

Eugenio Fernández Carlier

Magistrado Ponente

AP069-2021

Radicado N° 57.866

Aprobado acta N° 06

Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

La Corte decide el impedimento manifestado por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta Edgar Manuel Caicedo Barrera, Juan Carlos Conde Serrano y Luis Guioivanni Sánchez Córdoba, para resolver el recurso la apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la sentencia de primera instancia de diciembre 13 de 2019, proferida por el Juzgado Primero penal del Circuito de esa capital, mediante la cual se absolvió a FABIÁN MOSQUERA BALLESTEROS, de la acusación por los delitos de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

ANTECEDENTES

Fácticos

El lunes 8 de agosto de 2016¹, en la transversal 17 con calle 2 A No. 538-6 (sic) de Cúcuta, Samuel Mendoza Cáceres, conocido “Chan”, se encontraba sentado en la puerta de su

negocio, cuando se acercó a una motocicleta que arribaba, con el fin de entregarle un dinero. No obstante, una vez recibido, el conductor identificado como “Tatuco”, sin mediar palabra, le disparó.

Producto de las labores de investigación, fue posible ubicar a Jhon Davinson Ramírez Rodríguez, testigo presencial de los hechos, quien el día de los hechos divisó a “Picapiedra” montado en una moto roja socialista y a “Tatuco” en una GN negra, mismo que, al llegar al negocio de “Chan”, sacó un arma y disparó.

Ese testigo mientras huía, asustado por las detonaciones, percibió que “Picapiedra” estaba esperando en la calle y al pasar “Tatuco”, éste gritó desde la moto “ya está hecho el trabajo”, momento en el cual “Picapiedra” arrancó y siguió en su moto a “Tatuco”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Procesales

1. El 6 de octubre de 2017, ante el Juzgado Segundo Municipal Penal con función de control de garantías de Cúcuta, se llevaron a cabo las audiencias preliminares en las que: se impartió legalidad a la captura del procesado; le fueron formulados los cargos de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, sin que se allanara a los mismos; y se le impuso al imputado medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. El 19 de febrero de 2018, ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta se celebró la audiencia de formulación de acusación.
3. El 14 de agosto de 2018 su surtió la audiencia preparatoria.
4. El 20 de marzo de 2019 finalizó la práctica probatoria del juicio oral y el 26 de abril

siguiente fue anunciado el sentido absolutorio del fallo.

5. Frente a la anterior determinación el ente acusador interpuso recurso de apelación, por lo que las diligencias fueron remitidas a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta.

5.1. El conocimiento de la alzada le correspondió al Magistrado Edgar Manuel Caicedo Barrera.

5.2. De manera conjunta con los Togados Juan Carlos Conde Serrano y Luis Guiovanni Sánchez Córdoba, el 10 de junio de 2020, los tres integrantes de la Sala se declararon impedidos para conocer la mencionada alzada, con fundamento en la causal 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Al respecto, afirmaron que la “causal de impedimento se configura por haber manifestado nuestra opinión sobre el asunto materia del proceso, al emitir fallo por los mismos hechos que aquí se juzgan, esto teniendo en cuenta que se trata de una conducta punible ejecutada al parecer por dos personas que fueron procesadas por aparte”.

Precisaron que “dentro del presente proceso, se busca se resuelva el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia absolutoria proferida en favor de FABIÁN MOSQUERA BALLESTEROS por el delito de homicidio agravado en concurso heterogéneo con el delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, en razón de lo que sucedió el día 8 de agosto de 2016, no obstante ello, en los hechos por los cuales resultó absuelto el acá procesado se vio involucrado (sic) PEDRO JOSÉ CASTRO ORTEGA, quien fue condenado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, mediante providencia del 31 de octubre de 2018 (...) sentencia que impugnada, fue confirmada por esta misma Sala Penal de Decisión, en providencia de fecha 25 de abril de 2019”.

Destacaron que en ese proveído “se hizo un análisis probatorio de las mismas evidencias que se tienen ahora que valorar en el caso de FABIÁN MOSQUERA BALLESTEROS, al punto

que la apelación de la Fiscalía tiene que ver con la valoración del testigo de cargo JHON DAVINSON RAMÍREZ RODRÍGUEZ que también fue testigo de cargo (sic) en el proceso mencionado” y que, en esa oportunidad, fue valorado por la Sala como un testimonio sin “inconsistencia o contradicción, por el contrario, al escuchar el audio contentivo de la versión, se constata una narración fluida y acompañada de riqueza circunstancial y descriptiva y muy precisa en los detalles no solo respecto de la ocurrencia de los hechos delictivos, sino también la intervención y el aporte de los coautores que atentaron en contra de la vida del señor Samuel

Mendoza Cáceres”.

Igualmente, en esa actuación, valoraron el testimonio de DUVER ARLEY PARRA VELÁZQUEZ, ofrecido por la defensa, sin concederle mérito suasorio, en razón del evidente interés por favorecer al procesado Castro Ortega.

En consecuencia, para los tres Magistrados, se configura la causal por ellos invocados, toda vez que “resolvimos el caso, analizando los mismos hechos y pruebas por los que hoy se absuelve a FABIÁN MOSQUERA BALLESTEROS, es decir, ya manifestamos nuestra opinión sobre el asunto materia del proceso”.

5.3. El 10 de julio de 2020, la Sala de Conjueces declaró infundado el impedimento manifestado por los Magistrados Caicedo Barrera, Conde Serrano y Sánchez Córdoba.

Con fundamento en decisiones de esta Corporación², precisó que “para que se configure la mencionada causal de “impedimento” es necesario “... evaluar en cada caso concreto cuál fue el conocimiento que del diligenciamiento tuvo el mismo en el transcurso del trámite a su cargo y examinar si con las labores adelantadas o las decisiones adoptadas comprometió o emitió concepto que no garantice su imparcialidad””.

Aclaró que, tratándose de opiniones emitidas en un proceso distinto a aquel en el que se

manifiesta el impedimento (procedencia excepcional), procede el impedimento, únicamente, cuando el funcionario anticipa conceptos puntuales por fuera de su competencia o con exceso de la misma, siempre que comprometan su criterio.

Con fundamento en las consideraciones realizadas por los Magistrados, en la sentencia de abril 25 de 2019, concluyó que “no existe una sola referencia, ni por superficial que fuera sobre FABIÁN MOSQUERA BALLESTEROS... el Tribunal no emitió opinión alguna sobre la participación criminal en la muerte del señor Samuel Mendoza Cáceres, por FABIÁN MOSQUERA BALLESTEROS. Advierte, que realiza un análisis integral de la versión dada por el testigo Jhon Davinson Ramírez Rodríguez, pero dicho análisis, en nada hace referencia sobre aspectos facticos y jurídicos, a tener en cuenta respecto a la coautoría en la comisión de delito por parte del sujeto Fabián Mosquera Ballesteros (alias Tatuco), pese a las múltiples oportunidades en que el testigo lo menciona”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Puntualizó que “las opiniones vertidas por los Magistrados en la mencionada sentencia no cumplirían las condiciones de relación y trascendencia con el proceso actual que se requerirían para poder considerarse como “pronunciamientos de fondo”, razón por la cual queda descartada la posibilidad de aceptar su manifestación conjunta de impedimento”.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en los artículos 57 y 58 A de la Ley 906 de 2004, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolver de plano el impedimento manifestado por Magistrados de Tribunal Superior, en aquellos eventos en los que no es aceptado, tal y como ocurre en el presente asunto.
2. Los atributos de imparcialidad y objetividad, en cabeza del juez llamado a resolver el conflicto, son elementos basilares del debido proceso y deben garantizarse, de manera

efectiva, en toda actuación penal.

Con ese propósito, el Legislador ha establecido puntuales y precisas circunstancias en las que el funcionario judicial debe ser separado del conocimiento del caso sometido a su consideración, bien de manera voluntaria o bien por iniciativa de alguna de las partes, en atención al compromiso y existencia de intereses propios, posturas precedentes, situaciones subjetivas u objetivas que le impiden adoptar una decisión ecuánime y ponderada que sea fiel y único reflejo de una recta administración de justicia.

Ahora bien, conviene reiterar que i) no cualquier circunstancia puede afectar la imparcialidad del operador judicial y ii) la configuración de aquellas que legalmente sí alteran dicha neutralidad no se encuentra supeditada a un juicio subjetivo que disimule una discrecional y prohibida elección de los asuntos que pueden ser decididos, pues al juez le está vedado elegir voluntariamente en qué asuntos ejercer sus funciones jurisdiccionales y a las partes seleccionar a su arbitrio al juzgador de su conveniencia o preferencia.

3. El numeral 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 contempla que: “son causales de impedimento (...) 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.”

Al ocuparse de dicha hipótesis normativa, esta Corporación ha tenido oportunidad de establecer⁴ que:

“(...) Ha sido posición recurrente de la Sala señalar que, no toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impediente, pues la que adquiere relevancia jurídica en esta materia es la emitida por fuera del proceso y de tal entidad o naturaleza que vincule al funcionario sobre el aspecto que ha de ser objeto de decisión. No es aquella opinión expresada por el juez en ejercicio de sus funciones, exceptuado el evento de ‘haber dictado la providencia cuya revisión se trata’, porque 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, procedimiento que ni la ley autoriza ni la lógica justifica”⁵

(...)

... si de lo que se trata es de relacionar que en otro proceso diferente se analizaron las mismas circunstancias fácticas y se verificó el valor de la prueba recogida en contra de otro de los procesados, es claro que lo realizado por los funcionarios se limita al estricto cumplimiento de sus funciones, en cuanto encargados de verificar en segunda instancia la justeza de lo decidido por el A quo De ninguna manera esa decisión judicial puede siquiera por analogía definirse como una “opinión” o “consejo”, para utilizar los términos consignados en la causal 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004. (...)

Postura que fue recientemente reiterada por esta Sala en los siguientes términos:

“... el hecho de tener que valorar ahora el testimonio de una persona frente a la cual ya lo hicieron en otro proceso, no es fundamento suficiente para separarlos del conocimiento del sub judice, por cuanto no debe perderse de vista que ello se presenta en actuaciones en donde se está ante procesados distintos, como también lo fueron las autoridades ante las cuales se depuso”⁶”⁷.

Así las cosas, se reitera (CSJ, SCP, AP4833-2018, rad. 53.269) que:

“(...) “la opinión debe ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso. Así: “Lo sustancial, es lo esencial y más importante de una cosa; en asuntos jurídicos, se identifica con el fondo de la pretensión o de la relación jurídico material que se debate. Se entiende que la opinión es vinculante cuando el funcionario judicial que la emitió queda unido, atado o sujeto a ella, de modo que en adelante no puede ignorarla o modificarla sin incurrir en contradicción. Y por fuera del proceso, significa que la opinión sea expresada en

circunstancias y oportunidades diferentes a aquellas que prevé la legislación procesal para el asunto del cual se debe conocer funcionalmente. (CSJ AP, 21 abr. 2004, rad. 22121)". De manera pues que no cualquier opinión tiene la virtualidad de separar al juez del conocimiento del asunto, sólo alcanzará esa fuerza aquella que por su entidad y naturaleza pueda comprometer su imparcialidad y ponderación, por constituir un acto de prejuzgamiento sobre el hecho que le corresponde decidir (CSJ AP 20 oct. 1992, rad. 7899)".

En ese orden de ideas, para los actuales fines, se insiste (CSJ, SCP, AP181-2020, rad. 56799) en que:

"(...) la opinión a la que se refiere la norma es la expuesta fuera del ejercicio de la labor jurisdiccional (procedencia general) o, en cumplimiento de ésta, pero emitida en un proceso distinto a aquel en el que se manifiesta el impedimento (procedencia excepcional), referida, en todo caso, al asunto en concreto sometido al conocimiento del juzgador y suficientemente relevante como para comprometer su imparcialidad (Cfr. CSJ AP, 13 Jul 2005, Rad. 23878 y CSJ AP, 10 Sep. 2014, Rad. 44356, entre otros)".

4. En este caso, los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta fundan su impedimento en el hecho cierto de haber confirmado, en abril 25 de 2019, una sentencia condenatoria por los mismos hechos en razón de los cuales se acusó a MOSQUERA BALLESTEROS y por los que fue absuelto, en primera instancia, en diciembre de la pasada anualidad, decisión en la que, al valorar la prueba recaudada, con especial referencia al relato del testigo presencial, emitieron su opinión de manera vinculante.

En los términos ya citados del reiterado criterio jurisprudencial en la materia, tal y como lo destacó la Sala de Conjuces, es claro que en el presente asunto no se configura el impedimento invocado, en la medida en que no es cierto que la valoración de unos medios suasorios comprometa de manera automática el criterio de los falladores, siempre que de lo

considerado no se desprendan razones para predicar la existencia de un prejuzgamiento, sesgo o parcialidad sobre la responsabilidad penal que ahora deben decidir.

En efecto, en sentencia de abril 25 de 2019, los Magistrados concluyeron que el relato del testigo RÁMIREZ RODRÍGUEZ resultaba atendible, en tanto había sido detallado, preciso, rico en datos, espontáneo, fluido, consistente y congruente, además de corroborado por la restante prueba testimonial.

No obstante, revisada la decisión, de lo considerado en esa sentencia no resulta posible extraer un argumento, planteamiento, idea o razón que anticipe una valoración cualquiera frente al compromiso penal de MOSQUERA BALLESTEROS, real o potencialmente lesiva de la imparcialidad con que deben valorarse los medios suasorios al desatar el recurso de apelación, al punto que ni siquiera es individualizado en esa oportunidad.

En otros términos, la valoración probatoria efectuada y las consideraciones realizadas por los tres Magistrados, en la sentencia de abril 25 de 2019, no constituyen una opinión sustancial, esencial, vinculante, constitutiva de prejuzgamiento, ni fueron suficientemente relevantes como para comprometer la imparcialidad en el caso de FABIÁN MOSQUERA BALLESTEROS.

La opinión a la que se refieren los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta fue manifestada en cumplimiento de sus deberes judiciales, empero no se constituyó en sí misma como un juicio adelantado sobre la nueva decisión que debe ser adoptada.

Corresponderá a esa Sala de Decisión, al tamiz de la sana crítica, analizar el mérito suasorio de cada probanza en el proceso específico del procesado, en las particulares condiciones fácticas, jurídicas y probatorias allí demostradas, pues no es cierto que si se comprobó que el testigo dijo la verdad o se apartó de la misma en determinada actuación, a la misma conclusión debe arribarse en todas sus declaraciones.

Así las cosas, no cabe duda que, en esta oportunidad, el impedimento manifestado debe declararse infundado, toda vez que los Magistrados pretenden separarse del proceso por haber valorado pruebas que hicieron parte de otro proceso previamente conocido y que también hacen parte de la presente actuación, mas tal labor se limitó al estricto cumplimiento de sus funciones y competencia al verificar la justeza de lo decidido en primera instancia.

Ese pronunciamiento no resulta equiparable a la noción de opinión prevista en la causal invocada, en términos vinculantes, sustanciales y esenciales, en la medida en que no se anticipó ningún juicio y puede procederse a una valoración probatoria imparcial y objetiva.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

RESUELVE

Declarar infundado el impedimento conjunto manifestado por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta Edgar Manuel Caicedo Barrera, Juan Carlos Conde Serrano y Luis Guiovanni Sánchez Córdoba, para conocer el recurso la apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019.

Devuélvase inmediatamente al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1 De conformidad con lo consignado en las sentencias i) de segunda instancia, de 25 de abril de 2019, del Tribunal Superior de Cúcuta, en el proceso adelantado en contra de Pedro Castro; y ii) de primera instancia, de 13 de diciembre de 2019, del Juzgado Primero Penal del Circuito en el proceso en contra de Fabián Mosquera, allegadas a esta actuación.

2 CSJ AP, 22 may. 2012, Rad. 38966; CSJ AP, 23 ene. 2013, Rad. 40467; CSJ AP, 17 abr. 2013, Rad. 41115; CSJ AP, 5 agosto. 2013, Rad. 41807; CSJ AP1086-2015, Rad. 45456; CSJ AP1592-2015; Rad. 45471; CSJ AP4483-2016, Rad. 48344; CSJ AP2982-2017, Rad. 50190; CSJ AP094-2018, Rad. 51743; CSJ AP213-2018, Rad. 50157; CSJ AP257-2018, Rad. 43271; CSJ AP1937-2018, Rad. 52599; CSJ AP4452-2018, Rad.

53911; CSJ AP062-2019, Rad. 54400; CSJ AP2047-2019, Rad. 55385; CSJ AP2720-2019, Rad. 55360,

3 Con ponencia del magistrado Luis Guiovanni Sánchez Córdoba.

4 CSJ, SCP, AP7756-2016, rad. 49206, 9 de noviembre de 2016.

5 CSJ, 16 may.2012, rad 38.872. CSJ, SCP, AP2712-2018, rad. 35215.

6 CSJ, 29 ago. 2012, rad. 39.732. CSJ, SCP, AP4074 - 2016; AP6742-2017, rad 51.374.

7 Ver también CSJ, SCP, AP1382-2017, rad. 49798.