



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	050016008784201800015 (038)
PROCESADO	Jorge de Jesús Aristizábal Ochoa y otros
DELITO	Urbanización ilegal descrito en el artículo 318 del Código Penal
ASUNTO	Impedimento
DECISIÓN	Declara fundado impedimento

Magistrado Ponente:

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ.

Proyecto aprobado en Sala del veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), mediante Acta Nro. 040

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito, conocerá del trámite de impedimento cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de que trata el artículo 56 de la misma Ley. Se pronuncia la Sala sobre el impedimento manifestado por la Juez 30^a Penal del Circuito de Medellín para continuar conociendo el proceso adelantado contra Jorge de Jesús Aristizábal Ochoa y otros, el cual no fue aceptado por su homólogo, el Juez 1^o de la misma especialidad. Debe destacar la Sala mayoritaria, compuesta por los doctores BUSTAMANTE Y CERÓN, que el proyecto inicial no fue acogido; en consecuencia, le corresponde al primer revisor hacer la ponencia de remplazo.

HECHOS:

Están debidamente relacionados en la ponencia inicial de la siguiente manera:

“1. Ante el Juzgado 4º Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a Jorge de Jesús Aristizábal Ochoa, John Jairo Botero Muñoz y otros por la comisión del delito de urbanización ilegal descrito en el artículo 318 del Código Penal, en calidad de coautores, cargo que los imputados no aceptaron.

2. De manera posterior procedió la Fiscalía a radicar escrito de acusación, el cual le fue repartido el 16 de febrero de 2021 al Juzgado 30 Penal del Circuito de esta ciudad, cuyo titular agotó la audiencia de formulación de acusación el 21 de junio del mismo año e inició la preparatoria en sesiones del 8 de febrero y 15 de junio del corriente, señalando en esta última fecha el 18 de julio siguiente para continuar con la diligencia respectiva, empero por solicitud de la Fiscalía se reprogramó la misma para el 15 de septiembre de esta anualidad.

3.El 5 de septiembre de 2022 se instaló audiencia, en la cual la juez de conocimiento se declaró impedida para continuar conociendo de la actuación, soportada en la causal 1ª del artículo 56 del C.P.P, toda vez que se percató de que dos de los procesados, a saber Jhon Jairo Botero Muñoz y Jorge Aristizábal Ochoa, hicieron parte del proyecto residencial “ATAVANZA” ubicado en la Cra 82 N° 9A sur 28 de la ciudad de Medellín, en el cual ella es propietaria del apartamento 1216 (torre 4)-conforme al certificado de libertad y tradición 001992844- y tres de sus hermanos del 1028 (torre 7), cuya edificación presenta problemas estructurales que ameritaron interponer acción de protección al consumidor, lo cual muy seguramente conducirá a una investigación penal, de tal suerte que podría ser víctima dentro del respectivo proceso, dando al traste con la objetividad e imparcialidad en la decisión que pueda adoptar en contra de estas dos personas.

4. En virtud de lo anterior, ordenó el envío de la actuación a quien seguía en turno y así le correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín, cuyo despacho mediante proveído del 13 de septiembre del 2022 dijo repugnar el impedimento, al considerar que en la situación expuesta por su homóloga no se configura el supuesto del artículo 56 numeral 1 del C.P.P, pues los hechos que vinculan a dicha funcionaria y a sus hermanos con dos de los aquí procesados, son ajenos a esta actuación, máxime porque carecen de actualidad, si se tiene en cuenta que son de efectos futuros, ni siquiera se ha iniciado indagación penal y por eso se desvanece la

expectativa de obtener utilidad o menoscabo a partir de las determinaciones que pueda adoptar en la presente actuación. Por tales motivos, remitió la decisión a esta instancia con el fin de que se defina si resulta fundado o no dicho impedimento.”

CONSIDERACIONES :

Esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir sobre el impedimento presentado. Para tal efecto, resulta pertinente traer a colación lo expuesto en pasadas oportunidades por esta magistratura en el siguiente sentido¹:

“La garantía del “juez imparcial” es un elemento propio de los sistemas democráticos que concretizan los principios de autonomía e independencia judicial, ello explica que se establezcan las causales de impedimento y recusación como razones en las cuales se debe apartar válidamente a un juez del conocimiento de un asunto puesto a su disposición. Incluso, en veces también funciona como una garantía para el juez - individual o colegiado- pues en casos especiales se le permite apartarse del juzgamiento de determinados asuntos, repugna al sentido común que un juez juzgue, por ejemplo, a un pariente cercano, o, en el otro extremo, que lo haga en contra de un enemigo suyo. El ideal es que el fallo judicial sea realizado sin presiones, sin vicios de consentimiento, sin intereses, ajeno a las convicciones íntimas del juez, por ejemplo, por razones de raza, sexo, credo, filiación política, religión, etc. El funcionario judicial se debe solo a la Constitución, la ley, la jurisprudencia, en general de las fuentes de derecho generalmente reconocidas y en aras a realizar la justicia e igualdad material y a ser factor de paz y convivencia social.

¹ Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal. Auto del Medellín, primero de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicado 05001-6000-248-204-09981. M.P. Oscar Bustamante H.

La administración de justicia, al ser un sistema relacional, entre la autoridad judicial, la comunidad y los sujetos procesales en concreto, requieren de una gran dosis de confianza, vale decir que la sociedad debe creer en sus jueces, porque son los más probos, concedores del derecho, ecuánimes, imparciales, conscientes de las realidades sociales y de los contextos en donde se desarrolla el conflicto jurídico. Pero en la práctica hay circunstancias en las cuales, por situaciones de los mismos jueces, en veces imputables a ellos, o en otras ocasiones, como desarrollo de su misma actividad judicial, se presentan hechos que controvierten este principio y tienen que ser resueltas antes de que se entre a conocer de fondo el asunto. No es sano para el derecho -y menos para nuestro sistema judicial- que no se dirima este conflicto, pueden emitirse las sentencias más justas y legales, pero si se carece de la confianza de la sociedad en sus jueces, por hechos concretos que minan su autonomía e independencia, la legitimidad de las mismas, como fundamento para su cumplimiento, se verán seriamente cuestionadas.

Otro de los elementos consecuentes con lo anterior tiene que ver con la actitud del mismo funcionario judicial frente al caso concreto, más en los sistemas de corte acusatorio, el ideal es que esté absolutamente “descontaminado”, vale decir, que no tenga conocimiento del mismo, ni se haya hecho juicios de valor respecto a lo ocurrido ni de la responsabilidad de las personas que ha de juzgar, dependiendo del sistema jurídico, dicha exigencia se hace aún más estricta, más cuando se busca escoger jurados de conciencia. Además, los sistemas jurídicos en general contemplan estrictos códigos éticos en orden a evitar cuestionamientos al respecto. En caso de confrontar una situación que permita considerar el hecho que el juez está “contaminado”, tiene el deber de poner tal situación en conocimiento de las autoridades correspondientes.

En los sistemas anglosajones las razones por las cuales se puede un juez apartar son de índole más práctico, se analiza el caso concreto y se lo compara frente al principio de imparcialidad. En los sistemas del civil law, como el nuestro, el mismo legislador contempla las causales de impedimento y recusación de manera taxativa; de todas maneras, las realidades del día a día superan tales situaciones, ya sea para no autorizar que se aparten de mismo, a pesar de la existencia formal de la causal y otras para lo

contrario, cada caso concreto tiene que ser analizado frente a los principios que hemos mencionado. El procedimiento normal es que al final es el superior funcional del funcionario quien dirime el problema planteado.

En la actualidad, las razones para apartarse de un asunto por parte del juez son divididas en las causales objetivas y las subjetivas, BACIGALUPO, explica así esta distinción:

“En la actualidad, con apoyo en la jurisprudencia del TEDH, se suele distinguir entre una imparcialidad objetiva, determinada por la concurrencia de las causas de incompatibilidad establecidas por la ley e imparcialidad subjetiva, constituida por sentimientos especialmente adversos del juez a alguna de las partes. Desde el punto de vista subjetivo “la parcialidad constituye la actitud interna del juez, que puede influir perturbadoramente en la necesaria exclusión de una posición previa y de su imparcialidad”...

.....

“Las causas objetivas que determinan la exclusión de un juez por falta de imparcialidad se deben agrupar en las siguientes categorías: a) las relaciones familiares con la víctima; b) las relaciones familiares con el acusado; c) la participación en la causa en fases anteriores al juicio en las que el juez ya se formó un preconcepto sobre la culpabilidad del acusado; d) circunstancias que demuestren objetivamente una pérdida de la imparcialidad (enemistad, intereses del juez en el resultado de la causa)”.²

En ese mismo sentido EDUARDO M. JAUCHEN explica esta garantía de la siguiente manera:

“... comprende un doble aspecto, uno subjetivo u otro objetivo, si bien ambos parten de la idea común respecto a la ausencia de prejuicios iniciales acerca del hecho a juzgar, ha sido el TEDH quién por vez primera se pronunció sobre esta doble posibilidad, al resolver el caso

² Bacigalupo, Enrique. El Debido Proceso Penal. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2005. Páginas 93 y 94.

“Piersarck” diferenciando conceptualmente la imparcialidad subjetiva del Tribunal de aquella que también se requiere como imparcialidad objetiva, sostiene el Tribunal Europeo que “ Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidad, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1. del Convenio Europeo, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable (...). No es posible reducirse a una apreciación meramente subjetiva (...). En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (...). Todo juez en relación con el cual puede haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso.... Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.”³ De este modo se consagró el principio conceptual de que los motivos de parcialidad y en consecuencia de apartamiento del juez no se limitan a las taxativas causales de recusación enumeradas en los digestos procesales sino que también existe una variada gama de situaciones imposibles de enumerar pero que genéricamente aun cuando no estén expresamente previstas configuran objetivamente motivos de apartamiento por colocar al juez o tribunal en duda sobre su imparcialidad.”... Mas adelante este tratadista concluye: “Siguiendo estos lineamientos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en el caso “Piersarck” que desde el punto de vista objetivo el juez o Tribunal debe ofrecer garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que resulta menester que no exista siquiera apariencia de parcialidad, ya que lo que está en juego es la confianza que

³ TEDH, caso “Piersack-Belgica” Sentencia del 01-10-82.

los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.”⁴

En ese mismo sentido en el caso CASTILLO ALGAR- ESPAÑA, del 28 de octubre de 1998, el TEDH, siguiendo esa misma línea de pensamiento, consideró:

“45. En cuanto a la consideración objetiva, consiste en la cuestión de si, independientemente de la conducta personal del Juez, ciertos hechos verificables autorizan a que la imparcialidad de este último sea puesta bajo sospecha. En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia, pues va en ello la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y, especialmente, a los imputados. Debe recusarse, entonces, a todo juez del que pueda legítimamente temerse una falta de imparcialidad. Para pronunciarse en una causa determinada sobre la existencia de una razón legítima de riesgo de falta de imparcialidad en un juez, la óptica del acusado es tenida en consideración, pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las sospechas del interesado pueden estimarse objetivamente interesadas...

50. Este Tribunal estima, en consecuencia, que en las circunstancias de la causa, la imparcialidad de la jurisdicción podía suscitar dudas serias y que los temores del recurrente desde este punto de vista pueden considerarse objetivamente justificados.”

En el caso presente se dan dos circunstancias, que si bien pueden adaptarse a las causales de impedimento y recusación, conforme a una interpretación amplia de las mismas, lo que no tiene duda la Sala Mayoritaria es que, respecto al principio de imparcialidad, existe un abierto

⁴ Jauchen, Eduardo. Derechos del Imputado. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2005. Páginas 215, 219 y 220.

desconocimiento que cuestiona en grado sumo la legitimidad de la administración de justicia y de la juez que iría a decidir el caso.

Es claro que dos de los imputados están inmersos en un conflicto jurídico en el cual también están comprometidos la juez y sus hermanos, precisamente por el presunto incumplimiento de algunas obligaciones y en la responsabilidad consecuente en una construcción que al parecer tiene fallas estructurales, el caso está vigente y las autoridades judiciales y administrativas lo tendrán que resolver. En gracia a la discusión, cualquier decisión que tome la juez, tendrá algo de impacto el problema comentado, pero además, la sentencia podrá ser lo más justa y jurídica, ante las personas allegadas al conflicto será visto con absoluta desconfianza, si falla en contra de los imputados no será entendida la decisión como un acto objetivo, sino como un acto de venganza; si lo contrario, será asumido por los interesados en el conflicto inicial como un acto de debilidad y de insolidaridad.

También, ante la sociedad, esta situación cuestiona en grado sumo la legitimidad de la institución judicial, cualquiera que conozca del caso y el antecedente del impedimento, dudará de la objetividad de las instituciones judiciales. Ante este panorama, es mucho más transparente tanto para las partes y los sujetos procesales, como también para la juez 30 Penal del Circuito y para la institucionalidad judicial, el apartar a la mencionada funcionaria del conocimiento del caso. Como efecto consecuente el caso se blinda de posibles nulidades y reproches por esta causa.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,

RESUELVE:

PRIMERO: Aceptar el impedimento presentado por la Juez 30 Penal del Circuito. En consecuencia el proceso se le asigna al Juez Primero Penal del Circuito de Medellín.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno. Una vez firmada la presente decisión, se enviará de inmediato al juez asignado para que prosiga con la actuación correspondiente.

Notifíquese y cúmplase.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a final flourish.

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a prominent horizontal line and several loops below it.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

A handwritten signature in black ink, enclosed in a rectangular box, with a long horizontal stroke and a complex loop structure.

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado (con salvamento de voto)

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por la decisión de la mayoría, me permito manifestar que me apartó de la determinación adoptada.

En ese sentido me basta transcribir aquello que sostuve en el proyecto derrotado, así:

“El derecho al juez imparcial estipulado en el artículo 209 de la Constitución Política, se ha concebido como componente esencial del debido proceso, toda vez que ante la presencia de partes parciales se exige un tercero neutral, principio de alcance general que tiene aplicación en todos los sistemas procesales.⁵

Con el propósito de cumplir el referido postulado, se han instituido los mecanismos del impedimento y la recusación, en virtud de los cuales el funcionario judicial se debe separar del conocimiento de aquellos casos en donde por estar comprometido sus propios intereses o haber conocido el fondo del asunto, se desdibuja el fin de la recta administración de justicia.

En esa medida, la finalidad de tales institutos es la de garantizar, tanto a los asociados en general como a los sujetos que están legitimados para actuar en un determinado asunto, que la autoridad judicial llamada a resolver el conflicto jurídico sea ajena a cualquier interés distinto al de administrar recta justicia, de manera que su imparcialidad y ponderación no estén alterados por circunstancias externas al proceso.

⁵ Ver autos CSJ AP, Rad. 14536, 14078, 19300, 21921, 23374 y 26453

Por ello, en esta materia rige el principio de taxatividad, según el cual sólo constituye motivo de excusa o de recusación, aquel que de manera expresa esté señalado en la ley; por tanto, a los jueces les está vedado separarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales, 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; mientras que a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio a su juzgador, de modo que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial, no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía en punto de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez.

En el presente asunto, la titular del Juzgado 30^a Penal del Circuito de Medellín, fundamenta el impedimento en la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, al considerar que por ostentar ella y tres de sus hermanos la titularidad del derecho de dominio en inmuebles ubicados en el conjunto residencial “ATAVANZA” de esta ciudad, en cuyo proyecto intervinieron el Ingeniero de Suelos Jhon Jairo Botero y el Ingeniero Civil Jorge Aristizábal Ochoa- procesados en la causa penal a su cargo- y presenta inconvenientes estructurales que ameritaron iniciar una acción de protección al consumidor que muy seguramente conducirá a una investigación penal, tal situación le podría catalogar como víctima en dicho caso y, por ende, concitar un interés que dichos ciudadanos resulten condenados, es decir, se compromete su aspecto subjetivo que podría dar al traste con la objetividad e imparcialidad que debe imperar en el juzgamiento de estos procesados.

Se impone precisar que la causal invocada se presenta, entre otros, cuando el funcionario judicial o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad,

tengan interés en la actuación procesal. Sobre la definición de ese interés precisó la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal:

*“expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del proceso”.*⁶

En el caso de marras, la funcionaria que invoca el impedimento considera que por el hecho que dos de los procesados hayan participado en el proyecto “CONJUNTO RESIDENCIAL ATAVANZA”, donde ella y tres hermanos son propietarios de apartamentos y el cual al parecer presenta inconvenientes estructurales que ameritaron una acción de protección al consumidor, esa situación es semejante a lo acontecido con el “CONJUNTO RESIDENCIAL BERNAVENTO”, y por ello debe ser separada del conocimiento del asunto; no obstante, la Sala considera que por presentarse ese panorama la juez no debe ser relevada del conocimiento del caso, pues en el acontecer fáctico que le planteó la fiscalía, ni ella ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad figuran como víctimas del presunto delito de urbanización ilegal por el que fueron acusados Jhon Jairo Botero Muñoz y Jorge de Jesús Aristizábal Ochoa, aparte que referido al inmueble donde ella tiene interés apenas obedece a un hecho incierto y futuro que no ha tenido materialización.

La funcionaria adujo que en la actualidad se presentó una acción de protección al consumidor por la situación presentada en “ATAVANZA”, empero se desconoce si la misma se dirigió de manera específica en contra de estas dos personas y si ella y sus hermanos figuran como accionantes, es decir, si les

⁶ C.S.J. - Sala Penal – 2008. Proceso No 30441. ocho (8) de octubre de dos mil ocho (2008).

vincula una contienda que conduce a un conflicto de intereses. Además, téngase en cuenta que los apartamentos de su propiedad y ubicados en ese conjunto residencial no se los vendieron las dos personas que está procesando, sino una persona jurídica en cabeza de su representante legal, de manera que, en caso de llegar a emerger una demanda, los sujetos pasivos no serían, en principio, Jhon Jairo Botero Muñoz y Jorge Aristizábal Ochoa.

Sin embargo, en caso de iniciarse a futuro una investigación penal en contra de estas dos personas por su participación en el proyecto “ATAVANZA”, la juez no puede apartarse del conocimiento de este proceso, pues ni siquiera se sabe si ellos van ser vinculados a esa actuación; al respecto, téngase en cuenta que cada caso obedece a particularidades y que por el hecho de encontrarse inmersos en el caso “BERNAVENTO” no significa indefectiblemente que también lo serán en el otro.

También adujo la juez que el hecho de saber que Jhon Jairo Botero Muñoz y Jorge Aristizábal Ochoa participaron en el proyecto “ATAVANZA” le genera cierto sentimiento negativo hacia ellos, lo cual puede incidir en su objetividad e imparcialidad al momento de juzgarlos, empero tal apreciación no tiene la fuerza para desligarla del conocimiento del proceso, por cuanto, como se dijo, se trata de situaciones fácticas diferentes y las pruebas debatidas en el juicio son las que realmente le generarán la certeza o duda razonable para condenar o absolver.

Corolario de lo anterior, no se avizoran en la situación expuesta por la Juez Treinta Penal del Circuito los elementos configurativos de la causal de impedimento invocada, pues no se comprende cómo la decisión que pueda adoptar en este proceso- donde ningún interés propio o familiar le asiste-, pueda reportarle beneficio o menoscabo, es decir, no están dados los elementos

estructurantes del “interés”⁷, esto es, que sea directo o indirecto y actual. Es que para el surgimiento de dicha causal debe tenerse interés es en el proceso que se está conociendo –y no en otro-, de modo tal que la decisión que llegue a adoptar dicha funcionaria en nada deslegitima su imparcialidad, pues el hecho de que llegare a condenar a los señores Jhon Jairo Botero Muñoz y Jorge de Jesús Aristizábal Ochoa, dicha decisión no es vinculante respecto de la decisión que hipotéticamente pudiera llegar a emitirse en su contra, dentro un proceso penal por el caso “ATAVANZA”, es decir, no constituye precedente judicial”.



Santiago Apráez Villota

Magistrado

Fecha ut supra

⁷ Ver entre otras decisiones el Auto 073 del 2020 emitido por la Corte Constitucional y citado en el impedimento