

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, tres (3) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicado: 052666000203201605654
Procesado: Jorge Alonso Marulanda Rojas
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años
Asunto: Recusación
Interlocutorio:No.074 -Aprobada por acta No.144 de la fecha.
Decisión: Declara infundada

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala a definir la recusación propuesta por el abogado defensor del señor **Jorge Alonso Marulanda Rojas** en contra del Juez Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, dentro del proceso penal por el que por el delito de actos sexuales con menor de 14 años se investiga a **Marulanda Rojas**. Lo anterior conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 57 de la Ley 906 de 2004.

2. ANTECEDENTES

Dentro del proceso penal que por el delito de actos sexuales con menor de 14 años se adelanta en contra del señor **Jorge Alonso Marulanda Rojas**, una vez culminado el juicio oral, el 3 de octubre de 2017 el Juzgado Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, emitió sentencia condenatoria en la que impuso la pena de 120 meses de prisión a **Marulanda Rojas** por hallarlo responsable del delito endilgado. Tal decisión fue apelada por el abogado defensor y, para efectos de surtir la segunda instancia, arribó a esta Colegiatura el 25 del mismo mes y año.

El 8 de agosto de 2018 esta Sala de decisión Penal decidió declarar la nulidad del juicio oral a partir de la audiencia del 12 de septiembre de 2017 a efectos de que se repitiera la sesión donde declararon los testigos de la defensa (acto del 06/09/2017), por cuanto, debido a problemas técnicos ocurridos al interior de la sala de audiencias, no quedaron registradas en ningún medio, las declaraciones.

El 28 de agosto del 2018 retornó la carpeta a la dirección del Juez Penal del Circuito de Envigado, quien señaló el 11 de diciembre de esa misma anualidad para continuar la audiencia de juicio oral, la cual fue aplazada por solicitud de la defensa y fijada para el 2 de julio de 2019 y posteriormente reprogramada, también por petición de la defensora, para el 29 del mismo mes y año.

En tal fecha, cuando se disponía la continuación del juicio oral y el defensor del señor **Marulanda Rojas** recusó al Juez Penal del Circuito de Envigado de conformidad con el contenido de los artículos 5 y 56-6 del CPP, en consecuencia manifestó que por el juez ya haber emitido una sentencia de carácter condenatorio perdía total imparcialidad para reconsiderar o analizar la prueba de la defensa que ordenó el Tribunal practicar de nuevo, lo cual no

resulta ser garantía de imparcial para el ciudadano a quien aún debe presumirse inocente y respetársele todas sus garantías procesales.

Al correrle traslado de la solicitud a la Fiscalía, representante de la víctima y el delegado del Ministerio Público, manifestaron al unísono no estar de acuerdo con la recusación presentada por la defensa, por cuanto es claro que lo que pretendió el Tribunal con la declaratoria de nulidad fue el restablecimiento de la prueba en los términos que ya había sido practicada, aunado a que por haberse presentado la nulidad se dejó sin efecto alguno e inexistente la decisión penal ya adoptada por el juez. En consecuencia, solicitan al juez no aceptar la recusación propuesta y continuar con el curso del presente proceso.

3. DECISIÓN DEL JUEZ

Consideró que le asistía razón al defensor por cuanto ya sobre el asunto conceptúo y opinó al punto que emitió un juicio de reproche respecto del procesado, entonces no tendría este ciudadano ninguna garantía de imparcialidad, pues lo que se va a volver a analizar en virtud de la nulidad decretada, es lo que ya se tuvo en cuenta por el mismo funcionario judicial.

Resalta que él sí conoce, recuerda y tiene escrito, lo que dijeron los testigos de descargo, lo valoró y tuvo en cuenta para emitir la sentencia condenatoria y esa situación hace que en realidad ya no pueda cambiar esa decisión, por diferente que resultara ser la versión de los declarantes a instancias de la defensa.

En consecuencia, con fundamento en los causales contenidas en los numerales 4 y 6 del artículo 56 del CPP, solicita ser relevado del asunto y

dispone la remisión de la carpeta al Juzgado Penal del Circuito de Itagüí, reparto, para que se continúe adelantando del caso.

4. DECISIÓN DEL JUZGADO DESTINATARIO

El Juez Primero Penal del Circuito repugnó el impedimento manifestado por su homologado con fundamento en la no configuración de las causales 4 y 6 del artículo 56 indicando que la hipótesis de la participación en el proceso por la emisión de la sentencia judicial previa, es una actuación que debe considerarse inexistente y no puede aducirse que la participación a la que refiere la norma y que dice, debe ser anterior, opere en este momento y en razón de la declaratoria de nulidad emitida por el Tribunal.

De otro lado y en punto a la causal que establece impedimento por haber dado consejo o emitido opinión, tampoco ocurre en este evento, porque esas manifestaciones las hizo dentro del proceso y no por fuera del mismo y con la ajenidad de administrar justicia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo preceptuado en los artículos 57 y 60 del Código de Procedimiento Penal, modificados por los artículos 82 y 84 de la Ley 1395 de 2010, respectivamente, a esta Sala le compete resolver sobre la recusación formulada por el defensor de **Jorge Alonso Marulanda Rojas** en contra del Juez Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, para reasumir el conocimiento del proceso penal que por el injusto de actos sexuales con menor de 14 años se adelanta en contra de este; situación que fue aceptada por este funcionario,

quien además alegó otra causal para declararse impedido y su homólogo Primero de Itagüí, rehusó el impedimento.

En primer lugar, debe advertirse que las causales de impedimento y recusación son herramientas procesales establecidas para garantizar los principios de imparcialidad y recta administración de justicia por parte del funcionario judicial llamado a resolver un conflicto jurídico y por tal razón, el legislador **taxativamente** consagró las aludidas causales en el artículo 56 procesal.

Las causales de preclusión se encuentran enlistadas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004 y dentro de la presente causa penal fueron alegadas por el defensor y el juez, respectivamente, las contenidas en los numerales 4 y 6 de esa normativa que establece:

“Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

(...)

4. Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

...

6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consaguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.”

Con la consagración de las causales de impedimento antes transcritas, al igual que las demás establecidas en la norma, pretende el legislador garantizar que el funcionario judicial, cuando tiene a su cargo el deber de administrar justicia, obre con estricto apego a los principios de imparcialidad y objetividad, decidiendo la causa con independencia y libre de todo apremio o convicción anterior o prejuicio.

Respecto a la causal 4 del artículo 56, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su orden, ha manifestado lo siguiente:

“Respecto de la causal de impedimento invocada, prevista en el numeral 4º del artículo 56 de la misma codificación, la Sala ha sostenido que la *opinión* a la que se refiere la norma es la expuesta fuera del ejercicio de la labor jurisdiccional (procedencia general) o en cumplimiento de ésta pero emitida en un proceso distinto a aquel en el que se manifiesta el impedimento (procedencia excepcional), referida, en todo caso, al asunto en concreto sometido al conocimiento del juzgador y suficientemente relevante como para comprometer su imparcialidad.

Dijo la Corte en providencia CSJ AP, 21 mar. 2012, rad. 38.331:

La opinión o concepto anticipado que constituye motivo de impedimento - tiene dicho la jurisprudencia de la Corte-, debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitido fuera del proceso y no dentro del mismo, “pues sólo aquella que se produce extraprocesalmente puede conducir a la separación del asunto (...). Asimismo, la opinión con virtualidad suficiente para la separación del conocimiento del asunto, debe ser de fondo, sustancial, esto es que vincule al funcionario judicial con el asunto sometido a su consideración al punto que le impida actuar con imparcialidad y ponderación que de él espera la comunidad, y particularmente los sujetos intervinientes en la actuación.”

Ha sido posición recurrente de la Sala señalar que, “no toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impeditiva, pues la que adquiere relevancia jurídica en esta materia es la emitida por fuera del proceso y de tal entidad o naturaleza que vincule al funcionario sobre el aspecto que ha de ser objeto de decisión. No es aquella opinión expresada por el juez en ejercicio de sus funciones, exceptuado el evento de ‘haber dictado la providencia cuya revisión se trata’, porque 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, procedimiento que ni la ley autoriza ni la lógica justifica.”¹²

Y respecto de la causal 6 *idem*, precisó:

“3. Ahora bien, respecto de la causal alegada, esto es, la que se funda en la participación del funcionario judicial dentro del proceso, esta Colegiatura ha sostenido que cuando esa intervención se produce por razones funcionales no puede configurar el impedimento que consagra la causal.

En tal sentido, la Sala ha expresado que: “*si el Magistrado intervino como ponente en la primera oportunidad en que este proceso arribó al Tribunal para*

¹ C. S. de J., Sala de Casación Penal, Autos de 19 de diciembre de 2000, 25 de junio de 2002, Rad. 19.587, y 3 de septiembre de 2002, Rad. 19.756, entre otros.

² Auto AP2788-2019 radicación 55669 del 10 de julio de 2019

efectos de resolver una apelación, tal circunstancia no puede generar impedimento de ninguna clase toda vez que la propia facultad que le ha dado la ley para asumir el conocimiento del asunto no puede tenerse como causal impeditiva para conocerlo con posterioridad en la misma instancia, así haya emitido su opinión sobre el tema a debatir”.

En el mismo pronunciamiento agregó lo siguiente: *“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, procedimiento que ni la ley autoriza ni la lógica justifica”* (CSJ, SP, 16 del 16 de marzo de 2005, radicación 23374).

En otras oportunidades, la jurisprudencia ha indicado que la participación anterior en el proceso excepcionalmente configura el motivo de impedimento cuando, lejos de ser apenas formal, resulta decisiva y vinculante frente al nuevo asunto sometido a su consideración, en la medida en que anticipó aspectos puntuales sobre los que luego le corresponde decidir (CSJ, SP, sentencia del 7 de mayo de 2002, radicación No. 19300, reiterada en auto del 20 de abril de 2005, radicación No. 23542; auto del 17 de octubre de 2012, rad. 40016, entre otras).

4. Pues bien, a través de este pronunciamiento la Corte recoge la tesis últimamente reseñada, según la cual el anticipo de la opinión del funcionario judicial sobre un determinado asunto, cuando se produce dentro del mismo proceso por razón del ejercicio de la competencia funcional, hace recaer en aquel el impedimento consagrado en el artículo 56-6º del C. de P. P., cuando, una vez más en ejercicio de la doble instancia, se enfrenta a abordar el mismo tema en una fase procesal posterior.

Lo anterior, porque, como se dijo en precedencia, un entendimiento hermenéutico del instituto y las finalidades de los impedimentos no puede admitir que mientras, por una parte, la propia ley procesal fija los lineamientos de la competencia funcional de los jueces y corporaciones, esto es, la que se deriva del ejercicio de la doble instancia, por la otra el mismo estatuto haga surgir una irregularidad por el hecho de sujetarse el funcionario *ad quem* a dichos lineamientos, cuando un mismo asunto se reitera ante el superior en diferentes momentos o fases procesales de la misma actuación.”³

Si lo anterior no resultara suficientemente ilustrativo sobre la real configuración de las causales 4 y 6 de impedimento, la misma Corporación ha establecido la imposibilidad de considerar que la nulidad decretada por el Superior al interior de un proceso, de lugar a la generación de una causal impeditiva con fundamento en un conocimiento previo del asunto, participación en el mismo o, incluso, opinión anterior. Así quedó dicho:

³ Auto AP2720-2019 radicación 55360 del 26 de junio de 2019.

“4. En el asunto bajo análisis, la manifestación de impedimento tiene su génesis en la decisión proferida en sede de casación por esta Sala, que decretó la nulidad del proceso, a partir del anuncio del sentido absolutorio del fallo, para que, se reconstruyeran las pruebas perdidas y, luego, se dictara una nueva decisión

Como lo ha venido precisando la jurisprudencia de la Sala, el conocimiento del asunto que ahora refulge es con ocasión de las competencias funcionales que habilitan a un mismo funcionario a conocer de la actuación en razón de diferentes actos procesales como acaece en el presente evento, donde habiéndose decretado la nulidad a partir del anuncio del fallo, se inició un nuevo escenario.

...

Entonces, que en pretérita oportunidad el Juez haya conocido de la actuación, en este caso en concreto, no le impide anunciar el sentido del fallo y emitir la sentencia de primera instancia.”⁴

5.1. Análisis del caso concreto:

En el presente asunto, el defensor del procesado consideró que el juez se encontraba impedido para conocer el proceso y emitir una decisión de fondo, en tanto era claro que ese funcionario ya había proferido una sentencia condenatoria en contra de **Jorge Alonso Marulanda Rojas** por encontrarlo responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, la cual fue apelada por la defensa, pero anulada por la segunda instancia cuando al resolver el recurso de apelación encontró que no había registro alguno de las deponencias de descargo, por lo que decretó la nulidad del juicio oral desde la práctica probatoria de la defensa, inclusive, para que se repitiera tal acto, situación que hizo retornar la causa penal al funcionario recusado.

Advirtió el defensor que evidentemente el Juez Penal del Circuito de Envigado no podrá actuar más dentro del proceso por haber ya emitido un concepto previo dentro del asunto penal, tesis que fue aceptada por el

⁴ CSJ AP2297-2019, radicación 55433 del 12 de junio de 2019

funcionario judicial, pero él por encontrar que era evidente su participación en el proceso, en consecuencia, se declaró impedido.

Al respecto considera la Sala que no le asiste razón ni al defensor ni al juez, en tanto en lo que refiere a la causal 4 del artículo 56 Procesal invocada por el defensor, es evidente que la misma no se halla estructurada, ya que como bien lo dijo la Corte, el concepto emitido por el juez y al que alude el profesional del Derecho, se dio en cumplimiento de sus deberes judiciales, esto es con relación al proceso penal que ahora se adelanta contra **Marulanda Rojas**, es decir, no fue una opinión emitida por fuera del asunto.

Además, tampoco hay lugar a considerar la configuración de la causal invocada por el juez, quien advirtió su participación anterior en el proceso, porque la misma sí que menos se advierte, pues nótese que la intervención preliminar que ahora alude el *a quo* haber tenido al interior del proceso penal que adelanta en contra de **Jorge Alonso Marulanda Rojas**, se da porque es él como titular del Juzgado Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, a quien le fue repartido el mismo para su conocimiento, el mismo que supuestamente había culminado a través de la emisión de la sentencia condenatoria que profirió el 3 de octubre de 2017. Empero, en razón de un vicio ocurrido en el trámite, el cual fue detectado por la segunda instancia, se anuló una parte de su actuación y se le conminó a conocer de nuevo el proceso y para unas estrictas situaciones.

Es decir, esa participación anterior del funcionario se da por razón de una nulidad decretada por el Superior funcional, quien, al determinar un vicio ocurrido en el trámite procesal, estableció que el mismo debía enmendarse por el mismo juzgado, con independencia de si funge como su titular el mismo juez que emitió la sentencia y otro distinto, pues sería muy descabellado pensar que cada vez que a un juez se le anule su actuación,

quedaría impedido para continuar conociendo del caso y por ende acatar la orden en los términos que dispusiera el superior.

Y es que ese conocimiento o participación anterior en el asunto penal que ahora concita la atención de la Sala, la tiene el Juez Penal del Circuito de Envigado, pero por la competencia funcional que sobre el asunto tiene y que lo habilitan a conocer de nuevo el proceso en donde deberá practicar únicamente las pruebas testimoniales de la defensa que se escucharon en la oportunidad pasada, sin que ello signifique que su decisión deba cambiar.

Pero además, considera esta Sala que la orden dada en pretérita oportunidad en razón de la nulidad decretada, puede cumplirse sin que pueda considerar el juez la ocurrencia de ninguna contingencia nueva, máxime que en este caso la orden emitida al funcionario judicial es clara, concreta y precisa, pues habrá de reiterar las declaraciones de unos ciudadanos que, tal y como lo hicieron la primera vez, depondrán bajo la gravedad del juramento y por lo tanto se entiende que su declaración, en lo esencial, será en similares términos a los ya valorados, pues los interrogantes que le hagan las partes deben ir en el mismo sentido de acuerdo a la pertinencia por la que fueron decretados en la audiencias preparatoria.

Siendo así las cosas, lo más lógico es que el sentido de la sentencia que emita el funcionario judicial respecto de la causa penal que ahora concita la atención de la Sala, se mantenga, máxime aún que el funcionario judicial al declararse impedido precisó que la inexistencia de los audios obedeció a un error, pero afirmó haber presenciado los testimonios y tomado notas que le permitieron hacer una íntegra valoración de tales medios.

Adicionalmente considera la Sala que en este punto de la actuación penal, ninguna influencia tiene que sea el mismo juez, quien, enmendando su error,

escuche nuevamente las deponencias de los testigos de la defensa para que reitere la valoración probatoria que hizo con miras a la emisión de la sentencia penal, sin que sea posible exigirle, en este punto de la actuación penal, un plus de imparcialidad, pues ciertamente la labor que ahora procederá a desplegar lo será en razón de su competencia funcional.

Además, resulta pertinente indicarle al defensor y de paso al juez, que la nulidad que profirió esta Colegiatura sobre el asunto que ahora concita nuevamente la atención, no se dio para concederle nuevas oportunidades al procesado, como afanadamente se sugiere en la recusación, o porque a este se le hubieran vulnerado sus garantías fundamentales, sino justamente porque se avizoró la presencia de un vicio de forma que ameritaba ser enmendado a fin de que esta Sala de decisión, quien sí tiene que ser totalmente imparcial para desatar la alzada, revisara la integralidad de la prueba en aras de hacer una valoración de la misma, pues de omitir tales deponencias sí se afectarían garantías fundamentales del señor **Jorge Alonso Marulanda Rojas**.

Todo lo antes expuesto llevan a colegir a la Sala que el Juez Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, no se encuentra incurso en las causales de impedimento señalados en la norma aludida, por lo que no será sustraído del juzgamiento del señor **Jorge Alonso Marulanda Rojas** y se dispondrá el envío de la carpeta a dicho juzgado a efectos de que continúe conociendo del mismo.

En razón de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

4. RESUELVE:

PRIMERO: NO ACEPTAR LA RECUSACIÓN propuesta por el defensor del señor **JORGE ALONSO MARULANDA ROJAS** en contra del Juez Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, en consecuencia, **SE ORDENA** enviar la carpeta al mismo funcionario a fin de que continúe con el conocimiento del proceso.

SEGUNDO: Notifíquese la presente decisión al Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí, Ant., y a los demás interesados en la presente actuación. Esta decisión carece de recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado