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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: RECUSACIÓN / SUS CAUSALES, QUE LO SON TAMBIÉN PARA IMPEDIMENTOS, NO APLICAN AUTOMÁTICAMENTE / DEBE ESTUDIARSE SI HUBO VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS.**

Las causales de impedimento y recusaciones son taxativas y, por lo mismo, de restrictiva aplicación. De modo que no pueden ni los funcionarios ni las partes, por vía de interpretación, adicionarlos o aplicarles criterios analógicos, siendo entonces precisas las causales de impedimento y recusación contenidas en la Ley, por cuanto el legislador es el único autorizado para crearlas.

En atención a las causales elegidas por el recusante -causales 6ª y 14 del artículo 56 C.P.P.-, así como la aducida por la defensa -causal 4 ídem-, al Tribunal le corresponde decir, de entrada, que la participación de la funcionaria judicial en el trámite de un inicial preacuerdo o en la decisión por medio de la cual negó la preclusión en punto de la conducta de desplazamiento forzado, no constituye per se causal de impedimento, en tanto la misma no opera de manera automática como así lo ha señalado la Sala Penal de la H. Corte suprema. (…)

Significa lo anterior, como igualmente lo ha señalado la Alta Corporación, que no siempre que un funcionario niegue una preclusión, automáticamente queda impedido para conocer de las actuaciones subsiguientes, en tanto cada caso debe ser estudiado de manera particular, para efectos de determinar si se ha afectado o no su imparcialidad.

En este asunto específico estima la Sala que le asiste razón a la funcionaria a quo cuando aseguró que los motivos que la llevaron a negar la preclusión a favor del señor JDCS estuvieron soportados en razonamientos de índole netamente objetivos, sin lugar a ingresar en el análisis o estudio de fondo de los elementos materiales probatorios, ni mucho menos en lo atinente a la presunta responsabilidad que le pudiera asistir en tal ilicitud al señor JDCS.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

 SALA de decisión PENAL

 Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, siete (07) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

 Acta de Aprobación No 423

 Hora: 11:00 a.m.

1.- VISTOS

Corresponde a la Corporación pronunciarse respecto a la recusación propuesta por el representante del órgano persecutor, contra la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializada de esta capital, con ocasión del trámite adelantado en el proceso seguido contra el ciudadano **JDCS**.

2. antecedentes

**2.1.-** Los hechos fueron narrados por el ciudadano JOSÉ DANIEL BONILLA ARANGO, quien expone que desde diciembre 05 de 2015 salió desplazado de Pereira a raíz de las amenazas de muerte recibidas por parte del señor JDCS, cabecilla de la banda criminal “la Cordillera”, al cual acudió en préstamo de $20’000.000.oo, y no obstante que le devolvió $13’000.000.oo, dicho individuo le indicó que tenía que hacerse cargo de la deuda adquirida por su padre -del afectado- o tendrían que asumir las consecuencias, por lo cual se vio compelido a hacerle entrega de un apartamento ubicado en esta capital -a nombre de la esposa del procesado-, avaluado en $97’000.000.oo, así como $21’000.000.oo que le dio en efectivo. Pese a creer haber quedado a paz y salvo, posteriormente se le hicieron otras exigencias económicas, por cuanto al parecer adeudaba intereses, lo que conllevó a que tuviera que abandonar el país para radicarse en Lima (Perú), donde fue ubicado por integrantes de dicha banda, ante lo cual debió trasladarse a Chile, de donde tuvo que regresar amén de las amenazas que sufrieron sus demás familiares, y al reiterarse las mismas decidió trasladarse nuevamente para otro lugar de Colombia.

**2.2.-** Adelantado el programa metodológico de investigación, a instancias de la Fiscalía en noviembre 30 de 2017 se llevaron a cabo ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.) las audiencias preliminares, mediante las cuales (i) se legalizó la captura del ciudadano JDCS; (ii) se le formuló imputación a título de dolo y en calidad de autor por las conductas de extorsión con circunstancia de agravación, en concurso heterogéneo con el delito de desplazamiento forzado -arts. 244, 245 numeral 3°, y 180 C.P.-, los cuales NO ACEPTÓ; y (iii) se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

**2.3.-** En agosto 09 de 2017, el delegado fiscal allega acta del preacuerdo suscrito con el procesado asistido por su defensora, por medio del cual acepta cargos por el ilícito de extorsión agravada, pero se suprime la conducta de desplazamiento forzado, e igualmente se compromete a hacerle devolución a la víctima del apartamento ubicado en la calle 82 N° 34-65 Batará Central. El conocimiento de tal solicitud le fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, donde se realizó la audiencia de verificación de la legalidad de la negociación (agosto 24 y octubre 02 de 2018), al cabo de la cual la juez improbó el mismo, por expresa prohibición legal, decisión frente a la cual no se interpuso recurso alguno.

**2.4.-** Amén de lo anterior, la Fiscalía presentó escrito de acusación (octubre 03 de 2018) en el cual se le endilgaron al señor JDCS idénticos cargos a los que fueron objeto de imputación, y no obstante que el despacho señaló fecha para la audiencia le formulación de acusación en tres ocasiones (noviembre 15 y 26 de 2018, y febrero 15 de 2019) la misma no se realizó -por inasistencia de la defensa en la primera ocasión, ante la solicitud de aplazamiento por cuando se estudiaba la posibilidad de un nuevo preacuerdo, y finalmente por cuanto la Fiscalía sustentaría la preclusión por el delito de desplazamiento forzado-, para finalmente llevarse a cabo en marzo 18 de 2019 la audiencia por medio de la cual la Fiscalía exteriorizó la solicitud de preclusión por la conducta de desplazamiento forzado, la cual fue declarada como improcedente por la a quo mediante providencia de abril 09 de 2019, decisión frente a la cual tampoco se interpuso recurso alguno.

**2.5.-** No obstante lo anterior, en esa determinación (abril 09 de 2019) el fiscal solicitó a la quo se declarara impedida para continuar con el conocimiento de la actuación, a voces del inciso 2° del artículo 335 C.P.P., ante lo cual la funcionaria de primer nivel consideró que no se configura causal de impedimento alguno, en tanto la argumentación del juzgado fue de naturaleza eminentemente objetiva, sin pronunciamiento de fondo en torno al caso, y con fundamento en jurisprudencia de la Corte y precedentes de la Sala Penal no se declaró impedida. Ante tal decisión el representante del ente acusador insistió en el impedimento y recusó a la funcionaria, para lo cual acudió a la causal contenida en el numeral 6° del art. 56 C.P.P., por cuanto a su juicio la funcionaria participó dentro del proceso y valoró el mínimo de prueba cuando negó el preacuerdo anterior, sin que se determine si las razones fueron de índole objetiva o subjetiva, sino que hubiere participado dentro del proceso, y en este tomó una decisión de fondo. Así mismo esgrimió la causal 14 ídem, al ser una norma clara que no amerita interpretación. A ese respecto la jueza dejó constancia que la providencia adoptada frente al preacuerdo rechazado fue igualmente basada en razones de naturaleza netamente objetiva, razón por la cual no dieron lugar a valoración de los elementos materiales probatorios.

Con respecto a la solicitud recusatoria de la Fiscalía las partes se pronunciaron así:

- La delegada del Ministerio Público expresó en primer lugar, que no le corresponde al fiscal invitar a la funcionaria a que se declare impedida, si es del caso debe presentar recusación como lo hizo posteriormente, al ser una situación que solo la percibe cada juez, y en segundo término, con fundamento en precedentes de esta misma Corporación, considera que en este caso no hay lugar a tal determinación de impedimento, al no ingresarse en valoración probatoria de fondo de los elementos de prueba, en tanto que se realizó un análisis estrictamente objetivo. Pidió en consecuencia que no prospere la recusación elevada.

- El apoderado de víctimas compartió lo planteado por el despacho y la representante de la sociedad, y adujo que en este caso no se hizo un análisis de los elementos de convicción de la Fiscalía, ni se abordó el fondo del asunto; en consecuencia, no se configura causal de impedimento y no había lugar a formular recusación.

- La apoderada del procesado coadyuvó la petición de recusación, y citó además como causal de impedimento la del numeral 4° del artículo 56 C.P.P., en tanto la funcionaria sí debió haber estudiado la prueba, pues al sustentar la decisión hizo alusión a algunas entrevistas recopiladas en la actuación, y para ello mínimamente debió haberlas leído, lo que implica que se contaminó de la prueba al tener en su despacho todo el material probatorio que el fiscal haría valer en juicio. Así mismo adujo que la juez al improbar el preacuerdo anterior, dijo que se había constituido el delito de desplazamiento, por lo cual ya tiene en su psique el criterio que se configuró tal ilicitud, y en consecuencia no está desprevenida de ese ánimo imparcial para conocer de tal conducta. Pide en consecuencia se declare fundada la recusación.

**2.6.-** La a quo dispuso el envío de la carpeta a esta Corporación para el trámite de ley.

3.- Para resolver, se CONSIDERA

Esta Colegiatura es competente para pronunciarse acerca de la solicitud de recusación formulada en contra de la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 906/04, modificado por el artículo 84 de la Ley 1395 de 2010.

La jurisprudencia constitucional[[1]](#footnote-1) ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la Administración de Justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso. Los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial. Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el estado colombiano[[2]](#footnote-2).

Las causales de impedimento y recusaciones son taxativas y, por lo mismo, de restrictiva aplicación. De modo que no pueden ni los funcionarios ni las partes, por vía de interpretación, adicionarlos o aplicarles criterios analógicos, siendo entonces precisas las causales de impedimento y recusación contenidas en la Ley, por cuanto el legislador es el único autorizado para crearlas.

En atención a las causales elegidas por el recusante -causales 6ª y 14 del artículo 56 C.P.P.-, así como la aducida por la defensa -causal 4 ídem-, al Tribunal le corresponde decir, de entrada, que la participación de la funcionaria judicial en el trámite de un inicial preacuerdo o en la decisión por medio de la cual negó la preclusión en punto de la conducta de desplazamiento forzado, no constituye *per se* causal de impedimento, en tanto la misma no opera de manera automática como así lo ha señalado la Sala Penal de la H. Corte suprema. Véase:

“[E]l motivo de impedimento no surge automático del sólo hecho de que el juez o corporación hayan intervenido en la decisión anterior de preclusión, pues, se hace menester consultar no sólo el tipo de intervención realizado, de cara a la nueva decisión o participación de la cual buscan apartarse, sino la teleología del instituto, para, finalmente, verificar si objetiva y materialmente se pone en tela de juicio la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios o la confianza de la comunidad en la administración de justicia” [[3]](#footnote-3)

Significa lo anterior, como igualmente lo ha señalado la Alta Corporación[[4]](#footnote-4), que no siempre que un funcionario niegue una preclusión, automáticamente queda impedido para conocer de las actuaciones subsiguientes, en tanto cada caso debe ser estudiado de manera particular, para efectos de determinar si se ha afectado o no su imparcialidad.

En este asunto específico estima la Sala que le asiste razón a la funcionaria a quo cuando aseguró que los motivos que la llevaron a negar la preclusión a favor del señor **JDCS** estuvieron soportados en razonamientos de índole netamente objetivos, sin lugar a ingresar en el análisis o estudio de fondo de los elementos materiales probatorios, ni mucho menos en lo atinente a la presunta responsabilidad que le pudiera asistir en tal ilicitud al señor **JDCS**.

Y aunque la defensora adujo que en el curso de su argumentación la funcionaria hizo alusión a algunas entrevistas recopiladas en el trámite, y para ello debió “mínimamente” haberlas leído, con lo cual supuestamente se contaminó de la prueba, *contrario sensu*, para la Colegiatura tal situación en realidad no ocurrió.

Para el efecto, basta señalar que la juzgadora de primer grado al referirse a los planteamientos esgrimidos por el representante del órgano persecutor, relativos a la carencia de sustentación de la causal sobreviniente que hiciera procedente la preclusión, ni indicarse qué elementos de convicción surgidos luego de la radicación del escrito de acusación lo llevaban a cambiar su postura en relación con lo plasmado en el escrito de acusación, expresó que la Fiscalía: “[…] basó su solicitud en los elementos materiales probatorios existentes incluso desde antes de la audiencia preliminar de imputación, como son la denuncia interpuesta por el señor JOSÉ DANIEL BONILLA el 31 de octubre de 2016, y las entrevistas rendidas por la señora CARMENZA ARANGO y la esposa del señor BONILLA, DIANA KATERINE BEDOYA MARIN […]”. Y posteriormente la a quo añadió: “habló el fiscal de unas pruebas recolectadas por la defensa, las cuales no precisó con exactitud de qué elementos materiales probatorios se trataba, y que al radicar los cuadernos de elementos materiales probatorios entregados por el ente fiscal tampoco se observan, a excepción de un informe de investigador privado de la defensa, en el que se habla de entrevistas practicadas a EUGENIA LILIA POSADA DE BONILLA, abuela de la víctima, JOSÉ HUMBERTO BONILLA, padre de la víctima, y el abogado RENATO MARÍN CARMONA, pero que no se anexan […]”. Como se aprecia, aunque la funcionaria hizo alusión a la existencia al parecer de dichas entrevistas, lo fue precisamente para señalar que el fiscal sustentó su petición con elementos que ya obraban en la actuación y no con otros sobrevinientes, amén de encontrarse el proceso en la etapa de juicio, pero la misma en momento alguno procedió a valorar dichos elementos probatorios.

Por lo anterior, no puede pensarse que la juzgadora no será imparcial al momento de adoptar una providencia de fondo respecto a la prueba que en el juicio se allegue en torno a demostrar tanto la verdadera ocurrencia de los hechos atribuidos como la culpabilidad que en los mismos pudiera llegar a tener el justiciable **JDCS**.

Es cierto como así lo manifestó el apoderado de víctimas, que al no haberse configurado impedimento alguno, no tendría cabida la recusación formulada, toda vez que el canon 60 C.P.P. es claro en señalar que esta opera, siempre y cuando el funcionario en el que recaiga alguna de las causales contenidas en el artículo 56 ídem no la declarare, y ello, se itera, aquí no acaeció.

De otro lado y como quiera que el representante de la Fiscalía coadyuvado por la abogada defensora, hicieron hincapié en que la a quo al proferir decisión en octubre 02 de 2018, por medio de la cual se improbó el preacuerdo celebrado con el acusado, igualmente valoró los elementos de prueba, debe indicarse en primer lugar, que en atención a la preclusividad de los actos procesales, de haberse considerado la existencia de una causal de impedimento que en su momento no fue puesta en conocimiento de la funcionaria judicial, debió haberse acudido, como ahora se hizo, a la recusación, pero como viene de verse ninguno de los ahora reclamantes efectuaron pronunciamiento alguno en su debida oportunidad.

Sea como fuere, para darles claridad a los mismos, del estudio de la referida decisión estima la Corporación que las razones que invocó la a quo en esa precisa oportunidad estuvieron centradas en fundamentos de índole jurídico, ante la existencia de prohibición legal para la concesión de beneficios contenida en el artículo 26 de la Ley 1121/06. Ello por cuanto el delito de desplazamiento forzado era conexo con el de extorsión agravado, y por ende el primero sería una consecuencia del segundo, por tanto no era procedente la eliminación de esa conducta º, pues al ostentar tal conexidad se generaba la extensión de la referida prohibición. Dicha determinación como se indicó al comienzo de esta decisión, no fue objeto de recurso alguno, y por ende no puede ser a la hora de ahora objeto de censura en esta instancia.

De todas formas, lo efectuado por la titular del despacho se limitó a referir los hechos contenidos en el mismo escrito de acusación, los que, por supuesto, serán materia de debate al momento del juicio oral. Y por supuesto, leer o enterarse de los hechos contenidos en la acusación, es una situación inevitable que sin duda alguna no tiene la capacidad de perturbar el ánimo del juzgador, ni puede ser el fundamento para una recusación.

Así las cosas, no hay lugar a apartar del conocimiento del caso a la referida servidora judicial.

4.- DECISIÓN

En mérito de lo discurrido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,en Sala de Decisión Penal, **DECLARA INFUNDADA** la recusación planteada por la Fiscalía y coadyuvada por la defensa contra la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito con función de conocimiento de esta capital; en consecuencia, se dispone que la actuación retorne al citado despacho para que se continúe el trámite de ley.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La secretaria de la Sala,

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. Sentencias T-176 de 2009, T-080 de 2006, T-266 de 1999; Autos A-039 de 2010, y A-169 de 2009. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, sentencia T- 080 de 2006, reiterada en auto 169 de 2009. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. CSJ AP, 22 agosto 2012, Rad. 39687, AP3711-2015, rad. 46199, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ AP, 4 abr. 2018, Rad. 52340. [↑](#footnote-ref-4)