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.

**TEMAS: IMPEDIMENTO / SUS CAUSALES SON TAXATIVAS / “HABER PARTICIPADO DENTRO DEL PROCESO” NO APLICA CUANDO SE HIZO EN CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FUNCIONALES / TAMPOCO CUANDO HA MEDIADO UNA DECLARACIÓN DE NULIDAD.**

… surge pertinente el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia acerca de la procedencia del impedimento, el cual solo opera bajo la condición de que efectivamente se vea comprometida la garantía de la imparcialidad del juez, al estimar que debe ser un tercero supra-partes, extraño a la contienda, y que no comparta los intereses o las pasiones de quienes integran la confrontación.

Las causales se encuentran establecidas en la ley y por ello rige el principio de taxatividad según el cual solo constituye motivo de separación del conocimiento de un asunto aquel que de manera expresa se halla fijado en la norma, lo que conlleva a la exclusión de cualquier tipo de aplicación analógica en tal sentido, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez, por lo cual esas causales no pueden ser subjetivas o caprichosas según cada funcionario…

… es evidente que tal situación comporta per se una nulidad de lo actuado al haberse verificado en el trámite la vulneración de los derechos fundamentales del procesado, y ocurre que la postura del órgano de cierre en materia penal ha sido la de negar impedimentos o recusaciones cuando del decreto de alguna nulidad se trata…

“Es verdad que en la Ley 906 de 2004 retoma importante connotación el principio de imparcialidad dada las características propias del sistema de enjuiciamiento oral. Sin embargo, su trascendencia no llega a los extremos de permitir la separación del funcionario judicial del conocimiento de los asuntos que la ley pone a su consideración y, menos, cuando los argumentos, o las consideraciones, o las decisiones se emiten en el curso normal de la actuación que es propia de su competencia”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

 ACTA DE APROBACIÓN No 1025

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Imputado:  | Fernando Montoya Franco |
| Cédula de ciudadanía: | 10.086.235 de Pereira (Rda.) |
| Delito: | Omisión de Agente Retenedor o Recaudador |
| Víctima: | La Administración Pública |
| Procedencia: | Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) con funciones de conocimiento |
| Asunto: | Declara infundado impedimento |

1.- VISTOS

Se decide conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Cuarto y Quinto Penal del Circuito, ambos con sede en esta capital, con ocasión del proceso que se adelanta en contra del señor **FERNANDO MONTOYA FRANCO**.

2.- ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira, adelantó proceso en contra del señor **MONTOYA FRANCO**, por el delito de omisión de agente retenedor y recaudador, actuación en la que luego de haberse surtido la audiencia de juicio oral se profirió sentencia en abril 05 de 2018, por medio de la cual se halló responsable de la conducta endilgada y se le impuso una pena de 48 meses de prisión. Y no obstante que el defensor manifestó interponer recurso de apelación, no lo sustentó, razón por la cual se declaró desierta la alzada por auto de abril 13 de 2018, con lo cual el fallo emitido cobró firmeza.

Por intermedio de apoderado el señor **FERNANDO MONTOYA** interpuso acción de tutela contra el juzgado antes mencionado y el Quinto Penal Municipal con función de control de garantías, al considerar que se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso, actuación que correspondió a esta Corporación y en su momento se negó el amparo reclamado, decisión que fue impugnada y la H. Corte Suprema en sentencia 100489 de octubre 04 de 2018 dejó sin efectos lo actuado en el proceso con radicación N° 660016000036201002875 asignado al Juzgado Cuarto Penal de Circuito de Pereira, a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 30 de octubre de 2017, inclusive; con la consiguiente orden de rehacer el proceso conforme los parámetros contenidos en esa decisión. La razón para rehacer el trámite consistió básicamente en el indebido enteramiento de los trámites procesales al acusado declarado en contumacia.

Una vez por parte de la Fiscalía General de la Nación se radicó nuevamente el escrito de acusación pertinente ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, la funcionaria por auto de octubre 23 de 2018 se declaró impedida para conocer el asunto de conformidad con lo reglado en el numeral 6° del artículo 56 C.P.P., por haber participado dentro del proceso, en tanto con ocasión del juicio oral allí tramitado debió valorar cada una de las pruebas allegadas y se dictó sentencia de condena al hallarlo responsable del ilícito endilgado, sin que al serle nuevamente puesto en consideración un asunto sobre el cual ya emitió pronunciamiento de fondo pueda garantizar su imparcialidad, como quiera que ya posee una predisposición para resolver lo pretendido, a consecuencia de lo cual dispuso remitir el asunto a su homólogo del Juzgado Quinto Penal del Circuito.

Recibida la actuación por el despacho que seguía en turno, su titular por auto de noviembre 2 de 2018 consideró que la hipótesis a la que se alude como causal de impedimento no se encuentra satisfecha, en tanto la misma está destinada a aplicarse en aquellos eventos donde el funcionario judicial funge con anterioridad en cargos de incidencia dentro de la actuación para luego decidir como Juez o Magistrado, lo que acá no se presenta. Y es así porque la norma no habilita el apartarse del conocimiento del proceso luego de la declaratoria de una nulidad, que fue lo aconteció con el fallo constitucional, afirmación que soporta en jurisprudencia constitucional, y que lo lleva a no aceptar el impedimento planteado, en tanto la sentencia de tutela contiene una obligación de hacer en cabeza de la referida funcionaria y no de un juez diferente.

3.- SOLUCIÓN

La Colegiatura es competente para pronunciarse acerca de la manifestación de impedimento realizada por la titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta capital, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 906/04 modificado por el 82 de la Ley 1395/10, en concordancia con el artículo 34.5 C.P.P.

El instituto de los impedimentos y las recusaciones tienen una clara fuente constitucional, pues, de un lado, el artículo 228 de la Carta Política dispone que la Administración de Justicia es función pública y sus decisiones son independientes; y, de otro, el artículo 230 Superior prevé que en sus providencias los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

A consecuencia de esa independencia surge la necesidad del principio de imparcialidad que debe presidir las actuaciones judiciales, y por tanto la legislación procesal ha previsto una serie de causales de orden objetivo y subjetivo en virtud de las cuales el juez debe declararse impedido para decidir, con el fin de garantizar a las partes, terceros y demás intervinientes, e incluso a la comunidad en general, la transparencia y rigor que orienta la tarea de Administrar Justicia.

Empero, como a los jueces no les está permitido separarse por su propia voluntad de las funciones que les han sido asignadas, y a las partes no les está dado escoger libremente la persona del juzgador, las causales que dan lugar a apartarse del conocimiento de un caso determinado no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en cuanto se trata de reglas con carácter 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 determinado asunto, en cuanto de continuar vinculado a la decisión compromete la independencia de la Administración de Justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un Tribunal imparcial[[1]](#footnote-1).

Frente a lo anterior surge pertinente el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia acerca de la procedencia del impedimento, el cual solo opera bajo la condición de que efectivamente se vea comprometida la garantía de la imparcialidad del juez[[2]](#footnote-2), al estimar que debe ser un tercero supra-partes, extraño a la contienda, y que no comparta los intereses o las pasiones de quienes integran la confrontación.

Las causales se encuentran establecidas en la ley y por ello rige el principio de taxatividad según el cual solo constituye motivo de separación del conocimiento de un asunto aquel que de manera expresa se halla fijado en la norma, lo que conlleva a la exclusión de cualquier tipo de aplicación analógica en tal sentido, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez, por lo cual esas causales no pueden ser subjetivas o caprichosas según cada funcionario.

Para el caso que nos ocupa, debe establecer esta Colegiatura cuál es el funcionario que continuará conociendo del trámite del proceso adelantado contra el señor **MONTOYA FRANCO**, a cuyo efecto se debe tener como referente que la funcionaria que expone el impedimento aludió como causal la consagrada en el numeral 6°, artículo 56 C.P.P., que a la letra dice: “6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso […]”

No puede desconocer la Corporación que al haberse tramitado en su totalidad el proceso en contra del señor **FERNANDO MONTOYA**, donde se llevó a cabo juicio oral y se practicaron las pruebas pertinentes, cuya valoración le permitió a la funcionaria endilgarle responsabilidad penal por el delito atribuido, el hecho de que conozca nuevamente el asunto a raíz de decisión adoptada por la H. Corte Suprema de Justicia en sede de tutela por medio de la cual dejó sin efectos el trámite adelantado con posterioridad a la formulación de imputación, podría afectar el principio de imparcialidad en cuanto debería volver a intervenir en las diferentes etapas procesales y emitir una decisión de fondo.

No obstante, es evidente que tal situación comporta *per se* una nulidad de lo actuado al haberse verificado en el trámite la vulneración de los derechos fundamentales del procesado, y ocurre que la postura del órgano de cierre en materia penal ha sido la de negar impedimentos o recusaciones cuando del decreto de alguna nulidad se trata.

Acerca de ese singular punto se ha sostenido:

“Es verdad que en la Ley 906 de 2004 retoma importante connotación el principio de imparcialidad dada las características propias del sistema de enjuiciamiento oral. Sin embargo, su trascendencia no llega a los extremos de permitir la separación del funcionario judicial del conocimiento de los asuntos que la ley pone a su consideración y, menos, cuando los argumentos, o las consideraciones, o las decisiones se emiten en el curso normal de la actuación que es propia de su competencia.

Para la Corte surge claro que aquí es una la actuación y uno el imputado sobre el cual recae el ejercicio de la acción penal, dentro de la cual la defensa ha buscado, sin éxito, la anulación de la actuación acudiendo a argumentos expuestos en pretérita ocasión por el Ministerio Público. Si ello es así, no es de recibo la afirmación de los funcionarios judiciales de segunda instancia, según la cual, su criterio se encuentra comprometido para desatar la segunda impugnación por cuanto en la primera oportunidad “*participaron dentro del proceso*” declarando la nulidad de la actuación (10 de abril de 2007), pues, como se indicó, dicha decisión fue emitida dentro de este asunto en cumplimiento de sus deberes funcionales.

Aceptar la tesis de los Magistrados declarados impedidos implicaría que ante la **pluralidad de peticiones** que presentan los intervinientes al interior del proceso, **las cuales pueden ser reiterativas**, como sucede en este caso, necesariamente se tendría que contar con la misma pluralidad de jueces de primera y segunda instancia para resolverlas dada la multiplicidad de manifestaciones de impedimento que se originarían so pretexto de haber emitido sus “*opiniones*” sobre el asunto materia de la actuación o “*haber participado dentro del proceso*”.

Es indiscutible que en el curso de la actuación penal los sujetos procesales pueden presentar innumerables y reiteradas peticiones con pluralidad de argumentaciones, las cuales en manera alguna comprometen el criterio del funcionario judicial que las resuelve, pues es común ver que esa multiplicidad de solicitudes sean negadas por improcedentes, o por carencia de razón de sus peticionarios o por ausencia de elementos de juicio; como también es factible que, ante las nuevas argumentaciones jurídicas presentadas por las partes o por razón de nuevos elementos probatorios, varíen los fundamentos de las decisiones anteriores que conlleven a una declaración judicial distinta a la inicialmente adoptada, aspectos todos estos que conducen a concluir que sea el mismo juez, singular o plural, que conoce del proceso el llamado a pronunciarse, sin que en manera alguna se encuentre afectada su **imparcialidad** o su criterio, el cual, por el contrario, termina fortalecido ante la complementación o adición de sus consideraciones frente a la novedad que ofrece la nueva petición, así esta se ocupe de un asunto ya tratado, como puede ocurrir también que aquellos fundamentos permanezcan incólumes frente a la reiteración de la petición.

La **imparcialidad**, entendida como la prevención a favor o en contra de los sujetos procesales que impide la ecuanimidad, la ponderación y la transparencia en el juicio que el juez debe hacer, no puede llegar al extremo de verse afectada cuando el pronunciamiento judicial se ha realizado al interior del mismo proceso y respecto del mismo imputado como resultado del acatamiento de los deberes funcionales del servidor judicial.” [[3]](#footnote-3) -negrillas y subrayado excluidos-

Es totalmente cierto que no fue en el interior del mismo proceso donde se decretó la nulidad porque ello obedeció a una causa externa, como lo fue la presentación de una acción constitucional por parte del afectado con fundamento en la vulneración de sus derechos fundamentales; empero, ello no hace variar la determinación que aquí habrá de adoptarse, porque considera la Sala que aun así debe ser la Juez Cuarta Penal del Circuito quien continúe con el conocimiento del proceso, sin que con tal situación se vea afectada su imparcialidad, dado que es evidente que de haberse percatado de la irregularidad que denotó la Corte en este evento específico, muy seguramente en ese mismo sentido hubiera obrado la titular del despacho -como era su deber funcional- para enderezar el trámite.

Lo anterior, aunado a que la situación que se pone de presente obedece al cumplimiento de una orden emitida por un juez constitucional, porque en ese sentido es contundente el precedente citado por su homólogo Juez Quinto Penal del Circuito, cuando textualmente dice:

“[…] la Corte no puede más que compartir lo argumentado por los Magistrados que se opusieron al impedimento manifestado por sus compañeros, pues, en efecto, **si la decisión de la cual buscan apartarse estos, viene mediada por una orden en tal sentido impartida por el juez constitucional, que estimó violatorio de derechos fundamentales lo realizado por los Magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal al momento de anular el trámite de allanamiento a cargos, lo único que cabe, so pena de hallarse incursos en desacato, es que esos funcionarios acaten lo expresamente ordenado** y, en consecuencia, emitan la decisión de conformidad con las pautas referenciadas en el fallo constitucional.

Es claro que la violación del debido proceso y de los principios de imparcialidad y limitación, que subyace en lo decidido por la Corte al momento de resolver de fondo la tutela interpuesta contra los Magistrados del Tribunal, dice relación con una actuación específica de éstos y, por ello, los vincula en la orden impartida de rehacer la decisión bajo nuevos parámetros, razón suficiente para entender que sólo ellos, en cuanto destinatarios directos de los dispuesto en la acción constitucional, son los llamados a emitir la decisión de fondo”-negrillas y subrayado fuera del texto- [[4]](#footnote-4)

En ese orden de ideas, forzoso es concluir que no existe razón para marginar a la funcionaria a quo del conocimiento de este trámite, y por consiguiente se declarará infundado el impedimento planteado, a consecuencia de la cual se dispondrá que las diligencias retornen a su lugar de origen para que se continúe con los trámites subsiguientes.

Por lo anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA INFUNDADO** el impedimento formulado por la Dra. LUZ MERY HENAO SALGADO, como Juez Cuarta Penal del Circuito de Pereira, para conocer el proceso que se adelanta contra el señor **FERNANDO MONTOYA FRANCO.**

Comuníquese esta determinación al Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad.

# COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. C.S.J. AP, 19 oct. 2006, Rad. 26246. [↑](#footnote-ref-1)
2. C.S.J. SP, 20 ene. 2008, Rad. 28641. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. Auto del 20-02-2008, Rad. 28748. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ AP, 22 ene. 2014, Rad. 43028. [↑](#footnote-ref-4)