

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP640-2020

Radicación N° 56609

Aprobado acta No.47

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020).

1. V I S T O S

Se decide sobre el impedimento manifestado por los Magistrados de la Sala Eugenio Fernández Carlier y José Francisco Acuña Vizcaya, para conocer del recurso de apelación que interpuso el defensor de JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO contra la sentencia condenatoria proferida por la Sala Especial de Primera Instancia.

2. A N T E C E D E N T E S

2.1 El 21 de noviembre de 2017, un delegado de la Fiscalía General de la Nación radicó ante la Sala de Casación Penal escrito de acusación contra JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y concusión.

2.2 Con la presencia de los dos Magistrados que se declaran impedidos, la Sala de Casación Penal realizó la audiencia de formulación de acusación el 5 de marzo de 2018.

2.3 Y, el 28 de mayo de 2018 inició la audiencia preparatoria continuándola en 4 sesiones posteriores todas realizadas en el mes de junio siguiente -los días 12, 14, 19 y 26-. Hasta ese momento, las partes habían solicitado sus pruebas y, asimismo, presentado las respectivas oposiciones (inadmisibilidad, rechazo y exclusión).

2.4 Mediante auto del 19 de julio de 2018, se ordenó la remisión del proceso, por competencia, a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, creada por el Acto Legislativo 01/2018.

2.5 Esa Sala Especial continuó la audiencia preparatoria y la restante etapa de juzgamiento, al final de la cual, el 17 de octubre de 2019, profirió sentencia mediante la cual condenó a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y concusión.

2.6 El defensor interpuso recurso de apelación para ante la Sala de Casación Penal, cuya secretaría recibió el proceso el 15 de noviembre de 2019.

2.7 El 16 de diciembre siguiente, los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y José Francisco Acuña Vizcaya declararon, de manera conjunta, que se encontraban impedidos por haber participado en el proceso -en las audiencias de formulación de acusación y la preparatoria-, a través de actuaciones que tienen «una incidencia sustancial, trascendente, en relación con la providencia de fondo que ha de proferirse».

2.8 En auto de ese mismo día, se ordenó recomponer el quorum de la Sala; por lo que, luego del respectivo sorteo, el 16 de enero de 2020 se posesionaron los conjuces Guillermo Angulo González y Alfonso Daza González.

3. C O N S I D E R A C I O N E S

3.1 Según lo dispuesto en el artículo 58A del C.P.P., la competencia para resolver sobre la manifestación de impedimento realizada por uno de los magistrados de la Sala de Casación Penal, reside en los demás miembros de esta.

3.2 La causal de impedimento que invocan los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y José Francisco Acuña Vizcaya, es una de las previstas en el numeral 6 del artículo 56 del C.P.P.: que el funcionario judicial «hubiere participado dentro del proceso».

Desde hace muchos años, inclusive cuando regía el artículo 99 de la Ley 600/2000 que en su numeral 6 consagraba idéntica causal; ha explicado la Corte que su literalidad debe interpretarse conforme a la teleología del instituto de los «impedimentos y recusaciones», que no es otra que la salvaguarda de la imparcialidad judicial. Por ende, no es cualquier participación la que excluye el posterior conocimiento del asunto por parte del juez, como si tal efecto operara de modo automático; sólo lo será la que pueda calificarse de sustancial o trascendente frente a la nueva función que en el proceso aquél cumplirá porque, en un evento tal, sí puede verse comprometida su ecuanimidad.

En efecto, en auto AP844-2019, mar. 6, rad 54787, que retomó lo dicho en el AP3369-2015, jun. 17, rad. 46167, el que, a su vez, reiteró la postura fijada desde las decisiones AP, feb. 18/2000, rad. 16190; AP, may. 7/2002, rad. 19300; y AP, jun. 6/2007, rad. 27385; la Corte precisó:

Relevante resulta precisar que el contenido de la expresión “que el funcionario judicial...hubiere participado dentro del proceso”, prevista en el numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, como causal de impedimento y recusación, no se trata, como a simple vista pareciere, de una presunción de impedimento, ni de un motivo que se active de

suyo o en forma objetiva, pues de tomarse en forma textual, literal y aislada del contexto procesal penal se llegaría a extremos que escapan a la finalidad de salvaguarda de la imparcialidad y «conduciría muy pronto a la anquilosis de los jueces profesionales que en lugar de ser los dispensadores de justicia por excelencia, tendrían que limitarse a recordar su pronunciamientos pero no para acendrarlos sino para entregar los procesos a quienes deben reemplazarlos, en sucesión que resultaría atrofiante». (AP, feb. 18/2000, rad. 16190)

«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 formal (AP, may. 7/2002, rad. 19300), 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» (AP, may. 7/2002, rad. 19300).

Con mayor concreción, en los autos AP1993-2015, abril 21, rad. 45833 (M.P. Eugenio Fernández Carlier) y AP1937-2018, may. 16, rad. 52599 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), se concluyó que la configuración del supuesto de hecho del impedimento requiere que el funcionario haya emitido «juicios de valor y de ponderación jurídica y probatoria con implicación en el criterio, objetividad e imparcialidad del funcionario», los que, agrega la segunda de tales providencias, «de soslayarse, permitirían que el servidor público se ocupara de aspectos sustanciales acerca del tema medular objeto de controversia».

3.3 Debe recordarse que los dos Magistrados que se declaran impedidos, como también los demás que integramos la Sala de Casación Penal, habían intervenido en el proceso seguido contra JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, así:

3.3.1 En la audiencia de formulación de acusación, en la que, como es natural, ellos conocieron la imputación -fáctica y jurídica- realizada por el delegado de la fiscalía, así como la relación de evidencias que este descubrió. En la misma, no hubo debates de fondo y, por consiguiente, tampoco decisiones sobre causales de nulidad, de incompetencia ni de impedimentos, menos aún otros relacionados con la existencia de las conductas punibles y/o con la responsabilidad -o inocencia- del acusado. Y,

3.3.2 En buena parte de la audiencia preparatoria, concretamente hasta la fase previa a la resolución de las solicitudes de prueba y de sus oposiciones. Durante esa diligencia, la Sala dispuso la suspensión de la primera sesión a solicitud del defensor, reconoció como víctima a la Contraloría General de la República y al apoderado que la representaría, aprobó las 38 estipulaciones probatorias, presenció la enunciación de los medios de conocimiento, interrogó al acusado sobre su culpabilidad/inocencia, escuchó las solicitudes de pruebas de las partes y sus posturas sobre inadmisiones, rechazos y exclusiones. Es de reiterar que ninguna determinación se alcanzó a adoptar sobre estos últimos debates.

3.4 Consideran los Magistrados que buscan separarse del asunto que en la audiencia de formulación de acusación se enteraron «de los argumentos que estructuraban la tesis de la Fiscalía..., en la que sostuvo la probabilidad que el imputado sea autor-responsable de los delitos por los que formuló cargos,...».

Además, que en la audiencia preparatoria, al tiempo que escuchaban los argumentos de las partes sobre pertinencia, conducencia, utilidad, rechazo y exclusión de las pruebas, se formaban el «criterio para decidir sobre las pretensiones probatorias... si era o no fundada la tesis del Fiscal o la Defensa,...», el que si bien no alcanzaron a plasmar en una decisión ya «quedó comprometido» para actuar como jueces de segunda instancia.

3.5 Como se puede advertir, en el curso del proceso penal seguido contra JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO, los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y José Francisco

Acuña Vizcaya no participaron en el debate ni, menos, en la aprobación de decisión alguna sobre aspectos sustanciales, limitándose sus intervenciones, así como la de los demás integrantes de la Sala, a cumplir los necesarios actos de dirección de las audiencias previas al juicio oral (acusación y preparatoria), durante las cuales, según se vio, la actividad procesal fundamental fue desarrollada por las partes.

En primera instancia, la participación de la Sala de Casación Penal, exclusivamente, les permitió conocer una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes -la acusatoria- y los medios de prueba que harían valer las partes para intentar apoyar aquélla -fiscalía- o para desvirtuarla -defensa-. Y, en lo que hace a las estipulaciones probatorias realizadas por las partes en la audiencia preparatoria, en igual sentido, las mismas constituían, hasta ese momento, el simple anuncio de hechos que aceptarían demostrados, sin controversia alguna, cuando se habilitara la oportunidad probatoria durante el juicio oral.

A lo sumo, podría aceptarse que la escucha de los argumentos de las partes sobre la pertinencia y utilidad de las pruebas que cada una descubrió, enunció y solicitó, permitía a los Magistrados ir formándose un criterio; sin embargo, el mismo era el propio del juicio de admisibilidad de los medios de conocimiento, como lo reconocieron aquéllos en la declaratoria conjunta de impedimento -«el criterio para decidir sobre las pretensiones probatorias de las partes»-, jamás el que sustentaría la definición del objeto del proceso que, en segunda instancia, ahora corresponde a la Sala.

En esas condiciones, la precomprensión que del asunto alegan los Magistrados se circunscribiría a las razones para admitir o no las pruebas solicitadas; por lo que, en gracia de discusión, esa intervención previa pudo haberlos impedido para conocer, por ejemplo, de la apelación contra la decisión que sobre aquéllas se adoptó en primera instancia. Pero, se reitera, esa participación no implicó una actividad procesal jurisdiccional que pudiera trascender al examen de la responsabilidad del acusado, el cual, como se sabe, debe fundarse en el análisis de las pruebas practicadas o incorporadas en el juicio oral, las que no

fueron presenciadas por los referidos funcionarios.

En últimas, durante las audiencias de formulación de acusación y la preparatoria, la Sala de Casación Penal no emitió «juicios de valor y de ponderación jurídica y probatoria con implicación en el criterio, objetividad e imparcialidad» para resolver los cuestionamientos que formula el defensor contra los fundamentos de la sentencia que condenó a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO.

3.6 Recuerdan los Magistrados que en el auto del 8 de junio de 2010 (rad. 34295), la Sala de Casación Penal admitió que la participación de una magistrada de Tribunal en las audiencias de formulación de acusación y preparatoria tenía la virtualidad de comprometer la ecuanimidad de aquélla para ejercer, después, la función de segunda instancia respecto de la sentencia.

Ya en el auto AP4706-2018, oct. 31, rad. 53856, que estudió una manifestación de impedimento de los mismos Magistrados, la Sala había aclarado que el caso invocado, es decir, el resuelto con el auto AP, jun. 8/2010, rad. 34295, no podía asimilarse a uno como el que ahora también se examina, porque en aquél la funcionaria involucrada había emitido un juicio sobre el lugar de ocurrencia del delito y sobre la validez de la actuación, situación que tampoco ocurre en el presente evento. Por ello, en razonamiento que conserva vigencia, la Corte explicó:

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 (...)".

3.7 Sea del caso advertir que la Sala de Casación Penal, con ponencia del mismo Dr. José Francisco Acuña Vizcaya, en el auto AP1937-2018 (rad. 52599), al inicio mencionado, consideró que ni siquiera un juez que había celebrado la audiencia preparatoria en su totalidad y que, por ende, llegó a decidir las solicitudes probatorias de las partes, no se encontraba impedido para conocer la apelación contra la sentencia condenatoria, siendo esta una intervención mucho más significativa que la realizada por los integrantes de la Sala en el proceso seguido contra JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO. En esa ocasión se explicó con acierto que:

... aun cuando el funcionario intervino en el proceso lo hizo solamente en la audiencia preparatoria y en esta, para decidir acerca del decreto de las pruebas, no le fue demandada función diferente a verificar la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios de conocimiento solicitados, esto es, establecer i) su relación directa o indirecta con los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, el fortalecimiento o decaimiento de su probabilidad, la identidad o responsabilidad penal del acusado, o la credibilidad de un testigo propuesto por la contraparte, ii) la permisibilidad de su práctica por la Ley; y, por último, iii) su aporte concreto al objeto de discusión.

No supuso ello, en momento alguno, una aproximación a su contenido ni menos la asignación de algún valor suasorio respecto de su aporte a la acreditación de la materialidad de la conducta punible o la responsabilidad penal de los acusados, por lo cual, en cuanto su intervención no implicó la realización de algún juicio de valor, no tiene configuración la circunstancia impeditiva.

3.8 Por último, en el auto AP4382-2018 (oct. 3) dictado en un radicado que es invocado por los dos Magistrados (53669), la Sala declaró infundado el impedimento manifestado por ellos mismos en otro asunto. Dicha decisión presenta similitud fáctica con la presente; por lo que, las consideraciones allá expuestas resultan ahora también pertinentes:

El hecho de que el juez conozca de antemano los insumos necesarios para tomar una decisión, no puede configurar una causal impeditiva, pues esta solo se consolida si se anticipa un criterio que comprometa su objetividad.

En este caso, no se encuentra cómo las actuaciones señaladas en precedencia, puedan empañar la objetividad e imparcialidad de la Sala y en particular de los Magistrados cuyo impedimento han expresado, en orden a examinar una providencia como la que fue objeto de impugnación, sobre todo, cuando al revisar las actas de las audiencias, a la luz de lo dispuesto en los artículos 339 y 356 del C. de P. P., ninguna de las decisiones allí adoptadas pueden entenderse como una opinión sobre el objeto del proceso, menos aún que se hayan referido a aspectos del debido proceso probatorio o a criterio alguno de la Sala sobre apreciación de los medios de conocimiento indicados por las partes, y no podía ser ello así por simple imposibilidad jurídica, ya que de aquellos apenas se estaba solicitando su incorporación cuya discusión le correspondió a la Sala de Primera Instancia.

(...).

Por otra parte, la Sala de Casación Penal tampoco se ve impedida por haber tramitado una fracción de la audiencia preparatoria. Si bien la actuación alcanzó a adelantarse hasta que las partes elevaron sus solicitudes probatorias y demandaron la exclusión de algunos medios de conocimiento, la Sala no emitió ninguna decisión al respecto; es decir, de ninguna manera adoptó ni expresó su posición en punto de tales cuestiones, se insiste.

3.9 Por las razones expuestas, se concluye que la participación de los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y José Francisco Acuña Vizcaya en el proceso de la referencia, durante el

curso de la primera instancia, no tiene la virtualidad de afectar la serenidad y la rectitud de ánimo, para intervenir en el debate y decisión del recurso de apelación que interpuso el defensor contra la sentencia que condenó a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS VALDIVIESO. Por tanto, la declaratoria conjunta de impedimento será rechazada.

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

4. R E S U E L V E

Rechazar el impedimento declarado por los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y José Francisco Acuña Vizcaya.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

GUILLERMO ANGULO GONZÁLEZ

Conjuez

ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

Conjuez

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 También lo ha hecho en AP3170-2019, ago. 6, rad. 55764; AP062-2019, ene. 16, rad. 54400; AP, jul. 31/ 2013, rad. 41808; AP, ago. 5/2013, rad. 41807; y AP, dic. 2/ 2008, rad. 30888; entre otros.

14