

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP1352-2019

Radicación n.º 54983

Acta n.º 95

Bogotá, D.C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala se pronuncia sobre el impedimento manifestado por el Magistrado Álvaro Valdivieso Reyes, integrante de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 1º de febrero de 2019, mediante el cual el Juzgado 31 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, negó la nulidad solicitada dentro de la actuación seguida en contra de Felipe Arturo Laverde Concha y otros, por los presuntos delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceros, interés indebido en la celebración de contratos y falsedad ideológica en documento público.

ANTECEDENTES

1. Según se establece del escrito de acusación, con fundamento en un informe de la

Contraloría General de la República, de fecha 15 de febrero de 2016, en el que se advertía acerca de posibles irregulares manejos y actos de corrupción en las contrataciones realizadas para desarrollar la modernización de la Refinería de Cartagena S.A. (REFICAR S.A.), se conoció que servidores públicos y particulares direccionaron la contratación en beneficio de la compañía Chicago Bridge and Iron (CB&I), por lo que se pretermitió la realización de un proceso de selección para adjudicarle dos contratos EPC (Engineering, Procurement and Construction) 2007 y 2010 bajo la modalidad contractual de costos reembolsables, sin que CB&I tuviera la capacidad financiera y experiencia en proyectos de esta naturaleza.

Así mismo, REFICAR S.A. y CB&I celebraron cuatro acuerdos denominados MOA (Memorandum of Agreement) y PIP (Project Invoicing Procedure), que dieron lugar a la apropiación ilegal en favor de CB&I de recursos públicos.

2. Por las circunstancias fácticas descritas, en sesiones celebradas el 25, 26 y 27 de julio de 2017, ante el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación así: a Felipe Arturo Laverde Concha interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación en favor de terceros y enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceros; a Orlando Cabrales Martínez, Pedro Alfonso Rosales Navarro y Phillip Kent Asherman interés indebido en la celebración de contratos; a Reyes Reinoso Yanez peculado por apropiación en favor de terceros, enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceros y falsedad ideológica en documento público; a Masoud Deidehban interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación en favor de terceros y enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceros y; a Carlos Alberto Lloreda Silva peculado por apropiación en favor de terceros y falsedad ideológica en documento público.

3. El escrito de acusación fue radicado el 30 de noviembre de 2017 por el Fiscal 27 Especializado contra la Corrupción con sede en la ciudad de Bogotá.

La actuación le correspondió al Juzgado 31 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, ante el cual se dio inicio a la audiencia de formulación de la acusación el 30 de mayo de 2018.

Es así que, en sesión del 28 de enero de 2019 la defensa técnica del procesado Felipe Arturo Laverde Concha, elevó solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, inclusive, con fundamento en lo establecido en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, esto es, por violación del derecho de defensa y debido proceso en aspectos sustanciales, al considerar que la imputación y, por contera, el escrito de acusación, no contienen una relación completa y clara de los hechos jurídicamente relevantes. Pedimento que fue coadyuvado por algunos de los defensores.

El 1º de febrero de 2019 el despacho cognoscente se pronunció en forma desfavorable frente a la pretensión de nulidad. Inconforme con la decisión, la defensa apeló.

4. El conocimiento de la impugnación fue asignado por reparto al Magistrado Álvaro Valdivieso Reyes de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien el 5 de marzo del año en curso, invocó la causal de impedimento prevista en el numeral 1º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

En concreto, advirtió que su yerno, el doctor Javier Iván Alfonso García se desempeña como Abogado de Asuntos Laborales en la Vicepresidencia Administrativa de REFICAR en la ciudad de Cartagena, por lo que tiene un interés en la presente actuación procesal, no solo por fuerza de su desempeño profesional en el nivel directivo de la mencionada empresa, sino por sus lazos de amistad, solidaridad, jerarquía y compromiso con la planta gerencial y de representación institucional, amén del propósito de preservación del buen nombre de la compañía de la cual forma parte.

Lo anterior, habida consideración que al proceso han sido vinculados, entre otros, varios directivos de REFICAR S.A., particularmente, Orlando José Cabrales Martínez en su condición

de presidente, Felipe Arturo Laverde Concha como asesor legal de la vicepresidencia de Refinación y Petroquímica de ECOPETROL y, luego como vicepresidente jurídico de REFCAR, así como Pedro Alfonso Rosales Navarro, miembro de la junta directiva de la citada empresa.

5. El 11 del mismo mes, la Sala mayoritaria resolvió no aceptar el impedimento manifestado por el Magistrado integrante de esa Sala de Decisión, al considerar que la pertenencia como empleado de una determinada empresa no conlleva per se, un impedimento para el juez, menos cuando, el doctor Alfonso García es abogado en asuntos laborales y no hace parte de la cúpula directiva de la firma, ni tiene relación alguna con los temas contractuales que circunscriben la acusación.

En tal sentido, se resaltó que los gestos de solidaridad humana que genere el ser sujeto pasivo de una acción estatal punitiva, no puede traducirse en causal de impedimento, porque tal consideración implicaría ampliar en forma indefinida y subjetiva los márgenes de la circunstancia contemplada en la norma invocada para apartarse del conocimiento del asunto.

Por lo demás, se advirtió que el procesamiento de ciertas y determinadas personas, no enseña que el doctor Javier Iván Alfonso García obtenga alguna utilidad, o sufra algún menoscabo por el simple hecho de desempeñarse profesionalmente en la planta de personal de una de las vicepresidencias, cuyo director no se halla involucrado en la investigación, además, cumpliendo labores ajenas a las que constituyen el *factum* de la inculpación en contra de aquellas.

6. Finalmente, se dispuso la remisión del proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que se dirima de plano la cuestión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con el artículo 58A de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 83 de la Ley 1395 de 2010, esta Sala es competente para pronunciarse respecto del impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal Superior, cuando, como en el sub examine, dicha manifestación ha sido declarada infundada por el resto de integrantes de la respectiva sala de decisión.

2. Los motivos específicos constitutivos de impedimento o recusación se estatuyeron en desarrollo del principio de imparcialidad, con el fin de garantizar al conglomerado social que el funcionario judicial llamado a resolver el conflicto jurídico solventado a través del proceso es ajeno a cualquier interés distinto al de la recta administración de justicia.

Por contera, la manifestación de impedimento debe ser un acto unilateral, voluntario, oficioso y obligatorio ante la convergencia de cualquiera de las causales que de modo taxativo contempla la ley para negarse a conocer de un determinado asunto y, por lo mismo, debe estar soportada dentro de los cauces del postulado de la buena fe, por cuanto el instituto no debe servir para entorpecer o dilatar el transcurso normal de la actuación penal ni para sustraerse, indebidamente, de la obligación de decidir.

Al respecto, esta Sala ha señalado de manera pacífica y reiterada que la manifestación de impedimento está sujeta a la particular discreción de quien la declara, pero 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 estas 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 imparcial¹.

CASO CONCRETO

Expone el Magistrado Álvaro Valdivieso Reyes, que se

encuentra impedido para conocer de la apelación formulada contra el auto mediante el cual se negó la nulidad solicitada dentro de la actuación seguida en contra de Felipe Arturo Laverde Concha y otros, por los presuntos delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceros, interés indebido en la celebración de contratos y falsedad ideológica en documento público; con fundamento en lo indicado en el numeral 1° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, cuyo tenor reza:

Artículo 56. Son causales de impedimento.

(...)

3. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.

En relación con la causal alegada, de antaño la jurisprudencia de la Sala ha sido insistente en precisar que:

[E]s aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del proceso.²

Adicionalmente, en pronunciamiento CSJ AP, del 25 de enero de 2004, radicado 22016, se expresó lo siguiente:

2.3 Entre las diversas acepciones que en la lengua castellana tiene la palabra interés, el Diccionario de la Real Academia Española³, define las siguientes:

- . “Provecho, utilidad o ganancia”
- . “Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona o narración que le atrae o conmueve.”
- . “Intereses creados: Ventajas, no siempre legítimas, de que gozan varios individuos, y por efecto de las cuales se establece entre ellos alguna solidaridad circunstancial. Úsase más frecuentemente en mala parte para designar este linaje de intereses en cuanto se oponen a alguna obra de justicia o de mejoramiento social.”

De ahí que, corresponde al recusante o quien se declara impedido por tener interés en la actuación procesal, facilitar los medios para que la autoridad que ha de resolver la cuestión se forme una idea precisa con relación a los componentes objetivos y subjetivos de ese interés.

Vale decir, se trata de dilucidar si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad. (Énfasis fuera de texto).

Así las cosas, resulta claro para la Sala que el objetivo del legislador, al vincular el interés en el proceso con la causal de impedimento, está orientado a garantizar la objetividad, así como la imparcialidad, y, en todo caso, la probidad del juez frente al desenlace de la actuación.

De tal manera, si el fallador, por ejemplo, se ubica

cerca de alguna de las partes, pierde precisamente la condición de imparcialidad, que supone, ante todo, su ubicación de lejanía y equidistancia en relación con los enfrentados.

Sin embargo, puede suceder también que familiares del funcionario judicial, a pesar de no ser contendientes en determinado asunto, tengan una expectativa manifiesta por la forma en que ha de resolverse el mismo, por cuanto eventualmente serían beneficiados o perjudicados, lo que, sin lugar a dudas, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del proceso.

3. Al analizar los argumentos expuestos por el Magistrado para apartarse del conocimiento de las diligencias, se vislumbra que es genérica y abstracta, en tanto no descubre de manera explícita y, menos, respalda en serios elementos de juicio la posible utilidad o menoscabo, de cualquier índole, que le traería la solución del asunto objeto del recurso en una forma determinada al doctor Javier Iván Alfonso García, al punto de llegar a comprometer la imparcialidad del juzgador.

De este modo, se vislumbra que tal afirmación es insuficiente para advertir la configuración la causal invocada, toda vez que el interés expresado no supera lo difuso si se tiene en cuenta que no se exteriorizan las circunstancias que en el fuero interno del magistrado, conducirían a que se inclinará en determinado sentido frente a la situación que le corresponde resolver dentro del juicio penal que involucra a varios directivos de la firma REFICAR S.A., sumado lo cual, se precisa señalar que el vínculo existente entre el doctor Alfonso García y la mencionada empresa, se circunscribe a su desempeño como Abogado en Asuntos Laborales de la Vicepresidencia Administrativa, lo que desvirtúa cualquier nexo de causalidad con los asuntos de naturaleza contractual materia de acusación.

En ese orden, se recalca, no se avizora que la sola condición de profesional vinculado laboralmente a la firma REFICAR S.A., pregonable del doctor Javier Iván Alfonso García, se traduzca en algún interés particular, específico e individualizable con la entidad de afectar el cabal desempeño y alta tarea de administrar justicia de quien tiene a su cargo la resolución de asuntos que atañen a la situación jurídica de los ciudadanos que están siendo procesados penalmente, particularmente, por hechos que escapan a la órbita de competencia y funcional del cargo desempeñado por el doctor Alfonso García.

4. En suma, el impedimento expresado en esta oportunidad no se apoya en razones ni elementos de juicio válidos que permitan concluir sin dificultad alguna que concurre una circunstancia actual, cierta y concreta con la capacidad de colocar en entredicho la objetividad de quien lo puso de presente.

5. Ante tales circunstancias, resulta improcedente configurar la causal de impedimento invocada, por lo cual se declarará infundada.

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

RESUELVE

Primero: DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por Magistrado Álvaro Valdivieso Reyes, integrante de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Segundo: DEVOLVER la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para lo de su cargo.

Tercero: Contra esta decisión no proceden recursos.

Comuníquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 CSJ SP, 19 Oct. 2006, rad. 26246.
- 2 CSJ AP1129-2018, reiterando CSJ AP2518-2016, CSJ AP, 17 jun. 1998, rad. 14104; CSJ AP, 21 en. 2003, rad. 15100 y CSJ AP, 24 en. 2007, rad. 23.542.
- 3 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1984.