CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP617-2017

Radicación n° 46690

(Aprobado Acta No. 17)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS:

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por el procesado IVÁN DE JESÚS DUEÑAS GARCÍA y su defensor, contra la sentencia condenatoria del 28 de mayo de 2015 proferida por el Tribunal Superior de Yopal.

HECHOS:

Por las desapariciones de Luis Ariel Bernal López y Ariel Rosas Moreno, ocurridas en la ciudad de Yopal en agosto de 2002 y febrero de 2003, respectivamente, la Fiscalía 28 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos vinculó a la investigación a Ubaldín Vallejo alias "matasiete" y al alcalde de ese municipio, Mauricio Jiménez Pérez, a quienes impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, como presuntos coautores del delito de desaparición forzada en concurso con concierto para delinquir, en resolución del 30 de noviembre de 2007. Apelada esta decisión, fue confirmada el 8 de enero de 2008 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

La defensa de Jiménez Pérez solicitó el control de legalidad de la medida de aseguramiento ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Yopal, a cargo del doctor IVÁN DE JESÚS DUEÑAS GARCÍA, quien el 21 de febrero de 2008 dejó sin efecto la detención preventiva.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El 26 de febrero de 2013 la Fiscalía imputó cargos al doctor IVÁN DE JESÚS DUEÑAS GARCÍA por el delito de prevaricato por acción agravado, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con función de Control de Garantías de Yopal.

El 9 de mayo siguiente radicó escrito de acusación ante el Tribunal Superior del mismo distrito judicial, cuya formulación oral se surtió el 19 de septiembre del mismo año. Evacuada la audiencia preparatoria, se surtió la audiencia de juicio en sesiones del 12 de febrero, 19 de marzo y 30 de abril de 2015.

Tras lo anterior, el 28 de mayo de 2015 se condenó a DUEÑAS GARCÍA a 66 meses de prisión, multa de 108 SMLMV, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 94 meses y a la pérdida del cargo de juez penal especializado. Este es el pronunciamiento impugnado ante la Corte.

SENTENCIA RECURRIDA:

El Tribunal encontró que la decisión del 21 de febrero de 2008, mediante la cual el doctor IVÁN DE JESÚS DUEÑAS GARCÍA resolvió el control de legalidad de la medida de aseguramiento impuesta a José Mauricio Jiménez Pérez, es manifiestamente contraria a la ley.

Lo anterior, por cuanto al realizar el control material de aquella, el Juez desatendió el ordenamiento jurídico, pues se

limitó a afirmar la ausencia de valoración de algunos medios de convicción favorables al procesado y la apreciación errada de otros, sin verificar la concurrencia de plurales testimonios evaluados por la Fiscalía al imponer la medida restrictiva y con los cuales subsistía la exigencia de la prueba mínima necesaria para asegurar al burgomaestre.

En tal virtud, censuró que el Juez acusado hubiera declarado la procedencia del control de legalidad, con sustento en una supuesta falta de valoración de la retractación de Blanca Dilma Sánchez Quesada, rendida con posterioridad a la resolución que resolvió la situación jurídica de Jiménez Pérez, sin tener en cuenta que para ese momento procesal obraban distintos testimonios que indicaban la cercanía del ex Alcalde con las Autodefensas Campesinas de Casanare, la exigencia del 10% del valor de los contratos otorgados por la alcaldía con destino al grupo paramilitar y su complacencia e incluso participación en el secuestro y desaparición de varias personas de dicho municipio.

Así, desatendió el procesado los testimonios de Lady Johana Rosas y Luis Antonio Rosas, quienes indicaron que a Ariel Rosas Moreno se lo llevaron en una camioneta al servicio de la Alcaldía conducida por Ubaldín Vallejo, para entonces empleado del municipio; al igual que el testimonio de José Vicente Hernández Gómez, que da cuenta de que Jiménez Pérez decidía a quien asesinaba y a quien reclutaba la organización y coordinaba el pago del 10% del valor de los contratos, dicho que coincide con lo declarado por Pedro

Coronel, José Luis Gaucha y los testimonios incorporados como prueba trasladada de Willinton Sánchez Naranjo y Dioselina Calderón Quesada.

Con sustento en estas evidencias, dedujo el Tribunal la ilegalidad de la decisión de control, pues aquellas eran suficientes para construir al menos dos indicios graves de responsabilidad, acorde con las exigencias del artículo 356 de la Ley 600 de 2000, e hicieron parte de los elementos de convicción valorados por la Fiscalía al resolver la situación jurídica de Jiménez Pérez.

A lo anterior se suma la descalificación del testimonio de José Luis Gaucha por supuestos problemas mentales, sin consideración de la razonable argumentación que el Fiscal de segunda instancia exhibió para otorgarle credibilidad, análisis que era imperativo para el Juez Especializado en la medida en que ambas resoluciones conformaban una unidad.

De igual manera, encontró censurable que en la decisión se cuestione la no corroboración de la sanidad mental de este último testigo, con sustento en declaraciones extra juicio rendidas por sus familiares en torno a supuestas afecciones psicológicas, cuando su dicho era coherente y concordante con otros medios de prueba.

En el mismo sentido, reprochó que se afirmara la falta de valoración del testimonio de Marco Henry Hernández Zubieta y las declaraciones extraprocesales rendidas ante

notario por 9 concejales del Municipio de Aguazul, pues de ello se ocupó el funcionario instructor en el acápite de "*contestación a los alegatos de la defensa técnica*", aunque no les otorgó el peso probatorio pretendido por la parte.

En cuanto tiene que ver con el control formal de la medida de aseguramiento, el Tribunal desestimó la existencia de algún vicio en el procedimiento de captura, tras corroborar que esta se produjo con posterioridad a la emisión de la orden del 15 de noviembre de 2007, fecha en la cual se inició la investigación y se dispuso vincular mediante indagatoria a Jiménez Pérez, conforme lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley 600 de 2000, sin que fuera exigible la citación previa del sindicado.

En relación con el dolo, el juez colegiado valoró el conocimiento del doctor DUEÑAS GARCÍA de las normas reguladoras del control de legalidad, en virtud de las cuales debía saber que para la prosperidad del incidente, requería verificar no solo el error en la apreciación de los medios probatorios, sino la ausencia de la prueba mínima para asegurar. Con el mismo fin, ponderó la experiencia del procesado en el trámite de este instituto, pues desde su nombramiento como Juez Especializado en el año 2001, resolvió varias peticiones de control de legalidad.

Concluyó que IVÁN DE JESÚS DUEÑAS GARCÍA consciente y voluntariamente orientó su accionar a infringir la ley para favorecer a José Mauricio Jiménez, otorgándole la libertad sin que fuera procedente, en procura de lo cual

desestimó la credibilidad del testigo José Luis Antonio Gaucha con base en declaraciones extra proceso, obvió elementos de prueba suficientes para incriminar al burgomaestre en las conductas investigadas y dio plena credibilidad a la retractación de Blanca Dilma Sánchez.

Finalmente, el Tribunal desestimó el argumento según el cual, la libertad de Jiménez Pérez tuvo lugar con ocasión de la acción de *habeas corpus* decidida en su favor el 24 de febrero de 2008 por el Juzgado 33 Penal Municipal de Garantías de Bogotá, en tanto esa determinación se sustentó en el control de legalidad decidido por el doctor DUEÑAS GARCÍA. Lo propio sucedió con el argumento de la inexistencia de un acto de corrupción, ingrediente ajeno al tipo penal.

IMPUGNACIONES:

1. El doctor IVÁN DE JESÚS DUEÑAS GARCÍA solicita se declare la nulidad de lo actuado desde la formulación de acusación, en razón a que la doctora Odilia Barrera Bohórquez, conjuez en su causa, fue apoderada de víctimas en dos actuaciones tramitadas en su despacho por los delitos de extorsión agravada (radicado 2011-00086) y homicidio agravado, secuestro simple y hurto calificado agravado (radicado 2009-00008), siendo víctima Ronaldo Barrera Bohórquez, hermano de la conjuez. Así mismo, asegura que esta se vio afectada por el fallo desfavorable de

la acción de tutela 2015-00111, instaurada por su compañero de oficina Amilcar Rodríguez Bohórquez.

Por lo anterior, considera que la Conjuez estaba impedida para hacer parte de la Sala que lo condenó, quien debió apartarse del conocimiento del asunto y al no hacerlo, afectó el debido proceso, circunstancia que en su sentir evidencia la persecución de la cual es víctima. Añade que siempre guardó la esperanza de que se declarara impedida y que su renuencia a hacerlo obedece a su aspiración de ser nombrada Magistrada de ese Tribunal.

Cuestiona, además, la idoneidad de la funcionaria, ya que litiga en asuntos civiles y desconoce el procedimiento penal, crítica que extendió a la conjuez Gladys García Barray, indicando que actuaron como *convidadas de piedra*, pues no efectuaron reparos al proyecto de sentencia.

Finalmente, afirma que se afecta el derecho a la defensa cuando las partes no están en igualdad de condiciones, luego se pregunta cómo puede una defensa actuar bajo el principio de confianza característico de todo ordenamiento penal, sin que sumariamente hubiese descubierto la imparcialidad de la conjuez, ya que su defensor desconocía las actuaciones de aquella en su despacho.

2. La defensa técnica, tras citar apartes de los testimonios valorados en la resolución que impuso medida de aseguramiento a Jiménez Pérez, afirma que las pruebas

de su responsabilidad no eran de la contundencia que se ha querido otorgarles y que por el contrario, se apreciaban insuficientes para demostrar su compromiso en los hechos investigados, en la medida en que aquellas eran indicativas de la imposición por las armas de la voluntad paramilitar en el Municipio de Aguazul, pero no de la participación directa del burgomaestre en los delitos a él imputados.

Por lo anterior, concluye que la decisión del Juez Especializado obedeció a una comprensión distinta del problema jurídico a él planteado, pues consideró que la prueba residual no tenía el peso suficiente para respaldar la medida de aseguramiento, posición razonable y comprensible, independientemente de que hubiera incurrido en un yerro en la apreciación de la prueba.

Reseña que la medida de aseguramiento contenía un vicio que le impedía producir sus efectos jurídicos, del cual no se percataron los Fiscales de primera y segunda instancia ni el Juez acusado, pues en ella nada se dijo sobre los fines particulares llamados a cumplir con la detención preventiva. Así, señala que aun existiendo la prueba mínima para sustentar la medida, tal error habría igualmente determinado la libertad de Jiménez Pérez, quien habría permanecido privado arbitrariamente de su libertad si no fuera por la decisión de su prohijado.

Enfatiza el señor defensor que el juicio de prevaricato no es de error sino de ilegalidad, por lo que la simple equivocación o ignorancia no materializan dicho punible,

requiriéndose en todo caso que el sujeto agente actúe con dolo, esto es, dirigiendo voluntariamente su accionar a ejecutar la conducta con pleno conocimiento de la ilicitud de sus actos. Sin este elemento, aclara, podría hablarse de una falta disciplinaria, pero no de una infracción penal.

Por tal razón, censura que en el fallo impugnado se reste importancia al archivo de la investigación disciplinaria en contra de DUEÑAS GARCÍA, pues ello obedeció a la ausencia de irregularidad alguna en el actuar de su defendido, al punto que en el referido auto el Consejo Seccional de la Judicatura no compulsó copias para la investigación penal correspondiente.

En su sentir, este hecho es indicativo de que un mismo fenómeno jurídico puede apreciarse de forma distinta por dos o más autoridades, sin que pueda presumirse que alguna actuó dolosamente solo por la disparidad de criterio, tal y como sucedió en este caso, en el que el Juez Especializado apreció que la prueba era insuficiente para mantener al ex Alcalde privado de la libertad.

Añade que ni la Fiscalía, ni el Tribunal en el fallo impugnado, se ocuparon de probar el dolo en el hecho recriminado, el cual presumieron de los desatinos del juez en la decisión de control de legalidad, sin considerar y explorar la posibilidad que el acusado no tuviera conciencia de la ilicitud de su actuar.

En el mismo sentido, indica que si bien la verificación del ingrediente normativo *manifiestamente contrario a la ley* conduce a la tipicidad objetiva, ello por sí solo no basta para calificar el comportamiento como doloso, pues debe auscultarse el conocimiento de la ilicitud y la voluntad del servidor público de violar la ley. Esa labor, afirma, no se realizó por el juez colegiado, pues se ancló en el círculo vicioso de que el actuar del acusado fue contrario a derecho y por eso mismo doloso, sin ocuparse de reseñar los elementos indicativos del fraude o la malicia en el actuar del acusado.

En este orden, considera que la prueba recaudada en contra de DUEÑAS GARCÍA no evidencia que la decisión cuestionada fuera producto de su actuar doloso, llegándose de manera irreflexiva a la conclusión de que actuó con malicia y sin considerar que pudo tratarse de una equivocación. Por ello, considera que debió indagarse sobre la posición del funcionario en torno a los controles de legalidad, su criterio frente a las normas y la jurisprudencia sobre la materia, si acostumbraba resolverlos en el mismo sentido que aquí se le censura, cómo valoraba las pruebas y qué entendía por prueba mínima, nada de lo cual se investigó.

Aunado a lo anterior, censura que los juzgadores se hayan situado en un contexto inexistente para la época de los hechos, esto es, cuando ya se conoce la condena contra Jiménez Pérez con sustento en las mismas pruebas censuradas, referente que no existía para el momento en

que DUEÑAS GARCÍA resolvió el control de legalidad, por lo que era más fácil incurrir en un error en la apreciación de la realidad.

LOS NO RECURRENTES:

1. La Fiscalía reitera que el material probatorio es indicativo de que el control de legalidad es manifiestamente contrario a la ley y se profirió con el propósito de favorecer al ex Alcalde, pues no se consideraron los múltiples testimonios en que se sustentó la medida de aseguramiento, pruebas que ni siquiera fueron analizadas en la decisión materia del prevaricato.

Así, considera que al Juez le bastaba hacer una simple comparación entre las pruebas que consideró el Fiscal para dictar la medida y las pruebas cuestionadas por la defensa, para advertir que subsistía la prueba mínima necesaria para detener al allí procesado y, por ende, que el control de legalidad era improcedente.

No obstante, DUEÑAS GARCÍA decidió acoger los argumentos de la defensa del burgomaestre sin mayor análisis, dando plena credibilidad a la retractación efectuada por Blanca Dilma Sánchez en fecha posterior a la imposición de la medida de aseguramiento, a la vez que desechó los testimonios de José Luis Gaucha, por una supuesta inhabilidad mental concluida a partir de declaraciones extra juicio de sus familiares y de Pedro Coronel, por considerarlo su contradictor político.

A juicio de la Fiscalía, esa valoración sesgada de los elementos de convicción es indicativa del dolo en el actuar del Juez Especializado, pues para la decisión de control solo consideró los argumentos expuestos en la solicitud de la defensa, sin referirse siquiera tangencialmente a los fundamentos de la medida, al punto que en la decisión censurada no se hace ni siquiera mención de la resolución que impuso aquélla.

Aunado a lo anterior, estima que dada la naturaleza del control de legalidad y la experiencia del funcionario acusado, sabía que debía analizar todo el material probatorio para verificar la desaparición de la prueba mínima. Sin embargo, optó el funcionario por conceder la libertad al procesado a sabiendas de que el control de legalidad era improcedente e incluso, afirmando para ello una supuesta violación al debido proceso inventada, circunstancias de las que se deriva la consciencia de la ilicitud de su decisión y la voluntad de favorecer con ella a Jiménez Pérez.

2. El Ministerio Público indica que DUEÑAS GARCÍA incurrió en el delito imputado, al no estimar las otras pruebas aportadas al proceso al momento de la decisión referida, pues las normas que regulan el control de legalidad le imponían un presupuesto mínimo probatorio que desvirtuar, lo que suponía examinar en su integridad la prueba para verificar tal condición, labor que no hizo el juez. Además de limitarse a acoger los argumentos del peticionario, invocó una supuesta irregularidad en la

expedición de la orden de captura que resultó no ser cierta, por lo que comparte el sentido del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. De conformidad con el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Yopal.

En tal labor, la Corte se contraerá a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad y aquéllos inescindiblemente vinculados al objeto de censura, en estricto cumplimiento del principio de limitación.

2. En primer término, se ocupará la Sala de la solicitud de nulidad invocada por el procesado, toda vez que de llegar a establecerse su procedencia tornaría inane el análisis de los restantes puntos de inconformidad planteados por los impugnantes.

El artículo 457 de la Ley 906 de 2004 establece que el desconocimiento del derecho a la defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales da lugar a la declaratoria de la nulidad de lo actuado. Tal posibilidad, acorde con la jurisprudencia de esta Sala, sometida al cumplimiento de los principios que rigen su declaratoria.

En este orden, se tiene dicho que para que prospere una solicitud de dicha naturaleza, es necesario que quien la alegue acredite que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o juzgamiento (trascendencia), pues solo ante tal eventualidad es posible aplicar el remedio extremo de la nulidad (residualidad).

En el presente asunto, el doctor IVÁN DE JESÚS DUEÑAS GARCÍA aduce como vicio invalidante de lo actuado desde la audiencia de acusación, la omisión de una de las conjueces de declararse impedida para conformar la Sala que lo condenó, a pesar de haberse visto afectada por determinaciones adoptadas por él como Juez Especializado.

Para ello, pone de presente que la conjuez fungió como apoderada de víctimas en dos procesos fallados por su Despacho, además de ser socia de un tercero a quien el juez denegó por improcedente una acción de tutela, argumentos que no cuentan con la solidez para sustentar la pretensión de ineficacia de lo actuado.

En primer lugar, por cuanto esa circunstancia no se adecua a ninguna de las causales de impedimento consagradas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004, luego mal podría predicarse de la Conjuez la omisión de un deber inexistente.

Incluso admitiendo en gracia de discusión que podría haberse visto afectada su imparcialidad por los motivos expuestos, que no se haya apartado del conocimiento del asunto no vulneró las garantías constitucionales del procesado ni socavó los principios fundamentales del proceso pues, en todo caso, contó DUEÑAS GARCÍA con la posibilidad de recusar a la funcionaria en salvaguarda de la integridad y probidad que tardíamente reclama. Al no hacerlo, avaló su intervención en el juzgamiento y en la posterior suscripción del fallo.

En este orden, de haberse presentado, la deficiencia quedó convalidada con el silencio del recurrente, sin que sea posible acudir a la nulidad en esta instancia, pues como lo tiene fijado la jurisprudencia de la Sala, *«si la declaración de impedimento es un deber del funcionario, la recusación es un derecho de la parte y no activarla significa que en su criterio no está en riesgo su imparcialidad»* (CSJ AP5148 2015, Rad 42754).

Por demás, es claro que no se acreditó de manera alguna que tal situación haya incidido en la adopción del fallo condenatorio, premisa que obedece más a una especulación del impugnante que a una realidad procesal, especialmente si se tiene en cuenta que la Conjuez no era la ponente de la sentencia.

Por las mismas razones, tampoco puede predicarse su interés particular en la actuación por una supuesta aspiración a ser nombrada Magistrada, pues es claro, la

hipótesis del numeral 1º del artículo 56 del C.P.P. exige que esa expectativa sobre la posible utilidad que le reporta el asunto, sea manifiesta y respaldada en serios elementos de juicio, lo que no sucede en el presente caso.

Por consiguiente, se denegará la solicitud de nulidad propuesta.

3. Frente a los reparos sobre la idoneidad de las conjueces que discutieron y aprobaron el proyecto de fallo, basta decir que dichos cuestionamientos desbordan el objeto del recurso de apelación, instituto establecido para controvertir la decisión y los argumentos expuestos en ella, más no para censurar las condiciones personales o profesionales del funcionario que las adopta.

4. Cuestiona la defensa técnica la materialidad de la conducta punible de prevaricato por acción, pues considera que las pruebas recaudadas por la Fiscalía dentro del proceso seguido en contra de Mauricio Jiménez Pérez y que consideró para efectos de resolver su situación jurídica, no eran de la envergadura que se ha pretendido hacer valer en este asunto, por lo que resultaban insuficientes para demostrar su vinculación con los hechos allí investigados.

Al respecto, encuentra la Sala que el reparo parte de una comprensión parcial del fallo de primera instancia, en el que se concluyó que la decisión de control de legalidad es manifiestamente contraria a derecho, no solo en razón a la subsistencia de la prueba mínima necesaria para mantener

la medida restrictiva, sino debido a los protuberantes desatinos en que incurrió el Juez al motivar aquella y que difícilmente pueden atribuirse a una simple disparidad de criterios sobre el problema jurídico allí planteado.

En efecto, de la lectura de la resolución que resolvió la situación jurídica de Jiménez Pérez y Vallejo Montañez, se advierte sin mayores dificultades que la Fiscalía valoró, además de las declaraciones de Blanca Dilma Sánchez, Pedro Antonio Coronel y José Luis Gaucha, cuyo mérito probatorio se cuestionó en el control de legalidad, plurales declaraciones que colmaban con creces la exigencia mínima del artículo 356 de la Ley 600 de 2000.

Ciertamente, la investigación se inició con base en la denuncia de Blanca Dilma Sánchez Quezada por la desaparición de su esposo Luis Ariel Bernal López, ocurrida el 29 de julio de 2002, fecha en que fue citado por paramilitares al mando de *Martín Llanos* para cancelar el 10% del valor de un contrato que celebró con la Alcaldía de Aguazul, bajo la administración de José Mauricio Jiménez González. Según la denuncia, Bernal López fue visto por última vez frente a la Alcaldía, donde fue ingresado a la fuerza en un vehículo verde por dos sujetos armados.

A esa actuación, se acumuló la investigación por la desaparición de Ariel Rosas Moreno, quien de acuerdo con las declaraciones de sus familiares Lady Johana Rosas y Luis Alejandro Rosas, el 21 de febrero de 2003 salió de su casa en búsqueda de Jiménez Pérez y nunca más se supo

de él, manifestando los declarantes que se lo llevaron en una camioneta Nissan verde, cuatro puertas, conducida por Ubaldín Vallejo, vehículo que prestaba sus servicios a la Alcaldía Municipal de Aguazul.

Estos mismos declarantes, relataron la difícil situación de orden público del Municipio, indicando que allí mandaban las Autodefensas del Casanare bajo las órdenes de Martín Llanos, con quien tenía vínculos el entonces burgomaestre. Esta alianza ilícita, se corroboró con los testimonios de Luis Alberto Pedraza Lozano, Luis José Reyes Prada y Armando Montañez Puentes, quienes dieron fe del recrudecimiento de la violencia durante el período de Jiménez Pérez, las reuniones que este sostenía con los comandantes de las Autodefensas Campesinas del Casanare, el nombramiento de paramilitares como empleados del municipio y la entrega de un porcentaje de la contratación de la entidad territorial a esa organización.

Se contaba además, con los testimonios de los Concejales Pedro Antonio Coronel y José Vicente Hernández Gómez, quienes refirieron reuniones del ex Alcalde con alias Caballo, Rambo, Kelly, HK, Coplero, Zuluaga y Hermes Ríos. En especial, una que tuvo lugar en el año 2003 en el sitio denominado El Tropezón, donde según los declarantes fueron obligados a reunirse con Martín Llanos. Reseñaron a su vez el préstamo de las camionetas al servicio de la Alcaldía, entre ellas una verde cuatro puertas conducida por Ubaldín Vallejo, para transportar paramilitares y

"*levantar*" gente que luego desaparecían o asesinaban, así como la exigencia del 10% del valor de cada contrato.

Luis Antonio Gaucha, por su parte, indicó que en el año 2002 fue secuestrado por 5 hombres armados, que lo llevaron hasta la vereda La Horqueta, donde alias Solin se comunicó en su presencia con Jiménez Pérez a quien le informó de su secuestro y le pidió instrucciones, relato que coincide con lo manifestado por José Vicente Hernández Gómez, en el sentido de que era el burgomaestre quien decidía a quien desaparecían, mataban o reclutaban para la organización ilegal.

Finalmente, se contaba con los testimonios de María Dioselina Calderón y Willinton Javier Sánchez, quienes relataron que este celebró en compañía de Luis Alejandro Carreño un contrato con la Alcaldía de Aguazul, exigiéndoseles por los paramilitares el 10% de su valor, así como la desaparición de Carreño el 22 de agosto de 2002, tras ser abordado por hombres armados que se lo llevaron en una camioneta, justo después de haber expresado su temor por el citado pago.

Con sustento en los anteriores medios de convicción la Fiscalía impuso medida de aseguramiento al ex Alcalde de Aguazul, elementos de los cuales surgía sin dubitaciones no solo el lleno de los presupuestos formales para la imposición de la detención preventiva, sino el probable compromiso criminal de Jiménez Pérez en el concurso de conductas punibles investigadas.

Ahora bien, el objeto del control de legalidad le imponía a DUEÑAS GARCÍA el deber de contrastar el caudal probatorio con los fundamentos fácticos y jurídicos plasmados en la resolución que definió la situación jurídica de los allí procesados, deber que incumplió flagrantemente al limitar su decisión al análisis de los testimonios de Blanca Dilma Sánchez Quezada, Luis Antonio Gaucha y Pedro Antonio Coronel, para concluir a partir del reproche a estos tres elementos de convicción que no existía mérito para mantener la medida de aseguramiento.

Así, el juicio de responsabilidad de DUEÑAS GARCÍA se sustenta en que acogió servilmente la particular interpretación que de algunas de las pruebas hizo la defensa en su solicitud de control de legalidad, sin sopesar en su conjunto las pruebas en que se fundó la medida de aseguramiento y que evidenciaban el inocultable contubernio entre las Autodefensas Campesinas del Casanare y el allí procesado, así como su probable responsabilidad en las desapariciones investigadas, pruebas a las que ni siquiera se refirió en la decisión cuestionada.

En este orden, más allá de la simple omisión del deber de verificar la existencia de la prueba mínima necesaria para mantener la medida restrictiva, lo que se aprecia es una actitud consciente del procesado dirigida a tergiversar el objeto de prueba en beneficio de Jiménez Pérez, pues además de limitar su análisis a los citados testimonios, los

demeritó con argumentos amañados y ajenos a los postulados de la sana crítica.

Evidentemente, DUEÑAS GARCÍA no podía tener en cuenta en la decisión de control la retractación de Blanca Dilma Sánchez Quezada del 12 de diciembre de 2007, no solo porque esta era posterior a la resolución de situación jurídica y, por tanto, no fue valorada al imponer la medida de aseguramiento, ni apreciada por la Fiscalía de segunda instancia en razón del principio de limitación, sino porque al hacerlo, excedió las precisas facultades que le otorgaba el objeto de la decisión, que de suyo excluye la valoración probatoria y limita el debate a la legalidad de la medida de aseguramiento.

Lo propio sucede con el testimonio de José Luis Antonio Gaucha, el cual desacreditó el Juez con sustento en las declaraciones que, con posterioridad a la medida de aseguramiento, rindieron ante notario algunos de sus familiares cercanos, afirmando una supuesta incapacidad mental del testigo. Al igual que con el testimonio de Pedro Antonio Coronel, del que DUEÑAS GARCÍA se limitó a afirmar su declarada enemistad con Jiménez Pérez para demeritar su dicho.

Como si las irregularidades advertidas fueran poco, el doctor DUEÑAS GARCÍA se valió de un evidente artificio para reforzar la supuesta ilegalidad de la medida de aseguramiento, afirmando fuera de cualquier evidencia procesal que la orden de captura contra Jiménez Pérez fue

librada antes de darse apertura formal a la instrucción, premisa huérfana de cualquier medio de convicción que la respalde, pues en el formato mediante el cual se expidió se aprecia claramente que data del 15 de noviembre de 2007, misma fecha de la apertura de investigación.

Incurrió además en la falacia de asegurar la afectación al derecho de defensa o al debido proceso por haberse ordenado directamente la captura del burgomaestre, posibilidad a la que podía acudir la Fiscalía tratándose de los delitos de concierto para delinquir y desaparición forzada respecto de los cuales debe definirse situación jurídica (artículo 336 de la Ley 600 de 2000), norma que debía conocer el acusado dada su vasta experiencia como Juez Especializado.

En suma, la notoria ausencia de fundamento fáctico y jurídico en la providencia de control de legalidad proferida por el juez DUEÑAS GARCÍA, su evidente contradicción con las premisas normativas en que debía sustentarse el sentido de la decisión, la motivación falaz huérfana de sustento probatorio y la valoración de los medios de convicción con total desapego a los postulados de la sana crítica, permiten afirmar en el grado de conocimiento exigido que aquélla es producto de la arbitrariedad del funcionario judicial y responde a su intensión positiva de contrariar el ordenamiento jurídico.

En este orden, resulta inane cualquier esfuerzo dirigido a calificar la decisión de control de legalidad como

producto de la disparidad de criterios o de un simple yerro en la apreciación de la prueba. Por el contrario, del cúmulo de irregularidades advertidas se arriba a ese convencimiento racional sobre la responsabilidad penal de DUEÑAS GARCÍA, más aún, si se tiene en cuenta que el problema jurídico puesto a su consideración no contemplaba temáticas jurídicas complejas o la aplicación de preceptos normativos ambiguos que dieran lugar a apreciaciones disímiles.

5. En relación con el dolo, el prevaricato es un tipo penal que exige del sujeto activo el entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la decisión y la determinación de emitirla de esa manera. Así, no es necesario un móvil específico para apartarse de la ley, basta con que la providencia o resolución se profiera con conocimiento de su ilicitud, con conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, con independencia de la motivación específica del servidor público para ese proceder.

De ahí que para ratificar el dolo no se requiere acreditar ingredientes adicionales como la simpatía o animadversión hacia una de las partes o un acto de venalidad del funcionario, como pretende la defensa. Por el contrario, para dicho fin debe acudirse a la formación jurídica del doctor DUEÑAS GARCÍA y su experiencia como Juez Especializado desde el año 2001, cargo en el cual

resolvió múltiples controles de legalidad[1]. De allí que se infiera que las normas que regulan una decisión de tal naturaleza no le eran ajenas o novedosas y en consecuencia, que las desconoció flagrantemente en su proveído.

En efecto, sabía el doctor DUEÑAS GARCÍA que para la prosperidad del control de legalidad debía verificar la totalidad de los elementos de prueba que valoró la Fiscalía para imponer medida de aseguramiento al allí sindicado y comprobar la inexistencia de la prueba mínima requerida para ello. Sabía además, que para esa labor no podía sopesar testimonios inexistentes para el momento de resolver situación jurídica y menos aún, restarle mérito probatorio a las pruebas legal y oportunamente recaudadas, con sustento en declaraciones extra juicio y burdas retractaciones surtidas con posterioridad a la decisión cuya legalidad controlaba.

No obstante lo anterior, el procesado dirigió conscientemente su voluntad a proferir una providencia abiertamente contraria a la ley, en la cual, además de replicar sin mayor análisis los alegatos de la defensa, afirmó la vulneración del debido proceso por haberse librado orden de captura en contra del burgomaestre sin haberlo escuchado en versión libre y sin que se hubiera hecho apertura formal de la instrucción, afirmaciones a todas luces falsas y ajenas a la realidad procesal.

[1] Acorde con la prueba No. 29 de la Fiscalía, en el período comprendido entre los años 2004 y 2007, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal realizó 9 controles de legalidad.

Bajo este panorama, se concluye necesariamente que las anomalías de que hace gala la decisión de control son producto del actuar consciente y voluntario de DUEÑAS GARCÍA y no de una equivocada comprensión del mecanismo procesal.

6. No sobra precisar, que el tema de los fines de la medida de aseguramiento no fue abordado por el doctor IVÁN DE JESÚS DUEÑAS GARCÍA para cuestionar la medida de aseguramiento impuesta a José Mauricio Jiménez, ni hizo parte del debate de este proceso.

Con todo, en la citada resolución se mencionaron los fines de la medida y se ordenó a la Oficina de Protección de Víctimas y Testigos tomar medidas para proteger a Leidy Johana Rosas Moreno, Luis Alejandro Rosas Zambrano, Luis Alberto Pedraza Lozano, Pedro Antonio Coronel Patiño, Blanca Edilma Sánchez Quesada, Armando Montañez Puentes, Willinton Javier Sánchez Naranjo y María Dioselina Calderón Quesada, dadas las amenazas y persecución por cuenta de sus denuncias y declaraciones, circunstancia que fundó la necesidad de la medida impuesta.

7. En suma, contrario a lo afirmado por la defensa, la Fiscalía sí demostró la manifiesta ilegalidad del control de legalidad concedido por JESÚS IVÁN DUEÑAS GARCÍA, así como su proceder doloso, todo lo cual impone confirmar el fallo de condena impuesto en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia dictada el 28 de mayo de 2015 por el Tribunal Superior de Yopal.

2. DEVOLVER el diligenciamiento al Tribunal de origen.

Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria