

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado Ponente

AP2700-2023

CUI N° 110016000102201800031014

Radicación N° 63291

Acta No. 169.

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

1. Se deciden los impedimentos manifestados por la magistrada MYRIAM ÁVILA ROLDÁN y los magistrados CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO y JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO, para conocer el recurso de apelación formulado por el defensor de CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA, contra el auto emitido el 25 de enero de 2023 por la Sala Especial de Primera Instancia, mediante el cual negó el decreto de pruebas sobrevinientes solicitadas por esa parte en desarrollo del juicio adelantado con sujeción a la Ley 906 de 2004.
2. En sesión del 22 de febrero de 2021, ante la Sala Especial de Primera Instancia, la Fiscalía General de la Nación acusó a CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA, magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, como probable autor de concierto para delinquir, prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio, de conformidad con los artículos 31, inc. 1°; 340 inc. 3°; 405; 413 y 414 del Código Penal, con las circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58 núm. 1 y 9, de ese estatuto represor.

3. Los hechos expresados en el acto de acusación, en pretérita oportunidad, esta Sala los resumió así:

«1.2.1. Concierto para delinquir.

El magistrado CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA se concertó con ALDEMARO VARGAS GONZÁLEZ y la abogada KELLY ANDREA ESLAVA MONTES —con quien mantuvo relaciones afectivas y comerciales luego de que aquélla se desempeñara como judicante y empleada en el despacho de aquél— para hacer de los procesos contencioso administrativos a su cargo fuente de corrupción y objeto de sistemáticas violaciones a la ley, tanto por acción como por omisión, por lo que obtuvo ventajas económicas en favor suyo y de terceros.

Tratándose de procesos en curso, en condición de abogada litigante ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, KELLY ANDREA ESLAVA MONTES “reclutó” demandantes reconocidos dentro de los procesos asignados al magistrado VARGAS BAUTISTA. Para el efecto, la señora ESLAVA MONTES ejerció la representación judicial garantizando resultados favorables a las pretensiones de la parte demandante. En esos casos, los procesos fueron manipulados por CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA como magistrado ponente, a fin de mejorar las reclamaciones o garantizar el reconocimiento de las planteadas desde su génesis.

Asimismo, la abogada ESLAVA MONTES apoderó a nuevos clientes con ofrecimiento de resultados favorables, los cuales eran obtenidos por ilegal concesión del magistrado CARLOS ALBERTO VARGAS, a quien se le asignaban los procesos previa manipulación del reparto.

En ambas modalidades, el ilegal actuar del prenombrado funcionario judicial habría estado precedido de promesas remuneratorias y recibo de dineros por intermedio de ALDEMARO VARGAS y KELLY ESLAVA a fin de efectuar actos contrarios a sus deberes funcionales por omisión, así como para proferir múltiples decisiones judiciales contrarias a la ley, que

efectivamente favorecieron los intereses de los clientes de la organización criminal.

1.2.2. Prevaricato por omisión.

...[El] el aforado imputado habría omitido el deber de declararse impedido en múltiples procesos en los que evidentemente tenía que separarse del conocimiento de asuntos en los que su íntima amiga y socia comercial KELLY ESLAVA representaba judicialmente a la parte actora. Quebrantando el mandato contenido en los arts. 130 de la Ley 1437 de 2011, en conexión con los arts. 150 y 149 núm. 9 y 10 del C.P.C., el magistrado VARGAS BAUTISTA se abstuvo de manifestar su impedimento en el proceso N° 2500023360002012-01066 (caso “Humedal Jaboque”), en el que se demandó, entre otras entidades, a la EAAB y al DADEP, así como en procesos promovidos por la empresa Soporte Vital contra el Hospital Salvador de Ubaté, con radicados 2500023360002014-01318, 2500023360002014-01431, 2500023360002012-00184 y 2589933330012014-00900-01.

Los referidos procesos fueron tramitados y decididos de fondo con ponencias de autos y sentencias del magistrado VARGAS BAUTISTA —motivado por los propósitos ilícitos de la empresa criminal por él dirigida—, que al haber sido aprobadas mayoritariamente, se tornaron en decisiones desfavorables a las entidades demandadas.

1.2.3. Prevaricato por acción.

Adicionalmente, en el marco de corrupción en la que operaba la organización delictiva dirigida por el magistrado VARGAS BAUTISTA, éste adoptó múltiples decisiones en los referidos procesos, contraviniendo manifiestamente preceptos normativos aplicables en su resolución, a saber:

a) Auto del 21 de noviembre de 2013, emitido en el marco del proceso conocido como “Humedal Jaboque”. Mediante dicha determinación, “de manera ilógica y contraevidente”, actuando como ponente negó la suspensión del proceso por prejudicialidad, solicitada por el

representante del Ministerio Público, bajo el impensable entendido que las decisiones que debían adoptarse en la jurisdicción civil ordinaria no eran decisivas y definitivas para la actuación contencioso-administrativa.

En el referido proceso —de reparación directa—, asignado al aforado imputado por manipulación del reparto, los demandantes —incluida KELLY ESLAVA, por cesión de derechos litigiosos— pretendían ser indemnizados por el Distrito Capital, en cabeza de la EAAB y el DADEP, por abstenerse de comprar al demandante el predio La Providencia, afectado por demarcación de preservación ambiental según el Acuerdo N° 35 de 1999 del Concejo de Bogotá. Empero, en el Juzgado 35 Civil del Circuito de esta ciudad cursaba, pendiente de fallo, un proceso ordinario tendiente a anular los registros y títulos de propiedad derivados de una ilegal adquisición del inmueble por prescripción adquisitiva de dominio e ilícitos actos de compraventa posteriores.

En ese sentido, en la cuestionada decisión se negó la litispendencia mediante una “flagrante transgresión”, pues era evidente que, de decretarse la nulidad de la Escritura Pública N° 1082, JORGE ENRIQUE CORTES ROJAS (demandante en la reparación directa), quedaría sin legitimidad por activa para ser parte dentro de la actuación contencioso-administrativa, ya que decaería cualquier derecho a ser indemnizado por las entidades estatales demandadas.

b) Sentencia del 3 de abril de 2014, dictada dentro del proceso “Humedal Jaboque”. Este fallo se reputa manifiestamente ilegal por cuanto el magistrado sustanciador VARGAS BAUTISTA, aplicando una valoración probatoria del todo carente de plausibilidad, estimó que la acción de reparación directa no había caducado. En ese sentido, contraviniendo el art. 136-8 del Código Contencioso Administrativo, declaró no probada esa excepción, formulada por las entidades demandadas y condenó a la EAAB, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, al pago de \$64.215.801.333.

No obstante la claridad de las circunstancias fácticas a ese respecto, CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA encontró un mecanismo ilegal para salvar la acción del demandante y revivir el proceso, motivado en su interés corrupto de favorecer las millonarias pretensiones de KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, quien era i) parte dentro del proceso —por la cesión de derechos litigiosos—; ii) apoderada judicial del señor CORTÉS ROJAS y iii) integrante calificada del grupo criminal liderado por el propio magistrado, creado para traficar con fallos judiciales.

c) Sentencia del 12 de octubre de 2016, proferida dentro del proceso de reparación directa denominado “Soporte Vital”. Mediante esta decisión de fondo, arbitraria e ilegalmente se declaró judicialmente liquidado el contrato de alianza estratégica N° 01 de 2010, suscrito entre la ESE Hospital Salvador de Ubaté y Soporte Vital S.A., con un saldo de \$9.296.046.619 a favor del contratista, que debía ser pagado por la referida entidad a favor de la sociedad demandante, apoderada por la abogada ESLAVA MONTES.

La ilegalidad de la sentencia estriba en que el magistrado sustanciador se abstuvo de apreciar la prueba documental allegada al proceso 2500023360002014-01318, acumulado con el radicado 2500023360002014-01431, la cual no sólo permitía extraer el verdadero monto de la obligación contractual en la materia objeto de condena, sino que determinaba imposibilidad de que el tribunal decidiera de esa manera.

Sobre este último particular, se pasó por alto que el contrato suscrito entre el mencionado hospital y la referida empresa se estructuró bajo un negocio jurídico de alianza estratégica, regido por el derecho privado. Además, en la cláusula tercera del contrato se estableció que Soporte Vital sería remunerada a partir de los recursos (de la prestación del servicio público de salud) efectivamente recaudados.

1.2.4. Cohecho propio.

Como parte del acuerdo entre el magistrado CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA y la

abogada KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, se había pactado la entrega de sumas de dinero como pago por la manipulación y proferimiento de decisiones contrarias a derecho dentro de los procesos 2500023260002012-01066 [“Humedal Jaboque”] y 2500023360002014-01318 [“Soporte Vital”].

En desarrollo del acuerdo corrupto, KELLY ANDREA ESLAVA MONTES le entregó a su socio y amigo íntimo CARLOS VARGAS BAUTISTA sumas de dinero que fueron consignadas en la cuenta de ahorros de Bancolombia N° 41324267181, cuyo titular es ALDEMARO VARGAS GONZALEZ, amigo y socio del magistrado; en otras oportunidades, los recursos fueron depositados en las cuentas del aquí imputado.

Dentro del proceso conocido como “Humedal Jaboque”, se efectuaron pagos y/o consignaciones en la cuenta de ALDEMARO VARGAS en cuantía de \$125.800.000, estrechamente vinculados con el desarrollo del proceso, en virtud de lo cual cronológicamente se hacían consignaciones, a medida que se daban decisiones favorables a los demandantes.

En el marco del proceso de “Soporte Vital”, en la cuenta de ALDEMARO VARGAS se consignó un total de \$206.300.000, relacionados con el desarrollo de la actuación, según se fueron expidiendo decisiones beneficiosas a los clientes de la organización y a KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, pero que, además, resultan asociados con la interacción entre esos dos miembros de la organización criminal.»

4. Una vez celebrada la audiencia preparatoria en sesiones de 11 y 12 de mayo de 2021, y culminada en el juicio la fase probatoria inherente al ente acusador —dispuesta en auto de 24 de junio de 2021—³, tras recibirse un testimonio por solicitud de la defensa del acusado, su abogado deprecó autorizar la práctica de cuatro elementos de persuasión, de naturaleza documental, que calificó de “sobrevinientes”, y cuya conducencia y pertinencia, según puntualizó, estribaría, en esencia, en que desvirtuarían la materialidad del delito de

concierto para delinquir.

Esta pretensión fue negada con auto de 25 de enero de 2023, ahora pendiente de resolución frente al recurso de apelación del que fue objeto.

5. La actuación arribó a esta sede para el aludido trámite el 24 de febrero de 2023, por asignación previa, al despacho antes presidido por la doctora Patricia Salazar Cuellar, y una vez asumió en su reemplazo el doctor CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO, mediante auto de 20 de junio siguiente, él manifestó estar impedido para conocer este asunto, motivo por el que lo remitió al despacho regentado por la doctora MYRIAM ÁVILA ROLDÁN⁴, quien, igualmente, por auto del 10 de julio del año en curso, expresó que en ella concurría una causal que le impedía conocer la presente causa.

II. LAS MANIFESTACIONES IMPEDITIVAS

6. El doctor CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO solicitó ser relevado del conocimiento del proceso, con base en la causal de impedimento prevista en la Ley 906 de 2004, artículo 56, numeral 4°, bajo la hipótesis consistente en 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”, debido a que:

6.1. Previamente a ocupar el cargo de magistrado de la Sala de Casación Penal, cuando ejercía como abogado litigante, fue “defensor suplente” del exrepresentante a la Cámara, Néstor Leonardo Rico Rico, en un proceso penal que cursa ante la Sala Especial de Instrucción, bajo el radicado IE # 0091-2022, el cual, asegura, es “por los mismos hechos que fundaron la acusación” contra el aquí enjuiciado, “particularmente los que se enlistan en este asunto como Humedal Jaboque”.

6.2. Con ocasión de ese encargo profesional, indica, conoció la declaración vertida en ese

asunto por Kelly Andrea Eslava Montes, testigo de cargo en esta causa contra el aquí procesado VARGAS BAUTISTA, y respecto del contenido de ese elemento de persuasión, asegura, adoptó "...una postura sobre varios de los temas que la deponente mencionó en su declaración, particularmente, de cara a posibles inconsistencias en su dicho que, a la postre, podrían, eventualmente, comprometer mi criterio...".

6.3. Como "...ahora la defensa de VARGAS BAUTISTA busca, a partir de cuatro pruebas sobrevinientes es, en esencia, debilitar el testimonio de la mencionada...", y dado que en el ejercicio de la profesión "... emití ... como defensor suplente del parlamentario Rico Rico, una opinión sobre ... la credibilidad que ha de conferirse o no a la principal testigo del caso...", tal panorama muestra la configuración de la causal invocada, pues "...la opinión a la que me refiero significó conocer en detalle y desde la óptica de la defensa técnica, el contenido de una de las pruebas medulares que sustentan la acusación de la Fiscalía..." contra el aquí procesado; lo cual, a la hora de sopesar el valor suasorio de la misma "...podría implicar la anticipación de un criterio ... ligado a un supuesto relevante de la resolución del recurso de apelación que ahora debe decidir la Sala"5.

7. Por su parte, la doctora MYRIAM ÁVILA ROLDÁN adujo la causal prevista en la Ley 906 de 2004, artículo 56, numeral 6°, la cual prevé como motivo de impedimento que "...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 consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar", sustentada en las siguientes razones:

7.1. Precisó que cuando ejerció como Procuradora Tercera Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal, fue designada para intervenir, en primera instancia, en el radicado N° 00277, que corresponde al asunto contra CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA, y en tal condición recibió comunicaciones acerca de "...diferentes decisiones tomadas en el curso del proceso...";

7.3. Por último, señaló que el 1 de junio de 2020 asistió a la instalación de la audiencia de formulación de acusación, de cuyo escrito le corrió traslado la Fiscalía, diligencia que, agregó, fue suspendida con base en que "...las partes estaban pendientes por celebrar un preacuerdo...".

8. Cuando estaba en discusión el proyecto sobre la admisión de las referidas manifestaciones de impedimento, el doctor JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO, quien recientemente asumió el ejercicio de del cargo de magistrado de esta Sala Penal —en reemplazo del doctor José Francisco Acuña Vizcaya—, expresó que en él también concurría motivo de inhibición, pues en la fase de investigación y, concretamente, en la audiencia de imputación actuó como Fiscal Primero Delegado ante la Corte, razón por la cual se configura la causal prevista en la Ley 906 de 2004, artículo 56, numeral 12.

III. CONSIDERACIONES

9. De conformidad con lo previsto en el artículo 58A, inciso final, de la Ley 906 de 2004, estatuto procesal penal que rige el presente asunto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver las manifestaciones de impedimento realizadas por los magistrados que la integran.

10. Constituye decantado y reiterado criterio de esta Sala⁶ el inherente al linaje superior del instituto de los impedimentos y las recusaciones, derivado de lo previsto en la [Constitución Política](#) en sus artículos: 13, en cuanto garantiza a todas las personas igual ante la ley y de trato por parte las autoridades encargadas de aplicarla; 228, por cuya virtud la administración de justicia es función pública y sus decisiones son independientes; y 230, toda vez que según ese precepto los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley.

11. Con el fin de hacer efectivo o real el principio de imparcialidad, el ordenamiento procesal consagró causales de orden objetivo y subjetivo, bajo cuyo imperio el juez debe

apartarse del conocimiento del asunto —o, en su defecto, puede ser recusado con base en las mismas—, garantizando de esta manera a las partes, terceros y demás intervinientes, transparencia en la decisión del asunto.

12. Es claro, también, que ese imperativo ético y legal que atañe a los jueces de cara al instituto de los impedimentos y recusaciones, no obedece a la voluntad o capricho del funcionario, para que no signifique, simplemente, la abdicación inconsulta de la investidura pública confiada, además que la facultad que, en contra cara, otorga la misma figura a las partes, tampoco está librada a su antojo, pues no le es dado a ellas escoger, a su arbitrio y según sus intereses, el juez encargado de dirimir la controversia; y ello es así debido a su “carácter excepcional y restrictivo, pues se originan en causales taxativas y su interpretación debe ser restringida. Así, los impedimentos y recusaciones resultan ser una facultad excepcional para el juez y las partes según sea el caso, pues con ello se busca evitar que los funcionarios evadan su deber jurisdiccional y que existan limitaciones excesivas al acceso a la administración de justicia”⁷.

13. Dicho en otros términos, las hipótesis legales 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 reitera, son reglas de orden público, fundadas en el convencimiento del legislador de que son éstas, y no otras, las circunstancias fácticas que impiden que un funcionario judicial conozca de un asunto, porque de continuar vinculado a su resolución, compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un juez o tribunal imparcial.

14. La causal inhibitoria anunciada por el magistrado SOLÓRZANO GARAVITO es la consagrada en artículo 56, numeral 4º, de la Ley 906 de 2004, en particular, la hipótesis relacionada con haber “...dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”, como lo destacó el mismo proponente, pues, de las razones que respaldan su

invocación y de la revisión objetiva del presente expediente, surge nítido que del mencionado funcionario no es predicable la condición de haber sido “apoderado o defensor” de quienes aquí, en estricto rigor jurídico, ostentan la calidad de partes o intervinientes, como tampoco la categoría de “contraparte” de cualquiera de los respectivos sujetos procesales.

14.1. Ahora bien, sobre el motivo específicamente denunciado tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que la opinión anticipada que constituye motivo de impedimento es la pronunciada por 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), la cual, en todo caso, debe referirse al asunto en concreto sometido al conocimiento del juzgador y suficientemente relevante como para comprometer su imparcialidad⁸.

14.2. Así mismo, la línea jurisprudencial sentada por la Sala ha sido pacífica en relación con el alcance de esa causal, dado que para su efectiva procedencia es necesario que el consejo u opinión sea trascendente, porque “...no toda opinión o concepto o valoración sobre el objeto del proceso origina causal impeditiva, 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”⁹; es decir: “no cualquier genérica referencia a un tema objeto de eventual postrer conocimiento constituye una opinión con relevancia para el derecho dentro del ámbito en que la ley ha utilizado esta expresión para condicionar a través de la misma el compromiso del funcionario judicial en la apreciación de un asunto con posterioridad. Para que se evidencie sin laxitud ni arbitrio esa vinculación enervante por parte del juez, ella debe emanar de un entendimiento que exprese más que una particular, ambigua y genérica aserción, distante por ello de parámetros objetivos de valoración, un criterio vinculante en orden a tener la potencialidad de condicionar conceptualmente las decisiones que le corresponda adoptar”¹⁰.

15. El magistrado SOLÓRZANO GARAVITO, refirió que, meses atrás, en el desempeño de sus labores como abogado litigante, fue “defensor suplente” de un tercero que está siendo investigado por la Sala Especial de Instrucción de esta Corporación, a raíz de “los mismos hechos” que dieron origen a este proceso, rol con ocasión del cual accedió al contenido de la declaración vertida en tal actuación por quien sería la testigo principal —Kelly Andrea Eslava Montes—, tanto en ese como en el presente trámite y, precisamente por ello, dado que “...tomo una postura ... de cara a posibles inconsistencias de su dicho...” se encuentra impedido, pues “...la opinión ... significó conocer en detalle y desde la óptica de la defensa técnica, el contenido de una de las pruebas medulares que sustentan la acusación de la Fiscalía... [lo cual] podría implicar la anticipación de un criterio... ligado a un supuesto relevante de la resolución...” no solo del recurso pendiente de atender, sino de cualquier otra controversia que surja en el proceso, atendido el estado en que se encuentra.

16. Desde ya anticipa la Sala que las razones expresadas por el magistrado satisfacen las exigencias que permiten tener por configurado el supuesto fáctico del motivo inhibitor invocado:

16.1. Para empezar, la opinión anticipada que constituye motivo de impedimento, no cabe duda, se manifestó por fuera del ejercicio de la labor jurisdiccional (procedencia general), en desarrollo de sus deberes consustanciales al desempeño de la profesión, como abogado litigante, en calidad de defensor suplente de un tercero ligado estrechamente con los hechos objeto de debate.

16.2. En segundo término, y derivado de esa misma circunstancia la “opinión” generada por fuera del ejercicio de la labor jurisdiccional, en relación con la situación procesal de un tercero (el excongresista Néstor Leonardo Rico Rico), significó, no solo conocer la prueba incriminatoria común a aquel y frente a quien aquí (CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA) ostenta la condición de enjuiciado, sino, exteriorizar desde su rol de defensor, una ponderación negativa “de cara a posibles inconsistencias ” del dicho de la principal testigo

de cargo, Kelly Andrea Eslava Montes; es decir, anticipó un criterio que lo compromete frente al tema del recurso pendiente de decidir y de cara a futuras controversias en las que esté de por medio el peso suasorio que debe otorgarse a ese elemento de convicción respecto de la materialidad de los delitos y la responsabilidad del aquí procesado.

16.3. Lo anterior de capital importancia para advertir el acertado fundamento de la causal invocada, en la medida que, como lo exige la norma y la jurisprudencia, el consejo u opinión profesional exteriorizado en el ejercicio de la abogacía, permite objetivamente advenir que el criterio expresado con anterioridad a las funciones de Magistrado se encuentra ligado, estrechamente, al thema decidendi, y por lo tanto constituye un juicio previo sobre el punto de hecho o de derecho que ahora como juez está convocado a resolver, lo cual en este asunto es palmario de cara a la manifestación impeditiva del Magistrado.

17. En virtud de lo anterior, se declarará fundada la manifestación de impedimento expresada por el magistrado CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO.

18. En cuanto hace al impedimento declarado por la magistrada MYRIAM ÁVILA ROLDÁN, el supuesto normativo, entre los relacionados en el artículo 56, numeral 6, de la Ley 906 de 2004, en concreto, es el inherente a que el funcionario judicial "...hubiere participado dentro del proceso...".

18.1. Respecto de tal motivo enervante del conocimiento de una actuación —de similar redacción al consagrado en la Ley 600 de 2000, artículo 99, numeral 6º—, de antaño, "...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 adquiriera 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, 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...”¹¹.

18.2. Ahora bien, en tratándose de funcionarios que han actuado previamente como agentes del Ministerio Público, la Sala ha reconocido que su intervención en tal condición puede, eventualmente, estructurar la causal de impedimento; empero, en esos supuestos es perentorio analizar qué tipo de injerencia efectuó, y si la misma fue de tal connotación que pueda afectar su imparcialidad en el nuevo rol que desempeña.

18.3. De ahí que sea necesario distinguir dos escenarios en los que puede verse inmerso el juez que fungió como representante del Ministerio Público: en el “...primero, se encuentra aquellos asuntos donde, si bien el delegado tuvo conocimiento de la actuación en virtud del rol que cumplía, no emitió algún juicio o realizó algún tipo de valoración fáctica, jurídica o probatoria ... En el segundo escenario están aquellos asuntos donde el representante del Ministerio Público sí realizó algún juicio de valor. En estos casos, el análisis es mucho más estricto, pues, claramente no se está frente a un conocimiento simple de un asunto, sino frente a una valoración que compromete su criterio de cara al nuevo rol como juez”¹².

19. La funcionaria señaló que en su rol de Agente del Ministerio Público: (i) en los albores del presente proceso, recibió “comunicaciones de la Fiscalía Décima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, sobre las diferentes decisiones tomadas en el curso del proceso y se le [dio] traslado de las diferentes solicitudes presentadas por los sujetos procesales”; y (ii) avanzado el trámite, la Fiscalía le corrió traslado del escrito de acusación, y en razón de ello participó “...en la audiencia del 1° de junio de 2020 en la que se inició la formulación de acusación, pero esta fue suspendida, en razón a que las partes estaban pendientes de celebrar un preacuerdo”.

20. Tales intervenciones, como es de objetiva percepción, fueron simplemente formales, nominales, como que en ellas no se advierte una participación trascendental de parte de la

Magistrada con ocasión del rol que cumplía y a raíz del cual sea perentorio o necesario su separación del asunto, dado que en esos dos contextos no emitió o realizó algún tipo de valoración fáctica, jurídica o probatoria frente al asunto que convoca la atención de la Sala; en otras palabras, su intervención en esas diligencias no comportó la fijación de posiciones sustantivas frente a la materialidad de la conducta investigada, ni la responsabilidad del acusado, ni de cara a ningún otro aspecto, que pudiera considerarse vinculante y con capacidad de comprometer su criterio y ecuanimidad.

21. Sin embargo, otra es la situación que se concluye frente a la actuación cumplida el 7 de noviembre y 9 de diciembre de 2019, cuando fungía como Procuradora Tercera Delegada para la Instrucción y Juzgamiento, pues bajo esa investidura, asistió a la audiencia de imputación e imposición de medida de aseguramiento, con ocasión de lo cual, conoció los hechos jurídicamente relevantes, los elementos materiales probatorios y evidencia física soporte de la solicitud de medida cautelar y, a raíz de los recursos de reposición y apelación contra la “detención preventiva”, en el traslado a los no recurrentes, solicitó negar las pretensiones porque: (i) los argumentos de los impugnantes no debilitaron los fundamentos de la respectiva medida cautelar; (ii) en tratándose del delito de cohecho propio, con base en expreso mandato normativo —Ley 906 de 2004, art. 314, párrafo—, la detención domiciliaria no era procedente, y (iii) según jurisprudencia de esta Sala de Casación, contra los autos expedidos por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, en ejercicio de la función de control de garantías, no procede el recurso de apelación.

22. La reseñada actuación, al contrario de las atrás resaltadas, sí entrañó la fijación anticipada de juicios de valor, por la potísima razón de que el primer y principal presupuesto para decidir acerca de la imposición de una medida cautelar, es, justamente, la ponderación de los elementos materiales probatorios y evidencia física expuesto por el órgano encargado de la persecución penal para sustentar esa pretensión, en orden a concluir dos aspectos relevantes: (i) que de aquellos se desprende, o surge nítida, inicialmente, una inferencia razonable acerca de la materialidad de los delitos y la participación del imputado en los

mismos —Ley 906 de 2004, art. 287—; y (ii) que convergen fundamentos atinentes a establecer que el procesado puede obstruir la justicia, o que es un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que es probable que el imputado evadirá el proceso o el cumplimiento de la sentencia —ídem, art. 308—.

23. Es cierto que ese juicio de valor lo adelanta el juez de control de garantías en aras de resolver la imposición de la cautela solicitada u otra, como ocurrió en el presente asunto, dado que el Magistrado de Control de Garantías resolvió infligir al imputado prisión domiciliaria, medida con la que la entonces Agente del Ministerio Público —la hoy magistrada Ávila Roldán— expresó inconformidad, pero no por encontrar fallida la señalada inferencia razonable, la cual explícitamente refrendó como satisfecha, de cara a ambos propósitos, sino porque en su criterio la cautela procedente era la privación de la libertad en establecimiento carcelario, como lo había deprecado la Fiscalía.

24. En otras palabras, la actuación y criterio expresado por la doctora MYRIAM ÁVILA ROLDÁN en este proceso, en su condición de Procuradora Tercera Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal, en el desempeño de la agencia especial que asumió por designación del Procurador General de la Nación, pese a que ocurrió en sus albores, fue trascendente pues emitió un concepto anticipado sobre la ocurrencia de los hechos como constitutivos de infracciones a la ley penal sustantiva, la probable participación y responsabilidad del procesado en el supuesto fáctico debatido, y la satisfacción de las exigencias para imponer en su contra una medida cautelar.

25. En consecuencia, también se aceptará la manifestación de impedimento de la magistrada MYRIAM ÁVILA ROLDÁN, y se dispondrá su separación del conocimiento del presente asunto.

26. Finalmente, es objetiva la configuración de la causal señalada en el artículo 56, numeral 12, de la Ley 906 de 2004, según la cual es causal de impedimento “Que el juez haya

intervenido como fiscal dentro de la actuación”, condición que se predica de manera inobjetable respecto del doctor JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO, pues, en su antigua condición de Fiscal Primero Delegado ante la Sala Penal de la Corte, participó “en la audiencia de formulación de imputación y en la solicitud de medida de aseguramiento, así como también en algunas sesiones de la audiencia de juzgamiento”.

El carácter sustancial de esas intervenciones es igualmente innegable, como que a raíz de las mismas, al hacer la exposición de los hechos jurídicamente relevantes y el examen de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente recaudada, para sustentar la imposición de medida de aseguramiento, obró con la potencial convicción de la existencia de los hechos y la eventual responsabilidad del procesado, situación ratificada en la dirección que imprimió al recaudo y examen de los elementos de prueba con ese objetivo.

27. De suerte que, como en los dos casos anteriores, procede la separación del conocimiento de este asunto del ahora magistrado JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO.

28. De acuerdo con las constancias dejadas por la Secretaría de esta Sala de Casación Penal, atendida la manifestación de impedimento aceptada al magistrado HUGO QUINTERO BERNATE, y las expresadas por los magistrados MYRIAM ÁVILA ROLDÁN y CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO, que aquí se declaran fundadas, ya se llevó a cabo el sorteo y posesión de los conjueces que habrán de reemplazarlos a ellos, siendo menester que a través de la aludida dependencia se adelante el mismo trámite en relación con el doctor JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO por la manifestación de impedimento aceptada a ese funcionario, con el fin de integrar a cabalidad la Sala de Decisión que resolverá el recurso pendiente de atender en este proceso.

29. Finalmente, en procura del equilibrio del reparto y con el propósito de hacer la respectiva compensación de procesos, se dispondrá enviar un expediente, de similares

características y condiciones, del despacho de quien asume el conocimiento de esta actuación como ponente, al del magistrado CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO de donde era originaria la presente actuación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

1. DECLARAR fundadoS los impedimentos manifestados por los magistrados CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO, MYRIAM ÁVILA ROLDÁN y JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO de la Sala de Casación Penal, para conocer del proceso seguido contra CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA, por los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por omisión y por acción, y cohecho propio, y de contera para decidir el recurso de apelación contra el auto de 25 de enero de 2023, adoptado por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación.
2. ORDENAR que a través de la Secretaría de la Sala de Casación Penal se lleve a cabo el sorteo y posesión del conjuez que habrá de reemplazar al doctor JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO.
3. REMITIR un proceso de similares características del despacho del ponente al del magistrado impedido, doctor CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO, al cual, en principio, le había correspondido por conocimiento previo esta actuación, en procura del equilibrio del reparto y con el propósito de hacer la respectiva compensación de procesos.
4. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado

MANUEL CORREDOR PARDO

WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN

Conjuez

RICARDO POSADA MAYA

Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Instancia, folios 409 a 414.

2 Cfr. CSP AP1499-2021, abril 21. Rad. 59108.

3 Cuaderno # 4 Primera Instancia, folios 604 a 816. Decisión confirmada por esta Sala mediante AP6016-2021, del 9 de diciembre de 2021.

4 Ello debido a que al doctor Hugo Quintero Bernate, actual magistrado de esta Sala de Casación Penal, quien le seguía en turno, ya le había sido aceptado impedimento, por cuanto fungió como defensor del aquí procesado en la imputación (AP14 abril 2021, folios 10 A 14, cuaderno # 1 de la Corte).

5 Cuaderno # 2 de la Corte, folios 12 y 13.

6 Cfr. AP3592-2022, Rad. 61.854, entre otras.

7 Cfr. CC. C-450 de 2015.

8 Cfr. CSJ AP, 13 Jul 2005, Rad. 23878 y AP, 10 Sep. 2014, Rad. 44356, entre otros.

9 Cfr. CSJ AP864-2018, Rad. 51757; AP327-2021, Rad. 58043, y AP1074-2021, Rad. 58068, entre otros.

10 Cfr. CSJ AP2563-2021, Rad. 57366.

11 Cfr. CSJ. Auto del 5 de julio de 2007 radicación 27533. En el mismo sentido auto del 16 de marzo de 2005, radicación 23374 y auto del 7 de febrero de 2007, radicación 26733.

12 Cfr. CSJ. AP971-2021, Rad. 59059.

