Afirma el funcionario, que la causal invocada se materializa, porque conoció en segunda instancia de la acción de Hábeas Corpus invocada a través de agente oficioso por parte de Ninco Pascuas, lo cual afecta su imparcialidad dado que “tendría un criterio definido sobre

uno de los temas cuya revocatoria se demanda”, es decir, la captura del sentenciado para el cumplimiento de la pena.

Sin embargo, para los demás integrantes del Tribunal Superior de Neiva la referida circunstancia no constituye impedimento, porque si bien es cierto hubo un pronunciamiento dentro de la acción constitucional, no ha habido uno sobre la sentencia condenatoria que fue apelada.

Frente a dicha causal de impedimento ha señalado esta Corporación que:

[...] es necesario que en cada caso particular y concreto los funcionarios judiciales –jueces y magistrados- expliquen cuáles son las razones por las cuales su imparcialidad, su ecuanimidad, su independencia o su equilibrio podrían afectarse frente a cada uno de los implicados, por el hecho de haber participado ya en el proceso.

El género de argumentación que se exige, incluye especificar las circunstancias o condiciones en que se produjo la participación del funcionario judicial en el proceso original o en alguno de los procesos derivados por la ruptura de la unidad procesal; y si la actividad del Juez –individual o colegiado- se extendió ya a la valoración de elementos probatorios o de información susceptible de convertirse en prueba, se precisa indicar cómo y de qué manera las apreciaciones anteriores inciden en el ánimo del juzgador al conocer el asunto en ocasiones posteriores, frente a cada uno de los implicados o situaciones concretas por resolver.

De lo anterior se extrae que este particular motivo de impedimento sólo opera cuando se trata de una verdadera participación del funcionario dentro de la actuación, entendida como la intervención con entidad suficiente para comprometer la imparcialidad y criterio del servidor judicial, lo cual impone evaluar en cada caso concreto cuál fue el conocimiento que del diligenciamiento tuvo aquél en el transcurso del trámite a su cargo y, a la vez, examinar si con las labores adelantadas o las decisiones adoptadas comprometió o emitió concepto

que no garantice su imparcialidad². (Subraya fuera de texto).

Aclarado lo anterior y para efecto de determinar si en el presente caso se configura la causal de impedimento manifestada por el Magistrado ARCE TOVAR, debe partir la Sala del recurso de apelación presentado por el defensor de Ninco Pascuas contra la decisión adoptada por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Neiva en donde se le declaró responsable del delito de falsedad material en documento público.

El defensor según indicó el Magistrado ARCE TOVAR solicitó en su alzada se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a Ninco Pascuas o en su defecto se declare la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación³.

Ahora como fundamento del impedimento, el Magistrado ARCE TOVAR señaló que conoció de la segunda instancia de la acción de Hábeas Corpus que fue presentada por Néstor Hugo Ninco Pascuas, a través de agente oficioso, en donde según expuso:

... al versar el problema jurídico examinado de si la privación de la libertad de NINCO PASCUAS al proferirse la sentencia, vulnera la presunción de inocencia con la orden de privación en su propio domicilio para el cumplimiento de la sanción, la respuesta es no, toda vez que obedeció al hecho de impartirse en su contra una decisión de condena, que si bien se encuentra recurrida, no significa que desaparezca la presunción de veracidad y acierto que ampara a toda decisión judicial, hasta tanto no se desvirtúe por una autoridad superior.

Sobre el particular, evidencia la Corporación, que es desatinado el impedimento que presentó el Magistrado ALBERTO ARCE TOVAR, toda vez que, de acuerdo con lo informado, no ha participado en el proceso adelantado contra el accionante Ninco Pascuas, de donde se infiere que erró en la casual invocada.

Ahora, si en gracia de discusión se analizara la causal impeditiva a la luz del numeral 4° del

artículo 56 de la Ley 906 que reza “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”.

(Subraya fuera de texto), tampoco sería de recibo puesto que nada tiene que ver la opinión que emitió el Magistrado ARCE TOVAR en ejercicio de sus funciones al conocer en segunda instancia de la acción constitucional, ya mencionada, que por demás no es vinculante para efectos del recurso de apelación que debe resolver, pues en aquella oportunidad se limitó a calificar las razones por las cuales no existía una prolongación ilegal o ilícita de la libertad que motivara el Hábeas Corpus, lo demás no fue analizado de fondo, no valoró las pruebas, ni un análisis de fondo; en otras palabras, no existió una intervención por parte del funcionario que pudiese afectar su imparcialidad o criterio.

De ahí que nada tiene que ver esa decisión con el recurso de apelación presentado por el defensor de Néstor Hugo Ninco Pascuas dentro del proceso penal que adelantó en su contra por el delito de falsedad material en documento público.

Con tal panorama, concluye la Sala que no se configura la causal invocada, por lo que se declarará infundado el impedimento planteado por el Magistrado ALBERTO ARCE TOVAR, integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 3.

RESUELVE

1°. DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por el Magistrado ÁLVARO ARCE TOVAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°. DEVOLVER de inmediato el expediente al Tribunal de origen.

3°. Contra esta determinación no procede recurso alguno.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 ARTÍCULO 58A. IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO. 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.

2 CSJ, SP, 3 de jun 2007, rad. 27497, reiterada CSJ SP, 5 ago de 2013, rad. 41807.

3 Cfr. folio 50 del cuaderno del Tribunal.