**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

Magistrado ponente

**AP481-2018**

Radicación n.° 50922

(Aprobado acta n.º 38)

Bogotá, D. C., siete (07) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

**VISTOS**

Se pronuncia la Sala acerca de la recusación presentada contra el H. Magistrado de esta Corporación, Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, sustentada por el apoderado de la parte accionante en la causal sexta del artículo 99 de la Ley 600 de 2000.

**ANTECEDENTES PROCESALES**

1. Contra el Senador de la República ÁLVARO ALFONSO GARCÍA ROMERO se profirió resolución de acusación el 10 de julio de 2007, ratificada el 8 de agosto siguiente, por cuyo medio se le acusó de ser presunto autordel delito de concierto para delinquir agravado; y determinador de los delitos homicidio simple, peculado por apropiación y homicidio agravado en concurso homogéneo.

En firme la acusación el procesado GARCÍA ROMERO renunció a su investidura, razón por la cual la actuación se remitió para ser conocida por los Jueces Penales del Circuito Especializado de esta capital, correspondiendo adelantar la fase de juicio al despacho Octavo de esa categoría, la que en efecto se surtió entre finales de 2007 y abril de 2009, quedando pendiente proferir el respectivo fallo de instancia.

2. No obstante lo anterior, la Sala de Casación Penal, mediante auto de 1º de septiembre de 2009 en el proceso radicado 31653, varió la jurisprudencia vigente y resolvió reasumir la competencia de las investigaciones y juicios adelantados contra quienes estando procesados por hechos punibles relacionados con su actividad de congresistas, hubieran renunciado a su cargo.

3. Fue así que esta Corporación reasumió el conocimiento del proceso y profirió sentencia de condena el 23 de febrero de 2010 por haberse probado que el acusado incurrió en los hechos delictivos materia de la acusación, declarándole penalmente responsable a título de:

***Autor*** *del concierto para delinquir agravado, descrito en el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal de 2000.*

***Autor*** *mediato de los homicidios agravados por la indefensión de las víctimas, Andrés Alberto Álvarez Palacios, Líderes Rafael Tapias Terán -sepultado bajo el nombre de su hijo Maximiliano Tapias-, Manuel De Jesús Julio Gutiérrez -sepultado como Manuel De Jesús Palacios Meléndez-, Orlando Rafael Oviedo Moguea, Alcibiades Mendoza, Hugo Adolfo Díaz Díaz y Juan Manuel Feria Álvarez, previsto en los artículos 103 y 104-7 del Código Penal de 2000.*

***Determinador*** *del peculado por apropiación previsto en el artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.*

***Determinador*** *del homicidio simple en la persona de Georgina Narváez Wilches, de que trata el artículo 103 del Código Penal de 2000.*

Se le impusieron las penas de cuarenta (40) años de prisión, multa por valor de 10.100,47 salarios mínimos legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de quince (15) años, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Política; no se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

En la misma sentencia fue absuelto de los cargos por los homicidios agravados de Félix y Laureano Paternina Rodríguez, Armando Batista Arroyo, Ezequiel Jaraba y su esposa Juana María Hernández Torres, por inexistencia de la conducta.

4.Tras haber hecho tránsito a cosa juzgada la decisión, el condenado GARCÍA ROMERO presentó demanda de revisión, por medio de apoderado, con fundamento en la causal tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, aduciendo el surgimiento de pruebas nuevas con posterioridad al proferimiento de la referida sentencia, demostrativas de su inocencia.

5. Mediante proveído AP7069-2017 datado el 25 de octubre del año inmediatamente anterior la Sala resolvió inadmitir la demanda de revisión propuesta, determinación contra la cual ha interpuesto el actor recurso de reposición al tiempo que promueve recusación contra el H. Magistrado de esta Corporación Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa.

**FUNDAMENTOS DE LA RECUSACIÓN**

Plantea el accionante que el señor Magistrado está incurso en la causal sexta del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, en particular por haber participado dentro del proceso finiquitado con la sentencia de condena referida, porque intervino como Magistrado Auxiliar comisionado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la práctica de diversas diligencias, entre las cuales cita la recepción de los testimonios de Julián Crisóstomo Caballero Bernal, Rodolfo Bautista Palomino López y Sergio Tovar Pulido.

De la recusación se dio traslado al H. Magistrado de conformidad con lo previsto en el artículo 106 de la Ley 600 de 2000.

**POSTURA DEL MAGISTRADO RECUSADO**

En auto de 24 de enero de 2018, el H. Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa desestimó los argumentos del impugnante por cuanto haber recibido declaraciones en calidad de Magistrado Auxiliar comisionado por esta Sala en su oportunidad, no configura motivo impeditivo.

Explica que conforme lo ha decantado la jurisprudencia de esta Corte, la participación en el proceso que inhabilita para asumir conocimiento posterior debe ser de fondo y sustancial, con capacidad suficiente para comprometer la imparcialidad del funcionario, lo que no se presenta en este evento habida cuenta que se limitó a cumplir los lineamientos de la comisión asignada en su momento sin que por ello forjase un criterio en torno a la responsabilidad penal de ÁLVARO ALFONSO GARCÍA ROMERO con trascendencia afectante, ahora, de la imparcialidad y objetividad requeridas para conocer de la presente actuación.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1.** La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la recusación planteada contra uno de sus integrantes de conformidad con lo establecido en los artículos 75-2 y 106 de la Ley 600 de 2000.

**2.** De antaño sostiene esta Corporación[[1]](#footnote-1) queel instituto de los impedimentos se estatuyó con el fin de garantizar que el funcionario judicial llamado a resolver una controversia jurídica, carezca de cualquier interés distinto al de administrar recta justicia y, en armonía con ello, que su imparcialidad y objetividad al conocer de un asunto determinado no estén afectadas por circunstancias extrañas o ajenas al debate jurídico procesal.

Por tanto, “…*la manifestación de impedimento del funcionario judicial debe ser un acto unilateral, voluntario, oficioso y obligatorio ante la concurrencia de cualesquiera de las causales que de modo taxativo contempla la ley, para negarse a conocer de un determinado proceso.*”[[2]](#footnote-2)

Conforme con lo anterior, el artículo 100 del Código de Procedimiento Penal de 2000 estatuye que cuando en un funcionario judicial concurra algún motivo de impedimento para conocer de una causa así deberá declararlo “…*tan pronto como se advierta su existencia a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes*”

Esta previsión normativa encuentra complemento en el artículo 105 de la misma codificación, el cual enseña que si el funcionario judicial en quien concurra el impedimento no lo manifiesta “…*cualquiera de los sujetos procesales podrá recusarlo*”; al efecto, se requiere que la recusación sea propuesta por escrito y de manera circunstanciada ante la autoridad que conoce del asunto junto con las pruebas, cuando sea posible, que la acrediten.

La interpretación sistemática de estos preceptos conduce a afirmar que “…*la recusación es subsiguiente a la posibilidad que asiste a los funcionarios judiciales de declararse impedidos*…”[[3]](#footnote-3), de manera que “…*sólo si el funcionario judicial no se declara impedido invocando alguna de las causales taxativamente establecidas, surge la facultad para cualquiera de los sujetos procesales de recusarlo.*”[[4]](#footnote-4)

**3.** Acerca de la configuración de la causal de impedimento prescrita en el artículo 99-6 de la Ley 600 de 2000, en concreto respecto del apartado que reza que el funcionario judicial “…*hubiere participado dentro del proceso*…”, tiene sentado criterio la Sala, a saber:

*…la comprensión de este concepto no debe asumirse en sentido literal sino que es preciso que esa intervención, para que adquiera un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud del funcionario. Su actividad dentro del proceso, debe haber sido esencial y no simplemente formal[[5]](#footnote-5), de fondo, sustancial, trascendente, que lo vincule con la actuación puesta a su consideración de tal manera que le impida actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él esperan no solamente los sujetos procesales sino la comunidad en general.* [[6]](#footnote-6)

De manera específica, sobre la posible ocurrencia de esta causal en relación con un Magistrado Auxiliar, se ha dicho:

*En primer lugar, valga destacar que el cargo de Magistrado Auxiliar no comporta jurisdicción, esto es, que la ley le haya asignado unas precisas funciones para administrar justicia en asuntos que son estrictamente del resorte del Magistrado titular, donde se encuentre adscrito.*

*Conforme con el manual de funciones reglado en el Acuerdo de la Sala Plena número 041 del 1° de diciembre de 2003, el Magistrado Auxiliar tiene asignadas las siguientes tareas:*

*1) Colaborar en la sustanciación y trámite de los expedientes a cargo de los despachos.*

*2) Preparar la relación de los hechos y antecedentes de procesos que se encuentren al despacho para fallo.*

*3) Rendir informe de jurisprudencia y legislación sobre los temas debatidos en los procesos a despacho, para efectos de la elaboración del proyecto de providencia.*

*4) Colaborar con los Magistrados Titulares en la elaboración de anteproyectos de providencia.*

*5) Velar por la confidencialidad y seguridad de la información que con ocasión de sus funciones conozca.*

*6) Velar por la correcta racionalización, utilización y cuidado de los equipos, elementos y demás recursos asignados a su cargo.*[[7]](#footnote-7)

*De acuerdo con lo anterior, es claro que el cargo de Magistrado Auxiliar fue concebido para apoyar la función que la Constitución y la ley le han asignado al Magistrado Titular. Por tanto, en la elaboración de los proyectos de providencias, no compromete su criterio frente a la resolución del asunto, en la medida en que su deber consiste en plasmar la postura del titular del despacho al que está adscrito, y el de los demás miembros de la Sala especializada, que conozcan del trámite.*[[8]](#footnote-8)

Este criterio armoniza con el que la Corte Constitucional ha explicado en reiteradas oportunidades al referirse a la naturaleza de las atribuciones del cargo de Magistrado Auxiliar de Corporación judicial; valga citar entre otras la sentencia C-713 de 2008 por medio de la cual se realizó la revisión previa del proyecto de ley estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara “*Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*”, en cuyo contenido se lee:

*3.- Los magistrados auxiliares cumplen importantes tareas de colaboración al interior del despacho, en su calidad de empleados de la Rama Judicial, pero como no son autoridades administrativas el Legislador no puede asignarles el ejercicio excepcional de funciones judiciales previstas en el artículo 116 de la Carta Política.*

*De esta manera, la labor que corresponde a los magistrados auxiliares de las altas corporaciones judiciales es entonces de apoyo a la gestión de los magistrados titulares, pero no tienen investidura judicial ni están formalmente habilitados para administrar justicia.*

*4.- En el marco descrito, la Corte considera que no existe vicio de constitucionalidad con el hecho de que los magistrados auxiliares puedan ser comisionados para practicar pruebas, en la medida en que dicha potestad contribuye a la celeridad y eficacia en la administración de justicia, debe entenderse como excepcional, no implica la toma de decisiones que en sí mismas supongan administrar justicia y con ellas no se inviste a los magistrados auxiliares como funcionarios judiciales. Esta postura armoniza con los lineamientos trazados por la jurisprudencia de esta Corporación.*

*Sobre el particular, en la sentencia C-396 de 1994, MP. José Gregorio Hernández, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 82 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente. La norma establecía que para la práctica de diligencias la Corte Suprema de Justicia podría comisionar a cualquier funcionario judicial o a sus magistrados auxiliares, y, en el caso de la Fiscalía, a otros funcionarios judiciales. El demandante consideraba que como la Fiscalía tenía reservada la función de investigación penal, no podía permitirse la comisión para la práctica de pruebas, aún a otros funcionarios judiciales.*

*La Corte desestimó la acusación del demandante, explicando que la comisión para adelantar diligencias probatoria*s, “entendida como procedimiento especial destinado al debido cumplimiento de una diligencia judicial por funcionario distinto de aquel a quien corresponde normalmente (…) no representa en ese sentido una delegación de la jurisdicción, que sería completamente inadmisible a la luz de la Carta, sino un medio eficaz de garantizar que se administre pronta y cumplida justicia merced a la oportuna ejecución de actos procesales que de otra forma no podrían llevarse a cabo, al menos con la rapidez requerida*”.*

*Siguiendo la misma línea, en la sentencia C-037 de 1996, al examinar el artículo 125 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, relativo a la distinción entre funcionarios y empleados judiciales, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma, “*bajo el entendido que los magistrados auxiliares que pertenecen a las altas cortes de la Rama Judicial, habida cuenta de la naturaleza de las responsabilidades legales que les corresponde desempeñar, se encuentran facultados para la práctica de las pruebas que les sean comisionadas por el titular del despacho judicial*”. Para sustentar su decisión, la Corte señaló que en virtud de la naturaleza de las responsabilidades legales asignadas a los magistrados auxiliares, “*en particular el de colaborar con el despacho del respectivo magistrado, se encuentran facultados para la práctica de las pruebas que les sean comisionadas por el titular del despacho judicial*”.*

*La facultad de comisión para la práctica de pruebas por los magistrados auxiliares es constitucionalmente válida, en la medida en que el magistrado auxiliar es sólo un receptor de la prueba que no dirige la actividad probatoria en su conjunto ni toma decisiones que supongan administrar justicia.*

Ha de tenerse presente, a más de lo explicado, que el artículo 84 de la Ley 600 de 2000 prevé que para la práctica de diligencias la Corte Suprema de Justicia podrá comisionar a “…*cualquier autoridad judicial o a sus* ***magistrados auxiliares***”, se enfatiza.

**4.** Con fundamento en tales premisas es dable concluir que resulta infundada la recusación que promueve la representación judicial de ÁLVARO ALFONSO GARCÍA ROMERO, por cuanto el actual Magistrado Titular de la Sala de Casacion Penal de la Corte Suprema de Justicia Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, cierto es que otrora fungió en calidad de Magistrado Auxiliar de esta Sala y, en tal virtud, fue **comisionado** para recibir algunas pruebas de índole testimonial en el curso de la fase instructiva del proceso penal adelantado contra aquel por esta Corte dada su calidad de aforado, como bien se aprecia en el texto de las copias de las deposiciones rendidas por Julián Crisóstomo Caballero Bernal, Rodolfo Bautista Palomino López y Sergio Tovar Pulido que allega la parte actora.

Empero, no lo hizo dotado de jurisdicción en tanto carecía de funciones para administrar justicia, limitándose a cumplir las tareas asignadas como Magistrado Auxiliar de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y dentro del marco legal y reglamentario vigente, en el marco de las directrices de la comisión conferida.

Por consiguiente, en el entendido que la causal de separación del conocimiento que invoca el recusante se presenta cuando el funcionario judicial interviene previamente en el asunto por razón de sus funciones, esto es, con ocasión de la jurisdicción que le asigna la ley, y en ese ejercicio compromete su ecuanimidad y objetividad, nada de lo cual se advierte hubiere acontecido en el caso examinado, como obvia conclusión se impone declarar infundada la recusación que para separar del conocimiento se promueve contra el Magistrado Titular Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**,

**RESUELVE**

**DECLARAR** infundada la recusación al H. Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa para conocer de la acción de revisión promovida por el condenado ÁLVARO ALFONSO GARCÍA ROMERO.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria

1. Ver CSJ SP, 7 may.2002, rad. 19328. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ibídem. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 3 ago. 2013, rad. 41369. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. «*7 Sentencia del 7 de mayo de 2002, rad. 19300.*» [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ SP, 6 jun. 2007, rad. 27385. [↑](#footnote-ref-6)
7. En el “*Manual de Funciones para los cargos adscritos a las dependencias de la Corte Suprema de Justicia*” se prevé, además, que el Magistrado Auxiliar desempeñará las demás funciones inherentes al cargo, relacionadas con el trabajo del Despacho que dispongan el Magistrado Titular y las disposiciones vigentes. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ SP, 10 sep. 2013, rad. 41103. [↑](#footnote-ref-8)