

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP7024 - 2020

Tutela de 2ª instancia No. 1263/111183

Acta n° 148

Bogotá D. C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala la impugnación interpuesta por ÓSCAR IVÁN HERNÁNDEZ BERMÚDEZ contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 2 de junio de 2020, que negó por improcedente el amparo invocado contra el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, libertad, vida y salud.

A la presente actuación se vinculó de oficio al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga y a las demás partes e intervinientes del proceso penal de radicado 2011-00661.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De los términos de la demanda de tutela, se destacan como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

1. En contra del accionante se adelanta actualmente el proceso penal No. 68081 00661 135 2011 00661 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja, del cual es titular la juez Duperly Isolina Riaño Acelas, por los delitos de homicidio agravado y lesiones personales.

2. Del 1° de octubre de 2010 al 11 de marzo de 2012, el juez titular del despacho judicial era Orlando Gómez Avellaneda, quien en la actualidad funge como Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, esposo de la citada funcionaria judicial.

3. Advirtió que dentro de la actuación penal reseñada se han cometido múltiples irregularidades que desconocen el debido proceso y las demás garantías procesales, por esta razón, ha interpuesto recusaciones, impedimentos, acciones de tutela, querellas y quejas disciplinarias.

4. Sustentado en este marco fáctico, el accionante en tutela pretende el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, libertad, vida y salud, transgredidos, en su criterio, por las irregularidades que se presentan al interior del proceso penal que se adelanta en su contra.

Considera que la Juez Duperly Isolina Riaño Acelas, quien adelanta la causa, se encuentra

impedida para conocer de ella por la relación sentimental que sostiene con Orlando Gómez Avellaneda, conforme lo prevé el numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

5. En consecuencia, procura la prosperidad del amparo constitucional, con la pretensión sustancial que se decrete la nulidad de las actuaciones desarrolladas ante la funcionaria judicial y, por consiguiente, se asigne un nuevo juzgado para seguir la fase de conocimiento.

#### TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído del 15 de mayo de 2020, un magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ordenó la remisión del expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por considerar que la vulneración de los derechos que se ponía de presente derivaba de actuaciones atribuibles al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja.

Por auto del 19 de mayo de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga admitió la demanda, solicitó al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja notificar a las demás partes e intervinientes del proceso penal 68081-00661-135-2011.00661 y corrió el traslado respectivo a las autoridades demandadas.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja informó que allí se adelanta proceso penal No. 68081-6000-135-2011-00661 contra ÓSCAR IVÁN HERNÁNDEZ BERMÚDEZ por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo en grado de tentativa. El 8 de octubre de 2013 se realizó la audiencia de formulación de acusación. Actualmente, se está desarrollando la audiencia de juicio oral, la cual, a pesar de ser instalada el 28 de febrero de 2014, no ha finalizado, debido a recusaciones, nulidades, impedimentos y denuncias impetradas por el procesado.

Advirtió que el argumento que sustenta la presente acción es el mismo que se utilizó para fundamentar la recusación elevada el 14 de mayo de 2020, la cual fue declarada infundada y enviada al superior funcional en los términos de ley.

El Juez Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga admitió que desde el 1° de octubre de 2010 hasta el 11 de marzo de 2012 se desempeñó como titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja, época para la cual, mediante providencia del 4 de mayo de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga decretó la nulidad de lo actuado, por tanto, no conoció de la etapa del juicio que se adelantó con posterioridad.

Precisó que el 14 de mayo de 2020, el procesado recusó a la titular del despacho judicial de Barrancabermeja con el mismo discurso argumentativo aquí planteado, postulación que se encuentra en estudio por el tribunal en cita al ser denegada por la recusada, razón por la que este amparo resulta improcedente por no cumplirse la exigencia de subsidiariedad que se demanda en este tipo de trámites.

El Consejo Seccional de la Judicatura de Santander sostuvo la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no se le atribuye acción u omisión alguna que derive en la transgresión de los derechos fundamentales invocados, motivo por el que solicitó su desvinculación.

La Fiscalía Sexta Seccional de Barrancabermeja apuntó que la audiencia de juicio oral no ha finalizado, por cuanto el aquí accionante, el 14 de mayo de 2020, recusó a la juez de conocimiento, por ser la esposa del funcionario judicial que presidió ese despacho judicial del 2010 al 2012, sin embargo, tal pedimento fue denegado y enviado al superior funcional como ordena la norma procesal. Advirtió que el proceso penal se encuentra próximo a prescribir y que la formulación de imputación se llevó a cabo el 31 de julio de 2011.

Los demás vinculados guardaron silencio.

Por auto del 2 de junio de 2020, se aceptó el impedimento expuesto por el magistrado Juan Carlos Diettes Luna para conocer de esta acción, con sujeción al numeral 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

## EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en decisión adoptada el 2 de junio de 2020, negó por improcedente el amparo constitucional.

Señaló que el mecanismo de protección no cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que (i) la recusación planteada desde el 14 de mayo de 2020 se encuentra aún en trámite ante el superior funcional de la juzgadora que la denegó por infundada, (ii) no se demostró irregularidad alguna en el trámite dado a la misma o algún vicio en la providencia que la decidió y, (iii) la pretensión de nulidad y asignación de otro juzgado no ha sido planteada ante el juez natural.

## LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con esta determinación, el accionante la impugnó, con la finalidad que sea nulitada o revocada y, en su lugar, se concedan las pretensiones formuladas en la demanda.

Respecto del pedimento de nulidad, lo fundamentó en la falta de competencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga para conocer de la acción, por cuanto al ser accionada directa, no tenía aptitud legal para conocer este trámite en primera instancia.

En lo que concierne a la revocatoria del fallo de primer grado, insistió en la existencia de irregularidades al interior del proceso penal seguido en su contra, sin puntualizarlas, empero, persiste que la juzgadora se encuentra impedida, por ser la cónyuge de un

funcionario judicial que fungió como titular del mismo despacho judicial en pretérita oportunidad, lo cual, no garantiza la independencia e imparcialidad al momento de dictarse el fallo correspondiente.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### Competencia

De conformidad con lo normado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver la impugnación contra el fallo de primera instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

### Problema jurídico

Consiste en establecer, (i) si el trámite de tutela se encuentra viciado de nulidad por carecer el tribunal a quo de competencia para resolver esta acción en primera instancia y, (ii) si frente al presunto desconocimiento de la garantía de imparcialidad del juzgador, se cumple la exigencia de subsidiariedad y, por tanto, debe revocarse el fallo de tutela de primer grado para concederse el amparo constitucional invocado.

### Análisis del caso concreto

#### De la nulidad por falta de competencia

Según el impugnante, la ineficacia procesal del presente trámite constitucional se presenta porque la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga carecía de competencia para conocer de este asunto en primera instancia, por cuanto la acción de tutela fue dirigida también en su contra.

En torno al punto, lo primero que debe decirse es que la competencia para conocer de una acción de tutela se define por el rango que ostenta la autoridad que ha vulnerado o puesto peligro el derecho fundamental que se invoca, y no necesariamente, como lo entiende el accionante, por la jerarquía de la autoridad contra la cual se dirige la acción.

Si el demandante no le atribuye a la parte contra la cual dirige la acción, una actuación positiva o negativa concreta, transgresora de derechos fundamentales, que soporte racionalmente su vinculación al trámite, ni del examen de la actuación se establece que directa o indirectamente haya contribuido a su vulneración, su integración al contradictorio no procede, por carecer de fundamento.

En el caso estudiado, el demandante incluyó dentro de las autoridades accionadas a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, sin atribuirle de manera específica ninguna acción u omisión que amenace o vulnere sus derechos fundamentales, ni explicar por qué debe vincularse a la actuación constitucional.

El examen de la situación fáctico procesal expuesta por la accionante y el estudio de sus pretensiones, tampoco ofrecen elementos de juicio que soporten su vinculación, pues, como lo sostuvo la Sala de Casación Civil de esta Corte en el auto del 15 de mayo de 2020, ninguna trasgresión o amenaza a los derechos fundamentales le es imputada.

Lo que se establece de estos elementos de juicio, es que los cuestionamientos se dirigen contra actuaciones del Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja, por las posturas asumidas por su titular, particularmente por continuar actuando dentro del proceso seguido en su contra, no obstante encontrarse impedida para hacerlo.

Siendo así, el competente para conocer de esta acción en primer grado es la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por ser el superior funcional de la autoridad jurisdiccional demandada, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 1°

del Decreto 1983 de 2017, que modificó el 2.2.3.1.2.1. del 1069 de 2015.

Se niega, por tanto, la nulidad planteada.

De la improcedencia del amparo

La acción de tutela es un mecanismo judicial creado por el artículo 86 de la Constitución Nacional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad, o los particulares en los casos allí establecidos.

Cuando esta acción se dirige contra decisiones o actuaciones judiciales, su procedencia está supeditada a cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, que se cumpla el presupuesto de subsidiariedad y se demuestre que se incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, por error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05 y T-332/06).

Las notas de subsidiariedad o residualidad implican que quien acude a ella debe haber agotado los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional, y que solo sea posible utilizarla, por vía excepcional, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia ha sostenido que esta limitante se estructura cuando, (i) existe un proceso judicial en curso, (ii) los medios de defensa judicial que el procedimiento ofrece al accionante no se han agotado, y (iii) la acción es utilizada para sustituir al funcionario judicial en la función jurisdiccional que le es propia, o para revivir etapas procesales donde no se utilizaron los mecanismos de impugnación disponibles (C.C.S.T-103/2014).

En el caso analizado, el accionante denuncia el desconocimiento de la garantía de



imparcialidad por parte de la juez que conoce del proceso penal que se adelanta en su contra, porque se empeña en seguir conociendo del asunto no obstante hallarse impedida para hacerlo, conforme a la causal prevista en el artículo 56.6 de la Ley 906 de 2004.

La pretensión de que esta controversia se defina a través de la acción constitucional de tutela, resulta claramente improcedente, porque la normatividad procesal penal establece mecanismos expeditos para su definición,<sup>1</sup> siendo, en consecuencia, al interior del respectivo proceso que corresponde activarlos.

Es más, de la información recaudada se establece que días después de haberse promovido esta acción, el demandante recusó a la Juez por los motivos ya indicados, y que el incidente fue debidamente tramitado, puesto que la juez se pronunció sobre ella, no aceptándola, por considerar que no se reunían los presupuestos de la causal, razón por la cual el proceso se remitió al tribunal, donde, al parecer, se presentó un pronunciamiento de abstención, cuyos motivos se desconocen.

Necesario es recordar que la acción de tutela no es una instancia adicional de los procedimientos ordinarios, que pueda ser utilizada de manera paralela o alternativa para sustituirlos, o para controvertir decisiones o actuaciones que no se comparten, sino una vía excepcional de protección, cuando no se tienen alternativas de defensa.

También es importante precisar que la prosperidad de una causal de recusación no determina la nulidad de la actuación cumplida, sino la separación del funcionario del conocimiento del asunto, y que es al interior del proceso respectivo, donde debe plantearse su existencia.

Se confirmará, por tanto, el fallo impugnado.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 2, administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Instituto de los impedimentos y las recusaciones.