El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto –26 de febrero de 2018

Proceso:                 Penal – Rechaza solicitud recusación

Radicación Nro.: 6659460000063-2010-00361-02

Procesado: GERARDO ALIRIO MONCADA MEDINA

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS / RECUSACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS / NORMATIVIDAD EN MATERIA DE TURNOS PARA RESOLVER / MORA JUDICIAL /** El hecho de que no se haya proferido la decisión de segunda instancia no genera per se una causal de impedimento a través de la cual se vulneren las garantías procesales del acusado, y mucho menos afecta la objetividad e imparcialidad del funcionario que debe tomar la decisión.

(…)

Se debe tener en cuenta que la decisión que se adopte en el proceso penal que se adelanta en contra del señor GAMM se encuentra condicionada a la aplicación de las disposiciones existentes en materia de turnos para adoptar las disposiciones judiciales

(…)

Sobre las situaciones de mora judicial se deben tener en cuenta los principios de ilicitud sustancial y prohibición de responsabilidad objetiva, previstos en los artículos 5º y 13 de la ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), que se deben establecer a partir del precedente establecido en la sentencia C-037 de 1996

(…)

Con base en lo anterior, considero que no me encuentro incurso en la causal que motivó la recusación propuesta por el apoderado del señor Gerardo Alirio Moncada Medina y por lo tanto no estoy obligado a separarme del conocimiento del recurso de apelación que este defensor formuló.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

#### SALA DE DECISION PENAL

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

1. **ASUNTO**

Se procede a resolver lo concerniente a recusación manifestada por el abogado que representa los intereses del señor Gerardo Alirio Moncada Medina, durante la audiencia del 12 de septiembre de 2012 dentro de la cual se resolvió la solicitud de libertad elevada a favor del acusado.

1. ANTECEDENTES

2.1 En la audiencia celebrada el 12 de septiembre de 2017 la juez promiscua del circuito de Quinchía no accedió a la solicitud de libertad o de sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad al señor Moncada Medina. En consecuencia la defensa del acusado apeló dicha determinación y en la fase final de sus alegaciones recusó al Magistrado Ponente por ser este el funcionario que tiene a su cargo desatar el recurso interpuesto en contra del fallo de primera instancia, y porque había actuado en la misma condición en diversas decisiones que tenían que ver con el objeto del presente recurso.

2.2 A través de auto del 25 de enero del año en curso, esta Sala concedió al defensor del abogado un término de cinco (5) días para que indicara de manera específica la causal de impedimento a la que se había referido con anterioridad y si la misma era extensiva a los demás magistrados de este cuerpo colegiado.

2.3 Mediante memorial recibido en la secretaría de esta Corporación, el apoderado judicial del señor Gerardo Alirio Moncada Medina reiteró que la recusación planteada iba dirigida en contra del suscrito Magistrado para conocer de la solicitud elevada a favor del acusado, manifestando que la misma estaba fundada en lo reglado el artículo 57 numeral 7 del CPP., ya que a su modo de ver se han sobrepasado con creces los términos establecidos en el artículo 179 del CPP, el cual fue modificado por el artículo 91 inciso 3º de la Ley 1395 de 2010. Igualmente asegura que para resolver el recurso propuesto contra la sentencia de primera instancia este funcionario tiene un “*interés marcado en justificar su conducta”, es decir, la demora en definir el caso de mi representado”,* y que por ello mi análisis no sería objetivo ni crítico frente al auto apelado, vulnerando el principio de imparcialidad.

1. CONSIDERACIONES

3.1 En atención a la manifestación realizada por el abogado que representa los intereses del señor Gerardo Alirio Moncada Medina, se debe establecer que el artículo 56 numeral 7 del CPP señala lo siguiente:

*ARTÍCULO 56. CAUSALES DE IMPEDIMENTO. Son causales de impedimento:*

*(…)*

*7. Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.”*

3.2 Frente a la inconformidad que plantea el censor frente a la mora que se ha presentado para darle trámite al recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer nivel, es importante realizar las siguientes acotaciones:

3.3 El hecho de que no se haya proferido la decisión de segunda instancia no genera *per se* una causal de impedimento a través de la cual se vulneren las garantías procesales del acusado, y mucho menos afecta la objetividad e imparcialidad del funcionario que debe tomar la decisión.

3.4 En el caso objeto de estudio el abogado que representa los intereses del señor Moncada Medina posiblemente desconoce la situación de congestión que afecta a esta Sala y la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones que regulan la materia, en especial el artículo 18 de la ley 446 de 1998 que establece lo siguiente: *“Es obligatorio para los jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal”.*

3.5 Sobre las situaciones de mora judicial se deben tener en cuenta los principios de *ilicitud sustancial* y *prohibición de responsabilidad objetiva*, previstos en los artículos 5º[[1]](#footnote-1) y 13 [[2]](#footnote-2)de la ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), que se deben establecer a partir del precedente establecido en la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, donde se dijo lo siguiente:

*“Sin embargo, debe advertirse que la sanción al funcionario judicial que entre en mora respecto del cumplimiento de sus obligaciones procesales, es asunto que debe ser analizado con sumo cuidado. En efecto, el responsable de evaluar la situación deberá estimar si dicho funcionario ha actuado en forma negligente o si, por el contrario, su tardanza se encuentra inmersa dentro de alguna de las causales de justificación de responsabilidad, tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa del tercero o cualquier otra circunstancia objetiva y razonable…[[3]](#footnote-3). Para lograr los anteriores cometidos, naturalmente deberán respetarse las prescripciones propias del debido proceso y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa para explicar las razones por las cuales se incurrió en mora injustificada en el trámite de los asuntos judiciales…”.*

En la misma providencia la Corte Constitucional no solo hizo referencia a los aspectos relacionados con la oportunidad de la decisión judicial, sino que expuso que el principio de eficiencia comprendía igualmente el deber de motivación adecuada de las providencias judiciales. En ese sentido, manifestó lo siguiente:

*“Por eficiencia se entiende, según el Diccionario de la Lengua Española, “virtud y facultad para lograr un efecto determinado”. Significa lo anterior que los despachos judiciales no sólo deben atender en forma diligente sus responsabilidades, sino que además el juez debe fallar haciendo gala de su seriedad, su conocimiento del derecho y su verdadero sentido de justicia. Se trata, pues, de una responsabilidad que, en lenguaje común, hace referencia tanto a la cantidad como a la calidad de las providencias que se profieran. Para la Corte merece especial atención este último concepto, pues la administración de justicia, al ser fundamento esencial del Estado social de derecho, no puede sino reclamar que sus pronunciamientos estén enmarcados por la excelencia. Así, entonces, contradice los postulados de la Constitución aquel juez que simplemente se limita a cumplir en forma oportuna con los términos procesales, pero que deja a un lado el interés y la dedicación por exponer los razonamientos de su decisión en forma clara y profunda.”[[4]](#footnote-4)*

Se debe tener en cuenta que la decisión que se adopte en el proceso penal que se adelanta en contra del señor Gerardo Alirio Moncada Medina se encuentra condicionada a la aplicación de las disposiciones existentes en materia de turnos para adoptar las disposiciones judiciales, que tiene una regulación contradictoria en nuestro ordenamiento, que se puede sintetizar así:

* El artículo 18 de la ley 446 de 1998 dispone que: *“Es obligatorio para los jueces dictar las sentencias exactamente en el orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho oren pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o prelación legal…La alteración del orden de que trata el inciso precedente constituirá falta disciplinaria…”.*
* La ley 734 de 2002 “Código Disciplinario Único” establece que es deber de los servidores públicos: *12. Resolver los asuntos en el orden en que hayan ingresado al despacho, salvo prelación legal o urgencia manifiesta…“.*
* El artículo 63A de la ley 1285 de 2009 que reformó la ley 270 de 1996, permite a las Salas de los Tribunales Superiores *“determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia…“.*
* El artículo 115 de la ley 1395 de 2010 faculta a los funcionarios judiciales para que: “…*cuando existan precedentes jurisprudenciales…* *fallar o decidir casos similares que estén en el despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos…“.*

3.6 En este caso particular se deben tener en cuenta otras situaciones, como: i) el alto número de procesos que ingresan a esta Sala de decisión; ii) la gran cantidad de acciones preferentes que se deben atender como las decisiones de tutela de primera y segunda instancia, y de consulta de sanciones por desacato, básicamente contra la entidad Colpensiones; iii) la producción de decisiones de primera y segunda instancia; y iv) el tiempo invertido en la revisión de las decisiones de los demás Magistrados que conforman la Corporación, y otras actuaciones diferentes al caso que han sido reconocidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-527 de 2009 así:

*“…En estudio de esas disposiciones esta corporación mediante sentencia T-1249 de diciembre 16 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, señaló que acorde con el desarrollo jurisprudencial del Comité y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido acogidos los parámetros establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual la razonabilidad del plazo que media para resolver un asunto se determina según: “(i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades judiciales y (iv) el análisis global del procedimiento.”*

*En la providencia citada se puntualizó acerca de la existencia de una relación de conexidad necesaria entre las nociones de plazo razonable y dilaciones injustificadas, para constatar si acontece una vulneración al debido proceso, cuya consecuencia es la afectación del acceso a la administración de justicia. Así, no se presenta tal conculcación cuando la mora en el trámite de una actuación judicial no tiene su génesis en la complejidad del asunto “o en la existencia de problemas estructurales de exceso de carga laboral de los funcionarios, si no (sic) en la falta de diligencia y en la omisión sistemática de sus deberes por parte de los mismos”.*

*En aquella oportunidad, efectuando un recuento de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema, se reiteró que el mero incumplimiento de los términos procesales no constituye per se violación al debido proceso[[5]](#footnote-5), justificándose el retraso cuando la autoridad censurada, a pesar de obrar con diligencia y celeridad, se encuentra ante situaciones “imprevisibles e ineludibles”[[6]](#footnote-6), como el exceso de trabajo, que le impiden cumplir con los plazos fijados en la ley para tal efecto.*

(…)

*4.3. Se debe reconocer además que la congestión de los despachos judiciales y la mora que afecta la resolución de muchos procesos son fenómenos que, aunque rotundamente indeseables, resultan a veces inevitables. Ello por cuanto estas situaciones se originan en factores de carácter estructural y de larga incidencia en el país, entre los cuales se destacan la alta conflictividad humana, el espíritu litigioso que caracteriza a muchos abogados, e incluso a la ciudadanía en general, los embrollados procedimientos, la falta de mecanismos alternativos apropiados y la insuficiencia de recursos para el cumplimiento de la labor asignada a la rama judicial del poder público…[[7]](#footnote-7)*

Sobre la mora judicial la Corte Constitucional en sentencia T-502 de 1997, dijo:

*“De acuerdo a lo que aparece en el proceso, la mora judicial en que se incurre por la accionada tiene origen en la excesiva carga de trabajo que imposibilita cumplir su función judicial en forma pronta y oportuna, dentro de los términos legales. En efecto, según el oficio que obra a folio 11 del expediente, el magistrado José Alfonso Isaza Dávila, quien reemplazó a la titular para la fecha en que se suscribió, por licencia que le fuera concedida, señala que al despacho se encuentran para fallo 250 expedientes, radicados todos ellos con anterioridad al de la demandante, y que en tal sentido estos deben ser fallados en estricto orden de llegada. De esta forma, en el asunto sub examine no se encuentra acreditado debidamente que la mora judicial alegada por la demandante tiene como causa una dilación injustificada. Por el contrario, ello obedece a las razones anotadas, con lo cual no sería procedente tutelar el derecho de la demandante frente a la ausencia de la comprobación de los hechos que se esgrimen como sustento de la acción instaurada”.*

*De la configuración de la causal de exclusión de la responsabilidad de la fuerza mayor.- Descendiendo al caso en estudio por la Sala, confrontada la carga laboral y las estadísticas de la Funcionaria investigada, resulta demostrada su buena producción diaria, configurándose la justificación de sus conductas bajo la estimación que le era imposible evacuar todos los asuntos a su cargo y, de otra parte, estaba ocupada en resolver otros tantos que tenía asignados.*

*Entonces, se materializa la causal eximente de responsabilidad por haberse consumado el hecho bajo fuerza mayor. Al efecto, el artículo 64 del Código Civil, modificado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, la define como “el imprevisto a que no se puede resistir...” y es un hecho notorio la congestión de la mayoría de los despachos judiciales, que si bien es previsible para quienes diseñan la política judicial del país, no lo es para el funcionario que dispensa justicia y recibe a diario muchas denuncias, quejas y requerimientos, que se vuelven miles por lo que no les es posible prever tales situaciones y, además, ante la estructura funcional y la carencia de personal no le es dable despacharla oportunamente.*

*De tal manera, la presunta mora en el trámite del proceso disciplinario 2008-00421, a cargo de la aquí investigada, no la ha causado intencional o culposamente, sin que sea dado exigirle lo imposible, razón por la cual, su conducta no será objeto de reproche disciplinario, pues es evidente que no actuó con culpabilidad.*

Así mismo, la Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de tutela de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 27 de septiembre de 2017, respecto a la mora judicial expuso lo siguiente:

*“…la jurisprudencia constitucional ha establecido que la mora judicial resulta injustificada, y por lo tanto quebranta garantías de orden superior, al reunirse los siguientes requisitos: «(i) el incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación por parte del funcionario competente, (ii) la falta de motivo razonable y prueba de que la demora es debida a circunstancias que no puede contrarrestar y directamente relacionada con el punto anterior, (iii) la omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte del trabajador [judicial], debida a la negligencia y desidia respecto de sus obligaciones en el trámite de los procesos» (Sentencia T – 1249 de 2004).*

*Como contrapartida, la tardanza en el desarrollo de la función jurisdiccional se califica como justificada cuando «se está ante asuntos de alta complejidad en los que se demuestra de manera integral una diligencia razonable del juez que los atiende [o] se constata la existencia de problemas estructurales, de exceso de carga laboral u otras circunstancias que pueden ser catalogadas como imprevisibles e ineludibles» (Sentencia T – 803 de 2012).*

*La aplicación del marco jurisprudencial reseñado al asunto bajo examen, revela que no ha operado el fenómeno conocido como mora judicial injustificada. Ciertamente, se ha excedido el plazo legal para resolver el asunto puesto a consideración de la judicatura, pero no es posible afirmar que ello obedezca al incumplimiento negligente o deliberado de la función de administrar justicia.*

*Según se determinó durante el trámite, tras la celebración de la audiencia de sustentación de la alzada, el 10 de febrero de 2011, el Magistrado a quien se asignó el asunto se ausentó de su cargo por incapacidad médica, y quien lo reemplazó tuvo que declarar su impedimento por haber dictado el fallo de primer grado, esto último el 4 de octubre de 2013. El 8 de octubre siguiente, otro funcionario de igual categoría declaró fundada la causal impeditiva y asumió el conocimiento del asunto.*

*Desde ese momento hasta la actualidad, a dicho Magistrado le han sido repartidos 206 procesos ordinarios (apelación de autos y sentencias, sin contar actuaciones de primera instancia y acciones constitucionales), de los cuales ha resuelto 194. Cuando el expediente del accionante arribó a su oficina, le correspondió el turno No. 257 de decisión, hoy en día se encuentra en el puesto No. 68.*

*Entonces, es claro que la causa fundamental de la tardanza no es la voluntaria o descuidada inactividad de la autoridad accionada, sino algunas situaciones de orden procesal (incapacidad del primer Magistrado ponente, declaratoria de impedimento de quien lo reemplazó, etc.), e igualmente la congestión judicial existente en el despacho demandado, que junto con el presente, tiene a su cargo una enorme cantidad de expedientes pendientes de decisión, los cuales ha evacuado en la medida de sus posibilidades.*

*En tales condiciones, no es posible atender la pretensión del demandante, no sólo porque ello constituiría una intromisión indebida del juez de tutela, sino además, y fundamentalmente, en vista de que con tal determinación se vulneraría el derecho a la igualdad de muchos ciudadanos que se encuentran en la misma situación que el actor, y a la postre, conduciría a agravar el problema de la mora judicial. Sobre el particular, ha dicho reiteradamente la Corte Constitucional:*

*La crisis judicial por causa de la hiperinflación procesal afecta por igual a todos los titulares de derechos litigiosos. Virtualmente, todas las personas que esperan un fallo judicial tienen comprometidos sus intereses personales en la pretensión que elevan o contra la que se defienden, y no es inusual que dichas personas sean sujetos de especial protección, personas de la tercera edad, niños, sujetos discapacitados, etc.*

*Si el juez de la causa o el juez de tutela no someten a un riguroso análisis el caso y sobre la base de un estudio ligero autorizan la alteración de los turnos para fallo, el sistema de turnos se enfrenta a un irremediable colapso. En efecto, la “fila” hecha por los expedientes que esperan turno de fallo está erigida sobre una lógica justa: el orden sucesivo de recepción del expediente. Sin embargo, la solicitud de prelación elevada sobre las condiciones personales del demandante subvierte la lógica del orden sucesivo y, en cambio, depende de una dinámica incierta, generalmente derivada de la prontitud con que el titular del derecho litigioso presenta su solicitud.*

*Visto así el problema, incluso sujetos de especial protección constitucional necesitados de una pronta decisión judicial podrían verse desplazados por otros menos vulnerables que sin embargo presentaron su requerimiento de prelación con mayor prontitud y obtuvieron, por esa sola razón, un fallo inmediato. Un riesgo adicional que se corre si las prelaciones que se solicitan por vía de tutela no se conceden en circunstancias excepcionalísimas es el de la creación por esa vía de listados prevalentes paralelos que podrían verse afectados por una congestión similar. (Sentencia T – 945 A de 2008, entre muchas otras en el mismo sentido).”*

3.7 Con base en lo anterior, considero que no me encuentro incurso en la causal que motivó la recusación propuesta por el apoderado del señor Gerardo Alirio Moncada Medina y por lo tanto no estoy obligado a separarme del conocimiento del recurso de apelación que este defensor formuló en contra de la determinación mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, que no accedió a la solicitud de libertad o de sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad a favor del acusado.

En atención a lo normado en el artículo 60 del C.P.P. inciso 2º, se dispondrá remitir la presente actuación a los demás Magistrados que conforman esta Sala para que definan el asunto puesto en consideración del recurrente.

Con base en lo expuesto en precedencia, el suscrito Magistrado

RESUELVE

PRIMERO: NO ACEPTAR la recusación planteada por la defensa del señor Gerardo Alirio Moncada Medina.

SEGUNDO: REMITIR la actuación a los demás Magistrados que conforman esta Sala para que definan el asunto puesto en consideración del recurrente conforme a lo establecido en el artículo 60 inciso 2º del CPP.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

1. Artículo 5º Ley 734 de 2002 “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna“. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 13: Ley 734 de 2002. **Culpabilidad.** “En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo y culpa“. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre los alcances de la competencia del Congreso y de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a los magistrados que gozan de fuero constitucional especial, Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-417 del 4 de octubre de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Parámetro reiterado en la sentencia T-1154 de noviembre 18 de 2004 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra) siguiendo lo establecido, entre otras, en la T-604 de diciembre 12 de 1995 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), donde se expresó: “El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.” Al respecto también puede consultarse la T-190 de abril 27 de 1995 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. T-1154 de 2004, ya referida. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional T. 527 de 2008 [↑](#footnote-ref-7)