

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

STP5295-2020

Radicación No. 111291

Acta No. 144

Bogotá, D.C., julio catorce (14) de dos mil veinte (2020).

VISTOS

La Sala se pronuncia sobre el impedimento manifestado por los Magistrados LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ y DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, para conocer en primera instancia la acción de tutela formulada por la ciudadana SANDRA CAROLINA FAJARDO LÓPEZ contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

ANTECEDENTES

Para lo que compete resolver en el presente asunto, la Sala destaca lo siguiente:

i. SANDRA CAROLINA FAJARDO LÓPEZ promovió acción de tutela contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, debido proceso, “derechos sociales de los trabajadores” e interés superior de los menores de edad, por cuanto se ha

visto afectada con ocasión de los descuentos en nómina que le han sido aplicados, en virtud de la expedición del Decreto 568 del 15 de abril de 2020, a través del cual el Gobierno Nacional creó el impuesto solidario por COVID-19, aplicable a “los servidores públicos en los términos del artículo 123 de la [Constitución Política](#) y las personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pública, de salarios y honorarios mensuales periódicos de diez millones de pesos (\$10.000.000) o más, de la rama ejecutiva de los niveles nacionales, departamental, municipal y distrital en el sector central y descentralizado; de las ramas legislativa y judicial; de los órganos autónomos e independientes, de la Registraduría nacional del estado Civil, del Consejo Nacional Electoral, y de los organismos de control y de las Asambleas y Concejos Municipales y Distritales”.

ii. La actuación fue repartida en primera instancia al Despacho del Magistrado LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, para su correspondiente trámite.

iii. Mediante auto del 16 de mayo de 2020, el precitado funcionario judicial, junto con los Magistrados JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ y DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA, integrantes de la misma sala de decisión, se declararon impedidos para conocer del asunto, por considerarse inmersos en la causal 1ª del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 20041. Lo anterior, argumentando que “en nuestras calidades de Magistrados de la Sala Penal de este Tribunal Superior, también será aplicable el gravamen o tributo, mal denominado ‘solidario’, y que impide que se pueda efectuar algún tipo de contradicción inmediata referente a su aplicación; Pues es indiscutible que las medidas adoptadas en el marco de la emergencia quedan a la entera discrecionalidad del Presidente; ahora ello ha de efectuarse sin perjuicio de las limitaciones sustanciales contenidas en la [Constitución Política](#), la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y los tratados

internacionales ratificados por Colombia. Y pese a que, tanto el decreto legislativo de declaratoria, como los decretos legislativos de desarrollo, son objeto de control automático de constitucionalidad, ello aún no ha operado, por lo que ciertamente se comparten las apreciaciones de la actora Sra. SANDRA CAROLINA FAJARDO LÓPEZ”.

iv. Con proveído del 28 de mayo de 2020, la Presidencia de esa Corporación dispuso el sorteo de conueces para la reconfirmación de la Sala.

v. A través de providencia del 3 de junio de 2020, la Sala mayoritaria de conueces, no aceptó el impedimento manifestado. En ese sentido, afirmó que no existe nexo causal entre los argumentos esgrimidos por los funcionarios y el presente trámite constitucional, “porque si ello fuera así, entonces los Magistrados de esta Corporación no podríamos conocer de las acciones de tutela contra los cobros de las empresas de servicios públicos domiciliarios, pues todos sufragamos tales conceptos, tampoco de las acciones de amparo contra Colpensiones para quienes nos encontramos afiliados a ese fondo”. A lo anterior agregó que “tampoco se acreditó que los magistrados en mención hubieran instaurado acción de tutela o demanda contencioso administrativa contra la Fiscalía General de la Nación, bajo las mismas pretensiones, asunto que hubiera llevado a otra conclusión”. Por consiguiente, dispuso el envío de las diligencias a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para lo de su competencia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 58 A de la Ley 906 de 20042, aplicable por remisión del inciso 1º del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, esta Sala es competente para pronunciarse sobre el presente asunto.

El impedimento, como institución procesal, tiene como objetivo primordial garantizar la

imparcialidad del funcionario judicial al momento de adoptar decisiones, tarea en cuyo desarrollo debe ser ajeno a cualquier interés que afecte su independencia e imparcialidad, cualidades indispensables para que la determinación pueda ser calificada como justa.

Ha sido el criterio de esta Sala que, «cuando se invoca una causal de impedimento, es menester que el funcionario judicial, además de señalar con precisión en cuál de ellas apoya su solicitud, exprese con claridad las razones que lo llevan a solicitar su separación del proceso, con indicación de su alcance y contenido, ya que una motivación insuficiente puede llevar al rechazo de la declaración». (CSJ AP, 24 de febrero de 2010, Rad. 33641).

La causal elegida por los Magistrados LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ y DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, es la consagrada en el numeral 1° del artículo 56 del Estatuto Procesal Penal, según la cual se configura cuando «el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal». (Se resalta).

Sobre su materialización, esta Corporación en auto CSJ AP 9 ago. 2005, Rad. 23903 y decisiones allí citadas, señaló que:

«El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella 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 conocimiento del proceso.

Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de

aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes (...)». (Destacados fuera de texto).

Así mismo, mediante auto 282 de 2012 la Corte Constitucional reiteró que para su estructuración debía acreditarse un interés actual y directo:

«La doctrina procesal ha reconocido que la procedencia de un impedimento o recusación por la existencia de un interés en la decisión, requiere la comprobación previa de dos (2) requisitos esenciales, a saber: el interés debe ser actual y directo.

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez». (Se resalta).

En el presente asunto, los magistrados LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ y DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla manifestaron que su interés reside en el hecho de haber sido cobijados por el mismo impuesto solidario al que se refiere la parte actora en su demanda, lo que a su juicio los ubica en una situación similar a la debatida, al punto de compartir sus apreciaciones sobre el gravamen y nublar su imparcialidad, generándoles un interés en el proceso.

Al respecto, observa la Corte que tal motivación en sustento de la causal de impedimento

invocada no resulta suficiente para concluir que al asumir el conocimiento y proferir el respectivo fallo de tutela, se desconozca la imparcialidad, integridad y objetividad que deben guiar a los funcionarios judiciales.

En primer lugar, no se evidencia que la determinación que deba adoptarse en el trámite constitucional pueda beneficiar directamente a los prenombrados o a «su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil», pues, se insiste, los efectos del fallo cobijarían exclusivamente a los extremos procesales dentro de la tutela y, por tanto, no podrían verse favorecidos o perjudicados con el mismo.

Por otro lado, quienes se declararon impedidos tampoco refirieron elementos de juicio que permitan suponer que se encuentran en idéntica situación fáctica y económica a la que exhibe la accionante, o que obtendrán determinado provecho, utilidad o un beneficio actual e inmediato para sí con la decisión; por el contrario, cualquier determinación que merezca la tutela promovida por la ciudadana SANDRA CAROLINA FAJARDO LÓPEZ no tendría la entidad suficiente para trascender a su esfera individual y favorecerlos, pues es innegable que en cada caso el juez deberá valorar las circunstancias particulares que lo rodearon y con fundamento en ellas adoptar su determinación.

Bajo ese hilo conductor, no sobra destacar que recientemente, a través de auto 155A del 5 de mayo de 2020, la Sala de Conjuces de la Corte Constitucional, al resolver los impedimentos manifestados por todos y cada uno de los integrantes de esa Corporación para intervenir y decidir dentro del proceso de control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 568 del 15 de abril de 2020, negó tal manifestación, precisando que:

“La razón esgrimida por los magistrados para declararse impedidos, la de ser sujetos pasivos del impuesto establecido en dicho decreto legislativo, no es una razón suficiente para no asumir el ejercicio de la jurisdicción. En este caso, el impuesto que establece el

decreto 568 del 15 de abril de 2020 es de carácter general, aplicable a todos los servidores públicos que tengan ingresos iguales o superiores a diez millones de pesos, y no un impuesto específico dirigido exclusivamente a los magistrados o a los servidores públicos de la rama judicial. Frente a un impuesto cuyos sujetos pasivos son diversos, el interés en la decisión es meramente indirecto y no de una entidad tal que comprometa la imparcialidad de los magistrados titulares. Precisamente porque no se trata de un impuesto dirigido específicamente a ellos, este caso es distinto a otros en los que una sala de conueces ha admitido los impedimentos de los magistrados para ejercer el control de constitucionalidad frente a otras normas tributarias³.

En el caso de que esta sala de conueces admitiera la actual solicitud de impedimentos, establecería un precedente inaceptable e inconveniente. Si el simple hecho de ser sujeto pasivo de una carga tributaria trajera como consecuencia inexorable el tener que apartarse del ejercicio de la función judicial, entonces los magistrados y magistradas del alto tribunal tendrían que declararse impedidos frente a cualquier disposición que establezca una carga tributaria que les obligue. Por ejemplo, los magistrados y magistradas no podrían decidir sobre la constitucionalidad de una norma relacionada con el impuesto de renta pues, como muchos otros ciudadanos, serían sujetos pasivos de tal impuesto. Esta conclusión llevaría al error de apartar a los magistrados del control de constitucionalidad de diferentes disposiciones, sin que haya un compromiso claro y significativo de la imparcialidad. Más aún, y para seguir con el ejemplo propuesto, entre esos otros muchos ciudadanos que podrían ser sujetos pasivos del mencionado impuesto estarían los conueces, hipótesis que desvirtuaría la pertinencia y hasta la lógica misma del argumento en que se funda el denominador común de los impedimentos evaluados”.

Así las cosas, acreditado entonces que la exteriorización del impedimento correspondió al planteamiento de una hipótesis incierta y no demostrada, concluye esta Sala que tal postulación no tiene la capacidad de viciar el discernimiento e imparcialidad de los juzgadores.

Corolario de lo anterior, la manifestación de impedimento formulada se observa infundada, por lo que las diligencias serán remitidas a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, despacho del Magistrado LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, a quien se asignó en principio la tutela, para que asuma su conocimiento y profiera el respectivo fallo que en derecho corresponda.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS NO. 2,

RESUELVE

1. DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por los Magistrados LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ y DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
2. DEVOLVER de inmediato el expediente al Tribunal de origen, despacho del Magistrado LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, para lo de su cargo.
3. Contra esta determinación no procede recurso alguno.

CÚMPLASE

HUGO QUINTERO BERNATE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

11. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.

2 Artículo 58A. Impedimento de Magistrado. Del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la sala respectiva, quienes se pronunciarán en un término improrrogable de tres días. Aceptado el impedimento del magistrado, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuéz. Si no se aceptare el impedimento, tratándose de Magistrado de Tribunal Superior, la actuación pasará a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.

3 Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. Auto 588 A de 2018.