

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'R' followed by a long horizontal stroke.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**  
**Magistrado ponente**

**AP2677-2016**

**Radicación 47933**

(Aprobado Acta No. 141)

Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

**VISTOS:**

Se pronuncia la Corte sobre el impedimento manifestado por dos magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, para desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía y la defensa de *JOSÉ AULI LÓPEZ CHACÓN* y *LUIS REINALDO MURCIA SIERRA*, contra el auto interlocutorio proferido el 4 de marzo de 2016 por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad mediante el cual improbo el preacuerdo suscrito por los referidos.

**ANTECEDENTES:**

1. El 18 de marzo de 2013, la Fiscalía 15 Especializada de la Unidad Nacional de Antinarcóticos y Lavado de Activos de esta capital, radicó escrito de acusación contra los señores *JOSÉ AULI LÓPEZ CHACÓN*, *LUIS REINALDO MURCIA SIERRA* y otros, por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado y concierto para delinquir. El 17 de mayo siguiente, ante el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de Bogotá, se celebró la audiencia de formulación de la acusación.

2. El 20 de noviembre de 2015, al inicio del juicio oral, la Fiscalía manifestó que realizó un preacuerdo con el procesado *JOSÉ AULI LÓPEZ CHACÓN*, conforme al cual éste, asistido por su defensor, aceptó los cargos imputados y le fue reconocida la circunstancia de marginalidad prevista en el artículo 56 del Código Penal, acordando una pena de 57 meses de prisión y multa de 459 salarios mínimos legales mensuales, así como la suspensión condicional de la ejecución de la pena (fols. 51 ss c. preacuerdo).

En la misma diligencia el juzgado de conocimiento improbo el acuerdo, por considerar que la Fiscalía vulneró el principio de legalidad en la tasación de las penas de prisión y multa, además de que no se cumplían los requisitos objetivos para conceder el citado subrogado penal.

3. Contra dicha determinación la Fiscalía y la defensa interpusieron sin éxito los recursos de reposición y subsidiario de apelación. En su providencia del 10 de diciembre de 2015, el Tribunal reafirmó los argumentos expuestos en primera instancia y advirtió, adicionalmente, que no se encontraban acreditadas las circunstancias de marginalidad ponderadas por la Fiscalía en el preacuerdo, con evidente incidencia en la dosificación punitiva acordada.

4. Contra la decisión del Tribunal *JOSÉ AULI LÓPEZ* promovió acción de amparo, la cual fue conocida por la Sala de Tutelas No. 1 de la Corte, que a través de fallo del 25 de febrero de 2016 negó la protección demandada, pero, luego de citar su línea jurisprudencial sobre las atribuciones del juez respecto de los preacuerdos entre la Fiscalía y los procesados, concluyó que *“el Tribunal incurrió en un defecto procedimental que se erige en una violación al debido proceso por dar un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia”*, pues improbió el acuerdo para en su lugar indicarle a la Fiscalía cómo debía realizar la imputación y desconoció el precedente jurisprudencial al invadir el rol de quien acusa, en cuanto el preacuerdo es un acto de parte, de modo que incurrió también en un defecto sustantivo al hacer prevalecer su criterio.

No obstante, también declaró la Sala de Tutelas que *“la Fiscalía dejó de un lado el ejercicio de tasación de la pena previsto en el artículo 31 del Código Penal y estipuló la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la*

*pena, sin que ello pueda ser posible al tenor del canon 63 ejusdem”.*

Finalmente se decidió negar el amparo solicitado, pero prevenir al Tribunal de Bogotá para que *“no se vuelvan a presentar inconsistencias como las puestas de presente en este caso, al improbar la actuación de la fiscalía para en su lugar indicarle como debe preacordar con el procesado (en especial sobre las reglas de determinación de punibilidad), lo cual es contrario a la normatividad y jurisprudencia vigente”.*

5. El 4 de marzo de 2016, ante el mismo Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de Bogotá, la Fiscalía presentó otro preacuerdo celebrado con *JOSÉ AULI LÓPEZ CHACÓN* y *LUIS REINALDO MURCIA SIERRA*, en el cual aceptaron la comisión de las conductas objeto de acusación, siempre que les fuera reconocida la ya mencionada circunstancia de marginalidad prevista en el artículo 56 del estatuto penal, de modo que la pena imponible acordada fue de 46 meses de prisión y multa de 529.37 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Entonces, mediante auto del 4 de marzo de 2016, el referido despacho decidió improbar el acuerdo, por considerar que en virtud del reconocimiento de la circunstancia de marginalidad los procesados estaban accediendo a una rebaja superior a la permitida, pues conforme al artículo 352 de la Ley 906 de 2004, cuando el preacuerdo se adelanta con posterioridad a la presentación

del escrito de acusación y hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio, la pena imponible se reducirá hasta en una tercera parte.

Contra esa determinación la Fiscalía y la defensa presentaron recurso de apelación, el cual fue concedido y enviado a la misma Sala que conoció anteriormente del asunto.

### **MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO:**

Al arribar el diligenciamiento, los magistrados *Alberto Poveda Perdomo* y *Ramiro Riaño Riaño* manifestaron conjuntamente su impedimento para resolver sobre el particular.

Invocaron para ello la causal 6<sup>a</sup> prevista en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004, pues en su anterior intervención al improbar el preacuerdo, estimaron que de los elementos materiales probatorios y evidencia física no se podían inferir las condiciones de marginalidad, ignorancia o extrema pobreza, invocadas para ese entonces en favor de *JOSÉ AULI LÓPEZ CHACÓN*, razón por la cual su imparcialidad, independencia y objetividad pueden verse comprometidos al resolver el recurso de apelación, máxime cuando esta Sala de Casación en fallo de tutela precisó que el «*Tribunal accionado, no estaba facultado para intervenir en la imputación fáctica y jurídica realizada por el ente*

*acusador...ya que con ello se trasgredía el principio de imparcialidad que debe imperar en sus actuaciones»<sup>1</sup>.*

### **RECHAZO DEL IMPEDIMENTO:**

El 11 de abril último, la Sala de Decisión que sigue en turno declaró infundada aquella manifestación. Expuso que la hipótesis impeditiva invocada (participación previa en el diligenciamiento) no se configura, porque los términos del preacuerdo negado el 4 de marzo de 2016 y el objeto de apelación difieren de las apreciaciones expuestas por los Magistrados con antelación.

Precisó el Tribunal que si bien en la decisión del 10 de diciembre de 2015 los Magistrados manifestaron la improcedencia de aprobar el preacuerdo, entre otras cosas, por considerar que no concurrían elementos probatorios para deducir las circunstancias previstas en el canon 56 del Código Penal, tal afirmación no fue desarrollada probatoriamente y tampoco fue objeto de apelación, pues la juez en su momento improbió el acuerdo exclusivamente por encontrar errores en la individualización de la pena pactada, pero no por presentar inconformidades frente a las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema.

Así las cosas, puntualizó dicha Sala, que el problema jurídico planteado se limita a establecer si el preacuerdo

---

<sup>1</sup> CSJ Sala de Decisión de Tutela No. 1 Radicado 84228.

desconoce o no las directrices contempladas el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, además de incluir otro acusado, *LUIS REINALDO MURCIA SIERRA*, aspectos sobre los cuales los Magistrados que se declararon impedidos no han realizado ninguna consideración.

En síntesis, adujo que la imparcialidad de la Sala homóloga no se encuentra comprometida. Por ello, el plenario fue remitido a la Sala de Casación Penal para que se dirima la controversia suscitada.

#### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE:**

1. Según se desprende del artículo 58 A de la Ley 906 de 2004, modificado por el canon 83 de la Ley 1395 de 2010, la Sala está facultada para pronunciarse sobre el presente impedimento, dado que fue planteado por magistrados de un Tribunal Superior y rechazado por otros integrantes del mismo.

Constituye criterio reiterado de la Sala de Casación Penal que la finalidad del instituto en mención es garantizar que los funcionarios judiciales obren con estricto apego a los principios de imparcialidad y objetividad, de tal suerte que si cualquier factor puede afectar su buen juicio y transparencia se erige en motivo suficiente para separarlos del conocimiento del asunto (Cfr. CSJ AP, 13 Ago. 2014, Rad. 44362, entre muchos otros).

2. La causal de impedimento invocada por los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá está prevista en el numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

*«Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso...».*

Respecto del referido motivo impeditivo esta Sala de Casación ha sostenido que no toda actuación previa en el proceso es razón suficiente para separar al funcionario de su conocimiento, sino aquella con capacidad de comprometer su criterio respecto de un asunto que posteriormente deba entrar a resolver y que, por ende, perturba su imparcialidad y ponderación.

Entonces, la participación dentro del proceso no debe asumirse en sentido literal en cuanto es preciso que esa intervención, para adquirir un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud del funcionario, de modo que su actividad dentro del proceso debió ser esencial, de fondo, sustancial, trascendente, y no simplemente formal (CSJ AP, 30 nov. 2006, rad. 26485; CSJ AP, 4 dic. 2013, rad. 29581y AP, 17 jun. 2015, rad. 46167 entre otras).

3. En el presente caso los Magistrados *Alberto Poveda Perdomo* y *Ramiro Riaño Riaño* actuaron



inicialmente como jueces de segunda instancia al desatar la apelación interpuesta contra la decisión del 20 de noviembre de 2015, emitida por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado, mediante la cual se improbo el preacuerdo suscrito con el acusado *JOSÉ AULI LÓPEZ CHACÓN*, por vulneración del principio de legalidad dada la indebida tasación de la pena conforme a la dosimetría dispuesta para el concurso de delitos en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, oportunidad en la cual señalaron que además de los argumentos expuestos, lo acordado se debía improbar, porque *«de los elementos materiales probatorios y evidencia física no emerge circunstancia alguna que permita inferir las condiciones de marginalidad, ignorancia o extrema pobreza que predica la Fiscalía, por tanto no es posible proporcionar atenuantes en aras de llegar a un acuerdo, sin que se encuentren fundamento fáctico y probatorio en la actuación»*.

Igualmente, destacaron en su decisión que *«una empresa criminal como la descrita en la acusación no la organizan personas en situación de marginalidad sino potentadas del crimen»*, y finalizaron calificando la labor de la Fiscalía como ligera y apresurada, por cuanto el preacuerdo no consultaba la realidad fáctica.

A partir de lo expuesto, ahora los mencionados funcionarios aducen que se encuentran dentro del supuesto de hecho de la causal de impedimento invocada, para conocer por vía de apelación sobre el nuevo acuerdo improbadado.

Considera la Sala, en primer lugar, que la participación que tuvieron los Magistrados cuando

conocieron del primer preacuerdo entre las partes no tiene incidencia directa en la decisión ahora sometida a su examen, pues si bien realizaron en esa oportunidad señalamientos frente a la falta de correspondencia de la imputación fáctica con la jurídica, para concluir que no estaba plenamente demostrada la situación de marginalidad, ignorancia o extrema pobreza objeto de acuerdo, lo cierto es que no se ocuparon de analizar la vulneración del artículo 352 de la Ley 906 de 2004, acerca del reconocimiento de la circunstancia de marginalidad al cotejarla con la rebaja punitiva dispuesta por el legislador cuando el preacuerdo tiene lugar después de la presentación de la acusación, que corresponde al problema jurídico advertido por la primera instancia en el nuevo acuerdo.

4. Pero esa circunstancia, que sería suficiente para deducir que no está comprometida la imparcialidad de los Magistrados Poveda Perdomo y Riaño Riaño, no es sin embargo la explicación llamada a sustentar la negativa a admitir que se encuentran impedidos para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 4 de marzo de 2016, proferido por el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

El argumento en el cual se fundamenta la Sala para concluir que esos funcionarios no se encuentran impedidos para resolver la apelación en contra del auto por el cual se improbió el acuerdo entre la Fiscalía y los procesados LÓPEZ CHACÓN y MURCIA SIERRA, tiene que ver con la

lógica misma de como se encuentra construido el sistema de justicia premial en la Ley 906 de 2004. Si los preacuerdos entre las partes están sometidos a control judicial, ello no puede significar que cuando un Juez imprueba uno en un caso determinado, quede impedido para pronunciarse en relación con otro en el mismo asunto. Lo deseable, por el contrario, es que si ya el funcionario, a través de su decisión precedente, le hizo saber a las partes las razones para no ratificar el arreglo, éstas procedan a incorporarle los ajustes pertinentes y a presentarlo de nuevo, naturalmente en caso de persistir en él.

Ese entendimiento, que igual aplica frente al control judicial de los allanamientos, evita que las partes, ante la desaprobación judicial de un preacuerdo, vayan de Juez en Juez hasta conseguir que alguno lo autorice.

5. El anterior criterio que adopta la Sala, aplica igualmente frente a eventos en los que ante un funcionario judicial que se negó a decretar la preclusión de la investigación en una actuación determinada, se presenta nuevamente a su consideración —en primera o segunda instancia— una discusión vinculada a la misma pretensión. Esto quiere decir que el Juez que negó en una oportunidad anterior la preclusión, no se encuentra impedido para volver a conocer de una nueva solicitud en el mismo sentido. Y que tampoco lo está el despacho judicial de segunda instancia que confirmó la improcedencia de la preclusión, para resolver la apelación de una nueva decisión adversa a la medida de terminación del proceso.

Lo precedente no se opone al numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 por la sencilla razón de que esta disposición consagra como causal de impedimento, “*para conocer el juicio en su fondo*”, haber negado la solicitud de preclusión. El Juez que no accede a decretar esa determinación, en consecuencia, queda inhabilitado para el trámite de la etapa del juzgamiento. Nunca para pronunciarse en relación con una petición de preclusión tras haberse negado previamente en el mismo caso a declararla.

Así las cosas, la Sala recoge la decisión contraria a la tesis anterior, consignada en el auto del 11 de febrero de 2015 (impedimento 45280), en la cual se definió que se encontraban impedidos para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó una solicitud de preclusión a dos Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, por la circunstancia de haberse pronunciado antes en la misma actuación respecto de una determinación similar. Este nuevo criterio jurisprudencial, que es conforme a la ley, imposibilita —como en el caso de las decisiones judiciales mediante las cuales no se aprueban los preacuerdos—, que cuando una petición de preclusión ha sido negada se vaya a un nuevo Juez —y a otros— en busca de que finalmente alguien la comparta.

**6.** Es inadmisibile como circunstancia de impedimento, en conclusión, que los Magistrados Poveda Perdomo y Riaño Riaño del Tribunal Superior de Bogotá hubieran conocido

antes en el mismo proceso, por razón de sus funciones, de la apelación interpuesta contra la determinación de no aprobar un preacuerdo anterior entre las partes. Por tanto, deberán resolver la alzada puesta a su consideración.

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

**RESUELVE:**

**1. Declarar infundado** el impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Alberto Poveda Perdomo y Ramiro Riaño Riaño.

**2. Devolver inmediatamente** las diligencias al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no proceden recursos.

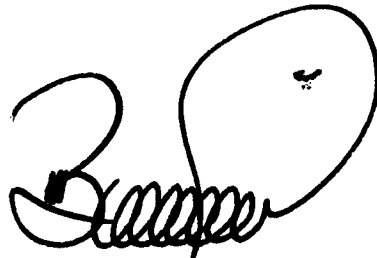
**CÚMPLASE.**



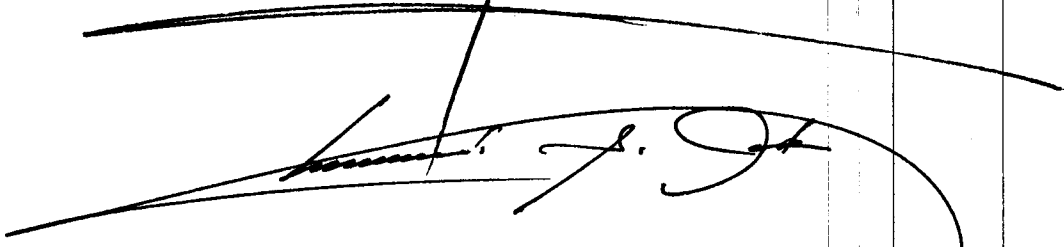
**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**



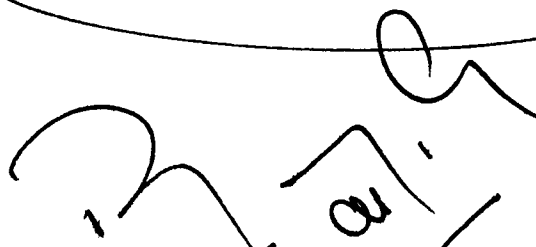
**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



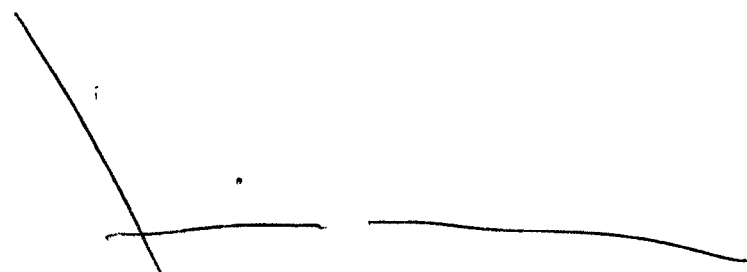
**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**



**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**



**EYDER PATIÑO CABRERA**



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

  
LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

  
NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

