



SALA PENAL

Medellín, dieciséis (16) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado por Acta No. 001

Radicado Nro. 0 5001 60 00206 2014 01757

Auto Interlocutorio Nro. 001

Asunto: Impedimento

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Entra la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por el Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, para continuar conociendo el proceso que se adelanta contra FIDELINO MOSQUERA IBARGUEN por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

ANTECEDENTES

En el presente asunto manifiesta el Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, estar incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 6º del artículo 56 del C. de P. P., por lo que debe apartarse del conocimiento del proceso en el que la Fiscalía formuló acusación en contra de FIDELINO MOSQUERA IBARGUEN por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, profiriendo el funcionario que hoy se declara impedido sentencia condenatoria tras agotar la etapa de juicio oral.

Posteriormente, al decidir el recurso de apelación presentado por el delegado del Ministerio Público en contra de la sentencia de primera instancia, la Sala presidida por el suscrito Magistrado Ponente decretó la nulidad de lo actuado

desde la audiencia de juicio oral celebrada el 10 de agosto de 2017, ordenando la devolución del expediente al juzgado de origen para que retomara la tramitación procesal con sujeción a la ritualidad legal aplicable al caso, esto es la causa penal una vez subsanado el yerro sustancial detectado por esta Magistratura.

Considera el funcionario que intervino en el proceso en fase del conocimiento que al adoptar la sentencia de primera instancia en la que se declaró la responsabilidad penal del acusado procedió a valorar “todos y cada uno de los testigos que se recibieron en juicio... incluso la entrevista que rindió la menor víctima ante los investigadores de policía judicial”, por lo que en su criterio, es impresentable que luego de haber realizado juicios de valor y de ponderación de la ristra probatoria recaudada en el foro de fondo que sirvieron de sustento para declarar responsable al procesado FIDELINO MOSQUERA IBARGUEN: “rehaga de nuevo la actuación a sabiendas que el concepto de imparcialidad objetiva quedaría en entredicho, pues esta hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluye cualquier duda razonable sobre su imparcialidad”.

Entiende así el fallador de primer grado que a futuro su imparcialidad, ecuanimidad e independencia se encuentran resquebrajadas en esta etapa procesal por haber valorado el material de conocimiento allegado al proceso.

Recibida la actuación por parte del Juez Veinticinco Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, el funcionario se pronuncia en el sentido de no aceptar la causal impeditiva alegada por su homólogo el señor Juez Veinticuatro Penal del Circuito de la ciudad, pues considera que la nulidad decretada por este Tribunal devino de la estipulación mediante la cual el acusado aceptaba su responsabilidad en los hechos criminales investigados, vulnerando tal consenso derechos y garantías fundamentales del justiciable, máxime cuando se realizó sin contar con su presencia. En su criterio la referida nulidad: “... devino de la estipulación realizada por parte de la Fiscalía y la Defensa dentro de la audiencia de juicio oral, no comprometiendo ninguno de los elementos materiales probatorios recaudados en el juicio que sirvieron de sustento para declarar la responsabilidad penal

del acusado". Al no encontrar comprometida la imparcialidad y objetividad del funcionario en comento considera que es este el que debe continuar conociendo el proceso y por lo tanto ordena la remisión del expediente a esta Corporación para dirimir lo relacionado con la causal impeditiva alegada por el señor Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento en el asunto del rubro.

CONSIDERACIONES PARA PROVEER

Conforme lo previsto en el artículo 57, inciso 2° de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010), es competente este Tribunal para decidir respecto del impedimento planteado en este caso.

Sea lo primero manifestar, que en el régimen procesal al cual debe someterse estas diligencias, se ha concedido especial y trascendental énfasis al derecho fundamental del juez natural independiente e imparcial, al punto de erigirse en principio orientador de la actuación y por virtud del cual tanto el funcionario de control de garantías como el de conocimiento deben orientarse por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, como lo dispone en forma explícita el artículo 5° de la Ley 906 de 2004.

Este mandato tiene origen en el derecho del justiciable, al tenor de lo normado en el artículo 8, literal k, ibídem, a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, pero también imparcial.

Ahora, con miras a llevar la referida garantía a la realidad, esto es, en oposición a su consagración puramente teórica, el Estatuto Procesal Penal la desarrolla en varias de sus disposiciones, concretamente, a través de las causales de impedimento que están encaminadas a procurar la imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales.

Igualmente se debe clarificar que este asunto se trata es de resolver sobre un impedimento planteado por el Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, quien manifestó de manera muy genérica hallarse incurso en la causal consagrada en el numeral 6° del artículo 56 del

C. de P. P., por haber participado dentro del proceso, remitiéndolo a su homólogo el señor Juez Veinticinco Penal del Circuito de esta ciudad, el cual considera infundada la existencia de la mencionada causal impeditiva, por tanto, se itera, al tenor del artículo 57 del citado compendio normativo, corresponde definir el asunto a esta Magistratura, como superior funcional.

Con el fin de adoptar la decisión que en derecho corresponda, resulta pertinente señalar que el instituto de los impedimentos, en cuanto mecanismo orientado a asegurar la imparcialidad de la administración de justicia, se rige, entre otros, por el principio de taxatividad de las causales, en virtud del cual se excluye la analogía o la extensión de los motivos señalados en la ley, de manera que la manifestación de impedimento es un acto personal, voluntario, de carácter oficioso y obligatorio cuando el funcionario advierta que se encuentra en alguno de los supuestos fácticos dispuestos por el legislador, a la vez que comporta sujeción estricta a las circunstancias invocadas, a fin de que dicha institución no sea utilizada indebidamente como medio para sustraerse al conocimiento de determinado asunto.

El numeral 6º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, invocado por el Juez Veinticuatro Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Medellín para declararse impedido, señala:

*“6. 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 hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.” (Negrillas nuestras).*

Ahora, entiende el funcionario que se declara impedido que: “un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluye cualquier duda razonable sobre su imparcialidad”, argumento que amerita ser precisado por erróneo, ya que la jurisprudencia enseña que no cualquier conocimiento genera la separación del conocimiento del asunto por parte del funcionario judicial. Esto ha dicho la Sala De Casación Penal sobre la temática expuesta:

“...no se trata de que su facultad para intervenir dentro de una determinada instancia se convierta en óbice por sí misma para actuar en otra o en la misma, a no ser que su

participación en una de ellas haya sido de tal magnitud que en efecto incida en su imparcialidad.”¹

En otra oportunidad esto dijo el alto tribunal al respecto:

Así las cosas, es claro que no cualquier actuación es la llamada a provocar su separación del proceso, sino sólo aquella que cuente con la capacidad para comprometer la objetividad y rectitud del funcionario.”²

Es menester entonces que la Sala entre a determinar si la participación en el proceso y el conocimiento del material probatorio y de juicio que tuvo el funcionario en el concreto caso tienen la entidad de enervar o afectar su capacidad de actuar con imparcialidad, objetividad, ecuanimidad y rectitud, tal como las funciones inherentes a su cargo lo demandan. Esto es, si la actuación que ha desarrollado en sede de conocimiento inciden negativamente en estos aspectos, al punto de ser necesario que se separe del conocimiento del caso puesto a su consideración.

Para tal propósito resulta del todo pertinente iniciar por iterar que en el caso de autos se pretendió dar visos de legalidad a un preacuerdo velado, celebrado por demás sin la presencia del justiciable; consenso al que se le dio la apariencia de un trámite ordinario en el que se estructuraron improcedentes estipulaciones probatorias trasunto de las cuales se perseguía evadir expresas prohibiciones legales que operan cuando de delitos sexuales con víctimas menores de edad se trata; ello, sin lugar a dudas, con miras a mejorar el panorama punitivo del pasivo de la acción penal a costa del caro sacrificio de garantías y derechos fundamentales del procesado y principios como el debido proceso y legalidad. Esta fue la conclusión a la que arribó la Sala tras el cuidadoso análisis del devenir procesal agotado en el sub iudice, lo que devino en la necesidad de acudir al remedio extremo de la nulidad para retornar el rito a su cauce legal y corregir el yerro jurídico detectado.

Queda claro entonces al analizar las probanzas allegadas a este proceso y según lo consignado en acápite pertinente en el fallo proferido por el Juez Veinticuatro Penal del Circuito de la ciudad, que a través de la mencionada sentencia realmente se pretendía validar un preacuerdo velado entre Fiscalía

¹ CSJ, SP. Auto del 16 de marzo de 2005. Radicado 23374. M.P. Alfredo Gómez Quintero. .

² CSJ, SP. Auto del 2 de julio de 2014. Radicado AP3588-2014, 42.701. M.P. Luís Guillermo Salazar Otero.

y la defensa técnica del acusado. De tal manera, es incuestionable que los preconceptos y juicios de valor a los que alude el fallador de primera instancia no son más que el análisis efectuado por este con fundamento objetivo y sustancial en las irregulares estipulaciones probatorias por medio de las cuales el acusado aceptaba los cargos, que, como se viene de analizar, a más de improcedentes, entrañan indudablemente una forma de terminación anticipada del proceso vía preacuerdo, así se argumente que estas contengan hechos y circunstancias viables de aceptar en juicio y se revista de las formas propias de este. Así se colige con meridiana claridad cuando en el acápite del fallo confutado se lee lo siguiente: "... la materialidad y existencia de la conducta punible se demuestra con las estipulaciones probatorias que acordaron fiscalía y defensa en desarrollo del juicio oral", procediendo a realizar el respectivo juicio de valor derivado de tal afirmación y analizar la conducta desplegada por el agente con base en la premisa expuesta.

Huelga señalar entonces que como es sabido el grado de subsunción en el material de conocimiento y probatorio, difiere si se trata de aceptación temprana de cargos, pues se insiste, solo se requiere demostrar unos mínimos sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del agente, aquel grado de certeza necesario para que el fallador emita sentencia condenatoria, contrastado con aquel conocimiento que adquiere el funcionario mediante la prueba directa practicada en juicio y cuya valoración conlleva un mayor grado de profundización. No obstante que en el fallo confutado se alude a otros medios de prueba testimoniales practicados en juicio, se insiste, la sentencia nulitada deviene principalmente de las estipulaciones probatorias criticadas y de la aceptación de cargos velada, elemento de juicio este último cuyo análisis es propio de los procesos que terminan abreviadamente.

Para tener una mejor comprensión del asunto resulta pertinente traer a colación las siguientes glosas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las que el alto tribunal distingue entre los elementos allegados al juez de conocimiento con ocasión de un preacuerdo o una aceptación de cargos por parte del imputado, tal como ocurre en el sub examine, a lo que se denomina propiamente prueba, esto es, aquella que se practica en el juicio oral, de manera pública, concentrada y sometida a la necesaria contradicción, y sus implicaciones en cuanto la afectación de la

imparcialidad del funcionario judicial, respecto de las decisiones que estos toman en la etapa de conocimiento que se adelanta ante dichos funcionarios. Al respecto expresa la Alta Corporación³:

“Frente al nuevo modelo de enjuiciamiento, tales exigencias decantadas por la jurisprudencia para la configuración del aludido motivo de impedimento, conservan su alcance y validez, ya que en el juicio, oral, público y concentrado los hechos son llevados al conocimiento del juez por las partes (acusador - imputado), a través de los medios de prueba previamente descubiertos y aceptados, y por lo tanto es el juicio el escenario en el que las partes ejercen su derecho a controvertir y participar en formación de las pruebas, teniéndose en consecuencia por pruebas en las que se basará la sentencia únicamente aquellas producidas o incorporadas en forma oral, concentrada y sujeta a contradicción ante el juez de conocimiento (sólo excepcionalmente en los específicos casos señalados por la ley son válidas las recogidas ante el juez de control de garantías), razones por las que resulta menos probable que el juzgador se vea afectado por prejuicios que puedan afectar su recto criterio en la decisión de un caso.

“La consagración del específico motivo de impedimento invocado por la Sala del Tribunal, es conteste con la política legislativa, evidente tanto en anteriores (Decreto 2700 de 1991) como en los coexistentes ordenamientos de procedimiento penal (Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004), de evitar a toda costa que el funcionario judicial que ha prefijado conceptos, o proferido decisiones dentro de un determinado asunto, no deba resolverlo, ni revisarlas, con el fin de garantizar la total imparcialidad de la decisión, voluntad que se revela manifiesta en la causal que se estudia, así como en la sexta (haber dictado la providencia de cuya revisión se trata), la catorce (que el juez haya negado la solicitud de preclusión y deba conocer del asunto en el juicio) y la especial del artículo 97 (haber suscrito la decisión objeto de la acción de revisión), entre otras.

(.....)

“No encuentra la Corte que la valoración de los específicos medios de prueba, que es en lo que cifra la sala del tribunal su temor de parcialidad, consignada en la sentencia de segunda instancia emitida en contra de Cáceres, constituya un prejuzgamiento anticipado acerca de la responsabilidad de Solano Benavides y Manrique Bernal, que sería lo que en verdad y en estricto rigor configuraría la causal inhibitoria invocada, por cuanto esa estimación no sólo se produjo dentro de los marcos de competencia que la oportunidad procesal le ofrecía, sino referida a un conjunto probatorio cuya formación, producción e incorporación en el juicio estuvo regentada por unas condiciones de inmediación, concentración y controversia sustancialmente distintas a las verificadas en el caso de los otros procesados.”

Pues bien, es claro entonces que la jurisprudencia enseña que en los eventos en los que los elementos de convicción han sido ofrecidos para el estudio del funcionario judicial, ora para la terminación anticipada del proceso, ya para otra forma de cierre definitivo de la tramitación, ajeno a la dinámica propia del debate de fondo es preciso que se ofrezcan: “elementos de juicio que verifiquen un mínimo de existencia del delito y responsabilidad del procesado”, preservándose de esta forma el principio de legalidad y la presunción de

³ Auto del 9 de mayo de 2007. Radicación 27.308.

inocencia del encausado; dichos medios de conocimiento, ontológica y jurídicamente hablando, no se puede afirmar que constituyan en estricto sentido pruebas, como las que se practican en juicio, ni su análisis en estricto sentido resulta equiparable en uno u otro caso, tal como se explicó más arriba.

Es indudable que el señor Juez Veinticuatro Penal del Circuito de la ciudad cifra su temor de parcialidad en su participación anterior en este caso en sede de conocimiento, concretamente en lo expuesto en relación con la ponderación de los medios de juicio, de conocimiento y de las probanzas agotadas en el foro público, tal como fue consignado en la sentencia de primera instancia afectada por la declaratoria de nulidad de la actuación que imprimió esta Sala. Sin embargo, según lo visto, no es acertado que el funcionario de conocimiento aduzca para unos efectos que el sustrato material objetivo de la sentencia lo constituyen las estipulaciones probatorias nulitadas y para apartarse del conocimiento del proceso, aluda a un profundo análisis probatorio, propio del proceso ordinario.

Como puede colegirse sin mayores esfuerzos analíticos y así lo enseña pacíficamente la jurisprudencia, no es acertado hablar de afectación de la imparcialidad, objetividad y ecuanimidad del funcionario que dictó sentencia con base en dichos “elementos de juicio”, y, como en este caso, posteriormente se decreta la nulidad a raíz de la cual debe excluirse cierta parte del material de conocimiento; es necesario analizar puntualmente cada caso para verificar la presunta afectación de imparcialidad y objetividad del funcionario.

Es del todo desacertado según lo visto que el señor Juez Veinticuatro Penal del Circuito asevere que su: “imparcialidad, ecuanimidad e independencia se encuentran resquebrajadas por haber valorado el material de conocimiento allegado al proceso”, pues si se observa la práctica de pruebas agotada en sede del juicio oral, que sería la base objetiva para adoptar la sentencia que en derecho corresponda en este caso, y con la cual se ponga fin a la primera instancia, de ninguna manera se vio afectada por la nulidad decretada por este tribunal, en lo que le asiste la razón al señor Juez Veinticinco Penal del Circuito, quien alude a esta potísima razón al no aceptar el impedimento formulado por su homólogo.

Concatenado con lo anterior, vale decir que si se otea el expediente y se presta atención a las audiencias de juicio oral, particularmente a la práctica probatoria se observa que en efecto las estipulaciones entre la Fiscalía y la defensa técnica del procesado sobre las que tiene efectos la nulidad decretada por esta Magistratura fueron logradas en la última sesión del juicio, cuando ya se había agotado la práctica de la prueba testimonial, dando paso a los alegatos de clausura de las partes, anunciando la judicatura sentido de fallo condenatorio. Tal escenario procesal denota que en el asunto de marras la independencia e imparcialidad del fallador no se ve comprometida, como quiera que la nulidad solo afecta la estipulación irregular de responsabilidad que afectó los derechos del procesado, pero en modo alguno el análisis probatorio que realizara el funcionario sobre los demás elementos de conocimiento debatidos en juicio.

A manera de colofón puede iterarse que es inaceptable que ahora pretenda el funcionario judicial sustraerse del conocimiento del presente caso con fundamento en su participación anterior en el proceso, la que en todo caso se realizó dentro de la competencia funcional acorde a la etapa procesal en la que se encontraba, no obstante el yerro jurídico en el que incurrió el cual ameritó la declaratoria de nulidad para subsanar la causa y poder continuar con el trámite de rigor.

Por lo tanto, no encuentra esta Colegiatura que el funcionario en mención se encuentre incurso en causal de impedimento, que se haga imperiosa la necesidad de separarlo del conocimiento de presente proceso, por lo que no se vislumbra que con su participación en la otrora actuación dada la nulidad que se dio, se pueda ver afectada su imparcialidad para adelantar la causa penal ya subsanada. Igualmente lo que es materia de este proceso es indefectiblemente la emisión de una sentencia tras el juicio oral público, contradictorio, con inmediación de las pruebas, adelantado en contra del justiciable.

Así las cosas, es infundado el impedimento propuesto, y por tal motivo no se debe sustraer del conocimiento del asunto al señor Juez Veinticuatro (24) Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento. En consecuencia, el proceso debe remitirse al funcionario mencionado para que

continué conociendo de la presente actuación en contra del señor FIDELINO MOSQUERA IBARGUEN.

Con base en lo expuesto, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE:

NO ACEPTAR el **IMPEDIMENTO** presentado por la Juez Veinticuatro (24) Penal del Circuito de Medellín; de ahí, que no se le sustraerá del conocimiento de este proceso, por lo que se ordena remitirle la actuación para lo de su competencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

ENTÉRESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

RELEVANTE SALA DE DECISIÓN PENAL	
M. PONENTE	: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
ACTA DE APROBACIÓN	: 01/ DEL 16 DE ENERO DE 2018
RADICADO	: 05 001 60 00206 2014 01757
CLASE DE ACTUACIÓN	: IMPEDIMENTO
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 16 DE ENERO DE 2018
DECISIÓN	: NO ACEPTA CAUSAL
DELITOS	: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

DESCRIPTOR

-IMPERATIVO LEGAL DE LA IMPARCIALIDAD. CONCRESIÓN DEL POSTULADO LEGAL / DERECHO DEFENSA. SINGULARIDAD DEL ART. 8, LITERAL K DEL C.P.P. / CAUSALES DE IMPEDIMENTO. JUSTIFICACIÓN / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN MATERIA DE NULIDADES / CAUSAL IMPEDITIVA CONSAGRADA EN EL NUMERAL 6° DEL ARTÍCULO 56 DEL C.P.P. PROCEDENCIA. JURISPRUDENCIA / SUBSUNCIÓN EN EL MATERIAL DE CONOCIMIENTO PROBATORIO COMO CAUSAL IMPEDITIVA. JURISPRUDENCIA.

RESTRICTOR

- El dispositivo legal del artículo 5° del Estatuto Procedimental Penal consagra un principio rector y como tal orientador de la actuación, además de garantía procesal que compele a los jueces que ejercen funciones de control de garantías y juzgamiento para que se orienten por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia. Concreción de dicho axioma o postulado la del juez natural independiente e imparcial.

-El derecho de defensa se singulariza, entre otros, en la posibilidad de tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de la prueba, sin dilaciones injustificadas, en el que pueda interrogar a los testigos de cargo, y obtener la comparecencia, de ser necesario por medios coercitivos de los de descargos.

- Las causales de impedimentos se encuentran encaminadas a procurar la imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales, tienden un evidente puente entre la consagración puramente teórica de la garantía defensiva consagrada en el literal K del artículo 8° del C.P.P., y la real posibilidad de contar con un juez natural e imparcial, que como tal dirige el juicio criminal.

- Dentro de los principios que rigen en materia de nulidad se encuentra el de taxatividad, en virtud del cual se excluye la analogía o la extensión de los motivos señalados en la ley, de

manera que la manifestación de impedimento es un acto personal, voluntario, de carácter oficioso y obligatorio cuando el funcionario advierta que se encuentra incurso en alguno de los supuestos fácticos dispuestos por el legislador, a la vez que comporta sujeción estricta a las circunstancias invocadas, a fin de que dicha institución no sea utilizada indebidamente como medio para sustraerse al conocimiento de determinado asunto.

- Una correcta intelección de la causal impeditiva consagrada en el numeral 6° del art. 56 del C.P.P., indica que no cualquier participación del funcionario en el proceso genera la separación del mismo, solo que aquella facultad para intervenir dentro de una determinada instancia se convierta en óbice por sí misma para actuar en otra o en la misma, a no ser que su participación en una de ellas haya sido de tal magnitud que en efecto incida en su imparcialidad. Solo cuando aquella tenga la entidad de enervar o afectar su capacidad de actuar con imparcialidad, objetividad, ecuanimidad y la rectitud que su cargo exige.

- El grado de subsunción en el material de conocimiento y probatorio difiere si se trata de aceptación temprana de cargos, ya que en dichos eventos se requiere demostrar unos mínimos sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del agente, contrastado con aquel conocimiento que adquiere el funcionario mediante la prueba directamente practicada en juicio. De ahí que en el primer caso no se genere la separación del procedo por participación previa en el proceso.