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 / POR HABER NEGADO LA PRESENTACIÓN EN JUICIO DE PRUEBAS DE REFUTACIÓN / NO SE TIPIFICA CAUSAL PORQUE NO HUBO VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS / TAMPOCO SOBRE LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO.**

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 la causal elegida por el recusante -causal 4ª del artículo 56 C.P.P.-, al Tribunal le corresponde decir de entrada, y como bien lo mencionó la funcionaria a quo, que no es esta en la que al parecer incurrió, por cuanto la misma opera en aquellos eventos en los que el operador jurídico “haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”, la cual, como lo ha plasmado la jurisprudencia de la Sala Penal, debe haber sido producida POR FUERA del ejercicio de la labor jurisdiccional, lo que acá no tuvo suceso.

En sentir de la Corporación y como igualmente lo refirió la a quo, la causal que al parecer pretendió invocar el referido abogado fue la señalada en el numeral 6° ídem, la cual se configura cuando: “[…] el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso […]”. (…)

Lo anterior significa, sin dubitación alguna, que no siempre que un juez haya conocido de un proceso y que luego deba conocer de otra actuación, pueda incurrir en la referida causal de impedimento, en tanto para ello deben evidenciarse motivos relevantes que permitan poner en tela de juicio su imparcialidad.

En este asunto específico estima la Sala que le asiste razón a la a quo, cuando aseguró que los motivos que la llevaron a negar la presentación en juicio de las pruebas de refutación que pretendía incorporar la defensa -para controvertir los dichos de la víctima-, 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 JESO.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Acta de Aprobación No 472

Hora: 7:00 a.m.

1.- VISTOS

Corresponde a la Corporación pronunciarse respecto a la recusación propuesta por el apoderado judicial del señor **JESO**, contra la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), con ocasión del proceso que allí se tramita frente al antes mencionado por el ilícito de homicidio agravado en grado de tentativa.

2. antecedentes

**2.1.-** Conforme lo plasmado en el escrito acusatorio, los hechos tuvieron ocurrencia en marzo 21 de 2016, siendo aproximadamente las 4:00 a.m., en el interior de la discoteca “María Misterios”, ubicada en el barrio La Badea de Dosquebradas (Rda.), lugar al que llegó el señor JULIÁN ALEXIS MOLINA HURTADO acompañado de unos amigos a disfrutar de un concierto, en la que departieron con unos conocidos que se encontraban en una mesa diferente, donde bailaron toda la noche y la madrugada. Posteriormente **JESO** increpó a JUAN ALEXIS con palabras soeces y le indicó que le caía mal, y cuando este último le dio la espalda y se dirigió a su mesa, fue alcanzado por el primero quien le propinó varias puñaladas en su espalda y cuello y al voltearse para protegerse le ocasionó dos lesiones más en su brazo. La víctima salió de la discoteca y con la ayuda de un amigo fue traslado a un centro médico.

**2.2.-** Adelantado el programa metodológico de investigación, a instancias de la Fiscalía en febrero 10 de 2017 se llevaron a cabo ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Rda.) las audiencias preliminares, mediante las cuales (i) se legalizó la captura del ciudadano **JESO**; (ii) se le formuló imputación en calidad de autor por la conducta de homicidio en grado de tentativa agravada –arts. 103, 104 num. 4° C.P.-, cargos frente a los cuales guardó silencio; y (iii) se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

**2.3.-** Por lo anterior, la fiscalía presentó escrito de acusación (abril 07 de 2017), por medio del cual le formuló idénticos cargos al procesado, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (mayo 18 de 2017), luego de varios aplazamientos se llevaron a cabo las audiencias preparatoria (octubre 09 de 2017) y de juicio oral (noviembre 24 de 2017, enero 30, marzo 23 y julio 13 de 2018), oportunidad esta donde la defensa interpuso recurso de apelación, por cuanto la a quo negó la incorporación de algunas pruebas de refutación, siendo remitida la actuación a esta Sala, donde se confirmó la determinación adoptada (agosto 27 de 2018).

**2.4.-** Una vez regresó el expediente al despacho de primer nivel, y luego de varios aplazamientos, se continuó con la audiencia de juicio (mayo 03 de 2019), oportunidad donde se recaudarían las pruebas de la defensa, pero con antelación a dar comienzo a la misma, el defensor consideró que con ocasión de la negativa de la a quo para conceder unas pruebas de refutación -lo cual fue objeto de apelación e incluso de acción de tutela, aunque ambas le resultaron desfavorables y en dichas Corporaciones (Tribunal Superior y Corte Suprema) solo se tocaron aspectos jurídicos y técnicos-, pero cuando la juez motivó su decisión efectuó una valoración probatoria, y dio un concepto sobre la materia, con lo cual perdió imparcialidad y dio credibilidad a los dichos de la víctima sin haberse agotado las etapas procesales, por lo cual está incursa en la causal 4ª del artículo 56 C.P.P., y procede a su recusación.

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

- La delegada fiscal consideró que la causal invocada no está llamada a prosperar, en tanto la juzgadora no emitió valoración probatoria, no mencionó aspecto alguno relacionado con la sana crítica, y le parece apresurado y sin fundamento lo pedido, pues ante la petición de pruebas de refutación se debe hacer un análisis del porqué no es procedente, y ello se hizo de manera objetiva, sin examinar elementos probatorios.

- El apoderado de víctimas compartió lo señalado por la Fiscalía y adujo que no se realizó valoración subjetiva alguna, sino soportada en los relatos dados en la prueba testimonial.

**2.5.-** La a quo expresó que no le sorprende lo pedido por la defensa, al ser una práctica común los aplazamientos de audiencias, y por ende pide se revise tal aspecto. Estima que en la decisión que adoptó en su momento hizo ver que los hechos por los cuales pretende la defensa la prueba de refutación ya eran conocidos, y por ende toma tangencialmente algunas de las manifestaciones que el testigo hace en juicio, sin llegar a su valoración.

Agrega que la causal esgrimida no es correcta, en tanto no ha dado opinión del asunto fuera del despacho, y más pareciera que la invocada es la contenida en el numeral 6° al emitir opinión en el mismo proceso por razón de su competencia funcional. Aduce que existe un claro abuso del derecho con los aplazamientos y la recusación que hoy presenta, lo cual obliga suspender el proceso en medio del juicio y por una causal errónea, sin soporte alguno. Dispuso en consecuencia 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 de Dosquebradas (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 juez. 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 la causal elegida por el recusante -causal 4ª del artículo 56 C.P.P.-, al Tribunal le corresponde decir de entrada, y como bien lo mencionó la funcionaria a quo, que no es esta en la que al parecer incurrió, por cuanto la misma opera en aquellos eventos en los que el operador jurídico “haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”, la cual, como lo ha plasmado la jurisprudencia de la Sala Penal, debe haber sido producida POR FUERA del ejercicio de la labor jurisdiccional, lo que acá no tuvo suceso.

En sentir de la Corporación y como igualmente lo refirió la a quo, la causal que al parecer pretendió invocar el referido abogado fue la señalada en el numeral 6° ídem, la cual se configura cuando: “[…] el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso […]”, y frente a la misma, la jurisprudencia ha plasmado:

“[…] en punto de la causal impeditiva objeto de análisis, ha dicho la Corte que cuando se trate de una *opinión* emitida en ejercicio de las funciones, debe verificarse si la opinión expuesta en el citado pronunciamiento es lo suficientemente relevante como para perturbar la imparcialidad del funcionario y si versa sobre alguno de los temas que se deben abordar en el nuevo proceso.

Lo anterior, bajo la premisa de que solo la opinión sustancial y vinculante sobre el objeto del debate, habilita al funcionario a apartarse del conocimiento del asunto. (Ver CSJ AP3301 – 2018).” [[3]](#footnote-3) – Subrayas fuera de texto-

De igual manera ha sostenido esa alta Corporación lo siguiente:

“No obstante, ha expuesto la Corte de forma pacífica que no toda opinión ajena al proceso origina una circunstancia impeditiva. Tampoco la configura aquella que expresa el juez en ejercicio de sus funciones, pues *«ello entrañaría el absurdo de que la facultad que la ley otorga al juez para cumplir su actividad judicial a la vez lo inhabilita para intervenir en otros asuntos de su competencia»* (CSJ AP4977 – 2014). La única excepción a tal regla es que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata.

Del mismo modo, la actividad natural y razón de ser de los funcionarios judiciales es dictar decisiones en las que, por supuesto, plasman su criterio sobre determinado asunto. Por ello, el cumplimiento de tal deber no puede constituir por sí mismo una causal de impedimento para conocer otros procesos en el futuro (CSJ AP4074 – 2016).” [[4]](#footnote-4)

Lo anterior significa, sin dubitación alguna, que no siempre que un juez haya conocido de un proceso y que luego deba conocer de otra actuación, pueda incurrir en la referida causal de impedimento, en tanto para ello deben evidenciarse motivos relevantes que permitan poner en tela de juicio su imparcialidad.

En este asunto específico estima la Sala que le asiste razón a la a quo, cuando aseguró que los motivos que la llevaron a negar la presentación en juicio de las pruebas de refutación que pretendía incorporar la defensa -para controvertir los dichos de la víctima-, 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 **JESO**.

Y es que precisamente para que la funcionaria de primer nivel diera respuesta a los planteamientos de la defensa, tuvo necesidad de acudir a algunos de los apartes de lo referido en juicio por el señor JUAN ALEXIS MOLINA, mismos que en sentir del recusante, comportan que ya valoró tal prueba y le otorgó credibilidad a un testigo, cuando no se ha finiquitado el trámite.

Para dilucidar el caso puesto en conocimiento del Tribunal, se considera de importancia traer a colación lo que la a quo dijo en esa precisa oportunidad (julio 13 de 2018):

“Ahora, en segundo aspecto y miremos la novedad o lo excepcional que quiere plantear la defensa, con ese segundo elemento que quiere refutar la credibilidad del testigo: que el testigo dijo que, el procesado fue capturado, que su patrocinado, es decir el acusado, fue capturado en enero, pero que realmente fue capturado en febrero y que dice que lo reconoció porque lo vio en ese álbum y que realmente la foto está de espalda, yo reviso la declaración del señor ALEXIS, JULIÁN ALEXIS, **no quiero meterme mucho porque finalmente no voy a hacer una valoración probatoria anticipada**, pero para poder contestarle a la defensa su petición, tengo que decir que en lo que yo veo, el señalamiento que él hace del acusado deriva de un conocimiento anterior, se conocían de antes, se saludaron muchas veces esa noche, se saludaban, se saludaban, se conocían de antes, lo saludaba, él iba hasta la mesa, en fin, **es lo que dice él**, entonces cuál es la trascendencia, o sea, si lo que pretende la defensa es decir que no estaba de frente en una fotografía, pues eso lo puede decir en sus alegatos, pero no es un elemento novedoso digamos que genere, que genere que sea trascendental, que sea necesario, que tenga una pertinencia o una utilidad, para efectos de, digamos lo que se pretende con el medio de prueba, es decir para atacar lo que pretende, el propósito que tiene la declaración del señor JUAN ALEXIS MOLINA, tal como lo pretende hacer la defensa […]”[[5]](#footnote-5) –negrilla de la Sala-

Si bien podría llegar a pensarse –como tal vez lo hizo el letrado- que con tal pronunciamiento la a quo ingresó en el análisis de lo dicho por el testigo JULIÁN ALEXIS MOLINA, de lo allí contenido que la juzgadora en ejercicio de la competencia funcional que le ha sido atribuida, y con miras a emitir la decisión frente a los planteamientos esgrimidos por el apoderado del acusado en punto de la prueba de refutación que pretendía le fuera aceptada, solo hizo mención tangencial a lo dicho por él, amén de lo debatido y controvertido en juicio, sin haber valorado de fondo su testimonio para otorgarle valor suasorio, ni mucho menos incursionó en lo relativo al compromiso o no que le pudiera asistir al aquí acusado.

Por lo anterior, no puede pensarse que la cognoscente 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 señor **JESO**.

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

Ahora bien, frente a lo solicitado en el sentido que la Corporación se pronuncie en relación con los reiterados aplazamientos que en este asunto se han generado y que le son atribuibles a la defensa, lo que al parecer ha impedido su desarrollo normal, debe indicarse que la Sala carece de competencia para decidir a ese respecto, en tanto es la misma funcionaria judicial quien no solo puede hacer uso de los poderes correccionales que la normativa le confiere -art. 143 C.P.P.-, sino que además es su deber poner en conocimiento de lo acaecido a la autoridad disciplinaria para que sea esta la que determine si con tal actuación el letrado ha podido desbordar los parámetros establecidos en el Código Disciplinario.

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 defensa contra la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.); 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. CSJ AP, 10 sept. 2014, Rad. 44356, entre otras [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ AP, 14 sept. 2016, Rad. 48848 [↑](#footnote-ref-4)
5. Registro de audio, min. 33:41 [↑](#footnote-ref-5)