

Magistrado Ponente

AP4363-2021

Radicación n° 57366

Acta No. 248

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Decide la Sala sobre la recusación promovida por el Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub en contra del Magistrado Fabio Ospitia Garzón.

ANTECEDENTES

1. Contra el Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub la Sala Especial de Juzgamiento profirió sentencia en primera instancia el 18 de diciembre de 2019, declarándolo penalmente responsable del delito de concusión y le impuso la pena principal de 78 meses de prisión, multa equivalente a 58 S.M.L.M. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 65 meses.
2. Tal proveído fue recurrido en apelación y en forma concomitante se solicitó nulidad. Rechazada por improcedente ésta solicitud, el asunto fue remitido ante la Corte para desatar la alzada, siendo asignado por reparto al Magistrado Fabio Ospitia Garzón.
3. A través de auto proferido el 2 de julio del año en curso, previo sorteo de Conjueces, hubo la Sala de declarar infundada la recusación presentada por el Doctor Pretelt Chaljub en

contra del Magistrado Fabio Ospitia Garzón, al tiempo que se pronunció favorablemente sobre el impedimento expresado por los Magistrados José Francisco Acuña Vizcaya, Eugenio Fernández Carlier, Eyder Patiño Cabrera, Luis Antonio Hernández Barbosa, Patricia Salazar Cuéllar y Hugo Quintero Bernate para intervenir dentro del presente proceso, siendo consecuentemente separados de su conocimiento.

Previamente y como quiera que contra el Conjuez Eulises Torres también promoviera recusación el Doctor Pretelt Chaljub, por auto del 28 de junio la misma se declaró infundada.

4. Como el Doctor Pretelt Chaljub, a través de apoderado, incoara acción de tutela en contra de la referida decisión calendada el 2 de julio (Radicación 11001020300020210265700), por medio de fallo del 12 de agosto hogaño, la Sala de Casación Civil negó el amparo reclamado.

5. En estas condiciones y regresado el proceso a Despacho del Ponente, el Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub ha promovido nueva recusación en contra del Magistrado Fabio Ospitia Garzón.

5.1. Con dicho propósito, invoca el recusante la fuente constitucional de la imparcialidad judicial y el valor que en procura de su preservación ostentan los impedimentos y las recusaciones, así como el alcance que se le ha dado por Tribunales supranacionales, consolidándose en la Teoría de la apariencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), bajo cuya construcción dice solventar esta nueva remoción que promueve en contra del Magistrado Ponente.

Recuerda que el 27 de abril de 2020 fue designado como magistrado auxiliar del Magistrado Hugo Quintero Bernate, a Paulo César Ospitia Rozo, sobrino del ponente Ospitia Garzón. A su vez, que al Doctor Quintero Bernate le fue aceptado impedimento como quiera que actuó dentro de este asunto como apoderado de la parte civil -Rama Judicial- y solicitó que se le

declarara culpable por el delito de concusión.

“Es claro entonces que en el presente caso se genera un temor legítimo y justificado respecto a la falta de imparcialidad y objetividad del magistrado FABIO OSPITIA GARZÓN, pues tiene un interés claro en el desarrollo del proceso por cuanto su sobrino PAULO CESAR OSPITIA ROZO se desempeña como magistrado auxiliar del despacho del magistrado QUINTERO BERNATE quien fungió como representante de víctimas en este asunto solicitó mi condena, por lo que las actuaciones de mi ponente implican que claramente fallará sin imparcialidad y objetividad, tal como lo exige la ley y la jurisprudencia nacional e internacional”.

Solicita, así, se acepte la recusación en este caso promovida en contra del Magistrado Ospitia Garzón, con fundamento la causal 1° del Art.99 de la Ley 600 de 2000.

El Doctor Pretelt Chaljub ha presentado un nuevo escrito recusando al Ponente Ospitia Garzón, reiterando como fundamento de la misma la intervención que su hermano Orlando Ospitia Garzón habría tenido durante la fase de instrucción de este asunto, según las acreditaciones que dice acompaña y expedidas por la Fiscalía General de la Nación, pues evidencian que intervino en Comités en los cuales se valoró el caso Fidupetrol, que es el mismo por el cual se le ha investigado en el presente. De lo anterior se colige que como investigador propugnaba porque se acusara a los procesados, mismo que ahora se presenta en relación con su situación.

Así las cosas, para el Doctor Pretelt Chaljub se configuran todos los presupuestos fácticos y jurídicos de la causal 1° del Art. 99 de la Ley 600 de 2000, razón por la que solicita se declare probada y aceptada.

6. Rechazó el Magistrado Ospitia Garzón esta nueva recusación aducida en su contra, toda vez que si bien la jurisprudencia ha reconocido que la causal 1° del Art. 99 es subjetiva y no personal, es necesario allegar elementos objetivos con los cuales se constate su incidencia y

el nivel de afectación o interés del funcionario en las resultas del proceso. Máxime cuando:

“...ningún elemento de juicio aporta para sustentar que, con ocasión del concurso de ese hecho, mi sobrino tiene un interés específico actual en este asunto, que estructure la causal. Sus afirmaciones a este respecto parten de un sentir personal, que asocia al vínculo laboral que mi sobrino mantiene con el doctor HUGO QUINTERO BERANTE, sin suministrar dato adicional alguno que sustente sus genéricas aseveraciones. 3. De cualquier forma, considero pertinente precisar que ningún interés distinto al de administrar justicia y cumplir con mis obligaciones constitucionales y legales, me anima en el caso del doctor PRETELT CHALJUB, de eso puede tener absoluta seguridad.

Que mi sobrino sea actualmente subalterno del doctor HUGO QUINTERO BERNATE, tampoco genera en mí ningún tipo de subjetividad que pueda entorpecer o amenazar la imparcialidad con la que debo ejercer mis labores judiciales. De ahí que mi deber en esta oportunidad sea también rechazar la recusación.”.

Finalmente, respecto de la pretendida intervención de su hermano Orlando Ospitia Garzón en este asunto, señaló el Magistrado que ya la Corte se pronunció cuando se adujo ese hecho como motivo de recusación en oportunidad pasada.

Dando alcance al nuevo escrito de recusación, en donde el Doctor Pretelt Chaljub insiste, de nuevo, en que por la intervención de su hermano en la Fiscalía, estaría impedido, el Ponente señala que se trata de un aspecto sobre el cual ya se pronunció en sendas oportunidades y lo hizo la Sala en auto del 2 de julio pasado, en forma tal que por tratarse de un tema ya planteado, debatido y resuelto, ninguna consideración adicional amerita.

CONSIDERACIONES

1. Integrada desde la víspera la Sala en orden pronunciarse sobre las diferentes expresiones de inhibición y de recusación manifestadas por el Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

dentro de la presente actuación, es competente para dilucidar la novedosa causal de abstención en esta oportunidad aducida en contra del Magistrado Ponente Fabio Ospitia Garzón, acorde con lo normado por los artículos 99 y s.s. de la Ley 600 de 2000.

2. Orientado a procurar que se preserve la independencia e imparcialidad en la administración de justicia, ha previsto la Ley causales cuya concurrencia determinan condiciones inhabilitantes para el conocimiento de un asunto por parte del servidor judicial, relacionadas generalmente con circunstancias jurídicas del sujeto derivadas de afecto, interés, animadversión, amor propio, etc., capaces de afectar de parcialidad su desempeño o de hacer pensar que eventualmente puede llegar a verse afectado.

Se trata, por ende, de precaver todo contexto personal incidente que pueda inclinar o determinar anticipadamente el ánimo del funcionario hacia la solución de una controversia jurídica, en forma tal que bien sea porque directamente así lo exprese a iniciativa propia, o porque deba pronunciarse cuando quiera que es instado por alguno de los sujetos procesales a hacerlo; hipótesis autónomas que si bien tienen por fuente común las mismas causales, conservan su particular denominación dependiendo del destacado origen o fuente que las promueve entre impedimentos y recusaciones.

En orden a procurar una mejor técnica en su regulación, en materia procesal ha predominado el sistema *numerus clausus*, de acuerdo con el cual en forma estricta la Ley señala aquellos supuestos constitutivos de la inhabilitación, esto es, que se recogen los motivos concretos a ser invocados, en lugar de aquellos sistemas que han preferido adoptar la modalidad *numerus apertus*, que propugnan porque sea la autoridad a quien compete pronunciarse la que determine el sentido y alcance de las razones de inhibición.

Dentro de la primera especie, es que se han circunscrito históricamente los estatutos procesales entre nuestro país, por ende, cualquier motivo impeditivo debe tener sustento en las causales taxativamente previstas, lo cual conlleva a que no se puedan aducir

circunstancias analógicas, o propugnar por arbitrarias interpretaciones subjetivas sobre aquellas concretamente señaladas. Con dicha finalidad, el ordenamiento procesal ha establecido hipótesis de carácter objetivo y subjetivo, mismas que conducen al mismo efecto cuando quiera que se reconoce su concurrencia, esto es, a que el funcionario judicial deba apartarse del conocimiento de un caso.

3. Insertados como fue advertido en la metodología propia de fijar taxativas y precisas circunstancias excepcionales conducentes a que un juez no deba conocer de asunto que le ha sido discernido, el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, previó en el Título II, Capítulo VIII, como causal de impedimento:

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

4. Fijando el sentido hermenéutico de esta causal, la Corte ha tenido ocasión de precisar:

“Sobre el alcance de la expresión «interés en la actuación procesal», la Sala puntualizó en auto CSJ AP, 17 jun. 1998, radicado 14104, y lo reiteró posteriormente en decisiones de 21 de enero de 2003, Rad. 15100, 24 de enero de 2007, Rad. 23.542, y 27 de abril de 2016, Rad. 47849, CSJ AP 2518-2016, que se trata de:

(...) 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 proceso. (Subrayas fuera del texto).

Propensión que «debe provenir de una expectativa concreta, cierta y actual, no de

situaciones indefinidas, dudosas o ya superadas»¹, es decir, que supere «el escenario de lo difuso e hipotético»² para demostrar que los principios de imparcialidad y objetividad pueden estar en entredicho” (AP426-56986/2020).

No obstante, como bien lo advierte el funcionario que rechaza la inhibición, si bien es cierto que la referida causal es de naturaleza subjetiva, resulta absolutamente imperativo que el actor aduzca datos o circunstancias objetivas que posibiliten acreditar o inferir el interés predicado y en este caso las mismas brillan por su evidente ausencia.

El motivo que se aduce como configurador de impedimento, no es explícito en la causa que se supone lo constituye, deja simplemente latente la existencia de la relación de consanguinidad habida entre el Magistrado Ospitia Garzón y su sobrino y el hecho de que sea auxiliar del también Magistrado Quintero Bernate, para a su vez hacer notar que este último fue separado del conocimiento del presente caso por haber representado los intereses de la Rama Judicial cuando era litigante, sin desde luego explicar o concretar la razón por la cual ese nexo atentaría contra la imparcialidad y objetividad del funcionario.

6. Para eludir este imperativo, aduce, como en otras oportunidades lo ha hecho, la Teoría de la apariencia de imparcialidad, asumiendo que la misma le posibilita suplir la constatación de elementos objetivos orientados a avalar el fundamento para predicar justamente la existencia de circunstancias que den lugar a la sostenida parcialidad.

Sobre este particular, necesario es recordar que el 29 de abril de 2003, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 2003/43, a través de la cual se tomó nota de los “Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial”, los cuales señalan a partir del Art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal, en forma tal que

para cumplir con rigor estos teleológicos cometidos, los Estados miembros deben garantizar los valores de independencia, imparcialidad, integridad, corrección, equidad, competencia y diligencia.

Esencialmente a partir de la adopción de tales principios, como lo advierte el recusante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tomando como referente la teoría de la apariencia de imparcialidad, ha desarrollado con especial énfasis la doctrina de acuerdo con la cual dicha imparcialidad no solamente debe valorarse desde una perspectiva subjetiva y personal, sino también objetiva, a través de las garantías que descarten cualquier duda acerca de la existencia de algún margen de parcialidad. Así, se ha destacado en ese orden de comprensión, que debe mediar confianza para la ciudadanía en sus tribunales, en forma tal que un diagnóstico sólo es adverso si en cada caso el grado de desconfianza se mantiene para un observador razonable.

La enunciación de este plexo de principios ecuménicos, no puede ser entendida, sin embargo, asumiendo que a través de la novedosa doctrina le es dable a cualquier sujeto sometido al escrutinio jurisdiccional del Estado, predicar sin parámetros objetivos de referencia, que los mismos se han conculcado cuando quiera que predomina y es constatable la existencia de una imparcialidad real, misma que se preserva cuando quiera que están activados todos los mecanismos democráticos que le han permitido a la administración de justicia funcionar teniendo como referente los principios de independencia, imparcialidad y objetividad, por constituir justamente aquellos presupuestos sine qua non a través de los cuales cobra indiscutible vigencia el imperio de la ley como expresión de la voluntad general del Estado de Derecho.

En esta materia, no está puesto en controversia que la judicatura debe ser percibida como independiente e imparcial y que tal valoración debe atender dicha percepción, pero tales principios descansan en condiciones o garantías objetivas, mismas que en el caso concreto concurren a plenitud, siendo lo señalado razón suficiente para declarar infundada la

recusación promovida en contra del Magistrado Ospitia Garzón.

7. Por último, el Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub menciona nuevamente que al Magistrado Ospitia Garzón le correspondería revisar la actuación que su hermano Orlando Ospitia Garzón habría tenido en la instrucción de este proceso, referencia respecto de la cual ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala en el auto del 2 de julio 2021, razón por la cual se abstendrá de referirse en esta oportunidad, una vez más, sobre la misma.

Mutatis mutandi, por tratarse en esencia del mismo fundamento aducido con antelación, también en el nuevo escrito de recusación y en el aportado otra vez por el Doctor Pretelt Chaljub la víspera, la Sala no hará un nuevo pronunciamiento, advertido como lo ha sido que sobre el mismo ya se ocupó en el mencionado proveído del 2 de julio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

DECLARAR INFUNDADA la recusación presentada en contra del Magistrado Fabio Ospitia Garzón.

Contra esta decisión no proceden recursos.

CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

GUILLERMO ANGULO GONZÁLEZ

Conjuez

MANUEL CORREDOR PARDO

Conjuez

GERMÁN HUMBERTO RODRÍGUEZ CHACÓN

Conjuez

CARLOS ROBERTO SOLORZANO GARAVITO

Conjuez

ROSA ELENA SUÁREZ DÍAZ

Conjuez

EULISES TORRES

Conjuez

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 24 de julio de 2008,
radicación No. 30188.

2 CSJ AP 5319-2019, Rad. 56521