

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP3812-2019

Radicación 55519

Aprobado mediante Acta No. 239

Bogotá, D.C, diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la doctora MARLEN ORJUELA RODRÍGUEZ, en su condición de Fiscal 100 Delegada ante el Tribunal, contra la sentencia de 24 de mayo de 2019, por medio de la cual la Sala Penal Mayoritaria del Tribunal Superior de Villavicencio absolvió a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO del delito de prevaricato por acción agravado.

ANTECEDENTES

1. Fácticos.

1.1. El 27 de junio de 2012, ante un Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Villavicencio, se celebró audiencia preliminar en la que se legalizó la captura de Carlos Hernando Barrera Alfonso; así como que la Fiscalía General de la Nación le imputó los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado en concurso homogéneo y fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas,

cargos que no aceptó.

Adicionalmente, en este mismo acto público, Barrera Alfonso fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

1.2. El 5 de septiembre de 2012, el Juez Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Villavicencio, negó la solicitud de revocatoria de la mencionada medida de aseguramiento solicitada por la defensa del imputado; decisión confirmada el 11 de octubre de la misma anualidad por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad.

1.3. Nuevamente, el 23 de enero de 2013, la defensa de Carlos Hernando Barrera Alfonso elevó solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Villavicencio, del que para entonces era titular RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO.

En esa fecha, el funcionario resolvió favorablemente el pedido de la defensa y dispuso levantar la detención preventiva mediante providencia que, en criterio de la Fiscalía, es ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico, no sólo porque los medios de prueba que sustentaban la afectación de la libertad permitían inferir razonablemente la responsabilidad del imputado en los delitos investigados, sino también porque el peticionario no aportó medios de conocimiento novedosos distintos de los que ya habían sido valorados por el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías para negar la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento y con los que concluyó que aquellos no permitían inferir razonablemente que hubiesen desaparecido los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

2. Procesales

2.1. En razón del precitado acontecer fáctico, el 15 de septiembre de 2014 ante el Juzgado

Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Villavicencio, la Fiscalía 2ª Delegada ante el Tribunal formuló imputación a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO como presunto autor del delito de prevaricato por acción agravado, conforme lo previsto en los artículos 413 y 415 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, cargo que no aceptó¹.

2.2. El escrito de acusación se radicó ante el Tribunal Superior de Villavicencio el 4 de diciembre de 2014²; sin embargo, ante la aceptación de los impedimentos manifestados por los Magistrados de la Sala Penal³, correspondió conocer del juzgamiento a una Sala de Conjueces asignados por sorteo.

2.3. La audiencia de formulación de acusación se celebró el 4 de mayo de 2015⁴; por su parte, la preparatoria tuvo lugar el siguiente 9 de junio⁵.

2.4. El juicio oral comenzó el 18 de agosto de 2015⁶, extendiéndose por varias sesiones⁷, culminando el 2 de febrero de 2017, fecha en la cual el Tribunal anunció sentido fallo absolutorio⁸.

2.5. El 18 de abril de 2018, el Tribunal resolvió anular oficiosamente la actuación «a partir de la iniciación de la etapa probatoria del juicio oral que se efectuó el 18 de agosto de 2015», con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 457 de la Ley 906 de 2004 -vulneración al principio de inmediación-⁹; decisión revocada por la Sala en auto AP1868-2018, del 9 de mayo de 2018, radicado 52632, para en su lugar disponer que «si los Magistrados que integran la Sala de Decisión no tienen discrepancia sustancial con el sentido del fallo, procedan a dictar la correspondiente sentencia y, de tenerla, para que de manera motivada y de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales de esta Sala rescindan ese particular acto y anuncien de nuevo el sentido del fallo con base en su autónomo criterio»¹⁰.

2.6. Es de precisar que por razón de la suspensión en el ejercicio del cargo decretada

contra dos Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Villavicencio y la culminación del encargo de uno de éstos, se dispuso «recomponer la Sala de Decisión», razones por las que el Juez colegiado quedó conformado por la Magistrada Patricia Rodríguez Torres, en condición de ponente, y los Conjueces María Consuelo Caballero Esquivel y Humberto Hernán Castañeda Chaux¹¹.

2.7. Nuevamente las diligencias en el Tribunal, el 24 de mayo de 2019, se dio lectura a la sentencia anunciada, a través de la cual se absolvió a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO del cargo de prevaricato por acción agravado por el cual fue acusado.

2.8. Inconforme con la decisión, la Fiscalía Delegada interpuso recurso de apelación.

3. LA DECISIÓN IMPUGNADA

El fallo objeto de apelación determina los hechos, el decurso procesal y los alegatos de partes e intervinientes, para después hacer referencia a las actuaciones adelantadas al interior del proceso adelantado contra Carlos Hernando Barrera Alfonso -imputación, imposición de la medida de aseguramiento, primera solicitud de revocatoria y decisión cuestionada-; luego de ello, asume el estudio dogmático del delito de prevaricato por acción, en remisión expresa a lo que sobre el particular ha dejado sentado la jurisprudencia de esta Corte.

Seguidamente, advirtió el Tribunal que ningún valor suasorio tendrían los elementos de prueba atinentes a la estipulación No. 5, dado que los mismos corresponden en gran proporción a la etapa de juzgamiento de la causa penal seguida contra Barrera Alfonso, escenario diametralmente opuesto y distinto en tiempo a aquel en el cual el acusado tomó la decisión que la Fiscalía General de la Nación reputa como manifiestamente contraria a la ley.

Posterior a ello, indicó el A quo que, acorde con la acusación se establecía que el reproche

respecto de la decisión adoptada por el doctor RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, en su condición de Juez Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Villavicencio, se circunscribía a la ausencia de medios de convicción novedosos que le habilitaran entrar a analizar si habían desaparecido los requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, así como la indebida valoración de los elementos de prueba que le fueron puestos de presente como sustento de la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento.

En ese contexto, advirtió que, contrario a lo argumentado por la Fiscalía General de la Nación, si existían elementos de prueba novedosos que habilitaban en los términos del artículo 318 de la Ley 906 de 2004 la competencia del acusado para pronunciarse sobre la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento – informe No. 5021223 del 22 de octubre de 2012, suscrito por José Alfredo Bolívar Rodríguez, declaración rendida por Carlos Enerio Beltrán Bejarano y certificación expedida por Patricia Costa Casallas, Gerente de la IPS Imágenes Diagnosticas del Llano-.

De otra parte, señaló que las apreciaciones del ente fiscal referidas a que el procesado no podía considerar nuevamente las evidencias que se colocaron de presente en la primera audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento, no tenían sustento jurídico, pues el acusado como juez constitucional tenía la obligación de valorar y analizar todo el material probatorio puesto a su disposición, máxime cuando existía prueba novedosa que tenía la aptitud para demoler los fundamentos tenidos en cuenta para la imposición de la medida de aseguramiento.

Agregó el Tribunal que, el acusado en ningún momento desconoció que valoró elementos probatorios que ya habían desfilado en el curso de otra diligencia, por el contrario, fue honesto con las partes expresando las razones que lo llevaron a ello, esto es, que las nuevas evidencias sobrevinientes que activaron su competencia se encontraban concatenadas con las presentadas en oportunidades anteriores, en el entendido que si la hipótesis de la

defensa apuntaba a eliminar del lugar de los hechos la presencia de su prohijado y situarlo en otra municipalidad, pues necesariamente debía absolver dicha circunstancia.

En ese sentido, anotó el Tribunal que el estudio que ARDILA BAQUERO realizó sobre la presunta fecha en que habrían ocurrido los homicidios que se le enrostraban a Carlos Hernando Barrera Alfonso y la conclusión a la que llegó sobre el particular – que existía duda respecto de que dicho ciudadano estuviese en dicho lugar-, no fue el resultado amañado de la interpretación de los medios de prueba que le fueron presentados, por el contrario, fue un análisis serio y juicioso de los mismos.

Dijo no haber encontrado además argumento válido para que el acusado se hubiere visto compelido a desechar la versión que rindiera Carlos Enerio Beltrán Bejarano, pues además de ser un elemento de prueba que no había sido debatido, permitía de alguna manera considerar que en el grupo delincucional investigado existía otro sujeto con el alias del «Ingeniero», lo que generaba aún mayor duda en cuanto a la inferencia de autoría o participación de Barrera Alfonso en los hechos investigados.

Precisó además el A quo que así como las entrevistas presentadas por el ente Fiscal para solicitar la medida de aseguramiento merecieron credibilidad, para RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO el dicho de Carlos Enerio Beltrán Bejarano también lo alcanzó.

De otra parte, dijo el Tribunal no ser tan cierto como lo advirtió la Fiscalía que, ARDILA BAQUERO no hizo referencia a los delitos de concierto para delinquir y porte ilegal de armas de fuego de las Fuerzas Armadas, conductas punibles por las que igualmente se había impuesto medida de aseguramiento, pues al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la decisión confutada, subsanó tal ausencia argumentativa.

Agregó que aunque la argumentación del procesado en tal sentido no fue la más seria, adecuada o acertada, lo cierto es que de aquella no se evidenciaba flagrantemente una intensión desdeñada de manipular los elementos de prueba que ya habían sido

considerados con miras al otorgamiento de la libertad del «Ingeniero», pues si se acogía la tesis de la defensa, indiscutiblemente también podían, en sede de probabilidad, desfigurarse los demás punibles imputados.

Señaló en consecuencia que, la determinación adoptada por el acusado no fue el producto de una valoración irracional y de conclusiones abiertamente contrapuestas a lo que realmente demostraban los elementos de prueba con los que tuvo que resolver la petición preliminar de revocatoria de la medida de aseguramiento, de tal manera que se tratara de un mero reflejo de una postura caprichosa o arbitraria, o que la decisión se tornara de bulto grosera u ostensiblemente ilegal, como para determinar que se logró configurar el ingrediente normativo para ser catalogada como frontalmente contraria a la ley.

Por el contrario, la libertad concedida fue el resultado de un análisis particular de la situación que se mostraba compleja para la judicatura, que admitía varias interpretaciones de los medios de convicción que la constituían, y diversas posturas frente a la manera en que debía resolverse la solicitud, sin que se encuentre una contundente ilegalidad.

Precisó además que, la Fiscalía no realizó consideración alguna que llevara a inferir la existencia de algún factor para que el agente activo de la conducta quisiera infringir voluntariamente la ley, es decir que confluyeran los elementos cognitivo y volitivo que se requieren para la configuración del actuar doloso del acusado.

Así las cosas, concluyó que al no configurarse el presupuesto esencial de tipicidad de la conducta de prevaricato por acción agravado por el que fue acusado RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, respecto de la providencia adoptada por aquel el 23 de enero de 2013, en calidad de Juez Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Villavicencio, la decisión que debía adoptarse era la absolución de dicho ciudadano.

LA IMPUGNACIÓN

La Fiscal 100 Delegada ante el Tribunal insistió en señalar que la decisión adoptada por el acusado en la audiencia del 23 de enero de 2013 que accedió a la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta a Carlos Hernando Barrera Alfonso, como autor de los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado en concurso homogéneo y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego de las Fuerzas Armadas, es ostensiblemente contraria a derecho, porque desconoció los postulados de los artículos 308 y 318 de la Ley 906 de 2004, pues al no existir prueba sobreviniente que permitiera inferir razonablemente que habían desaparecido los presupuestos considerados para establecer que el citado ciudadano podía ser autor o participe de las conductas por las que fue acusado, no se podía revocar la medida impuesta.

Tan es así, dijo la impugnante, que luego de adelantado el trámite procesal y ante la contundencia de los elementos de pruebas, mismos que sirvieron de fundamento para la imposición de la medida de aseguramiento, Barrera Alfonso aceptó los cargos y fue condenado como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio, concierto para delinquir y porte ilegal de armas.

Dijo no entender cómo se justifica una decisión en la que se revoca una medida de aseguramiento impuesta por tres delitos, cuando en la misma tan solo se hizo alusión a una de las conductas punibles. Recuerda que el procesado se refirió al homicidio, desconociendo que igualmente se le estaba investigando y se le había afectado su libertad por pertenecer a un grupo al margen de la ley, donde de manera directa los testigos de cargo lo señalaban como el segundo al mando, además de ser el encargado de las finanzas del grupo, entre otras funciones ilegales.

Insistió en señalar que aquellas pruebas que fueron practicadas o recolectadas luego de adelantarse la primera audiencia de solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, no pueden ser consideradas como elementos sobrevinientes, pues tal categoría solamente puede ser personificada por aquellos medios de conocimiento que de

alguna manera permitan inferir razonablemente que desaparecieron los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, lo que no podía deducirse de una simple certificación de una IPS o una declaración de una persona que ni siquiera tenía que ver con la investigación, amén de que sus dichos habían sido desvirtuados por otros elementos de pruebas puestos de presente igualmente al juez procesado.

Consideró que incluso el acusado invadió roles que no le correspondían para decidir acerca de la solicitud de la revocatoria de la medida de aseguramiento, pues actuó como juez de conocimiento, valorando aspectos propios de la etapa del juicio. Ello por cuanto, en su decisión procedió a hablar de una duda razonable cuando lo que debía hacer simplemente era verificar si los requisitos del artículo 308 habían desaparecido.

Insistió en indicar que las llamadas pruebas sobrevinientes no permitían excluir la inferencia razonable de autoría del procesado en las conductas punibles, tan solo refutaban lo indicado por los 3 testigos que rindieron entrevista y que sirvieron de fundamento para la imposición de la medida de aseguramiento, luego no podía afirmarse con probabilidad, como en efecto se hizo, que existía una duda razonable frente a la participación del acusado en los homicidios, mucho menos en el concierto para delinquir y el porte ilegal de armas.

Además, no es cierta la afirmación que la supuesta prueba novedosa permitió concluir que para la fecha de los homicidios Barrera Alfonso no se encontraba presente en el lugar donde fueron perpetrados los homicidios, pues dicha hipótesis se adoptó precisamente considerando prueba que ya había sido objeto de análisis, esto es, el registro de llamadas telefónicas y el supuesto envío de algunos giros, la que por cierto ya había sido desechada por la judicatura al no tener la contundencia necesaria para desvirtuar la inferencia de autoría del procesado.

Precisó que el tema abordado no comportaba mayor complejidad, pues hacía parte del devenir diario de los jueces de control de garantías, por lo que no podía considerarse que

era un caso complejo, y de esta manera justificar una decisión arbitraria y contraria a la ley.

Por lo anterior, solicitó revocar la decisión absolutoria adoptada a favor de RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, para que en su lugar, se le condene como autor del delito de prevaricato por acción agravado.

NO RECURRENTES

1. El Procurador Judicial 87 Penal II de Villavicencio solicitó confirmar la decisión impugnada, pues es la misma Fiscalía quien reconoce que existió prueba sobreviniente para que desde un punto formal se admitiera la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento. Darle credibilidad o no a la misma precisamente es la dinámica de la audiencia.

Dijo que la judicatura no puede aceptar como fundamento del prevaricato decisiones posteriores a la emisión de la providencia censurada, pues de hacerlo todos los jueces de garantías correrían el temor de ser investigados si posteriormente sus decisiones son revocadas.

Señaló que contrario a lo señalado por la Fiscalía no solamente se debe probar que la decisión sea contraria a la ley, sino que adicionalmente debe demostrarse ese componente subjetivo de que realmente se está ante una decisión burda, grosera, que quiera contrariar la norma, lo que no fue acreditado.

Refirió que el criterio adoptado por el juez investigado puede ser equivocado, pero ello no significa que la decisión que adoptó sea prevaricadora. Una cosa es la plausibilidad de las decisiones y otra muy distinta es que las decisiones sean abiertamente contrarias a la ley, circunstancia que en ningún momento se aprecia en la providencia censurada.

Adujo que el juez acusado en ningún momento se convirtió en una tercera instancia, pues el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal le permitía volver a analizar los elementos que lo llevara a la inferencia razonable sobre la autoría y responsabilidad, incluso hasta aquellos que ya habían sido valorados.

2. En igual sentido la Defensa solicitó confirmar la absolución, pues lo que debió demostrar la Fiscalía, como lo anunció y consignó en el escrito de acusación y al momento de formular la misma, es si hubo o no prueba sobreviniente que le permitiera al juez acusado resolver la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, aspecto por cierto ni siquiera controvertido por la delegado fiscal.

Consideró que la decisión adoptada respecto de los homicidios, irradiaba con los demás delitos, pues si se estaba acusando a Barrera Alfonso por haber sido visto portando armas de fuego en el momento en que fueron asesinadas varias personas y se demostró con la prueba sobreviniente que éste no estaba en dicho lugar, pues lo lógico era concluir que tampoco podía ser autor del concierto para delinquir y porte ilegal de armas de uso privativo, máxime cuando al resolver el recurso de reposición se hizo referencia explícita a dichas conductas punibles.

Insistió en señalar que es la propia Fiscalía quien asegura que si hubo prueba sobreviniente, solo que éstas no resultaban suficientes para la revocatoria, aspecto que no puede conllevar a ilicitud alguna, pues aunque la decisión no sea plausible o respetada, ello en manera alguna indica que sea ostensiblemente contraria a ley.

Dijo no entender como la Fiscalía señala que en una audiencia preliminar de solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento no se puede hablar de duda respecto de la autoría y/o participación del procesado, pues precisamente esto es lo que debe demostrarse, que existen nuevos elementos materiales probatorios que permiten inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Reiteró que los elementos presentados por la defensa como sobrevinientes analizados en conjunto con los ya existentes permitían sin lugar a dudas concluir que esa inferencia razonable sobre la autoría del procesado Barrera Alfonso en las conductas punibles por las que fue imputado desapareció, razones por las que era viable revocar la medida de aseguramiento.

Criticó igualmente la afirmación del ente fiscal en el entendido que para la configuración del delito de prevaricato solo debe acreditarse que la decisión sea manifiestamente ilegal, cuando ha sido la misma jurisprudencia la que ha advertido que además se debe probar un aspecto subjetivo, el cual en ningún momento fue determinado, esto es, que en el proceder de RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO mediaba la intención de consumir un acto ilícito, por el contrario, como bien lo señaló el Tribunal A quo, ello obedeció a un análisis ponderado, juicioso de los elementos de prueba, que puede ser objeto de críticas, claro que sí, pero no por ello puede afirmarse que está en presencia de un prevaricato, razones por las que reiteró que debía confirmarse la sentencia absolutoria.

3. El acusado RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO reiteró que tuvo en su poder o mejor fue allegado elemento nuevo que lo habilitaba para pronunciarse y reconsiderar las primigenias consideraciones que fueron tenidas en cuenta por la sede judicial al momento de solicitar la primera revocatoria de la medida de aseguramiento.

Admitió que no menciona los delitos de concierto para delinquir y porte de armas, pero ello no es suficiente para demostrar el dolo, pues la valoración que se hizo fue integral, además, al momento de resolver el recurso de reposición dio respuesta del porque no existía esa inferencia razonable frente a esas conductas punibles.

Igualmente refirió que la Fiscalía no demostró el querer ilícito en la decisión censurada, simplemente no comparte las apreciaciones allí consideradas, en tanto, luego Barrera Alfonso fue condenado.

Luego de hacer algunas argumentaciones frente a las pruebas puestas a su disposición, del porque las consideró sobrevinientes, solicitó confirmar la sentencia, pues en ningún momento su intención como Juez de la Republica fue emitir una decisión contraria a ley, por el contrario, y como bien lo señaló el Tribunal A quo, el producto de ésta fue el análisis serio, ponderado y en conjunto de todos y cada uno de los medios de conocimiento que le fueron puestos a su disposición.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Sala es competente para conocer del recurso de apelación impetrado por la Delegada de la Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

2. Como quiera que en virtud del principio de limitación la competencia del superior funcional está restringida a las circunstancias objeto de impugnación y las que le estén inescindiblemente asociadas, el examen de la Sala se circunscribirá a aquéllas sobre las cuales la recurrente ha exteriorizado discrepancia.

3. En ese contexto, como las alegaciones de la apelante se dirigen a cuestionar los argumentos del Tribunal a partir de los cuales se desvirtuó la tipicidad objetiva del tipo penal imputado y por el cual se acusó a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, en orden a abordar el análisis del tema, se parte por señalar que el delito de prevaricato por acción se encuentra definido en el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, modificado por el canon 14 de la Ley 890 de 2004, así:

Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

La conducta así definida es de sujeto activo calificado, pues el agente debe ser un servidor público, y de verbo rector simple – proferir –, que aparece acompañado de los elementos normativos «resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Ley».

En ese entendido, desde el aspecto objetivo, el delito se configura cuando el servidor público, judicial o administrativo, emite, en ejercicio de sus funciones, una decisión que contraviene de manera ostensible, grosera o evidente la Ley, entendida esta en su concepción material, es decir, cualquier norma jurídica aplicable al caso concreto sobre el cual le corresponde proveer.

En relación con el aspecto subjetivo de la conducta, es claro que únicamente fue consagrada por el legislador en la modalidad dolosa, lo que supone que la contrariedad entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico debe ser producto de la voluntad conscientemente dirigida a emitir una decisión ilegal. En ese orden, están excluidas del escrutinio penal las decisiones cuya oposición manifiesta a la Ley se deriva de la impericia, ignorancia o inexperiencia del funcionario¹².

En recientes pronunciamientos, y particularmente en lo que atañe a la configuración del delito de prevaricato por acción por decisiones proferidas por funcionarios judiciales, la Corte ha considerado necesario que, además de estar acreditado el dolo, se constate una finalidad delictiva inequívocamente en el comportamiento del agente¹³, bien sea mediante prueba directa de ello o a través de inferencias razonables que permitan tenerla por cierta, pues de lo contrario pueden resultar sometidas a respuesta punitiva providencias o decisiones que, aunque no se compartan, han sido proferidas dentro del ámbito de discrecionalidad judicial que es transversal al adecuado funcionamiento de la administración de justicia.

Esa finalidad delictiva se verifica cuando la decisión es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un reato subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente obrar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concurre el ánimo protervo de beneficiar a otra persona, pero sí de decidir contrariamente a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

La decisión contraria a derecho, punible, además del sentido técnico que se le atribuye en el ámbito de las ciencias jurídicas, tiene una connotación corriente asociada al lenguaje común, conforme la cual debe entenderse como «alterar y trastocar la forma de algo», o bien, «echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo»¹⁴.

La función jurisdiccional está regida por los fines esenciales del Estado – servir a la comunidad y asegurar la vigencia de un orden justo, entre otros¹⁵ –, y por los que le son propios a la administración de justicia, en concreto, los de «hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional»¹⁶. En todas las actuaciones judiciales debe primar el derecho sustancial¹⁷ y los funcionarios judiciales, en cuanto emiten pronunciamientos, «están sometidos al imperio de la Ley¹⁸», no así a su propio arbitrio o capricho.

En esas condiciones, cuando el funcionario judicial en ejercicio de sus funciones resuelve apartarse tozudamente del orden jurídico, desconocerlo por un acto deliberado de poder o quebrantarlo por la única razón de ser esa su voluntad, obra también con una finalidad delictiva, pues por esa vía está alterando, trastocando o depravando la función jurisdiccional misma, que no debe estar orientada por propósitos personales o egoístas, sino por la realización de la justicia material.

Por otro lado, el agravante atribuido a RAÚL HERNÁN ADILA BAQUERO está previsto en el artículo 415 del Código Penal:

Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro.

4. Precisadas tales aristas, la Sala advierte que en el caso concreto sólo existe discusión frente a dos de los elementos atrás descritos, esto es, que la revocatoria de la detención preventiva en centro de reclusión es ostensiblemente contraria a derecho y, además, sobre la existencia de dolo en el proceder de ARDILA BAQUERO, quien habría decidido apartándose de los postulados de independencia y autonomía judicial tanto en la toma de decisiones como en la valoración probatoria.

5. Ahora, previo a adelantar un análisis concreto de las circunstancias fácticas y jurídicas propias del presente asunto, la Corte estima pertinente reiterar que una de las modalidades del prevaricato por acción puede consistir, precisamente, en la emisión de una decisión como resultado de una valoración probatoria amañada, es decir, un producto que desdice y contradice aquello que la evidencia, objetivamente apreciada indica y acredita.

En tal sentido, de interés para los actuales fines, la jurisprudencia en la materia tiene establecido que:

La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir

de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.

Así las cosas, la manifiesta contrariedad con la ley de la decisión judicial puede provenir de alguno de los supuestos mencionados que hacen arbitraria o aparente la apreciación probatoria, los cuales -según lo dicho- tienen origen en la voluntad y conciencia del funcionario que decide actuar de ese modo y no en un error propio de valoración en el cual pudiera haber incurrido al apreciar un medio de prueba”¹⁹. (Destaca la Corte).

6. Efectuada tan valiosa precisión, conviene aclarar que, en estricto sentido, el reproche penal en este asunto no se cimenta en la revocatoria de la medida, pues siendo excepcional la restricción de la libertad y encontrándose el Juez con Función de Control de Garantías

expresamente legitimado para adoptar dicha determinación²⁰, mal puede sostenerse que la manifiesta ilegalidad de la decisión adoptada por el procesado radique en la concesión de la libertad.

Por el contrario, lo que se considera lesivo de intereses jurídicamente tutelados es la emisión de esa decisión, tan trascendental, con fundamento en una simultánea manipulación, distorsión y omisión del contenido claro e indiscutible de las evidencias recaudadas, como proceder que genera una mutación de lo decidido para convertirlo en manifiestamente ilegal en razón de la arbitraria o aparente apreciación probatoria.

Ello se desprende precisamente de lo consignado en el escrito de acusación, donde la Fiscalía refirió que la decisión emitida el 23 de enero de 2013 por el Juez Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Villavicencio, es ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico, porque los medios de conocimiento aportados por la defensa en manera alguna permitían inferir que la autoría o participación del imputado Barrera Alfonso en los delitos de homicidio, concierto para delinquir agravado y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, había desaparecido, por el contrario, un análisis en conjunto de éstos con los considerados al momento de imponer la medida de aseguramiento llevaban a establecer que el procesado era el presunto responsable de tales conductas punibles.

7. En ese contexto, el análisis en sede de segunda instancia se centrará en los requisitos formales y sustanciales que viabilizan la revocatoria de la medida de aseguramiento, los contenidos de las decisiones a través de la cual se impuso dicha medida y que se califica como prevaricadora, y a partir de éstas, el alcance probatorio de los elementos materiales probatorios presentados por la defensa del imputado en el marco de lo acreditado en esa etapa primigenia de la indagación, con el objetivo de determinar en concreto si, efectivamente, la justipreciación de las evidencias fue i) integral y ii) notoriamente contraria a lo que éstas reflejaban en realidad.

8. La revocatoria de la medida de aseguramiento.

Una vez impuesta una medida de aseguramiento, de las contempladas en el artículo 307 del Estatuto Procesal, en los precisos términos del artículo 318 ejusdem, le asiste el derecho a cualquiera de las partes, pero con especial interés a la defensa, de elevar ante el Juez de control de garantías una solicitud de revocatoria de la cautela decretada «presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308»²¹.

La disposición a la que se hace referencia contiene dos supuestos materiales de cuya verificación simultánea pende la solución de la solicitud planteada: de un lado, la presentación de evidencia sobreviniente que suscita y justifica la revocatoria y, de otro, evidente fortaleza demostrativa de esos elementos materiales probatorios o de esa información legalmente obtenida para demostrar razonablemente la desaparición de las exigencias previstas para su imposición.

De conformidad con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, para que el juez de control de garantías imponga una medida de aseguramiento es necesario que los elementos materiales probatorios permitan inferir razonablemente que el imputado puede ser responsable del delito y, de manera concurrente, que en el caso concreto se cumple al menos una de las siguientes finalidades, a saber: i) evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; ii) peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o iii) riesgo de no comparecencia al proceso o de no cumplimiento de la sentencia.

Tratándose de la detención preventiva, como la que fue ordenada en aquel proceso adelantado contra Carlos Hernando Barrera Alfonso y a quien se le atribuyó autoría en los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, por hacer parte de un grupo al margen de la Ley dedicado al tráfico de estupefacientes, homicidios, desplazamientos, entre otras ilicitudes, que

masacró a por lo menos cuatro ciudadanos por el control de la región, el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, supedita la procedencia de la mencionada medida de aseguramiento a que se verifique alguno de los siguientes supuestos: i) el delito por el que se procede se trata de aquellos que son competencia de los jueces penales de circuito especializados; ii) un punible investigable de oficio y que tenga señalada una pena mínima de cuatro años o más de prisión; iii) de los que se encuentran tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes; o, por último, cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro de los tres años anteriores²².

Así las cosas, la restricción de la libertad en el proceso penal, siendo excepcional y reglada, es el resultado de la acuciosa valoración de evidencias que tiene lugar en el marco de una ponderación sobre la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida para garantizar el logro de un contenido de orden constitucional. Ese ejercicio judicial está predeterminado por las precisas particularidades del asunto, la calidad de las víctimas, la suficiencia de los elementos materiales probatorios, el perfil del procesado y la naturaleza del punible.

Este recuento adquiere la mayor trascendencia al momento de decidir la revocatoria de la medida preventiva, por cuanto así como al imponer la medida de aseguramiento, para revocarla el estándar probatorio legalmente establecido para tales efectos es el de la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.

Dicha intelección obtenida de los elementos materiales probatorios, evidencia física o medios de información legalmente obtenidos presentados en audiencia, le permiten al juez deducir, luego de una ponderación lógica sobre la seriedad y jerarquía de las diferentes hipótesis, en grado de probabilidad que el imputado i) es autor o participe del delito y ii) no comparecerá al proceso o constituye un peligro para la comunidad o puede obstruir el ejercicio de la justicia.

Así entonces, la procedencia de la revocatoria exige, necesariamente, reconstruir analítica y probatoriamente los elementos que permitieron acreditar los requisitos formales y sustanciales para que resultara viable la afectación preventiva a la libertad.

Con el propósito de alcanzar tal particular cometido, se tiene establecido, de tiempo atrás, que «el solicitante tiene una carga procesal en cuanto ha de aportar elementos probatorios nuevos o información obtenida legalmente que no hubieren sido tenidos en cuenta con anterioridad cuando se decretó la medida de aseguramiento o la sustitución de la misma, pues sólo en esa hipótesis será posible al juzgador realizar una inferencia razonable para decidir si desaparecieron o no los elementos que estructuraron los requisitos que para el decreto de la medida de aseguramiento fueron tenidos en cuenta cuando ella se decretó y decidir, en consecuencia, lo que fuere pertinente»²³.

Por tanto, le corresponde al funcionario judicial, al pronunciarse sobre la solicitud de revocatoria de una medida de aseguramiento, constatar que los requisitos establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 han efectivamente desaparecido y que esa conclusión encuentra fehaciente respaldo en el poder suasorio de la nueva evidencia.

La específica caracterización de esa exigencia merece un detenido estudio, en razón de su incidencia en el caso concreto.

La revocatoria de la medida de aseguramiento exige que el medio suasorio sobreviniente sea de tal entidad, que lleve al servidor judicial a considerar que los presupuestos que

otrora existían como fundamento para privar de la libertad a la persona han desaparecido.

La exigencia de novedad de los elementos probatorios para solicitar la revocatoria no debe ser entendida, desde un cariz frío y formalista, como la identificación con una fecha posterior de acopio y/o práctica, sino que resulta necesario comprenderlo como una característica sustancial, inherente a la evidencia, por virtud de la cual se allega a la actuación un contenido distinto y diferente a aquel que ya obraba en ésta.

Es decir, se está ante un medio con la fuerza necesaria para derruir los fundamentos de la medida de aseguramiento, bien sea porque descarta la autoría o participación o responsabilidad del imputado o porque acredita que ningún fin constitucionalmente legítimo es perseguido. En caso contrario, si no se logran dichos propósitos y la convicción sobre las circunstancias fácticas permanece razonablemente inalterable no procederá la revocatoria, en tanto la nueva información carece de la aptitud y suficiencia para desdibujar las deducciones que edificaron la restricción de la libertad.

.

Con esa orientación, es claro que no se trata de una segunda valoración de las evidencias que justificaron la adopción de la medida, como si impropriamente se surtiera el análisis de un recurso de apelación, sino de la exigencia sustancial insoslayable de presentación de un medio demostrativo apto e idóneo para desvirtuar la inferencia razonable de autoría o la necesidad concreta de la medida por ausencia de finalidad constitucional que llevó a decretarla.

La carga procesal que le asiste al peticionario implica, además, que la desaparición de la inferencia o de la necesidad de la medida se acredite con nuevos elementos materiales probatorios, mas no con fundamento en la simple presentación de argumentaciones o de relecturas de lo que ya había sido objeto de valoración al momento de decretar la medida preventiva.

En el caso concreto, la gravedad de los hechos denunciados, en conjunción con la trascendencia de la revocatoria, demandaban del juez de garantías una actitud rigurosa en extremo, a fin de garantizar que la medida impuesta sólo podía ser revocada ante la cabal demostración de nuevas realidades de entidad suficiente para desvirtuar la vigencia, necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad de la medida impuesta.

El cumplimiento de esa inexorable carga debía reflejarse, necesariamente, en una sólida argumentación tendiente a dejar en evidencia que había desaparecido el motivo legal que fundamentó su imposición.

En el presente asunto, debía dirimir el procesado, con respaldo en lo que demostraban los nuevos elementos materiales probatorios allegados, esto es, la i) la certificación expedida por Patricia Costa Casallas, Gerente de la IPS Imágenes Diagnosticas del Llano; ii) interrogatorio rendido por Carlos Enerio Beltrán Bejarano; y iii) Informe No. 5021223 del 22 de octubre de 2012, suscrito por José Alfredo Bolívar Rodríguez, en calidad de Investigador del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, si había una mutación del estado de cosas acreditado, imperante para el 27 de junio de 2012, día en el que fue impuesta la medida cautelar, de tal entidad que resultara viable sostener que la inferencia razonable de autoría había sido desvirtuada.

9. Fundamentos de la medida de aseguramiento

Para imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva contra Carlos Hernando Barrera Alfonso, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Villavicencio, por los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, tuvo de presente los interrogatorios rendidos por los exintegrantes del grupo ilegal denominado «Libertadores del Vichada» señores John James Lagares Álvarez alias “Lagari”, Loeyver Johangel Pérez Ortiz alias “El Mono” y Faber Augusto Quintero Palacios

alias “El Paisa”; los reconocimientos fotográficos realizados por aquellos y los dictámenes de necropsia practicados a los cuerpos de los sujetos conocidos con los alias de “África”, “Afriquita”, “Carro Loco” y “Lagartija”, suscrito por un profesional del Instituto Nacional de Medicina Legal el 17 de febrero de 2012, con sus respectivas actas de inspección a cadáveres.

Concretamente frente a la autoría y participación del imputado Barrera Alfonso en los delitos imputados, señaló el funcionario judicial que los citados ciudadanos refirieron haber pertenecido a la nueva organización delincencial que se autodenominó «Libertadores del Vichada», que nació como disidencia del «Ejército Revolucionario Partido Comunista –ERPA–», cuyo comandante era Albert Narváez Mejía, conocido con el alias de “Careto”, y segundo al mando alias “El Ingeniero”, quien según las actividades de investigación (reconocimientos fotográficos practicados por los citados ciudadanos) se trata del señor Carlos Hernando Barrera Alfonso, de quien además se dijo cumplía funciones de reclutamiento y colaboraba con la dotación de víveres.

Añadió el juez de garantías que, el potencial testigo John James Lagares Álvarez alias “Lagari”, quien se entregó al Ejército Nacional ante el temor que el líder de la organización lo asesinara, dio a conocer que alias “El Ingeniero” participó en la masacre ocurrida el 13 de febrero de 2012 de otros miembros de la organización conocidos con los alias de África, alias Carro Loco, alias Lagartija y alias Afriquita, indicando en qué lugar podrían ser encontrados los cadáveres de estas personas y señalando también una caleta con armamento y municiones; circunstancias de tiempo, modo y lugar a la que igualmente hicieron referencia los otros dos testigos de cargo.

Es más, dijo el funcionario judicial, que las afirmaciones de Lagares Álvarez quedaron corroboradas cuando las autoridades judiciales realizaron el operativo respectivo y hallaron los 4 cadáveres y la caleta con 11 fúsiles y 4839 cartuchos para fusil.

Seguidamente encontró satisfechas las exigencias del artículo 313 de la Ley 906 de 2004²⁴; así como los aspectos subjetivos consagrados en el numeral 2º del artículo 308 del mismo estatuto²⁵, en concordancia con los lineamientos fijados en artículo 310 numerales 1º, 2º y 5º²⁶, ello de cara al objetivo constitucional contemplado en el numeral 2º del artículo 308 ibídem.

10. Fundamentos de la revocatoria.

Corresponde, entonces, identificar cuáles fueron las consideraciones que tuvo en cuenta RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO para revocar la medida de aseguramiento y, en ese escenario, determinar sí, tal y como lo afirma la Fiscalía General de la Nación, esa precisa decisión desconoció abierta y arbitrariamente el contenido de los elementos materiales probatorios puestos a su disposición para establecer, en el caso concreto, la vigencia o no de los requisitos contemplados en los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004, pues respecto a la presentación de elementos sobrevinientes no existe discusión que éstos fueron allegados al proceso.

El acusado ARDILA BAQUERO dividió su argumentación en varios puntos, entre los que se refirió inicialmente al instituto jurídico de la revocatoria de la medida de aseguramiento contenido en el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal, para seguidamente señalar en el acápite segundo de su decisión, que los aspectos relacionados con la credibilidad o legalidad de los elementos de prueba allegados era un asunto que se debía debatir en el juicio.

En ese sentido advirtió que el objeto de la diligencia convocada era establecer si existían medios de conocimiento sobrevinientes al 5 de septiembre de 2012, fecha en la que se llevó a cabo la primera audiencia que denegó la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta a Barrera Alfonso, que conllevaran al cese de la efectiva privación de la libertad del sindicado por haber desaparecido los fundamentos que dieron origen a su

imposición.

Seguidamente, el juez investigado recordó las bases documentales y testimoniales sobre las cuales el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Villavicencio, cimentó la imposición de la medida de aseguramiento, esto es, los interrogatorios y reconocimientos fotográficos que rindieran John James Lagares Álvarez, Loeyver Johangel Pérez Ortiz y Faber Augusto Quintero Palacios, miembros de la organización al margen de la ley que se entregaron voluntariamente, advirtiendo que no había lugar a desestimarlos pues esa era una función judicial en sede de juicio; el juez de garantías no tenía competencia para «quitarles credibilidad o seriedad».

No obstante, consideró que en los dichos de los mencionados testigos de cargo existían aspectos novedosos que no habían sido valorados por sus antecesores, como que Faber Augusto Quintero Palacios, pese a mencionar una gran cantidad de supuestos alias integrantes de la organización delincuencia de la que se dijo pertenecía Barrera Alfonso, lo cierto es que finalmente no lo señala como participante de la sociedad criminal.

Luego, se ocupó de establecer la presunta fecha en que fueron ajusticiados los cuatro miembros de la organización criminal. Para tales efectos, dijo que existía dentro del plenario el informe No. 5021223, del 22 de octubre de 2012, suscrito por José Alfredo Bolívar Rodríguez, funcionario del CTI, de donde se podía inferir que el día 13 de febrero de 2012, fue la fecha en que los testigos de cargo se desmovilizaron, lo que de suyo descartaba el 14 de febrero-fecha consignada en el escrito de acusación - como aquella en la que se cometió la masacre. Hizo referencia igualmente al informe del investigador de nombre William Gantiva, donde se ratifica que el 13 de febrero de 2012, fue la fecha en que se entregaron los tres testigos de cargo al Ejército Nacional.

Partiendo de dicha circunstancia y reconociendo la complejidad del tópico atinente a la fecha de la comisión de los homicidios, señaló que el dicho del testigo de cargo John James

Lagares Álvarez, en cuanto escuchó los disparos el día 13 de febrero sobre la una de la tarde, se desvirtuaba, pues el CTI informó que precisamente en esa hora y fecha se tuvo conocimiento sobre su entrega voluntaria ante el Ejército Nacional.

Con todo y luego de hacer referencia al escrito de acusación, estimó que la calenda probable de la presunta “masacre” fue entre los días 12 y 13 de febrero de 2012, máxime cuando los dictámenes de necropsia referían que la ocurrencia de los decesos se produjo entre los 3 y 5 días previos al 17 de febrero de 2012 –fecha en que se realizaron las mismas-; no obstante, tildar dichos documentos – las necropsias- de poca utilidad para tales efectos.

Continuando con su exposición, se ocupó de establecer cuáles eran las evidencias sobrevivientes. En ese contexto, trajo a colación el interrogatorio que rindiera el exintegrante del grupo ilegal de cual se decía pertenecía el acusado, Carlos Enerio Beltrán Bejarano, los días 1, 2 y 3 de octubre de 2012, del que extractó la existencia de otro partícipe de la organización criminal a quien también se le conocía con el alias de «El Ingeniero», empero respondía al nombre de «Jerónimo», y que el conocimiento que tenía de Carlos Hernando Barrera Alfonso era solamente de un contratista de la zona, calidad que a pesar, dijo el funcionario investigado, haber intentado ser desvirtuada por la Fiscalía, fue reafirmada con los medios de prueba que le habían sido trasladados. Señaló un sin número de relaciones contractuales en la que estaba inmerso Barrera Alfonso.

Igualmente como medio novedoso hizo referencia a la Constancia expedida por la Gerente de la entidad Imágenes Diagnosticas de Llano y en la que se certifica que dicha Institución atiende los días domingo, así como que el 12 de febrero de 2012 allí estuvo Carlos Hernando Barrera Alfonso a quien se le tomó una radiografía en su rodilla izquierda.

De otra parte, adujo que existían otros elementos probatorios que aun cuando habían sido valorados previamente, se encontraban concatenados con la actuación y no podían ser

desconocidos so pretexto de su anterior análisis, como lo eran las sábanas de las llamadas efectuadas desde el abonado celular de Barrera Alfonso y los giros realizados por éste desde la ciudad de Villavicencio en los días 12 y 13 de febrero de 2012, respectivamente.

Afirmó que aunque el teléfono podía haber sido portado por otras personas, lo cierto es que no existía prueba de ello, era tan solo una probabilidad que debía ser desvirtuada en sede de juicio.

En ese orden, y bajo ese compendio probatorio, consideró que como los homicidios se cometieron entre los días 12 y 13 de febrero del año 2012, calendas para las cuales Carlos Hernando Barrera Alfonso se encontraba en la ciudad de Villavicencio, se desvirtuaba la inferencia razonable que se cimentó para la imposición de la medida de aseguramiento, razones por las que era procedente revocar la misma para en su lugar otorgarle la libertad inmediata.

Ya en sede de la resolución del recurso de reposición interpuesto contra el mencionado proveído, el acusado RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO aceptó que en su proveído no tocó lo referente a las conductas punibles de concierto para delinquir y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas que también fueron imputadas y por las que se impuso igualmente medida de aseguramiento a Barrera Alfonso; no obstante, consideró que ello no era suficiente para revocar, modificar o cambiar su decisión, pues si las declaraciones de los probables testigos de la Fiscalía General de la Nación reñían con los elementos de prueba aportados por la defensa y a los cuales hizo referencia, lo más lógico era entonces considerar que los mismos estaban afectados en su totalidad.

Advirtió de la misma manera que no podía dejar de valorar el interrogatorio de Beltrán Bejarano, tan solo por hacer parte de otra investigación penal, ya que de lo contrario estaría desconociendo un elemento que fue puesto a disposición del despacho.

11. La legalidad de lo decidido.

Emprenderá la Corte el análisis de cada una de esas apreciaciones, mediante la correspondiente y detenida confrontación con el contenido y alcance exacto de los elementos materiales probatorios que fueron objeto de apreciación por parte del Juez de garantías, con el propósito de establecer, en grado de certeza, si la valoración efectuada por el enjuiciado se apartó caprichosamente de lo que indicaba la evidencia.

Previamente, conveniente resulta para la Sala precisar como bien lo señaló el Tribunal y los no recurrentes que para auscultar si la decisión fue abiertamente ilegal o no, implica verificar las condiciones y circunstancias concretas que se dieron cuando el funcionario tomó su decisión, o aquellas que resultaron determinantes para su adopción, junto con los elementos de juicio que tuvo a la mano al momento de dictar la providencia²⁷.

Resulta imperioso, conforme a esa directriz, que el análisis para descubrir la contradicción de lo decidido con la ley se adelante mediante un juicio ex ante. A ese efecto el juzgador debe ubicarse en el momento mismo en el cual emitió el servidor público la resolución, el dictamen o el concepto para entrar a examinar el conjunto de las circunstancias que conoció y afrontó en ese instante. Por manera que deviene improcedente y también injusto inferir ese elemento del prevaricato en un juicio de verificación ex post, sin los referentes que habrían sido incidentes y determinantes, o hasta desconocidos, al momento de la realización de la conducta²⁸.

En ese contexto ningún valor suasorio tendrían los elementos de prueba atinentes a la estipulación probatoria No. 5, dado que los mismos corresponden en gran proporción a la etapa de juzgamiento de la causa penal seguida contra Carlos Hernando Barrera Alfonso, escenario diametralmente opuesto y distinto en el tiempo a aquel en el cual el acusado tomó la decisión que se reputa como prevaricadora.

De ahí que, como bien lo señaló el Tribunal, mal podría entenderse, como lo intentó hacer ver la Delegada de la Fiscalía, tanto en sus alegaciones finales como en la impugnación, que

por el hecho de que Carlos Hernando Barrera Alfonso aceptara los cargos imputados por vía de un preacuerdo y bajo los mismos elementos de prueba en que se fundamentó la imposición de la medida de aseguramiento y se hubiese dictado en su contra sentencia condenatoria, se configuró el punible de prevaricato por acción agravado, pues si se admitiere su particular postura necesariamente al funcionario judicial habría de exigírsele el poder adivinar el futuro para así ajustar las providencias que profiriere a los acontecimientos que aún no han tenido ocurrencia²⁹.

Ahora bien, de entrada debe reconocerse, pues se trata de una irrefutable obviedad en la actuación, que el interrogatorio de Carlos Enerio Beltrán Bejarano, el informe No. 5021223 del 22 de octubre de 2012, suscrito por José Alfredo Bolívar Rodríguez en calidad de investigador del CTI, la certificación expedida por Patricia Costa Casallas, Gerente de la IPS Imágenes Diagnosticas del Llano, e incluso el registro de las sábanas de llamadas y las constancias de los giros que se dijo fueron realizados por Carlos Hernando Barrera Alfonso, durante los días 12 y 13 de febrero de 2012, respectivamente, no fueron considerados en el momento en el que se decretó la medida de aseguramiento, así incluso lo aceptó la Fiscalía en desarrollo del juicio; empero, lo consignado en los mencionados elementos, apreciados sin sesgos ni apasionamientos, en nada afectaba la probabilidad de autoría del imputado deducida del conjunto de evidencias.

Si bien es cierto, se podía aceptar que Carlos Hernando Barrera Alfonso se encontraba en Villavicencio para los días 12 y 13 de febrero de 2012 y que se dedicaba a la labor de contratista, ello en nada desfiguraba el dicho de los potenciales testigos de cargo John James Lagares Álvarez, Loeyver Johangel Pérez Ortiz y Faber Augusto Quintero Palacios, pues el señalamiento que le hicieran de hacer parte de la organización delincriminal de la que se desmovilizaron por temor a que fueran masacrados como lo hicieron con varios de sus compañeros, no fue con vocación de uno o dos días, por el contrario, lo señalaron como una de las personas que ejercía mando en el grupo delictivo, que cumplía labores de reclutamiento, incluso refirieron haberlo visto portando armas de fuego en compañía del

líder de la organización alias «Careto» en varias oportunidades.

Nótese por ejemplo, que John James Lagares Álvarez afirmó una vez le preguntaron por las personas que conocía dentro del grupo ilegal, que alias «el Ingeniero», sujeto que luego identificó a través de reconocimiento fotográfico como Carlos Hernando Barrera Alfonso, en el mes de diciembre de 2011, fue una de las personas que no solamente recluto personal sino que además los llevó al sector donde se hallaban instalados «otro era uno que llamaban EL INGENIERO. Ese se las pica de ingeniero de la petrolera, él nos llevó una intendencia, una vez chalecos, hamacas, cintelas, también llevaba remesa, llevó gente para allá para la mata, él reclutaba, él fue el que llevó a CARRO LOCO, PORKIS, MIGUEL EL PAISA, y a la MUERTE, entre otros, los llevó el 27 de diciembre de 2011, andaba con CARETO para todo lado...»³⁰.

Por su parte, Loeyver Johangel Pérez Ortiz, advirtió frente a aquellos integrantes del grupo ilegal que conocía que «El segundo o INGENIERO en importancia de ese grupo en lo que yo pude observar es una persona que casi siempre acompañaba a CARETO, incluso el día de la masacre estuvo con él, ahí yo lo ví, con el fusil, es la persona de confianza de CARETO, lo vi varias veces en el área con CARETO, la actividad que cumple en la organización, también es en Villavicencio, contra los urbanos tiene que ver con la logística del grupo...»³¹.

Faber Augusto Quintero Palacio incluso fue más allá al indicar que «El Ingeniero» fue la persona que lo reclutó, «Alias EL INGENIERO era el segundo en mando de esa estructura, lo conocí cuando me reclutaron, él fue el que me trajo desde Granada, entró a la zona tres veces, siempre andaba con CARETO, siempre que entraba llevaba gente reclutada, andaba armado con una pistola calibre 9 mm, siempre lo vi en la misma camioneta una Toyota...»³².

Lo anterior debió ser tenido en cuenta por el procesado, pues no solamente se trataba de desvirtuar la presunta autoría o participación de Barrera Alfonso en el delito de homicidio,

sino adicionalmente en las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo que igualmente le fueron imputadas precisamente por su pertenencia al grupo ilegal denominado «Libertadores del Vichada».

Dichos que por cierto ponen en tela de juicio aquella afirmación del Tribunal y la defensa referida a que la teorías que sostenían las partes y las contradicciones que entre uno y otro elemento de prueba habían respecto de tópicos tan importantes como la fecha de ocurrencia de los homicidios, momento a partir del cual surgía la configuración del delito de porte ilegal de armas de uso privativo, dado que fue en el día de acaecimiento de la denominada masacre que los declarantes señalaron haber presenciado a Barrera Alfonso en el lugar de los hechos portando el aludido material bélico, pues como se acaba de observar, los potenciales testigos de cargo en sus interrogatorios en ningún momento señalaron haber visto simplemente a Barrera Alfonso portando armas el día de la masacre, por el contrario, fueron enfáticos en advertir que cuando éste ingresaba a la zona en la que operaban siempre andaba armado y en compañía del comandante de la organización alias «Careto».

De otra parte, basta confrontar el interrogatorio de Carlos Enerio Beltrán Bejarano -al cual le dio lectura la defensa en la sustentación de su pretensión- para concluir que su dicho en manera alguna colocaba en duda las afirmaciones de los desmovilizados, por el contrario ratificaban aún más lo que éstos le habían informado a las autoridades judiciales al momento de su desmovilización, que existía una organización delincuenciaal llamada Libertadores del Vichada, que operaba en la jurisdicción del municipio de Puerto Gaitán y sus alrededores, cuyo líder era alias «Careto», quien por cierto ordenó asesinar a varios de sus integrantes, lo que conllevó a que algunos de éstos desertaran del grupo. Para revalidar tal situación veamos algunos apartes de su versión:

[...] el día 13 de febrero me llamo (alias «Careto») a las diez de la mañana que saliera a Chorrillanos al pie del puente del Ocoa para recogerme y yo fui, y arrancamos ese día rumbo

a Murujuy; de ahí para adelante paró en Puerto López, almorzamos, tomamos gaseosa y arrancamos otra vez, y empezó a contarme que tenía una información que ya le habían dicho que lo iban a matar apenas llegara allá... que si yo me acordaba de los cinco muchachos que me había presentado tres días antes, yo le dije que sí, y le dije que porque y él me contesta "que él los había mandado para allá en coordinación con una gente que tenía allá para matar a los que lo iban a matar a él", que después le comentó todo. Seguimos andando y llegamos a Puerto Gaitán... De ahí arrancamos entre 4 y 5 de la tarde para Murujuy, llegamos a Murujuy como de 7 a 8 de la noche y ahí llegó y se le presentó uno que le dicen Mono Cuco, nos recibió en el pueblo, nos fuimos a comer al restaurante de una señora María... arrancamos como a las 8 y media, estuvimos como a las 9 o 10, cuando llegamos allá a la finca mire que había como unos 19 hombres camuflados, con fusiles, pistolas, radios de comunicación y habían cinco de civil que eran los muchachos que habían enviado dos días antes para allá, cuando llegamos ahí todo el mundo se le formó al señor Careto y salió al frente el señor Lagares, el Mono y Garipiare diciéndole que le iban a dar el parte...

Cuando estábamos en la finca él me dijo "Picao téngame el fusil y la pistola mientras yo le recibo el parte a los señores", ahí fue cuando me enteré porque el señor Lagares, el Mono y Garipiare le dijeron a Careto "Señor la vuelta que usted nos mandó a hacer con los muchachos que mandó de Villavicencio está hecha", que fue cuando me enteré que habían matado a los muchachos, que yo recuerde nombraron a África, Afriquita, a la Lagartija y otros nombre de personas que no conocía, el hecho fue que dijeron que todo estaba limpio que no había peligro para que empezaran a trabajar...

Nos quedamos en esa finca esa noche y al otro día nos despertamos a las seis de la mañana y empecé a ver caras y personas que no había visto... se le presentaron al señor Careto dirigiéndose como patrón... y el señor Lagares le dijo patrón yo estoy responsable de una caleta que me dio el comandante África de 50 fusiles, cinco mil cartucho, pero los tengo divididos en tres caletas, una la tengo... el señor Careto le dice a Lagares que quiere ir a ver

las caletas para sacarlas para organizar que es lo que hay de armamento y que gente tenemos por toda para hacer un inventario, arranca el señor Careto con Lagares, con Calibre, con los muchachos que había llevado de Villavicencio a recibir las caletas y a nosotros nos dejan en la finca, se fueron ellos como a las 8 o 9 de la mañana a recibirles las caletas...

Como a la hora llegó Lagares en una moto a la finca donde estábamos nosotros y llamó a dos amigos y a una muchacha de las que estaban ahí para un lado, cuando yo vi que montó la amiga, a la pelada, a la compañera de trabajo en la moto y dijo que se iba para donde el patrón a llevarle un palín, arrancó en la moto, portaban fusiles AK-47 y una pistola 9 mm y la muchacha no portaba nada, creo que era la novia de él cuando los que estaban ahí dijeron ese hijueputa de Lagares no cogió para donde el patrón, sino arranco fue para Planas, ese hijueputa se nos va a torcer, toca avisarle al patrón o sea a Careto, y de ahí a la media hora de eso llegó Careto a la finca y dijo que qué había pasado con Lagares entonces le comentaron... y ahí fue cuando el señor Careto le puso un pin a un tal Bostezo que lo tenían como punto de Planas y él le devuelve el pin que vio llegar a Lagares para entregarse al Ejército, que se abrieran de ahí... al otro día el señor Careto le puso un pin a Florecita el encargado de Murujuy y otro pin a Bostezo y le dijo que había pasado entonces ellos le comunicaron que el Ejército había encontrado los muertos, armas, lo que Lagares les había entregado...

No se desconoce, como lo señaló el procesado en la decisión del 23 de enero de 2013 que Beltrán Bejarano en su versión dio cuenta de la existencia de un sujeto de nombre «Jerónimo» a quien se le conocía al interior de la organización Libertadores del Vichada con el alias del «Ingeniero», quien fue enviado por el hermano de alias «Careto» para el manejo de las finanzas y de los urbanos, no obstante, ello en manera alguna generaba dudas frente a la inferencia de autoría y participación que se le había endilgado a Carlos Hernando Barrera Alfonso en los delitos imputados, o mejor que tal afirmación excluía por completo lo señalado por los desmovilizados que Carlos Barrera era conocido con el alias del

«Ingeniero», pues en su interrogatorio, incluso sin necesidad de cuestionársele sobre el particular, identificó a Carlos Barrera como «El Ingeniero».

En el interrogatorio rendido el 1º de octubre y obrante a folio 187 del cuaderno anexo 2 dijo el testigo: «... estando en Murujuy se encontró (Alias Careto) otra vez se encontró con el señor CARLOS BARRERA el Ingeniero, no se si él le entregó no se de lo que habían acordado sobre el impuesto de guerra no sé qué plata él le entregó, duraron como media hora hablando no sé cuánto fue y se fue él, el Ingeniero, nosotros nos devolvimos...». Por su parte, en la continuación de dicha diligencia llevada a cabo el 3 del mismo mes y año en uno de sus apartes refirió «... y al otro día Morcilla me preguntó que si yo conocía al Ingeniero a Carlos y le dije que sí, que yo lo había visto abajo porque el señor Careto lo había llevado a una reunión para cobrarle una vacuna...» (fl. 204 ibídem).

Como se puede observar, no era tan cierto que el testigo Beltrán Bejarano hubiese descartado que Carlos Hernando Barrera Alfonso no era conocido como el Ingeniero. De allí que tampoco se podía afirmar con probabilidad de verdad, como lo hizo el juez investigado, que el dicho de éste testigo colocaba en duda las afirmaciones de los potenciales testigos de cargo.

Además, no podía el juez pasar por alto aquellos elementos materiales de prueba que la Fiscalía presentó y que dijo haber recolectado para corroborar o no las afirmaciones del testigo referidas a que conoció en los meses de febrero y marzo de 2012 a Carlos Barrera, como un contratista encargado de realizar algunas obras de alcantarillado por los lados de Planas y a quien alias «Careto» le exigió el pago de un dinero para continuar su labor y como éste al parecer se negó, dio la orden de asesinarlo.

En efecto, sin desconocer que la defensa presentó un sin número de relaciones contractuales realizadas por Barrera Alfonso en la región de Puerto Gaitán, la Fiscalía dio a conocer de viva voz al oponerse a la solicitud de revocatoria de la medida de

aseguramiento, el informe de Campo FPJ11 del 11 de diciembre de 2012 suscrito por el funcionario del CTI Henry Anderson Gaviria, donde se advierte que realizadas las pesquisas respectivas en la Alcaldía Municipal del Municipio de Puerto Gaitán, a efectos de averiguar si en la vereda de Planas se han adelantado obras relacionadas con alcantarillado, se tuvo conocimiento que si bien existe un contrato de construcción de alcantarillado sanitario de tratamiento de aguas residuales y obras complementarias para la Inspección de Planas área rural, contrato No. 023 de 2011, por valor de \$4.376.011.236, contratante empresa de servicios Públicos “Perla de Manacacías”, fecha de inicio 25 de mayo de 2011, también lo era que el mismo fue suspendido desde el 30 de diciembre de 2011 y que Carlos Hernando Barrera Alfonso no aparecía como consorciado ni como representante legal del Consorcio Planas 2011, como tampoco contrató con la E.S.P. Perla de Manacacías.

Es más, se entrevistó al presidente de la Junta de Acción Comunal de la Inspección de Planas del municipio de Puerto Gaitán periodo 2010-2012, señor Pablo Antonio Muñoz Caicedo, quien si bien reconoció que en el 2011 se llevó a cabo una obra de alcantarillado en la región, también fue enfático en advertir que durante el año 2012 no ha visto a Carlos Barrera en la región, pues quien estaba adelantando la mencionada obra es un ingeniero de nombre Henry Gómez.

La importancia de tal constatación radica en mostrar que ARDILA BAQUERO contó con la posibilidad real y material de analizar las evidencias en conjunto y de manera integral, más su argumentación y valoración fue selectiva, amañada y parcializada al punto que tergiversó su contenido (versión de Carlos Enerio Beltrán Bejarano) y omitió su referencia (informe de Campo FPJ11 del 11 de diciembre de 2012), como comportamientos desvalorados cuya ausencia habría implicado que la revocatoria a la que accedió hubiese sido decidida en sentido contrario.

La vehemencia y contundencia de lo afirmado por ese testigo eran de tal esplendor que el mismo Juez, aunque no lo identificó, reconoció al publicitar sus consideraciones que el

mismo generaba duda frente a la participación del acusado en los homicidios; empero de esa “fortaleza” nada derivó. Es más omitió argumentar por qué este relato enervaba las manifestaciones de los potenciales testigos de cargo.

De otra parte, si de lo que se trataba era de establecer la fecha probable de la masacre, tal situación se hubiese logrado ojeando el interrogatorio de Beltrán Bejarano, y al cual se le estaba dando plena credibilidad, pues como quedará consignado textualmente párrafos atrás, éste refirió en su versión que fue el día 13 de febrero de 2012 cuando se cometieron los homicidios de varios de los integrantes de la ya citada organización, que el día siguiente, esto es el 14, fue cuando el sujeto que identificó como Lagares, junto con su compañera, desertaron, enterándose luego por información de uno de los urbanos que se encontraba en la Inspección de Planas, que éste se había entregado al Ejército, lo que conllevó a que alias «Careto» diera la orden de abandonar el sector.

Dicho que por cierto ratificaba lo señalado por John James Lagares Álvarez en cuanto desertó del grupo ilegal al día siguiente de la muerte de sus compañeros, dado el temor que sentía de que su comandante alias «Careto» ordenara igualmente asesinarlo, lo que mencionó ocurrió el día 13 de febrero de 2012.

Circunstancias temporales y espaciales que encontraba confirmación a través del informe No. 0873-MDSE-DID-4BR7-BISER-ASJ2954, suscrito por el teniente Coronel Jainer Novoa González en calidad de Comandante del Batallón de Infantería No. 20 Aerotransportado Manuel Roergas Serviez33, mediante el cual se dejaba a disposición de la Fiscalía 1ª Especializada a John James Lagares Álvarez, alias «lagari», Víctor Alfonso Ospina, alias «Costeño» y Yiber Paola Salgado, alias «Chirly», pues allí se consignó que dichos sujetos se entregaron voluntariamente a tropas de la unidad táctica el 14 de febrero de 2012.

Elementos de conocimiento que permitían concluir que lo consignado en el informe No. 5021223 del 22 de octubre de 2012, suscrito por el funcionario del Cuerpo Técnico de

Investigación José Alfredo Bolívar Rodríguez, y en el que se consignaba que fue el día 13 de febrero de 2012, sobre las 13:00 horas, que se recibió la información de entrega de los miembros de la banda Libertadores del Vichada, presentaba algún tipo de error en la fecha allí consignada, pues varios elementos de prueba ponían en duda tal afirmación, además que no existía algún otro que lo corroborara.

Aquí conveniente resulta poner de presente que de lo consignado en el mencionado informe No. 5021223 del 22 de octubre de 2012, no se podía deducir, como lo dejó entrever el juez investigado en su decisión, que lo afirmado por los tres potenciales testigos de cargo respecto de la fecha en que ocurrió la masacre generaba cierta duda, pues contrario a la lógica resultaba señalar que al mismo tiempo en que ocurrió el homicidio se estuvieran entregando voluntariamente al Ejército Nacional, pues según dicho documento el 13 de febrero de 2012, de los tres potenciales testigos se entregó a las autoridades tan solo John James Lagares Álvarez.

Según informe 0885 -MDSE-DID-4BR7-BISER-ASJ2954, suscrito por el Teniente Coronel Jainer Huiza González, Comandante Batallón de Infantería No. 20 Aerotrasnportado, Loeyver Yohangel Pérez Ortiz, se entregó de forma voluntaria el 5 de marzo de 2012³⁴. Por su parte, Faber Augusto Quintero Palacio, lo hizo igualmente en el mes de marzo, por los enfrentamientos que se estaban presentando en la zona, tal y como se señala en el informe de investigador de campo del 13 de mayo de 2012 suscrito por el investigador del CTI Henry Anderson Gaviria³⁵,

Que el enjuiciado haya ignorado considerar esos elementos acredita que resolvió caprichosa y arbitrariamente sin apego ni observancia por lo que realmente le indicaban los elementos materiales probatorios, pues si como el mismo lo advirtió en su decisión, se trataba de establecer la presunta fecha en que ocurrió la masacre, en el expediente existía no uno sino varios elementos que permitían establecer que éstos ocurrieron el 13 de febrero de 2012.

En ese contexto probatorio, si existían inferencias razonables que establecían con probabilidad que la masacre pudo haber ocurrido el día 13 de febrero de 2012, la certificación expedida por la Gerente de la entidad Imágenes Diagnósticas de Llano y en la que se hizo constar que dicha institución atiende los días domingo, así como que el 12 de febrero de 2012 fue atendido Carlos Hernando Barrera Alfonso a quien se le tomó una radiografía en su rodilla izquierda, en nada contribuía en sembrar la duda deducida por el funcionario judicial respecto de la presencia del acusado en la zona donde se atentó contra la vida de los cuatro integrantes de la ya tantas veces mencionada organización ilegal por encontrarse en la ciudad de Villavicencio, pues como bien lo había señalado el Juez Primero Penal Municipal que negó inicialmente la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, nada impedía que finalizado el procedimiento médico Barrera Alfonso viajara a la Inspección de Planas, jurisdicción del municipio de Puerto Gaitán, máxime cuando en ningún momento se demostró que éste se encontraba impedido físicamente para ello.

Es decir, los argumentos empleados por RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO para generar duda frente a la presencia del procesado en el lugar de los hechos, fue el producto de la distorsión y amañada hermenéutica que éste realizó, no porque los elementos de prueba fueran realmente inconsistentes, sino porque era necesario allanar el camino para decretar la libertad, pues como bien lo señaló la Delegada de la Fiscalía, ninguno de los elementos de prueba sobrevinientes a los que se hizo alusión en la decisión del 23 de enero de 2013, permitían de alguna manera inferir razonablemente que habían desaparecido aquellos motivos considerados para tener a Carlos Hernando Barrera Alfonso como autor o participe no solo de las conductas de homicidio, sino de los graves delitos concursales, esto es, los atentados contra la seguridad pública, mucho menos podía ser entendidos como suficientes para desvirtuar los presupuestos constitucionales de la medida, aspectos éstos que ni siquiera merecieron el más mínimo argumento por parte del funcionario judicial.

Ahora bien, no puede descartarse que en los elementos probatorios allegados como sustento

de la pretensión de la revocatoria, existían algunos que permitían colegir que al parecer Barrera Alfonso para el día 13 de febrero de 2012 se encontraba en la ciudad de Villavicencio, pues desde allí realizó algunos giros e incluso desde el celular que se registra a su nombre se realizaron algunas llamadas telefónicas, sin embargo, ello en manera alguno afectaba el razonamiento empleado para haberle restringido su libertad, pues se insiste, no solamente se estaba investigando el homicidio, amén de que dicho supuesto válido no fue confirmado ni infirmado en la providencia calificada de prevaricadora, esto es, que en efecto Barrera Alfonso fue la persona que realizó dichas llamadas y giros.

Con esa finalidad, muy diferente hubiera sido, desde la óptica de la construcción y vigencia de la inferencia razonable, que algún testigo hubiese aseverado, porque así aconteció, que en el momento de la masacre se encontraban en otro lugar, es decir que podía afirmar con conocimiento de causa que no podía ser el autor de las execrables conductas que se le estaban imputando, pero a contrario de ello, tres desmovilizados de los que no se demostró algún tipo de animadversión para con dicho ciudadano, afirmaron al unísono que éste no solo participó en tal ilicitud, sino que adicionalmente hacía parte del grupo ilegal, es más lo identificaron como el segundo al mando.

Para la Corte no pasa desapercibido, que al resolver la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, a pesar de contar con la carpeta de la actuación, con todos los elementos materiales probatorios recaudados a la fecha, y haber decretado la suspensión por un día de la audiencia para adoptar la decisión, el Juez decidió ignorar los dichos de los desmovilizados, no obstante la vehemencia y contundencia de lo afirmado por éstos.

Es más, si en su sentir lo que indicaban no era digno de credibilidad, omitió argumentar por qué no le merecía o cómo lo expuesto en los informes a través de los cuales se dio a conocer las llamadas telefónicas y giros realizados por Barrera Alfonso enervaban esa aseveración. A sabiendas del carácter inequívoco y certero de dichos relatos, no para definir la responsabilidad penal sino para deducir la probabilidad de autoría.

Colofón de lo expuesto, con certeza, coherencia y desenvoltura es viable concluir que para el 23 de enero de 2012, con fundamento en el informe No. 5021223 del 22 de octubre de 2012, suscrito por José Alfredo Bolívar Rodríguez, declaración rendida por Carlos Enerio Beltrán Bejarano y certificación expedida por Patricia Costa Casallas, Gerente de la IPS Imágenes Diagnosticas del Llano, presentados a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, la inferencia razonable de autoría no había sido desvirtuada.

Esa palmaria conclusión fue deliberadamente inobservada por el Juez quien se limitó a afirmar que como el procesado probablemente se encontraba en Villavicencio para los días 12 y 13 de febrero de 2012, no podía ser el autor responsable de los homicidios, desconociendo por completo que existían otros delitos por los que se había impuesto la medida.

En ese propósito de valorar las circunstancias temporales y espaciales de ocurrencia del atentado contra la vida, el Juez privilegió, sin justificaciones válidas, unos elementos materiales probatorios que en manera alguna permitían inferir que Carlos Hernando Barrera Alfonso no hacía parte de la nueva organización delincriminal denominada Libertadores del Vichada, como su segundo comandante, la que cruelmente había asesinado a por los menos cuatro de sus integrantes por disidencias en la misma.

Si la evidencia le indicaba al procesado que Carlos Hernando Barrera Alfonso fue reconocido por tres desertores de dicho grupo delincriminal como integrante del mismo, que tenía mando y se le conocía como el financiero, incluso como reclutador, quien adicionalmente participó en una masacre de por lo menos cuatro de sus componentes, es claro que el Juez se apartó deliberadamente de ese conocimiento con el propósito de favorecer al imputado y concederle la libertad, sin que los requisitos legales y probatorios para adoptar esa decisión se encontrasen reunidos para el 23 de enero de 2012.

Conclusión que para la Sala salta a la vista cuando en sede de la resolución de los recursos

de reposición interpuestos contra la mencionada decisión por parte del Delegado Fiscal y Representante del Ministerio Público, el acusado RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, aceptó que en su proveído no tocó lo referente a las conductas punibles de concierto para delinquir y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas que también fueron imputadas y por las que se impuso igualmente medida de aseguramiento a Barrera Alfonso; no obstante, considero que ello no era suficiente para revocar, modificar o cambiar su decisión, pues si las declaraciones de los probables testigos de la Fiscalía General de la Nación reñían con los elementos de prueba aportados por la defensa, lo más lógico era entonces considerar que los mismos estaban afectados en su totalidad.

Consideración que a todas luces resultaba desacertada, por no decir amañada, pues se insiste, en su argumentación en ningún momento hizo referencia del por qué los testimonios de los potenciales testigos de cargo no le merecían credibilidad, es más, fue enfático en señalar que no era de su competencia pronunciarse frente a la credibilidad o no de los mismos.

Es decir que, aunque tuvo todas las herramientas para actualizar su conocimiento y corregir los errores en los que incurrió y que por cierto el mismo aceptó, el funcionario quiso cumplir a toda costa lo decidido, contrariando especialmente sus facultades legales, las normas vigentes y los elementos materiales de prueba.

Recordemos que el problema jurídico que debía absolver el procesado, en el marco de la legalidad, se circunscribía a decidir si la prueba sobreviniente desvirtuaba la inferencia razonable de autoría de los delitos de homicidio, concierto para delinquir agravado y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, mas no aventurarse a realizar juicios de responsabilidad para anticipar indebidamente, de tal modo, escenarios procesales totalmente diferentes a los debatidos en aquel momento.

La inferencia de autoría no se vio afectada con los tres elementos de prueba aportados por

la defensa, pues aunque podía surgir otra versión de los hechos (presunto homicida no estuvo en el lugar de la masacre), de la valoración en conjunto de las evidencias resultaba razonable colegir, en una desapasionada operación intelectual, que el imputado hacía parte de la sociedad delictiva, que el día de la muerte de los supuestos cuatro disidentes fue visto allí por varios testigos, mientras que la certificación de la Institución Imágenes Diagnosticas del Llano tal solo refería que el procesado se practicó una resonancia un día domingo cuando ni siquiera se cometieron los hechos, amén de un testimonio que si bien refería un alias con el cual igualmente era conocido Barrera Alfonso, finalmente termina reconociendo que a éste también se le hacía llamar con el mismo mote.

En síntesis, asiste razón a la parte recurrente en señalar que la decisión emitida el 23 de enero de 2012, dentro del proceso penalmente seguido contra Carlos Hernando Barrera Alfonso, es manifiestamente contraria a la ley, pues la revocatoria de la medida de aseguramiento fue el resultado de la sesgada valoración y caprichosa oposición a lo que revelaban los elementos materiales probatorios, por tanto, la conducta de RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO es objetivamente típica del delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

12. De la circunstancia de agravación

El artículo 415 del Código Penal, dispone:

Circunstancia de agravación punitiva. Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro.

Al respecto, la Sala frente a dicha modalidad agravante ha indicado que la misma opera

siempre que el funcionario judicial obre en conexión inmediata con algún asunto relacionado con cualquiera de esos ilícitos, lo que de suyo implica que la decisión tachada de ilegal debe producirse dentro de la actuación que curse por cualquiera de las conductas punibles que hacen parte de la lista que se acaba de presentar aquí, siendo indiferente que la misma se materialice en cualquiera de las instancias o en desempeño de la función casacional³⁶.

Desde tal perspectiva, y atendiendo que la decisión adoptada el 23 de enero de 2012, por RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, se emitió dentro de una actuación penal que se adelantaba contra Carlos Hernando Barrera Alfonso, por las conductas punibles de homicidio, concierto para delinquir y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, diáfano resulta la configuración de la agravante imputada al aquí procesado desde la audiencia de imputación, reiterada en la acusación y por la que se solicitó condena.

13. Existencia del elemento subjetivo del prevaricato por acción.

Para la Sala no hay duda que dicho elemento igualmente se encuentra configurado, pues se ha establecido que RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO obró con absoluto conocimiento y voluntad, no sólo al determinar qué evidencias valorar, sino cómo apreciarlas para decretar una libertad manifiestamente contraria a lo normado en el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal, dado que la inferencia de autoría permanecía vigente e incólume una vez valoradas, objetiva e imparcialmente, las nuevas evidencias presentadas por la defensa como fundamento de su solicitud de revocatoria.

De la fundamentación jurídica de su decisión se colige que tenía dominio de la audiencia, sabía cuáles eran las exigencias para proceder a la revocatoria, conocía la norma aplicable y el estándar probatorio que debía ser observado, no obstante, se apartó el mismo, incluso dejó de valorar elementos que permitían deducir que aquellos considerados sobrevinientes

en manera alguna resultaban suficientes, idóneos, conducentes para sacar adelante las pretensiones invocadas por la defensa.

A un dislate en un punto de derecho puede subyacer la impericia o la ignorancia, aun tratándose de un funcionario experimentado; pero que éste haya desconocido concurrentemente mandatos legales claros, unívocos y consolidados en los artículos 308 y 318 del Código de Procedimiento Penal, para conceder una libertad a todas luces improcedente es algo que apunta a acreditar un comportamiento que no es producto de un error, sino que se orientó a lograr ese resultado con plena conciencia de su ilicitud.

Esa inferencia se consolida en mayor medida al constatarse que ARDILA BAQUERO, al abordar los puntos de derecho que necesariamente han debido determinar la adopción de una decisión distinta de la que tomó, se abstuvo de realizar un análisis fundamentado de los mismos y se limitó a presentar aseveraciones que rayaban con lo que indicaban los elementos de prueba.

Además, de las circunstancias objetivas demostradas e identificadas por la Corte diáfano refulge la existencia de ese obrar deliberado, caprichoso y obstinado de hacer primar el criterio del funcionario sobre el mandato legal, amén de existir una situación neutral e inequívoca que demuestra, de manera fehaciente e incontestable, el conocimiento y voluntad con el que actuó el enjuiciado, esto es, que emitida la decisión, a través de los recursos de reposición se le puso de presente que la medida de aseguramiento no había sido impuesta por el solo delito contra la vida, sino que adicionalmente lo fue por otras dos graves conductas contra la seguridad pública y de las que no se había hecho la más mínima referencia y aun así el funcionario judicial decidió mantenerla.

Además de que previamente ya se había resuelto igual solicitud con similares argumentos, la que había sido negada en primera y en segunda instancia, oportunidad en la que por cierto, la judicatura había desechado como elementos idóneos para resquebrajar esa

inferencia razonable de autoría, los registros de llamadas telefónicas y giros enviados por el procesado Barrera Alfonso entre los días 12 y 13 de febrero, sin embargo, el procesado volvió sobre ellos, pero esta vez dándole absoluta validez y desconociendo aquellos medios de conocimiento y de los que en manera alguna argumentó su falta de credibilidad, referían claramente que Barrera Alfonso hacía parte de una organización delincencial, incluso con mando en la misma.

Y es que el contenido de la decisión censurada demuestra que el funcionario acusado tenía las capacidades argumentativas para haber sustentado una posición diversa de haberla tenido en realidad – como se desprende de las extensas e innecesarias disquisiciones que presentó sobre los presupuestos y requisitos exigidos para revocar una medida de aseguramiento, no obstante decidió aparte de los mismos.

Recordemos cuando el funcionario judicial en ejercicio de sus funciones resuelve apartarse tozudamente del orden jurídico, desconocerlo por un acto deliberado de poder o quebrantarlo por la única razón de ser esa su voluntad, obra también con una finalidad ilícita, pues por esa vía está alterando, trastocando o depravando la función jurisdiccional misma, que no debe estar orientada por propósitos personales o egoístas, sino por la realización de la justicia material.

Agréguese que la trayectoria profesional del enjuiciado en el sector judicial, quien se desempeñó como juez penal desde el año 2004, permite aseverar que no se trataba de un novel en la materia que le impidiera asumir una correcta interpretación de la norma.

De otra parte, no aparece un estado de ignorancia como cualidad negativa en grado máximo en cabeza del acusado y, por tanto, sólo se puede deducir una voluntad consciente de derivar una consecuencia no prevista por la ley. En suma, para la Corte es evidente que el Dr. ARDILA BAQUEO dirigió su voluntad y su inteligencia a la emisión de esa decisión y que lo hizo con conciencia de su contrariedad con el ordenamiento jurídico.

Consideraciones que resultan suficientes para verificar igualmente el contenido subjetivo del comportamiento atribuido al enjuiciado, esto es, que de manera dolosa emitió una decisión manifiestamente contraria a la ley.

14. De la antijuricidad y culpabilidad

La antijuridicidad de la conducta también emerge clara, pues se lesionó de manera grave el bien jurídico tutelado de la administración pública, al afectarse principios reguladores de la función pública como los de legalidad, igualdad, moralidad, transparencia, eficacia e imparcialidad con la que corresponde actuar a los jueces de la república en quienes la Rama judicial y la sociedad fincan su confianza bajo la perspectiva de que las decisiones judiciales se hallan libres de intereses externos y sujetas a los lineamientos legales y probatorios.

Se debe advertir además, que en el comportamiento del procesado no se evidencian los presupuestos objetivos y subjetivos que configuren una causal de justificación, que tenga la capacidad de enervar tanto el desvalor de la acción como de resultado que previamente se han advertido.

Corroborada la existencia del injusto en la conducta contra la administración pública, materializadas por el procesado, corresponde a la Corte finalmente emprender el estudio de la culpabilidad, la que está compuesta por tres elementos a saber: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

En este orden, en lo tocante a la imputabilidad, encontramos que RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO no padecía trastorno mental que no le permitiera comprender la ilicitud de sus actos y comportarse conforme a derecho, de acuerdo a esa comprensión; por obvias razones tampoco es posible predicar que estamos frente a inimputable por diversidad socio cultural y menos aún que se trate de inmaduro psicológico, razón por la cual no se realizaran mayores análisis a dichos elementos.

En lo que respecta al conocimiento de la antijuridicidad, debe señalarse, que usualmente los bienes jurídicos tutelados penalmente, son aquellos tan básicos y necesarios para la convivencia armónica de la sociedad, cuya vulneración requiere de una intervención inmediata del Estado, ya que de no hacerlo se corre el riesgo de que se perpetúen situaciones que hagan imposible la vida en comunidad.

En ese sentido, se sabe que los servidores del Estado, por tal condición están llamados no solo a proteger los derechos de los ciudadanos sino de la administración pública, por tanto es palmario que cuando un funcionario, haciendo uso de sus atribuciones constitucionales y legales vulnera bienes jurídicos como el aquí juzgado, está contrariando abiertamente el ordenamiento jurídico, pues principios reguladores de la función pública fueron transgredidos.

En consecuencia, en el evento sub examine no cabe duda que el procesado conocía que su comportamiento era antijurídico, o al menos tenían todas las posibilidades para actualizar su conocimiento, con lo que se satisface la exigencia dogmática habida cuenta que el conocimiento de la antijuridicidad que se exige es potencial y no actual.

Finalmente y en lo relacionado con la exigibilidad de otro comportamiento, como elemento final del juicio de culpabilidad, encuentra la Corte que el acusado, en efecto tenía la posibilidad de comportarse conforme a derecho, pues tratándose de un profesional dedicado a la administración de justicia, con amplia experiencia en el área penal, estaba en condiciones de optar por una decisión compatible con el ordenamiento jurídico y acorde a lo que señalaban los elementos de prueba, al no hacerlo su conducta que a la luz del ordenamiento penal resulta claramente reprochable y digna de la imposición de una pena.

En suma, la conducta jurídico penalmente desaprobada del inculpado se encuentra plenamente demostrada, de manera que se hallan cabalmente cumplidos todos los requisitos para declarar penalmente responsable a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO como

autor del delito de prevaricato por acción agravado, conforme a los presupuestos exigidos por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dado que en su condición de Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Villavicencio, al decidir la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento impuesta a Carlos Hernando Barrera Alfonso, imputado por los delitos de homicidio, concierto para delinquir agravado y porte ilegal de armas de fuego de las Fuerzas Armadas, de manera dolosa emitió una decisión manifiestamente contraria a los postulados del artículo 318 del Código de Procedimiento Penal.

15. Conclusión

Conforme los anteriores planteamientos, la Sala otorga la razón a la sujeto procesal apelante que postuló la revocatoria de la sentencia absolutoria porque la misma no consulta el acervo probatorio allegado respecto del delito de prevaricato por acción agravado, del cual se obtiene ese conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad así como la responsabilidad de RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO.

En consecuencia, se REVOCARÁ la sentencia absolutoria emitida por la Sala Penal Mayoritaria del Tribunal Superior de Villavicencio el 24 de mayo de 2019, para en su lugar condenar a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO como autor del delito de prevaricato por acción agravado, previsto en los artículos 413 y 415 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, al concurrir los presupuestos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, y satisfacerse todos y cada uno de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad señalados por el artículo 9 del Código Penal.

En ese orden, procederá la Sala a realizar la dosificación punitiva.

16. Dosificación punitiva.

Tenemos que la pena de prisión por la conducta punible de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004³⁷, es de 48 a 144 meses de prisión, la sanción pecuniaria de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses, pero como la conducta es agravada conforme al artículo 415 ibídem, dichos guarismos deben aumentarse hasta en una tercera parte³⁸, quedando en definitiva la pena de prisión de 48 a 192 meses, la multa de 66.66 a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 192 meses de prisión³⁹.

Determinados los límites dentro de los cuales habrá de individualizarse la pena, se procederá a dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, tal y como lo dispone el artículo 61 de la codificación penal; resultando que el cuarto mínimo de la pena oscila entre 48 y 84 meses; los cuartos medios entre 84 meses 1 día y 156 meses y cuarto máximo entre 156 meses 1 día y 192 meses de prisión.

Tratándose de la multa el primer cuarto oscila entre 66.66 a 149.99 salarios, los medios entre 150.99 y 316.66 salarios y el máximo cuarto de 317.66 y 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En cuanto a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, el cuarto mínimo oscila entre 80 y 108 meses, los cuartos medios de 80 meses 1 día a 164 meses el máximo de 164 meses 1 día a 192 meses.

Como en la acusación no se imputaron circunstancias genéricas de mayor punibilidad de las previstas en el artículo 58 del Código Penal y concurre a favor del enjuiciado ARDILA BAQUERO, la de menor punibilidad prevista en el numeral 1º del artículo 55 ibídem, derivada de la ausencia de antecedentes, la Sala, atendiendo los presupuestos del inciso 2º del canon 61 ibídem⁴⁰, se moverá para efectos de concretar la pena, en el cuarto mínimo,

esto es, entre 48 y 84 meses de prisión, multa de 66.66 a 149.99 salarios mínimos legales mensuales vigentes y de 80 a 160 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Atendiendo los criterios del artículo 61 ibídem inciso 3º, no puede dejarse de lado la significativa gravedad de la conducta puesto que al procesado se le había confiado la función de administrar justicia en un caso de grandes repercusiones, en tanto, se estaba investigando conductas punibles que atentaron no solo contra uno de los bienes jurídicos más preciados, como es la vida, sino que adicionalmente ponían en peligro la seguridad de la comunidad, no obstante, pretendió pasarlo inadvertido al disponer la libertad de un presunto responsable de tan vil atentado.

La agitación social y el acentuado cuestionamiento al prestigio de la justicia con conductas como la actualizada por el procesado socavan la legitimidad del orden jurídico y el equilibrio por el que debe propender la función judicial.

Es de apreciar, igualmente, que la concesión de la libertad de una persona investigada por delitos sumamente graves, acentuaba de esa forma la impunidad y reflejaba la intensidad dolosa de la conducta, la que valga recordar, cesó ante la decisión correctora de segunda instancia.

Ante este panorama, se impondrá a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, las penas principales de 54 meses de prisión, 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 90 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, lo que se compagina con la conculcación que sufrió el bien jurídico tutelado y el menoscabo a la imagen pública que permite transmitir a la sociedad confianza en sus instituciones.

17. De los mecanismos sustitutivos de la pena.

17.1 De la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Dado que la pena por imponer supera los 3 años de prisión, el acusado no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena al tenor de lo dispuesto por el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, norma aplicable por favorabilidad, en razón a que la modificación acuñada por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, hizo algunos cambios que lo perjudican.

17.2. De la prisión domiciliaria

Frente a este sustituto la Sala debe advertir que no es procedente dar cabida a los lineamientos de la Ley 1709 de 2014, pues al modificar el artículo 38 del Código Penal, prohibió expresamente la concesión de esta clase de beneficios tratándose de conductas como la investigada⁴¹, por tanto, acogerá retroactiva y favorablemente el original artículo 38 de la Ley 599 del 2000.

En ese sentido, como la pena mínima de prisión señalada para el delito de Prevaricato por acción agravado es inferior a cinco (5) años, se cumple el requisito objetivo señalado en el artículo 38 del Código Penal.

En lo que respecta al requisito subjetivo, contenido en el numeral 2. del citado artículo 38, la Sala ha sido reiterativa en considerar, con relación a los delitos de Prevaricato por acción realizados por funcionarios judiciales, que son conductas que encierran una inusitada gravedad, dadas las expectativas sociales cifradas en quienes administran justicia y en la transparencia, probidad y honestidad que de ellos se espera y que, por lo tanto, demandan una condigna consecuencia punitiva, «pues no de otra manera consigue restablecerse la afrenta al ordenamiento jurídico, así como las expectativas cognitivas de los miembros de la sociedad en sus funcionarios judiciales»⁴².

No obstante, debe decirse que aparte de la severidad de la sanción, propia de la determinación judicial de la pena, el juicio en torno al desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado debe llevarse a cabo de manera concreta frente a las peculiaridades de la conducta realizada y a sus condiciones personales, a fin de que el juez

pueda pronosticar con acierto que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, de modo que se responda a la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como al afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva).

Bajo esas condiciones, encuentra la Sala que, sin perderse de vista la gravedad del comportamiento realizado ni minimizarse lo que significó para la comunidad el que incurriera en la conducta que se le reprocha, nada indica que el procesado puede afectar la tranquilidad social, ni incumplir su pena en el lugar de su residencia, máxime cuando el procesado ha comparecido cada vez que se ha solicitado su presencia por autoridad judicial, además ha observado siempre una ejemplar existencia a nivel social y familiar, sin que hasta ahora gravitaran en su contra comprobados antecedentes penales o sanciones disciplinarias en el ejercicio de sus funciones que, por años, ha desempeñado en la Rama Judicial.

Así, entonces, considera la Sala que desde el punto de vista de las funciones de la pena previstas en el numeral 4º del Código Penal, no se observa necesario ni proporcionado que se ejecute la pena privativa de la libertad en establecimiento de reclusión, dado que los fines de prevención especial o de reinserción social pueden cumplirse en el lugar de su residencia, más cuando el procesado ha venido asumiendo un comportamiento que en nada desdice de su integración a la sociedad, razón por la cual se le concederá la prisión domiciliaria bajo la obligación de cumplir con lo que se le manda en el numeral 3º del artículo 38 de la ley 599 de 2000, previa caución por la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

17.3. De la captura.

El artículo 450 de la Ley 906 dispone:

ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD. Si al momento de anunciar el

sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.

Disposición frente a la cual la jurisprudencia de la Sala ha señalado⁴³:

[...] Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.

Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata. En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad.

En todo caso cada situación deberá ser analizada en forma concreta; muy probablemente no estarán cubiertas por la excepción (i) aquellas personas que han rehuído su comparencia ante los jueces, (ii) quienes se han escondido o dificultado las notificaciones a lo largo de la actuación, (iii) los que han utilizado estrategias dilatorias en busca de beneficios, (iv) los

procesados que han tenido que ser conducidos policialmente para que hagan presencia en la actuación, y (v) en general cuando se den las mismas circunstancias que ameritan la imposición de una detención preventiva.

En ese contexto, es claro que la captura de quien ha sido declarado responsable a efectos de que cumpla la sanción impuesta, a voces del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, debe ordenarse inmediatamente cuando se han negado «los subrogados o penas sustitutivas».

En el presente caso, como quiera que a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO se le concedió el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, no es procedente ordenar captura alguna, simplemente se dispondrá que el Ad quo de cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 38 del Código Penal, esto es, cite a dicho ciudadano para que garantice mediante la caución preñararía ordenada el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la mencionada disposición. Para ello deberá suscribir la correspondiente diligencia de compromiso. Luego comunicara al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC dicha decisión para su correspondiente control.

18. La doble conformidad.

La Corporación frente a dicha garantía ha establecido:

[...] el Acto Legislativo N° 01 de 2018, cuyo objeto estriba en “implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria”, no sólo delineó las bases fundantes de un proceso penal de doble instancia para los aforados mencionados en el art. 235 de la Constitución, sino que instituyó una garantía fundamental, en cabeza de toda persona condenada penalmente, a que la declaratoria de responsabilidad penal sea corroborada (doble conformidad de la sentencia condenatoria).

(...)

Ello muestra que, para el constituyente, el mecanismo de impugnación está atado a la sentencia de naturaleza condenatoria. El derecho a impugnar el primer fallo de condena es una protección reforzada al derecho fundamental a la presunción de inocencia, concretado en la garantía de la doble conformidad, igualmente prevista en el art. 15-5 del P.I.D.C.P.”

En ese contexto, RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO tiene derecho a impugnar la presente sentencia, por ser la primera de carácter condenatorio.

Para tales efectos, deberá integrarse la Sala de decisión en aplicación del numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el art. 3° del A.L. 01 de 2018, para que se garantice que, a través de una Sala integrada por tres magistrados de la Sala de Casación Penal, que no hayan participado en la presente decisión, sea definida la doble conformidad judicial de la primera condena, proferida por los restantes magistrados de esta Sala.

Así las cosas, la Sala que adopta la presente decisión únicamente está integrada por seis de los nueve magistrados titulares.

Dese cumplimiento en consecuencia al procedimiento transitorio establecido en la sentencia con radicado 48.820 y donde se determinó que el derecho a impugnar la primera condena se garantizaría mediante la aplicación analógica de las reglas procesales del recurso de apelación previsto en la Ley 600 de 2000, para casos como el que ahora se analiza⁴⁴.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha y origen indicados mediante la cual la Sala Penal Mayoritaria del Tribunal Superior de Villavicencio absolvió a RAÚL HERNÁN ARDILA

BAQUERO, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.289.195 expedida en Bogotá, y demás condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa en el equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes y noventa (90) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como autor responsable del delito de prevaricato por acción, y en razón a los argumentos expuestos en esta sentencia.

TERCERO: Declarar que RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme a lo considerado en el cuerpo de esta sentencia.

CUARTO. SUSTITUIR al condenado la pena privativa de la libertad por la PRISIÓN DOMICILIARIA en el lugar de su residencia, bajo la obligación de cumplir con lo que se le ordena en el numeral 3º del artículo 38 de la ley 599 de 2000, previa caución para su cumplimiento por la suma de 2 S.M.L.M.V.

En consecuencia, el Ad quo citara a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO para que suscriba la correspondiente diligencia de compromiso; asimismo comunicara al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario dicha decisión para que procedan a su respectivo control.

QUINTO: Advertir que, por haberse condenado a RAÚL HERNÁN ARDILA BAQUERO por primera vez, está en posibilidad de activar el mecanismo especial de impugnación previsto en el Acto Legislativo N° 01 de 2018, en los términos señalados en el numeral 17 de la parte motiva de esta decisión.

Cópiese, notifíquese y, una vez resuelta la solicitud de doble conformidad de la sentencia condenatoria, si llegare a activarse tal mecanismo de impugnación, devuélvase al tribunal

de origen.

EYDER PATIÑO CABRERA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 C. Aud. Prel., fs. 5-6.

2 C. Aud. Prel., fs. 10-23-

3 Inicialmente el asunto fue asignado por reparto al Magistrado Alcibíades Vargas Bautista, quien al igual que sus homólogos Joel Darío Trejos Londoño y Fausto Rubén Díaz Rodríguez, el 19 de enero de 2015, pidieron ser apartados del mismo, según dijeron, por tener vínculos de amistad íntima con ARDILA BAQUERO (C.1., Fs. 3-6). El 11 de febrero de 2015, una Sala de Conjueces declaró fundado el impedimento de los Vargas Bautista y Díaz Rodríguez (C.1., fs. 20-24). Por su parte, esta Sala de Casación Penal mediante auto AP918-2015, del 25 de febrero de 2015, Rad. 45420, resolvió lo propio respecto de Trejos Londoño (C. 1. Corte).

4 C.1. fs. 54-55.

- 5 Ídem, fs.57-58.
- 6 Fs. 63-65, ibídem.
- 7 19 y 20 de agosto (fs. 66-69); 17 y 18 de septiembre (fs. 72-75); 13 y 14 de octubre de 2015 (Fs. 97-98) y 23 de agosto de 2016 (fs. 112-113).
- 8 Fs. 154-160 C.O. 1.
- 9 Idém, fs172-178.
- 10 Cdo. Corte 3, fs.8-30.
- 11 C.O.1 fs. 185-187.
- 12 CSJ SP, 5 dic. 2017, rad. 41198.
- 13 CSJ SP, 18 abr. 2018, rad. 50132.
- 14 Diccionario de la Real Academia Española.
- 15 Artículo 2º de la [Constitución Política](#).
- 16 Artículo 1º, Ley 270 de 1996.
- 17 Artículo 228 de la [Constitución Política](#).
- 18 Artículo 230, ibídem.
- 19 CSJ, Sentencia 23 de febrero de 2006, Rad: 23.901; 10 de abril de 2013, Rad: 39456.
- 20 Ley 906 de 2004, art. 318.

21 Corte Constitucional, Sentencia C – 456 de 2006 declaró inexecutable los apartes en paréntesis.

22 “(...) contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.

23 Corte Constitucional, C – 456 de 2006.

24 “ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. en los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados.

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años”.

25 “ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la

víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

26 “ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. Modificado por el ARTÍCULO 24 de la Ley 1142 de 2007: Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas”.

27 Cf. CSJ SP, 24 de sep. de 2014, Rad. 40737. Citada en: CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.

28 CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.

29 CSJ SP, 29 Feb. 2012, Rad. 30883.

30 Cfr. Interrogatorio practicado el 21 de febrero de 2012, fs. 59 C.O. 2.

31 Interrogatorio practicado el 2 de marzo de 2012, fs. 72 y ss, ibídem.

32 Interrogatorio practicado el 28 de marzo de 2012, fs. 90 ídem.

33 Fs. 1 C. Anexo 3.

34 Fs. 87 Cdo. Anexo 3.

35 Fs. 1 y ss Cdo. Anexo 1.

36 CSJ, SP 15 Sept. 2004, Rad. 2549 de septiembre 15 de 2004, reiterada
Rad.41034 de 18 de febrero de 2015.

37 ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. El servidor público que
profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá
en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa
de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos
legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y
funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

38 ARTICULO 415. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION PUNITIVA. Las
penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera
parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que
se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado,
desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo,
concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o
cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro.

39 Conforme el artículo 60 numeral 2º del Código Penal, si la pena se aumenta
hasta en una proporción, está se aplicará al máximo de la infracción básica.

40 “ARTICULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.
Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de
movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva...”

41 “Artículo 23. Adiciónese un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: Artículo 388. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

I. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

1. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

2. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado...”.

42 CSJ SP, 18 nov. 2008, rad. 30.539.

43 CSJ AP, 30 En. 2008, Rad. 28918.

44 En cuanto al procedimiento a aplicar en el presente asunto, regulado por el trámite de la Ley 600 de 2000, habrán de seguirse los siguientes lineamientos:

a) Deberá intentarse por los medios posibles la notificación personal a los sujetos procesales (art. 178 ídem).

b) Si ello no fuere posible dentro de los tres días siguientes al proferimiento del presente fallo, éste deberá notificarse por edicto (art. 180 ídem).

c) Dentro del término máximo de tres días, contados a partir de la última notificación, la defensa tendrá la posibilidad de presentar la solicitud de doble conformidad, mediante la impugnación especial de la sentencia, que deberá ser sustentada dentro de un plazo máximo de cuatro días (art. 194 inc. 1º ídem).

d) Sustentada la impugnación, el proceso habrá de ser remitido inmediatamente al despacho del magistrado que sigue en turno al último que suscriba la sentencia, para que conforme sala con los dos magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de que decidan la solicitud de doble conformidad.

e) En la impugnación especial no se correrá traslado a los sujetos procesales no recurrentes, por cuanto tal prerrogativa es exclusiva del condenado.