



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**Magistrado Ponente**

**AP3326 -2020**

**Radicación # 58445**

**Acta 257**

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020).

**VISTOS:**

Resuelve la Corte la apelación del defensor de EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD contra la decisión del 8 de octubre de 2020 que negó la nulidad propuesta.

**ANTECEDENTES RELEVANTES:**

1. El 6 de junio de 2018 la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia radicó escrito de acusación

contra EDWIN JOSÉ BESAILE FAYAD, ex gobernador del departamento de Córdoba en el periodo 2016-2019, a quien atribuyó la comisión, en calidad de coautor, de los delitos de concierto para delinquir y peculado por apropiación en provecho propio y de terceros, agravado por la cuantía, con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 9° del artículo 58 del Código Penal, referida a su posición distinguida.

2. La actuación correspondió inicialmente al despacho del magistrado EYDER PATIÑO CABRERA, quien por la entrada en funcionamiento, el 18 de julio de 2018, de la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia, la envió a esa dependencia, donde se asignó al despacho del doctor ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS.

3. El 27 de febrero de 2020 el doctor JORGE EMILIO CALDAS VERA manifestó su impedimento para conocer del asunto por estar incurso en la causal contemplada en el numeral 6° del artículo 56 del Código Penal, dado que actuó como Procurador Cuarto Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal en la audiencia de imputación en la que realizó exposiciones sobre la necesidad de imponer medida de aseguramiento al acusado.

4. El 3 de julio de 2020, la Sala Especial de Primera Instancia declaró infundado el impedimento expresado porque aunque el doctor CALDAS VERA *<<expuso las razones que permitían inferir la autoría del indiciado en los punibles investigados y consideró los motivos por los que en*

*su opinión se hacía necesaria la imposición de la medida de aseguramiento al ex gobernador>>*, esa intervención carece de la connotación suficiente para configurar la causal impeditiva invocada, dado que en la audiencia de imputación no se cuenta con pruebas en el sentido estricto y puede suceder que los elementos materiales no lleguen a incorporarse en el juicio.

5. El 7 de septiembre siguiente se inició la audiencia de formulación de acusación en la que el defensor de BESAILE FAYAD recusó al magistrado CALDAS VERA. Subsidiariamente pidió la nulidad de la actuación desde el momento en que se negó el impedimento expresado.

6. El día 21 del mismo mes, el magistrado CALDAS VERA no aceptó la recusación.

7. El 7 de octubre, la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia *<<rechazó de plano>>* la recusación promovida por la defensa y al día siguiente, 8 de octubre, *<<rechazó de plano>>* la nulidad propuesta *<<en relación con la primera causal>>* y negó la nulidad *<<respecto del segundo motivo>>*. El magistrado CALDAS VERA aclaró voto porque a pesar de compartir la decisión, *<<mi imparcialidad sí se vio comprometida por haber intervenido sustancialmente en la audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento celebrada el 6 de febrero de 2018>>*.

8. Frente al rechazo de plano de la nulidad el defensor propuso recurso de queja y respecto de la negativa de la

nulidad interpuso el de apelación que la Sala procede a resolver a continuación.

### **DECISIÓN IMPUGNADA:**

La primera instancia vislumbró <<un nuevo motivo de nulidad planteado por la defensa técnica sin haberlo hecho explícito, relacionado con el trámite impartido por la Sala a la manifestación de impedimento efectuada por el Magistrado Caldas, por no haber remitido la actuación a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que dirimiera de plano una vez fue negado en los términos del artículo 58A de la Ley 906 de 2004, omisión que, según parece concluir, da lugar a la aplicación del artículo 457 de la Ley 906 de 2004 por violación de los derechos de defensa y debido proceso en aspectos sustanciales>>.

La Sala Especial encontró desacertada la interpretación dada por el defensor al inciso final del artículo 58A de la Ley 906 de 2004 porque <<en estricto sentido la Sala de Casación Penal no es superior jerárquico sino funcional de esta, pues conforme al Acto Legislativo 01 de 2018, ambas integran la Corte Suprema de Justicia y su estructura se explica en la imperiosa necesidad de garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento y, esencialmente, la doble instancia de las sentencias proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia, pero no con el propósito de crear instancias adicionales a los trámites preestablecidos>>.

A su criterio, entonces, resulta desatinado asimilar el trámite de los impedimentos de los magistrados de tribunal con el de los magistrados de la Sala Especial para darle un alcance que no tiene al artículo 58A porque la Sala Especial de Juzgamiento fue creada para garantizar el principio de la doble instancia, no para instituir trámites adicionales que dilaten la actuación procesal.

El carácter sumario y breve de los impedimentos y las recusaciones, torna inadmisibile la interpretación del defensor, ni siquiera considerando el principio de favorabilidad que sólo aplica a derechos sustanciales y no a simples reglas de ritualidad de los procesos.

Colige, en suma, que no se encuentra probada la causal de nulidad invocada por la defensa

### **LA IMPUGNACIÓN:**

La defensa solicita revocar la decisión impugnada y, en su lugar, anular la actuación a partir del auto del 3 de julio de 2020 que negó el impedimento manifestado por el magistrado CALDAS VERA porque el artículo 58A de la Ley 906 de 2004 regula el trámite de los impedimentos de manera diferente para los magistrados de tribunal y para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso de los magistrados de tribunal de distrito, si se niega la manifestación de impedimento, la actuación debe pasar a la Sala de Casación Penal. Cuando se trata de

magistrados de la Corte, la decisión de los demás magistrados obliga. Ese diseño procesal, sin embargo, obedece a que en el año 2004, cuando se redactó la norma, no se había modificado el artículo 234 de la Constitución Nacional y todavía existía una sola sala en la Corte Suprema, en la que se adelantaban los procesos de única instancia contra los aforados constitucionales.

Esta realidad cambió con el Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó la estructura orgánica de la Corte Suprema de Justicia y creó la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia y le atribuyó a la Sala de Casación Penal la función de decidir en segunda instancia las apelaciones interpuestas contra las sentencias y autos de aquella, situación que configura una antinomia porque el legislador del 2004 diseñó el procedimiento para la Sala de Casación Penal en el entendido de que no tenía superior jerárquico o funcional.

En el nuevo escenario la Sala de Casación Penal debe conocer del impedimento manifestado por los magistrados de la Sala Especial de Juzgamiento, como lo hace con los magistrados de tribunal, no porque deba aplicar el principio de favorabilidad, que no ha invocado, sino por la existencia de una antinomia que debe resolverse en favor del diseño constitucional y no del legal.

Considera que contrario a lo expresado en la decisión impugnada, el envío de la actuación a la Sala de Casación Penal no afecta la agilidad procesal porque el trámite de los

impedimentos expresados por los magistrados de tribunal se remite a la Corte sin que en ello exista dilación o demora.

Considera trascendente el asunto porque la decisión no ha permitido realizar un debate amplio sobre la manifestación del impedimento expresada por el magistrado CALDAS VERA, situación que repercute en el derecho de EDWIN BESAILE FAYAD a tener jueces libres de cualquier duda sobre su imparcialidad y objetividad, con mayor razón cuando el funcionario que inicialmente manifestó su impedimento, en la aclaración de voto insiste en que su imparcialidad puede estar afectada.

#### **INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES:**

1. Para la fiscal delegada el tema de la impugnación versa sobre la imparcialidad y las implicaciones para la defensa del ex gobernador BESAILE FAYAD, motivo por el cual considera necesario que la Sala de Casación Penal se pronuncie, dadas las repercusiones de la decisión en los futuros trámites de los impedimentos de los magistrados de la Sala Especial de Juzgamiento.

2. El apoderado de las víctimas considera necesario que la Sala de Casación Penal dirima el asunto para asegurar y consolidar las garantías procesales.

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

**1.** De conformidad con lo establecido en el numeral 6° del artículo 235 de la Constitución Nacional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala es competente para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia que negó la nulidad solicitada por la defensa, dado que allí se atribuyó a la Sala de Casación Penal la función de resolver *“los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”*.

Al referir la norma que la Sala de Casación Penal debe resolver las apelaciones interpuestas contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Juzgamiento, incluye las sentencias y los autos interlocutorios susceptibles de ese recurso, pues el precepto constitucional no distingue ni limita los asuntos en relación con los cuales procede la impugnación. Es posible afirmar, entonces, que contra las determinaciones interlocutorias de la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia procede el recurso de apelación, en los términos del artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

**2.** El artículo 58A de la Ley 906 de 2004, introducido al estatuto procesal penal mediante la Ley 1395 de 2010, regula el trámite de los impedimentos y las recusaciones de los magistrados de la siguiente manera:

i) En el caso de los magistrados de tribunal, el impedimento lo conocen los demás que conforman la sala respectiva, quienes se pronunciarán en un término improrrogable de tres días. Aceptado el impedimento, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuer. Si no se aceptare el impedimento, la actuación pasará a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.

ii) Si el magistrado fuere de la Corte Suprema de Justicia y la Sala rechazare el impedimento, la decisión de esta lo obligará. En caso de aceptarlo se sorteará un conjuer, si a ello hubiere necesidad.

Procedimiento establecido cuando la Corte Suprema de Justicia sólo contaba con una sala de especialidad penal, esto es, la Sala de Casación Penal.

**3.** Con la finalidad de garantizar la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento de los congresistas, así como los derechos a la doble instancia y a la doble conformidad judicial de los aforados constitucionales, el Acto Legislativo 01 de 2018 creó dos nuevas Salas al interior de la Corte Suprema de Justicia.

En primer lugar, la *Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia* (integrada por 6 magistrados), a la cual le asignó la función de investigar y acusar a los miembros del Congreso por los delitos cometidos

(art. 186 C.N.). Y, en segundo, la *Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia* (integrada por 3 magistrados), encargada de juzgar a los aforados constitucionales acusados por la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, por la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia y por el Fiscal General de la Nación o sus Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

La misma reforma constitucional le atribuyó a la Sala de Casación Penal la función de resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia. Es decir, autos interlocutorios y sentencias.

Dicha modificación a la composición de la Corte Suprema de Justicia, necesariamente debe ser considerada al interpretar el alcance que corresponde dar al segundo inciso del Artículo 58A de la Ley 906 de 2004, de cara al trámite de los impedimentos expresados por los Magistrados de la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia de la Corte. Esa norma legal, conforme a la cual, ante la manifestación de impedimento por parte de un Magistrado de la Corte, su rechazo por el resto de la Sala lo obligará, fue diseñada bajo una realidad institucional distinta a la presente. Se contempló ese trámite para aplicarlo a una Sala de cierre de la justicia penal ordinaria.

Cabe preguntarse, sin embargo, y es la discusión aquí suscitada por el recurrente, si en relación con la estructura

institucional actual, de dos salas en la Corte Suprema de Justicia con las cuales se garantiza a los aforados constitucionales la doble instancia –tras la desaparición del ordenamiento jurídico colombiano de los procesos penales de única instancia—, la interpretación exegética planteada por la primera instancia es la que mejor consulta la lógica de como se encuentra construido el sistema procesal penal. La Corte estima que no.

**4.** La lectura sistemática y teleológica de la Constitución y de los objetivos del instituto de los impedimentos y las recusaciones, compatible con la nueva composición de la Corte y con la protección amplia del principio de imparcialidad, permite afirmar que el trámite de los impedimentos manifestados por los Magistrados de la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia, debe seguir el procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 58A. Nunca porque se equiparen los magistrados de la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia de la Corte con los del Tribunal o porque se desconozca la inexistencia de relación jerárquica entre las tres salas que integran la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino sencillamente porque a partir del Acto legislativo 01 de 2018 las Salas Penales de los Tribunales y la Sala de Juzgamiento de Primera Instancia de la Corte tienen a la Sala de Casación Penal como superior funcional, encargada de resolver los recursos de apelación interpuestos contra sus decisiones de primera instancia y de resolver de plano si se configura o no una causal de impedimento, cuando la sala a la que pertenece el Magistrado que la expresó la haya rechazado.

Esta interpretación, es indudable, protege de mejor manera la garantía fundamental de imparcialidad, al permitir que la Sala de Casación Penal revise en segunda instancia, en ejercicio de su superioridad funcional, la situación debatida y determine si se configura o no la causal de impedimento aducida y que no aceptó la Sala de primera instancia.

Así las cosas, cuando el impedimento sea manifestado por un Magistrado de la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia, lo conocen los demás que conforman la Sala, quienes se pronunciarán en un término improrrogable de tres días. Aceptado el impedimento, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuer. Si no se aceptare el impedimento, la actuación pasará a la Sala de Casación Penal para que dirima de plano la cuestión.

Trámite que, contrario a lo manifestado por la primera instancia, no elimina el carácter *sumario y breve* de los impedimentos y de las recusaciones, puesto que el asunto se resuelve de plano y de manera prioritaria en segunda instancia.

**5.** En suma, asiste razón al apelante al solicitar que se corrija el trámite dado por la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia al impedimento manifestado por el magistrado JORGE EMILIO CALDAS VERA y, por ello, se declarará la nulidad de la actuación surtida con

posterioridad a la decisión del 3 de julio de 2020 que negó el impedimento, a efectos de que se proceda a imprimirle el trámite anteriormente indicado.

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

**RESUELVE:**

**1º. Revocar** la decisión impugnada.

**2º. Declarar la nulidad** de la actuación surtida con posterioridad a la decisión del 3 de julio de 2020 que negó el impedimento, a efectos de que se proceda a imprimirle el trámite indicado en la parte motiva de esta determinación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**



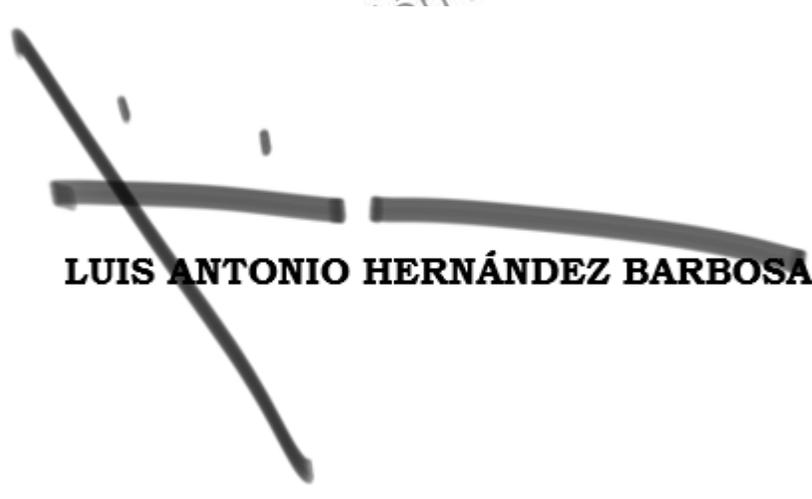
**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**



FABIO OSPITIA GARZÓN

**EXCUSA JUSTIFICADA**  
**EYDER PATIÑO CABRERA**



HUGO QUINTERO BERNATE

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria