



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2018-15152
Procesado: Cristian Camilo Arenas Montoya
Delito: Violencia contra servidor público
Asunto: Recusación
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 052

Medellín, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala Dual la recusación presentada por el apoderado de víctimas en contra del Magistrado Gabriel Fernando Roldán Restrepo para seguir conociendo del presente asunto, invocando la causal 15° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

2. ANTECEDENTES

2.1. La formulación de la recusación.

El pasado 5 de mayo de 2022, el apoderado de víctimas formuló recusación de forma escrita y oral, en contra del Magistrado Gabriel Fernando Roldán Restrepo, quien funge como segundo revisor de la Sala de Decisión, al considerar que se configura la causal contenida en el numeral 15° del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, en tanto representa los intereses del funcionario en un proceso que se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para sustentar la recusación, aseveró que el magistrado recusado es su poderdante dentro del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho que adelanta con ocasión de la reclamación para el reconocimiento de la denominada prima especial de servicios. Indica que el proceso se encuentra radicado en primera instancia en el Juzgado 27 Administrativo Oral de Medellín bajo el número 2014-00316-00, siendo presentada la respectiva demanda el 18 de marzo de 2014 y admitida el 3 de abril de 2014; y la última actuación es la manifestación de impedimento de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Antioquia del 10 de diciembre de 2021, la cual fue remitida el 21 de enero de 2022 al Consejo de Estado que hasta el momento no ha decidido al respecto.

Afirma que actualmente continúa representado al magistrado recusado en el proceso contencioso administrativo y que solo fue posible percibir la causal de recusación cuando conoció la sentencia de segunda instancia del 2 de mayo de 2022 proferida en el presente asunto, en la que aparece el Magistrado Gabriel Fernando Roldán Restrepo como integrante de la Sala de Decisión que emitió la decisión, toda vez que pensaba que aún se encontraba fungiendo como juez, además que en anterior decisión, la Sala estaba integrada con otra magistrada en su lugar.

Aduce que el magistrado recusado debió percibir que se configuraba la causal y declararse impedido, tratándose de una figura con la que se busca evitar nulidades.

En consecuencia, procedió a recusar al Magistrado Gabriel Fernando Roldán Restrepo, solicitando se acepte y se disponga los efectos de esa decisión, reconfigurando la Sala de Decisión para que se emita la sentencia de segunda instancia que estaría afectada en su legalidad.

2.2. La decisión del funcionario judicial recusado.

Mediante decisión del 9 de mayo de 2022, el Magistrado Gabriel Fernando Roldán Restrepo no aceptó la recusación propuesta, toda vez que la relación contractual entre el funcionario y el apoderado se intentó acreditar aportando copia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, dos comunicados de gastos de notificación y dos detalles de consulta de la página institucional de la Rama Judicial en donde se observa que el proceso se encuentra actualmente en el Consejo de Estado; no obstante, se omitió demostrar la real existencia del acto de apoderamiento al no observarse el respectivo poder para actuar, advirtiendo que desconoce tal acto al no contar con el mandato y no haber tenido comunicación con el abogado en la que rinda cuentas de su gestión desde que aduce haber asumido como su postulante dentro de los últimos tres años como lo exige la norma.

Considera que las causales de impedimento deben acreditarse con mediana claridad para lograr inferir el posible compromiso intelectual que tenga el fallador al tomar determinada decisión, lo que en este evento no ocurre en tanto desconoce la representación del abogado Ochoa Romero ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, además que no ha tenido trato directo y personal con dicho profesional; no recuerda cuándo y por qué conducto obtuvo la representación de la que habla; ni que obre constancia de que le haya cancelado emolumento alguno; ni que se haya reunido con él para trazar las líneas y estrategias en salvaguarda de sus intereses; ni mucho menos que dicho abogado hubiese cumplido fielmente conforme a los deberes que lo atan con su cliente, pues desde el momento de la radicación de la demanda no se le ha informado el desarrollo de la actuación.

Por consiguiente, estima que su equilibrio, ponderación e imparcialidad al actuar como miembro de esta Sala de Decisión en

la que actúa como segundo revisor, de ningún modo se ven afectados; en cambio, le causa extrañeza que, si representa dicho abogado el derecho de las víctimas, con una decisión favorable al procesado no parece de ningún modo que se haya inclinado la balanza bajo el más remoto influjo del funcionario, por virtud de la representación que se pregona, por lo que la causal invocada vislumbra algún interés ajeno a la oportuna y recta impartición de justicia. En consecuencia, negó la recusación y dispuso continuar con el trámite pertinente.

3. CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para resolver la recusación presentada por el apoderado de víctimas y no aceptada por el magistrado recusado, conforme con lo regulado en el artículo 60 del Código de Procedimiento Penal en cuanto dispone que “si la recusación versa sobre magistrado decidirán los restantes magistrados de la Sala”.

La competencia de la Sala, que en este caso actúa de forma dual, está restringida temáticamente a resolver sobre la procedencia de la causal de recusación que se hace consistir en que el apoderado de víctimas que actúa en el presente proceso, actualmente representa los intereses del Magistrado Gabriel Fernando Roldán Restrepo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que lleva a su favor ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, atribuyéndose la configuración de la causal de impedimento contenida en el numeral 15° del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, esto es, *“que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso”*.

Con relación a la causal mencionada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto AP1537-2020 del 15 de julio de 2020, radicado 57779, M. P. Fabio Ospitia Garzón, ha establecido lo siguiente:

“En relación con su sentido y alcance, la Sala ha sostenido que contiene dos exigencias, (i) que el juez o el fiscal esté siendo asistido o haya sido asistido durante los últimos tres años por un abogado en particular, (ii) que ese mismo abogado esté actuando actualmente como parte en el proceso sometido a su conocimiento (CSJ, AP2061/2019, radicado 55386, 29 de mayo 2019)

También ha dicho que para su estructuración basta verificar la existencia del mandato judicial que vincula al funcionario. Y que su actualización se puede presentar en cualquier momento del proceso, independientemente de la etapa en que se encuentre, mientras no haya terminado. En decisión CSJ AP3700/2016 de 15 de junio de 2016, radicado 48268, se dijo sobre el particular:

«Así verificado el mandato judicial dentro del término previsto por el legislador se hace necesario apartar al funcionario judicial del asunto en el que su apoderado judicial actúa también representando los intereses de algunos de los sujetos procesales, pues es posible que relaciones de tipo laboral, profesional, intelectual, económicas o de amistad pueden alterar la ecuanimidad del Juez al momento de administrar justicia. Y así lo ha considerado esta Corporación (CSJ AP 16 JUL.2013. Rad, 28152).

«Es decir que para declarar acreditada la causal en comento basta verificar esa relación contractual de abogado- cliente que pueda existir entre el funcionario judicial y alguno de los sujetos procesales, pues es claro que si le ha confiado la defensa de sus intereses judiciales debe mediar a lo sumo una especial confianza en sus conocimientos y en su actuar, circunstancia que claramente afecta la imparcialidad del juzgador.

«En este particular evento el supuesto de hecho previsto en la causal en comento subsiste y aunque la actuación se encuentra en una etapa avanzada, la misma no ha culminado y le corresponde a la Sala en conjunto proferir el fallo de condena y darle publicidad al mismo mediante la lectura de fallo, adoptando eventuales decisiones posteriores».

Los condicionamientos que los Magistrados del Tribunal de Cartagena adujeron para negar el impedimento, referidos a que (i) la asistencia judicial al funcionario debe causarse antes asumir el conocimiento del proceso, y (ii) que la causal debe originarse por decisión de las partes y no del funcionario, son exigencias que la norma no contiene y que tampoco resultan razonables.

El impedimento surge a partir del momento que las dos condiciones, la de apoderado judicial del funcionario y la de representante de una de las partes que intervienen en el proceso, se conjugan, con independencia del momento procesal en que esta doble condición se actualiza y del sujeto (funcionario o parte) que haya propiciado su consolidación.

El otro argumento expuesto por los Magistrados, en el sentido que el impedimento solo se estructura cuando el abogado que representa al funcionario es *parte* en el proceso del cual debe conocer, no cuando actúa en condición de *interviniente*, tampoco es admisible, porque dicha expresión debe entenderse en sentido amplio, pues también éstos defienden intereses que el juez debe definir.

Pretender que un funcionario que se encuentra en la situación prevista por la norma, continúe conociendo del proceso donde su apoderado judicial es a la vez apoderado de una de las partes, solo porque el asunto está próximo a terminar o porque quien determinó la consolidación de la causal fue el funcionario, no tiene sentido, porque de lo que se trata es de garantizar a futuro su imparcialidad y esto solo se logra con su separación del conocimiento del asunto.” (Subraya fuera del texto)

De lo anterior puede concluirse que la causal analizada es de índole objetiva y solo está condicionada a que se demuestre la existencia de dos elementos, a saber: (i) que el juez o el fiscal haya sido asistido por un abogado dentro de los últimos 3 años; y, (ii) que ese mismo profesional del derecho, actualmente, actúe como parte o interviniente en el proceso sometido al conocimiento del funcionario que se declara inhabilitado.

Pues bien, descendiendo al caso concreto se tiene que no existe discusión acerca del cumplimiento del segundo requisito por cuanto el abogado Jairo Iván Ochoa Romero viene ejerciendo la representación judicial de las víctimas dentro del presente proceso penal, tanto que fue el encargado de presentar el recurso de apelación sometido a resolución de la Sala de Decisión y, además, interpuso el recurso extraordinario de casación.

No obstante, en lo referente al primer requisito, el debate se presenta en tanto el magistrado recusado aduce que no se incorporó el mandato o poder conferido por él al abogado que lo estaría representando en el proceso que se sigue ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que ignora que en realidad sea su apoderado en esa gestión.

Pese a que la Sala da por descontado que es cierto lo así argumentado, también puede ser cierta la afirmación categórica del recusante en el sentido de que en la actualidad aparece representando al Magistrado Gabriel Fernando Roldán Restrepo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 2014-00316 que se sigue en primera instancia ante el Juzgado 27 Administrativo Oral de Medellín y en segunda instancia ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, estando actualmente en el Consejo de Estado donde se tramita un impedimento manifestado por la Sala Plena del mencionado tribunal.

Nótese que la causal no se configura porque se le haya dado poder al abogado en otro asunto, quien a su vez actúa dentro del proceso penal, sino por ser asistido judicialmente por él, lo que puede darse por algunas variables, entre ellas, la sustitución del poder.

Es así como, partiendo de la buena fe del recusante, debe presumirse la veracidad de su aseveración, pues en todo caso el Magistrado recusado no niega o contradice lo objetivo de la causal sino su aspecto subjetivo, puesto que afirma no tener conocimiento de que realmente el abogado sea su apoderado en el proceso contencioso administrativo, circunstancia que podría explicarse por la naturaleza de la demanda atinente a la reliquidación de prestaciones sociales y el reconocimiento de la prima especial de servicios como factor salarial en su calidad de funcionario judicial y que ha generado la presentación masiva de este tipo de

demandas, como lo admite el recusante en su intervención al señalar que ha representado a más de 250 funcionarios en ese sentido, lo que a su vez justificaría el desconocimiento del magistrado de esta situación y explicaría con suficiencia que no se declarara impedido en esta causa.

Además, se cuenta con elementos de juicio que permiten verificar el requisito en cuestión, como lo es la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho laboral presentada por el abogado Jairo Iván Ochoa Romero, en la que dice actuar como apoderado judicial del Doctor Gabriel Fernando Roldán Restrepo, las constancias de pago para el trámite de notificación, en las que también se afirma ostentar esa misma condición, y las imágenes de la consulta de procesos de la página web de la Rama Judicial en las que se evidencia que, efectivamente, la actuación se encuentra en el Consejo de Estado pendiente de la resolución de la declaración de impedimento efectuada por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Entonces, aunque puede estimarse veraz que el magistrado recusado no tenía conocimiento de que el recusante fuere su apoderado en el proceso contencioso administrativo y que en efecto su equilibrio, ponderación e imparcialidad como miembro de esta Sala de Decisión no se vio afectada —pues incluso suscribió la sentencia de segunda instancia que resultó desfavorable a los intereses de la representación judicial de las víctimas—, lo cierto es que, como se estableció anteriormente, la causal invocada opera de manera objetiva, mientras que el instituto de los impedimentos y las recusaciones no solo garantiza ese aspecto subjetivo que en este evento podría considerarse a salvo, sino también protege la visión de imparcialidad que se le debe a la comunidad y a las partes.

Por eso, ante la verificación de los dos presupuestos objetivos, esto es, que el magistrado ha sido asistido por un abogado dentro de los últimos 3 años y que ese mismo profesional del derecho actúa en la actualidad como interviniente en el proceso penal sometido al conocimiento del funcionario recusado, se configura la causal de recusación y, por ende, será aceptada, debiendo separarse al magistrado recusado del asunto.

Conviene precisar que los efectos así previstos se producen a partir de este momento procesal y no con anterioridad, toda vez que la sentencia de segunda instancia ya fue emitida y se presume su validez, sin que sea jurídicamente viable retrotraer la actuación hasta antes de su emisión como lo pretende el solicitante, con mayor razón cuando la Sala carece de competencia para anular su propia actuación. Sobre el tema de no invalidez de lo actuado por encontrarse el juez impedido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, indicando al respecto lo siguiente¹:

“El tema ha sido tratado en varias decisiones de la Sala, las cuales se erigen como una sólida línea jurisprudencial, que en este preciso particular debe ser reiterada con el fin de evidenciar la improsperidad de los fundamentos de los apelantes.

Así, en sentencia de casación de 1 de agosto de 2002 se señaló lo siguiente:

“Como la teleología esencial del instituto de los impedimentos es la de garantizar la imparcialidad del funcionario judicial, cabe preguntar si el funcionario respecto de quien se configura una causal de impedimento y no lo declara, desconoce alguno de los factores que determinan la competencia.

“Si se miran con atención los motivos por los cuales un servidor judicial debe declararse impedido (artículo 99 de la Ley 600 de 2000), podrá advertirse que no hay ninguno que los altere, porque el impedimento es un fenómeno que no transforma a ninguno de los extremos que determinan la competencia, vale decir, su configuración no altera la cuantía del hecho, no muta el territorio donde sucedió, no le quita o le da el carácter de aforado al justiciable.

¹ Auto del 1 de noviembre de 2007, radicado 28.482, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

“Se trata de un aspecto por completo íntimo del funcionario, que lo liga de una manera u otra no a la naturaleza del proceso, sino a las partes. Aquél deberá sopesar si el concreto y evidente motivo de impedimento que respecto suyo se configura, puede poner en riesgo su ánimo y, por tanto, un ponderado y sereno buen juicio. Si lo reconoce, no significa que el asunto ya no sea de su competencia, sino que en acatamiento de principios superiores, que tocan con el derecho de acceso a la justicia y la obligación de los funcionarios de hacer efectivos los derechos, garantías, obligaciones y libertades (artículo 1º, Ley 270 de 1966), permita que otro juez lo releve en el conocimiento de la actuación.

“En todo caso, si decide proseguir con la dirección del proceso, queda latente el instrumento de la recusación, para que se le ordene que no siga a su cargo, es decir, existe un medio expedito y oportuno para corregir el desaguado.

“Ahora, si no se aparta del conocimiento de la actuación, ni los sujetos procesales lo recusan, no obstante la evidente presencia de la causal, ¿qué ocurre?, pues que la deficiencia se convalida, sin perjuicio de que se pueda demostrar en otra etapa del proceso los efectos dañosos de las garantías o de los cimientos procesales, originados en posibles actos arbitrarios del funcionario. Además, eventualmente el silencio del servidor judicial sobre ese aspecto, puede generar responsabilidades disciplinarias y aún penales”²

Este criterio acerca de la improcedencia de la nulidad, cuando un funcionario obligado a declararse impedido no lo hace, ni las partes lo recusan, ya había sido sentado por la Corte:

“El que los Magistrados no hubieran declarado su impedimento (art.535 C.P.P.), no lleva a caracterizar su actuación de inválida. El sistema imperante (hoy parcialmente modificado por el Decreto 1861/89), mira como desaconsejable (preconceptos, rutina, etc.) el que un funcionario actuante en la etapa sumaria de algunos procesos, repita su intervención en la causa. Pero incumplida esta previsión, por desatención de sus autores, y también por las demás partes, quienes deben proceder a su recusación, el juicio no puede correr los mismos avatares de una falta de competencia objetiva (aspectos territoriales, funcionales, etc).

“En el evento de falta de competencia subjetiva, el legislador advierte motivos no convenientes para mantener su juzgamiento en cabeza de un determinado funcionario y propicia su separación. Pero no dándose ésta, por circunstancias que no envuelven un comportamiento delictuoso, debe mantenerse la eficacia de la actuación cumplida. La situación comentada no difiere, en su razón de ser, del instituto de los impedimentos y recusaciones y por tanto en éste y en aquel otro aspecto debe asumirse una misma solución. Hay correctivos diferentes al de la invalidación del proceso rituado en contravención de estos preceptos y ellos se refieren, cuando hay causa fundada, al ámbito disciplinar”³

Y ha sido reiterado por la Sala en las siguientes decisiones:

“El silencio en relación con un impedimento existente, no vicia de nulidad la actuación del funcionario judicial en quien concurre la causal, puesto que el desconocimiento de esta obligación puede ser suplida por los

² Radicación N° 14.501

³. Sentencia de 23 de noviembre de 1989, Radicación N° 3.600, y en el mismo sentido auto de segunda instancia de 14 de abril de 1994 Radicación N° 9.169.

sujetos procesales acudiendo al instituto de la recusación, además de que la ley procesal establece correctivos propios (art.114 C. P. P.), distintos de la rescisión de la actuación, de carácter disciplinario e inclusive penal, según el caso”⁴.

“El silencio del funcionario a declararse impedido estando en la obligación de hacerlo, no vicia de nulidad la actuación a pesar de que pueda eventualmente constituir falta disciplinaria y en algunos casos conducta punible, ya que, como lo recuerda el Delegado, el correctivo apropiado para ellos está a disposición de las partes por medio de la recusación y en la sanción prevista en el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal”⁵.

“Si en materia de nulidades rige el principio de convalidación (artículo 308 del Código de Procedimiento Penal), resulta inconsistente que el actor pretenda censurar una actuación que se registró con anuencia de la defensa, sin que en aquella oportunidad se procediera, por ejemplo, a recusar a los funcionarios con los argumentos que ahora han sido planteados en su demanda. Como es evidente que la defensa –ejercida en aquella época por otro profesional— estuvo de acuerdo con la actuación censurada, a ello debe atenderse y por tanto no le es posible de manera tardía reprochar lo que en su momento no reprobó. Motivo adicional para desestimar el cargo, aparte de que lo relacionado con un impedimento no declarado no repercute como motivo anulatorio por cuanto la propia ley establece las consecuencias de la omisión, tal como se observa en el artículo 114 del C. de P.P., que prevé como sanción una multa, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal. Es claro, así, que si hubiera concurrido en el asunto concreto causal de impedimento, el no hacerlo no acarrearía anulación sino los resultados acabados de mencionar”⁶.

La rememoración jurisprudencial anteriormente consignada permite afirmar, con claridad y sin lugar a dudas, que el hecho consistente en no expresar el funcionario alguna causal de impedimento que en él concurra, no determina la invalidez de lo actuado, aún en el evento de que efectivamente esté acreditada su ocurrencia, y que el mecanismo a disposición de los sujetos procesales para contrarrestar el incumplimiento de aquella obligación de los administradores de justicia de separarse del conocimiento del asunto, tal y como quedó puntualizado, es el de la recusación, además que si —como ocurre en el asunto estudiado— no fue empleado por el acusado o la defensa en su momento, mal hacen en reclamar ahora por una situación procesal que consintieron y que no repercute, por lo tanto, en la validez de la actuación⁷.”

Finalmente, tampoco se hace necesario reconstituir la Sala con otro magistrado porque, por el momento, los trámites que surjan con posterioridad pueden ser resueltos en sala dual por los

⁴ Sentencia de 8 de agosto de 1996. Radicación N° 10.632

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Radicación N° 13.268.

⁶ Sentencia de 8 de noviembre de 2000. Radicación N° 14.078.

⁷ Sentencia de 19 de enero de 2006. Radicación N° 20.769, y en el mismo sentido auto de 25 de abril de 2007 Radicación N° 26.672.

dos magistrados que no estarían impedidos y que conforman mayoría⁸, acorde con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, pues solo en el evento de no integrarse el acuerdo mayoritario, sería necesario recomponer la Sala con el magistrado que sigue en turno, situación que, por el momento, no sucede en este específico caso.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

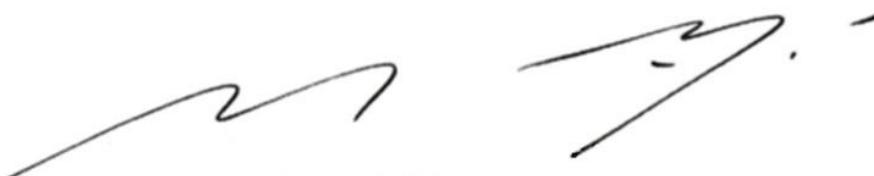
R E S U E L V E

Primero: Declarar fundada la recusación propuesta por el apoderado de víctimas en contra del Magistrado Gabriel Fernando Roldán Restrepo. En consecuencia, se dispone la separación de este funcionario de la presente actuación penal.

Segundo: Esta decisión carece de recursos.

Tercero: Comunicar esta decisión al magistrado recusado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

⁸ Ver auto AP 507-2020 del 19 de febrero de 2020, radicado 55700, y auto AP2904-2019 del 17 de julio de 2019, radicado 54856, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.