

Señores

H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

H. SALA DE CASACIÓN PENAL

República de Colombia

Despacho

Ref. Acción Constitucional de tutela de **FABIÁN ALBERTO MONTOYA CALDERÓN** contra el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA, QUINDÍO** y la **SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, QUINDÍO**.

Honorables Magistrados

FRANCISCO BERNATE OCHOA, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando como **APODERADO** del Doctor **FABIÁN ALBERTO MONTOYA CALDERÓN** conforme a poder que me fuera conferido y que se adjunta a la presente (Ver Anexo Uno), rogando me sea reconocida personería jurídica para actuar, con todo respeto a los H. Magistrados me dirijo a fin de manifestar que estoy interponiendo **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA**, que cuenta con las siguientes

I. PARTES

- Por la parte activa: **FABIÁN ALBERTO MONTOYA CALDERÓN**, persona mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 94.463.253 de Caicedonia, Valle del Cauca. Acusado dentro del proceso que bajo el radicado 630016000059201401146 se surte en el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA, QUINDÍO**.
- Apoderado de la parte activa. **FRANCISCO BERNATE OCHOA**, mayor de edad, abogado titulado e inscrito, identificado con la Cédula de ciudadanía número 79801561 de Bogotá DC, y la TP 106176 del HCS de la J.
- Por la parte pasiva. Son accionados el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARMENIA QUINDÍO, SALA DE DECISIÓN PENAL** y el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO**.

La presente acción de tutela se fundamenta en los siguientes

II. HECHOS

1. El Señor **FABIÁN ALBERTO MONTOYA CALDERÓN**, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación en dos oportunidades, dentro de los radicados 630016000059201401616 (el 20 de Marzo de 2018) y 6300160000592014011146 (el 2 de Febrero de 2016) como presunto autor de los delitos de fraude procesal, falsedad en documento privado y estafa agravada. Estos procesos fueron conexados, y en la actualidad se tramitan ante el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA, QUINDÍO**, Despacho que ha adelantado la fase del juicio, bajo el radicado 63001 6000059201401146.

Celebrada la acusación, en varias fechas se adelantó la audiencia preparatoria, en la que como defensor, solicité la exclusión de unas evidencias presentadas por la Fiscalía (historias clínicas obtenidas sin orden judicial), siendo negada esta petición del Juzgado que negó el recurso de apelación contra esta decisión, lo que obligó a la defensa a acudir al recurso de queja, que efectivamente fue concedido, y el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL** efectivamente dio la razón al recurrente.

2. Ya en desarrollo del Juicio, en el que de manera no coordinada con las partes se programan audiencias de días enteros en la última ocasión entre el 1o de Septiembre y el Viernes 10 de Septiembre, se están evacuando los testimonios de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, que en este caso está representada por el Doctor **CÉSAR AUGUSTO SÁNCHEZ LEYVA, FISCAL 21 SECCIONAL DE ARMENIA**. Fue en desarrollo de una de estas audiencias, en las que una de las personas asistentes advirtió a mi prohijado que la Señora **JUEZ TERCERA PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA QUINDÍO, ÁNGELA VIVIANA LÓPEZ BERMÚDEZ** sería hija del Abogado **CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ DURANGO**, quien fuera el defensor contractual de mi representado, **FABIÁN ALBERTO MONTOYA CALDERÓN** en este mismo proceso.

Se tiene que, en efecto, dentro de estas mismas diligencias, al inicio de las mismas, mi prohijado contrató como defensor al litigante **LÓPEZ DURANGO**, quien lo asistiere en varias diligencias entre ellas

la de interrogatorio, la diligencia de formulación de imputación celebrada el 26 de Noviembre de 2015, y finalmente renuncia a su condición en septiembre de 2016, cuando ya el proceso estaba en el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA**, donde continúa en la actualidad, asumiendo yo la representación del Doctor **MONTOYA** desde el 3 de Noviembre de 2016, cuando se formula la respectiva acusación.

3. Mi representado de manera directa, en ejercicio de su derecho a la defensa material terminadas las audiencias del 10 de Septiembre presenta un memorial el 14 de Septiembre de 2021, donde refiere que se ha enterado de esta situación, que la Juez sería la hija del Abogado que lo representó, en el mismo proceso, ante el mismo Juzgado, da cuenta que la relación no termina bien, e invita a la Señora Juez, sin afectar el curso de las audiencias, ni dilatar la actuación, ni hacer referencias en público a que se declare impedida en el entendido que es pariente en primer grado de consanguinidad de una de las que fuera partes dentro del proceso, y que en su concepto no hay una *apariencia de imparcialidad*.
4. El día 20 de Septiembre de 2021, (ver anexo) la **JUEZ TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA QUINDÍO** da respuesta al peticionario, mi representado indicando que no se declara impedida, reconociendo que el Abogado **LÓPEZ DURANGO** es en efecto el padre de la Señora Juez. Indica, que ella nunca ha trabajado con él, ni conoce qué asuntos tramita, al punto que no sabía que había defendido al Doctor **MONTOYA CALDERÓN** pues nunca existió entre hija y padre una relación laboral.

Subraya que se posesiona en este cargo el 01 de septiembre de 2020 cuando ya intervenía el suscrito como apoderado defensor del Doctor **MONTOYA CALDERÓN**. Sostiene que su padre, el Abogado **LÓPEZ DURANGO** no actúa en el proceso desde el mes de septiembre de 2016, y que si bien está probado que actuó en este mismo proceso y juzgado como defensor, no hay lugar a la declaratoria de impedimento. Por ello, resuelve (1) no acceder a la petición de declaratoria de impedimento y (2) remitir la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior para lo de su competencia.

5. Remitido el expediente, el 22 de Septiembre de 2021 el Tribunal resuelve la solicitud de declaratoria de impedimento. En Sala conformada por los Magistrados **HENRY NIÑO MÉNDEZ, JUAN CARLOS SOCHA MAZO** y **JOHN JAIRO CARDONA CASTAÑO** se declara infundada la causal de recusación interpuesta. En efecto, se señala que en efecto existe una relación padre-hija entre el anterior apoderado de mi prohijado y su actual juzgadora, pero, se reitera, ella nunca ha laborado con su padre, y desconoce los procesos a su cargo, ignorando que hubiera defendido a mi hoy representado. Reitera, que se posesionó en el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA** el 1o de Septiembre de 2020 y desde el 22 de Febrero de 2017 el defensor del Doctor **MONTOYA CALDERÓN** es el suscrito apoderado. Reitera, que desde septiembre de 2016 **LOPEZ DURANGO** no actúa en calidad de apoderado del Doctor **MONTOYA CALDERÓN** dentro del presente asunto, y que esto era ajeno al conocimiento de la Juez, por lo que entiende que no hay circunstancia alguna de impedimento, por lo que no accede a lo solicitado.
6. Lo que corresponde en un trámite de recusación o impedimento, conforme al artículo 57 del CPP, es que el funcionario recusado, o que se considera impedido, ha de remitir las diligencias, no al superior, sino al Juzgado que le sigue en turno para que resuelva el impedimento o la recusación. Si lo declara fundado, se queda con las diligencias y de lo contrario, lo remite al superior, pero no puede pasar el asunto de manera directa del Juzgado al superior, sin haber pasado por el Despacho que le sigue en turno. Tampoco puede el superior, sin haberse tramitado en debida manera el impedimento o la recusación, decidir el asunto.

Como puede apreciarse a simple vista, la transgresión al debido proceso en este caso es evidente, porque se desconoció por completo el trámite de un impedimento conforme a la legislación vigente, y a mi representado se le asignó un procedimiento *ad-hoc*, constituyendo ello una clara vulneración al debido proceso.

Lo anterior, conforme a los siguientes

III. ARGUMENTOS Y FORMA DE LA VIOLACIÓN

El derecho fundamental al debido proceso se encuentra contenido en el artículo 80 del Pacto de San José -que de hecho desarrolla de forma amplia el derecho a contar con un juez imparcial- y en el artículo 29 de nuestra Constitución que en su tenor literal señala:

ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (Énfasis suplido)

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Una de las garantías que se desprenden del derecho fundamental al debido proceso, es el respeto por las formas propias del juicio, y el cumplimiento de la normativa en materia procedimental, de manera que no pueden crearse procedimientos ad-hoc ni mucho menos desconocerse las normas de orden público.

Dentro del presente caso, interpuesta la recusación -titulada solicitud de impedimento por quien ejerce su derecho a la defensa material- la **JUEZ TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA QUINDÍO** resuelve no acoger los postulados planteados en la recusación, pero, en vez de seguir el trámite establecido para el efecto, como era, negar el impedimento, y remitirlo al Juzgado que sigue en turno, quien deberá

evaluar si lo acepta o no, decide enviarlo al Tribunal, creando un procedimiento diferente al establecido en la normativa. Pero no solamente la **JUEZ TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA QUINDÍO** desconoció en este caso el trámite de los impedimentos y recusaciones, sino que el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA SALA DE DECISIÓN PENAL**, igualmente procede a resolver la situación, cuando carecía de competencia para ello, pues el Juez Homólogo, que sigue en turno nunca se pronunció. El **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA SALA DE DECISIÓN PENAL** solamente estaba llamado a intervenir en esta controversia cuando el Juez Homólogo que siga en turno ha entendido que no hay lugar al impedimento, pero no tiene competencia para pronunciarse cuando ello no se ha dado.

En este sentido, se dio un trámite diferente al impedimento al establecido en el Código de Procedimiento Penal y se presentan los siguientes defectos procedimentales que constituyen una vía de hecho, que habilita la acción constitucional de tutela en este asunto.

- La **JUEZ TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA QUINDIO** desconoce la ritualidad procesal cuando niega la recusación y, en vez de remitirlo al Juez Homólogo que sigue en turno, lo remite al **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA SALA DE DECISIÓN PENAL**.
- El **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA SALA DE DECISIÓN PENAL**, que no tiene competencia para pronunciarse sobre la recusación, asume competencia y profiere el fallo donde reafirma la negativa a la prosperidad de la recusación planteada, dando además la orden de retornar el proceso al juzgado de origen.

El trámite establecido en la ley para los impedimentos, lo encontramos de forma muy clara en el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, que indica:

"ARTÍCULO 57. TRÁMITE PARA EL IMPEDIMENTO. Artículo modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento **deberá manifestarlo a quien le sigue en turno**, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano, **para que en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito.** (Énfasis suplido)

En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación.

Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente.”

De manera que, se reitera, el trámite a seguir en este asunto era que las diligencias tenían que remitirse al **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA QUINDÍO**, quien debería o aceptar el impedimento, o negarlo, caso este último en el cual, procede a remitirlo al Tribunal, pero mientras el Juez Homólogo que sigue en turno no se pronuncie, el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre el impedimento.

Si bien la ley es suficientemente clara sobre como se tramita un impedimento y los hechos demuestran que no se siguió el trámite establecido legalmente, puede considerarse importante la jurisprudencia nacional sobre el efecto que da cuenta que este accionante tiene la razón respecto de como se tramita una situación de estas.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado sobre el punto en la decisión el 11 agosto de 2015, Rad. 46-501 que:

“...en caso de presentarse discusión en cuanto al funcionario a quien corresponda continuar con el trámite, la integración de normas antes referida, permite que se evacue el procedimiento estipulado en el inciso segundo del artículo 57 ejusdem. Punto que consagraría las siguientes hipótesis:

(i) Que el juez recusado acepte la postulación del proponente, envíe las diligencias al que le sigue en turno, pero éste considere que no se configuró la causal alegada.

(ii) Que el funcionario recusado no acepte la proposición del postulante, remita la actuación al que le sigue en turno y éste sí considera que la causal es fundada.

Casos en los cuales, deberá ser el superior funcional común de las autoridades judiciales involucradas quien resuelva de plano y de manera definitiva el asunto y, en el evento de tratarse de despachos de diversos distritos judiciales corresponderá su resolución a esta Sala como fue explicado en CSJ AP, 7 mar. 2011, Rad. 35951.

Lo anterior, dadas las consecuencias disciplinarias que conlleva la no manifestación de un impedimento conforme con la Ley 734 de 2002, en sus artículos 50 y 55, y por ello, la necesidad de zanjar discusión alguna sobre la violación al deber de imparcialidad y objetividad que regulan el instituto analizado, contexto dentro del cual la Sala debe matizar los planteamientos hechos en los proveídos CSJ AP 1604-2014 y AP1377- 2015.”

De manera que legalmente, no hay duda sobre como debe tramitarse un impedimento, pero, además, la Sala de Casación Penal ha sido muy pedagógica y clara sobre ello, por lo que dentro del presente trámite se asigna un tratamiento diferente al establecido, lo que configura una violación al debido proceso.

IV. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Dentro del presente asunto, se trata de una acción de tutela que procede contra una entidad pública, en este caso las accionadas, ante la grave violación del derecho fundamental al debido proceso. En cuanto a las cuestiones de procedibilidad, encontramos que mi representado carece de un medio ordinario existente, en tanto que el trámite de la recusación, aun cuando de una forma distinta a la establecida en la ley, se ha evacuado. No existe un recurso legal que pueda solventar esta violación en tanto que la actuación ha regresado al juzgado de origen con miras a continuar la actuación.

Considera este accionante, que estamos frente a una vía de hecho, que se materializa en dos claros eventos, a saber :

- Cuando el **JUZGADO TERCERO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** remite la actuación con la recusación al **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**. Ello en tanto que tenía que remitirlo al **JUZGADO CUARTO PENAL DE**

CONOCIMIENTO DE ARMENIA. Acá tenemos una falla de procedimiento.

- Cuando el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, decide la recusación negándola, sin tener competencia para ello, pues se reitera, ello solamente debería suceder en el evento en que el **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** hubiese negado el impedimento. En este caso, hay una falta de competencia.

Reitera esta parte, la cuestión de esta tutela es un desconocimiento a las formas propias del juicio, pues el Tribunal no podía pronunciarse sobre el impedimento negado por la Juez, teniendo que pasar al Juzgado siguiente en turno. La cuestión de si hay o no una causal de impedimento, no es asunto de esta acción de tutela. De lo que se trata, es de que el procedimiento se ajuste a lo legal.

Es por ello, que se hace necesario determinar que estamos frente a una vía de hecho, e indicarle al Juez Constitucional el vicio, y la manera que ha de proceder para sanear el proceso.

4.1. Concepto de vía de hecho y procedencia de la tutela

Sobre la vía de hecho tenemos las siguientes sentencias de la Corte Constitucional:

- Sentencia T-781 de 2011. *"El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela es procedente contra toda actuación de una autoridad pública con la que se perturbe un derecho fundamental. Dicha norma no establece distinción alguna sobre la naturaleza de la autoridad susceptible de tutela, por lo que, de acuerdo con este mandato, es posible interponer esta acción incluso contra la providencia de un juez, autoridad pública cuyas decisiones pueden ser sometidas al control estricto de constitucionalidad en eventos en los cuales se vislumbre la amenaza o vulneración de derechos de esta entidad."*
- Sentencia C-543 de 1992. *"...están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en*

dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio...”.

- T-781 de 2011. *“La tutela no procedería contra una decisión judicial propiamente dicha, sino contra la actuación de un operador judicial que encarnara el desconocimiento de derechos fundamentales o la creación de un perjuicio irremediable.”*
- T-212 1995. *La vía de hecho fue conceptualizada como ‘una trasgresión protuberante y grave de la normatividad’ fundada en el capricho o el arbitrio de un funcionario, completamente extraña al ordenamiento jurídico e irrespetuosa de los derechos fundamentales*
- C-590 DE 2005. *“22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.”*
- T-774 de 2004. *“Actualmente no ‘(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad)”*

4.2. Causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Se ha indicado, que se trata de una acción de tutela contra la providencia del **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA QUINDÍO**, que remite el proceso al **TRIBUNAL SUPERIOR**

DE ARMENIA QUINDÍO, SALA DE DECISIÓN PENAL, y la decisión de este último cuando carecía de competencia para pronunciarse.

Sobre las causales de procedencia, ha señalado la Corte Constitucional

- T-774 de 2004. *"...todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución."*
- C-590 de 2005 a. Que se trate de un asunto de evidente relevancia constitucional. Lo cual significa que la cuestión esté enmarcada en el ámbito de interés de la jurisdicción constitucional, y no se trate de un asunto de simple legalidad carente de conexidad con los derechos fundamentales o el control de constitucionalidad que esta Corte efectúa. b. Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial, salvo que éstos no resulten efectivos para la garantía de los derechos involucrados o que con la aplicación de los mismos no se logre evitar la consumación de un daño iusfundamental irremediable. c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, esto es, que haya trascurrido un lapso razonable entre la fecha de presentación de la demanda de tutela y la aparición de los hechos que produjeron la afectación de los derechos fundamentales, a menos que existan razones objetivas que justifiquen la demora. d. Si se trata de una irregularidad procesal, ésta debe causar un efecto decisivo o determinante en la sentencia atacada. e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. f. Que no se pretenda la interposición de una tutela contra otra tutela

- C-590 DE 2005. Causales especiales "a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales^[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. i. Violación directa de la Constitución."
- T-231 1994. "Cuatro circunstancias generadoras de una vía de hecho o un defecto judicial grave: "si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma- se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental)"
- T-441 de 2003 incorporó las condiciones que hasta la fecha se habían calificado como configurativas de una vía de hecho judicial y las denominó causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial; redujo las tradicionales cuatro primeras a dos -el defecto sustantivo y el fáctico-; y adicionó a

ese par otros cuatro vicios, a saber: la *vía de hecho por consecuencia o error inducido*, la *insuficiente sustentación o justificación del fallo*, el *desconocimiento del precedente judicial*, y la *violación directa de la Constitución*. A estas se adicionó, como requisito para la viabilidad del amparo, la exigencia de unos requerimientos generales relativos a los que tradicionalmente se han reclamado para la prosperidad de la acción.

- T-606 y T-698 de 2004, *"esta Corporación revalidó lo acentuado en fallos precedentes sobre los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. En relación con los primeros se sostuvo que "hacen referencia al deber de asegurar, para la procedencia de la tutela contra providencias, que se de: a) la inexistencia de otro o de otros medios de defensa judiciales (recursos ordinarios o extraordinarios) como se ha visto, y b) la verificación de una relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad." De otra parte, los requisitos especiales "están asociados directamente al control excepcional por vía de tutela de la actividad judicial, y tienen que ver específicamente con el concepto de vía de hecho."*
- Sobre el Defecto procedimental (T-781 2011). *"El denominado defecto procedimental tiene soporte en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política referentes a los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales. Este tiene lugar siempre que, en desarrollo de la actividad judicial, el funcionario se aparte de manera evidente y grotesca de las normas procesales aplicables. Al desconocer completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina produciendo un fallo arbitrario que vulnera derechos fundamentales. "(...) cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones, está actuando "en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad". Corte Constitucional. Sentencia T-1180 de 2001. En el mismo sentido, Sentencia SU-478/97. Así por ejemplo en la sentencia T-115 de 2007 sostuvo la Sala Novena de Revisión: "Haber cuestionado la administración de los bienes a través de un proceso verbal sumario de única instancia tiene la capacidad de desconocer la Constitución porque ello restringió la posibilidad de interponer el*

recurso de apelación contra los autos y la sentencia, en detrimento del artículo 31 superior. Más aún, al haberse adoptado tal trámite se limitó el número de días para dar contestación a la demanda, se adoptó un esquema que restringe la oportunidad para alegar nulidades y se pasaron por alto los pasos para atender las excepciones previas. Todo esto teniendo en cuenta que este tipo de casos debe tramitarse a través de un proceso verbal. Situación que fue totalmente desconocida por el juez de instancia” Así, se han reconocidos dos modalidades de defecto procedimental, uno absoluto, que se produce cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecidos para el trámite de un asunto concreto, bien sea porque: i) sigue un trámite totalmente ajeno al pertinente y en esa medida equivoca la orientación del asunto T-996 DE 2003 ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso (Sentencia T-264 del 03 de abril de 2009.)”

- T-781 DE 2011. *“...el desconocimiento del procedimiento debe tener unos rasgos adicionales para configurar el defecto bajo estudio: a) debe ser un error trascendente que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y que tenga una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y, b) debe ser una deficiencia no atribuible al afectado...”*

4.3. Desarrollo

Dentro del presente asunto, se concreta la vía de hecho en la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de mi representado que se da en dos momentos muy precisos, a saber

- Cuando el **JUZGADO TERCERO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** remite la actuación con la recusación al **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**. Ello en tanto que tenía que remitirlo al **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA**. Acá tenemos una falla de procedimiento.
- Cuando el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, decide la recusación negándola, sin tener competencia para ello, pues se reitera, ello solamente debería

sucedier en el evento en que el **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** hubiese negado el impedimento. En este caso, hay una falta de competencia.

De manera que se trata de dos (2) eventos de defecto procedimental, que, conforme se ha indicado en precedencia, "se produce cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecidos para el trámite de un asunto concreto, bien sea porque: i) sigue un trámite totalmente ajeno al pertinente y en esa medida equivoca la orientación del asunto..."¹ De manera puntual, nos ocupamos de la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, atendiendo cada uno de los requisitos establecidos para el efecto.

Los requisitos han sido establecidos por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

A. Que se trate de un asunto de evidente relevancia constitucional. Lo cual significa que la cuestión esté enmarcada en el ámbito de interés de la jurisdicción constitucional, y no se trate de un asunto de simple legalidad carente de conexidad con los derechos fundamentales o el control de constitucionalidad que esta Corte efectúa.

Por supuesto que el que se haya dado un trámite ad-hoc al impedimento, cuando el Juzgado lo remite al Tribunal, en vez de remitirlo a quien corresponde, como es el Juez que le sigue en turno, es claro que se está creando un procedimiento ad-hoc, se está vulnerando la legalidad del proceso, y esto es, sin duda, un asunto de naturaleza constitucional.

B. Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial, salvo que éstos no resulten efectivos para la garantía de los derechos involucrados o que con la aplicación de los mismos no se logre evitar la consumación de un daño iusfundamental irremediable.

Dentro del presente asunto, se agotó el medio de defensa judicial para amparar la salvaguarda reconocida convencionalmente de la

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-264 del 03 de abril de 2009.

imparcialidad del operador judicial, cual es el trámite de la recusación, mismo que terminara con un trámite totalmente diferente al que corresponde sin que exista hoy una posibilidad para solventar esta situación.

No puede solicitarse una nulidad ante el Tribunal que en la actualidad no tiene la actuación ni ante el Juzgado de Conocimiento que ya despachó el trámite, por lo que la única vía disponible para solventar la vulneración al debido proceso, es la acción de amparo constitucional.

C. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, esto es, que haya transcurrido un lapso razonable entre la fecha de presentación de la demanda de tutela y la aparición de los hechos que produjeron la afectación de los derechos fundamentales, a menos que existan razones objetivas que justifiquen la demora.

La presente petición se hace inmediatamente se produjo el yerro, y antes de que continúen las audiencias programadas de manera que no afecte la actuación.

D. Si se trata de una irregularidad procesal, ésta debe causar un efecto decisivo o determinante en la sentencia atacada.

Dentro del presente asunto, se trata de una irregularidad procesal dado que, como se ha reiterado, se presentaron dos vicios de importante magnitud, a saber,

- **Primer vicio de procedimiento. Violación de las formas propias del juicio.** Cuando el **JUZGADO TERCERO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** remite la actuación con la recusación al **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**. Ello en tanto que tenía que remitirlo al **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA**. Aquí tenemos una falla de procedimiento.
- **Segundo vicio de procedimiento. Falta de competencia para decidir la recusación.** Cuando el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, decide la recusación negándola, sin tener competencia para ello, pues se reitera, ello solamente debería suceder en el evento en que el **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** hubiese

negado el impedimento. En este caso, hay una falta de competencia para proferir el auto por parte del Tribunal accionado.

E. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

Se reitera, se identifican dos hechos que generaron la violación del derecho fundamental al debido proceso, por violación de las formas propias del juicio, y por cuanto se profiere una decisión por parte del Tribunal sin tener competencia para ello.

Se reiteran los dos eventos en que se viola el derecho al debido proceso de mi representado.

- **Primer vicio de procedimiento. Violación de las formas propias del juicio.** Cuando el **JUZGADO TERCERO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** remite la actuación con la recusación al **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**. Ello en tanto que tenía que remitirlo al **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA**. Acá tenemos una falla de procedimiento.
- **Segundo vicio de procedimiento. Falta de competencia para decidir la recusación.** Cuando el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, decide la recusación negándola, sin tener competencia para ello, pues se reitera, ello solamente debería suceder en el evento en que el **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** hubiese negado el impedimento. En este caso, hay una falta de competencia para proferir el auto por parte del Tribunal accionado.

F. Que no se pretenda la interposición de una tutela contra otra tutela

No se trata de una tutela contra tutela, sino de una tutela contra dos providencias judiciales, dos autos, uno, el que remite la recusación del Juzgado al Tribunal, y otro, cuando el Tribunal decide la recusación sin tener competencia para ello.

Es por lo anterior, que el presente accionante ha demostrado, la existencia de dos vicios, uno por cada entidad accionada, siendo necesario remediar la situación. La forma de remediar esta situación, es decretar la nulidad de la actuación a partir del momento en que el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO** remite el proceso a la **SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA QUINDÍO**, para que, en su lugar, lo remita al **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO**.

V. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, en cumplimiento de lo previsto por el Decreto 2591 de 1991, artículo 37 manifiesto que no he interpuesto acción de tutela por estos mismos hechos.

VI. PRUEBAS Y ANEXOS

Se adjuntan las siguientes pruebas

1. Poder conferido para actuar.
2. Documento enviado por mi representado al **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA QUINDÍO** con la recusación.
3. Respuesta del **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA QUINDÍO** a la petición presentada por mi representado en la que niega la recusación y ordena remitirlo al Tribunal accionado.
4. Decisión de **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, QUINDÍO** en la que niega la recusación propuesta.

VII. NOTIFICACIONES

Las partes reciben notificaciones en

- **Por la parte activa: FABIÁN ALBERTO MONTOYA CALDERÓN**, persona mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía

número 94.463.253 de Caicedonia, Valle del Cauca. Recibe notificaciones en el correo fbernate@franciscobernate.com

- **Apoderado de la parte activa. FRANCISCO BERNATE OCHOA**, mayor de edad, abogado titulado e inscrito, identificado con la Cédula de ciudadanía número 79801561 de Bogotá DC, y la TP 106176 del HCS de la J. Recibe notificaciones en el correo fbernate@franciscobernate.com
- Por la parte pasiva.
 - El **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARMENIA QUINDÍO, SALA DE DECISIÓN PENAL** recibe notificaciones en el correo ssptsuparm@cendoj.ramajudicial.gov.co.
 - El **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO** j03pctofcarm@cendoj.ramajudicial.gov.co

VIII. PETICIÓN

Por lo anterior, se solicita a la H. Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia se sirva

PRIMERO. DETERMINAR que las entidades accionadas incurrieron en una vía de hecho, de la siguiente manera:

- El **JUZGADO TERCERO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** cuando remite la actuación con la recusación al **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**. Ello en tanto que tenía que remitirlo al **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA**. Acá tenemos una falla de procedimiento.
- **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, cuando decide la recusación negándola, sin tener competencia para ello, pues se reitera, ello solamente debería suceder en el evento en que el **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** hubiese negado el impedimento.

SEGUNDO. DECRETAR LA NULIDAD DE LA ACTUACIÓN a partir del momento en que el **JUZGADO TERCERO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** remite la actuación con la recusación al **TRIBUNAL SUPERIOR DE ARMENIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**.

Como consecuencia de lo anterior,

TERCERO. ORDENAR al **JUZGADO TERCERO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** que remita la actuación al **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** con la negativa de la recusación interpuesta, para que el **JUZGADO CUARTO PENAL DE CONOCIMIENTO DE ARMENIA** que es quien le sigue en turno se pronuncie sobre la misma.

Con todo respeto

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Francisco Bernate Ochoa'. The signature is written in a cursive style with some loops and flourishes.

FRANCISCO BERNATE OCHOA
CC 79801561 DE BOGOTÁ DC
TP 106176 DEL H CS DE LA J