



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado Ponente

AEPO019-2020
Radicación N° 00015
Aprobado mediante Acta No. 013.

Bogotá D.C., febrero veinticinco (25) de dos mil veinte (2020).

ASUNTO:

Decide la Sala la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en favor de los doctores JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, en calidad de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, dentro de la indagación que por el delito de prevaricato por acción se adelanta en su contra.

HECHOS:

A partir de lo precisado por la Delegada Fiscal en la sesión de audiencia, durante la cual sustentó la solicitud de preclusión en beneficio de los indiciados, se tienen como tales los siguientes:

1. Mediante fallo de enero 21 de 2016, la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de

Santander, declaró disciplinariamente responsable a la abogada Clara Elisa Angarita Escorcía, por lo que le impuso la sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión por el término de dos (2) meses señalada en el artículo 43 de la Ley 1123 de 2007, al encontrarla inmersa en la falta a la debida diligencia profesional prevista en el numeral 1° del artículo 37 del mismo estatuto disciplinario¹.

La decisión fue adoptada en Sala mayoritaria por los Magistrados JUAN PABLO SILVA PRADA en calidad de ponente y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, con salvamento de voto emitido por el doctor Carmelo Tadeo Mendoza Lozano² y se soportó en la inasistencia de la togada a la audiencia de pacto de cumplimiento de mayo 5 de 2011, en la acción popular que se adelantaba en el Juzgado Sexto Administrativo de Bucaramanga bajo el radicado 2010-00277, en contra del municipio de Bucaramanga, al cual representaba como apoderada³, con ocasión de un contrato de prestación de servicios celebrado entre la profesional y la entidad territorial.

2. El 2 de mayo siguiente, al resolver el grado de consulta que procede legalmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de Judicatura de Bogotá confirmó la sentencia proferida en contra de la sancionada. No obstante, dispuso compulsar copias para que se investigara la eventual responsabilidad penal de los Magistrados SILVA PRADA y SANTODOMINGO OCHOA por haber dejado de aplicar el parágrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007

¹ Fols. 198 y ss. del c. anexo No. 2.

² Fols. 211 y ss. *ibidem*.

³ Fol. 141 del c. anexo 4.

(Código Disciplinario del Abogado), norma que se debió tener en cuenta a efectos de tasar la sanción, al prever una suspensión en el ejercicio de la profesión de seis (6) meses a (5) años cuando los hechos que originan la imposición de la sanción tienen lugar en actuaciones judiciales de abogados que se desempeñen o se hayan desempeñado como apoderados o contrapartes de una entidad pública, limitándose la sentencia a sancionar a la profesional en el monto mínimo de suspensión establecida en el artículo 43 *ibidem* (dos meses), esto es, sin tener en cuenta el incremento previsto en la agravante que objetivamente procedía dado que la profesional representaba al municipio de Bucaramanga en el litigio referido⁴.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. En diciembre 21 de 2018, el Fiscal Séptimo Delegado ante esta Sala Especial de Primera Instancia, radicó solicitud de preclusión de investigación en favor de los doctores JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, dentro de la presente indagación por el delito de prevaricato por acción⁵.

2. El 4 de septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de sustentación, en la cual el representante del ente investigador expuso las razones que sustentan su petición de preclusión para los dos indiciados. Culminado ello, se concedió el uso de la palabra a los demás intervinientes para que expresaran su opinión con respecto a lo deprecado.

⁴ Fols. 154 y ss. del c. anexo 2.

⁵ Fols. 1 y ss. del c.o. 1.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD:

La Fiscal Séptima Delegada ante esta Sala solicitó la preclusión de la indagación con fundamento en el numeral 2° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por *“la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal”*, en este caso, por obrar los indiciados en la prevista en el numeral 10° del artículo 32 del estatuto sustantivo. Subsidiariamente, pero con la misma argumentación, pidió la aplicación del numeral 4° del mismo canon procesal en cita, por *“atipicidad de la conducta”*.

A juicio del ente acusador, si bien los elementos materiales probatorios e informaciones recaudadas durante la etapa preliminar, permiten establecer objetivamente la contrariedad entre la conducta desplegada por los indiciados y la ley, principalmente los interrogatorios de los dos indiciados y las entrevistas del magistrado Carmelo Tadeo Mendoza Lozano, quien salvó el voto frente a la decisión que se tilda de prevaricadora, así como de las colaboradoras de los indiciados Ivette Lucia Pinto Borja, Nayibe Navarro Rivera y Libia Zamara Jaimes Jaimes, refulge diáfano también que dicho actuar, aunque errado y revestido de una concreta falta de diligencia, no hubiera ocurrido de no ser por un error de tipo vencible, en la medida en que la conducta reprochada se concreta en una falta de cuidado al juzgar una situación, cuyo resultado generó un error en la sanción impuesta a la abogada Clara Elisa Angarita Escorcía.

Argumentó en ese sentido que para que una conducta sea típica, no basta con la configuración de los elementos de naturaleza objetiva contenidos en la conducta punible descrita en la ley, sino que, además, se debe cumplir con el ingrediente subjetivo, lo cual significa que el sujeto activo actúe con dolo, dicho de otro modo: conociendo todos los elementos del tipo y queriendo su realización.

A ese respecto, añadió que el dolo debe materializarse frente a todas las circunstancias constitutivas del ilícito, porque *“si falta esa concreción, o el actor se equivoca sobre la situación, de modo que realiza algo distinto de lo que pretende, entonces no actúa en forma dolosa y su proceder se debe ubicar en el abanico de los distintos errores, y si ese error sobreviene de una presentación, de una representación falsa, como aquí aconteció, o de una falta de representación, nos encontramos en el error de tipo. Y si se acepta que los Magistrados se equivocaron, el efecto de ese error al excluir el dolo, se torna en una conducta excusable y por ello excluyente de responsabilidad al saberse que la conducta de prevaricato no acepta la modalidad culposa operando entonces la causal del numeral 10° del artículo 32 de la Ley 599 de 2000”*⁶.

Conforme al análisis de los elementos materiales probatorios se puede concluir, entonces, que los penalmente perseguidos no actuaron con la *“intención dirigida, torcida, corrupta o direccionada a vulnerar la ley”*⁷, como de ello dan cuenta las entrevistas realizadas a quienes fungieron como

⁶ Récord, a partir 49°, cd. 1 de la audiencia de sustentación de preclusión.

⁷ *Idem*.

colaboradores en el despacho del Magistrado ponente, y las de los procesados mismos, quienes aceptaron su error. En el caso de JUAN PABLO SILVA PRADA excusándose en la carga laboral no solo suya sino de todos sus subordinados, falta de personal, proximidad de la prescripción de la acción disciplinaria y a que, pese a su amplia experiencia en materia sancionatoria, nunca se vio en la necesidad de dar aplicación al parágrafo del artículo 43 del Código Disciplinario, lo que de contera produjo la desatención en la providencia, amén de que si hubiera querido favorecer a la abogada Angarita Escorcia hubiera propiciado la prescripción de la acción disciplinaria, dispuesto su absolución o impuesto una sanción más leve.

En lo atinente a JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, también es comprensible su situación, prosiguió la Delegada Fiscal, por cuanto para adoptar la decisión sancionatoria se hizo menester conformar sala trial, consecuencia directa de la discrepancia del Magistrado JUAN PABLO SILVA PRADA con su homólogo Carmelo Tadeo Mendoza Lozano, con quien inicialmente se tomaban las decisiones en sala dual, pues, en tanto el primero estaba convencido de la responsabilidad de la disciplinada, el segundo consideraba lo contrario, por lo que fue llamado a conformar la sala en remplazo de la titular del despacho Martha Isabel Rueda Prada, como quiera que esta última se encontraba en una licencia de estudios.

De acuerdo con lo manifestado en su interrogatorio, apoyó el proyecto sancionatorio de su par JUAN PABLO SILVA PRADA, pero que dada su inexperiencia en asuntos

disciplinarios y a que las discusiones siempre se centraron en determinar la responsabilidad disciplinaria de la enjuiciada y no la sanción que debía aplicarse, incurrió en el yerro de pretermitir el agravante previsto en el párrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007, a lo cual se sumó el exceso de carga laboral de esos despachos.

Para la Fiscalía, entonces, en razón a que se está frente a la ausencia del elemento subjetivo de orden doloso exigido para el delito de prevaricato por acción, y toda vez que dicho punible no acepta la modalidad culposa, es pertinente proceder con la preclusión de la investigación en favor de ambos indiciados.

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA:

1. El apoderado de la víctima:

No se opuso a la solicitud de preclusión. Consideró que la representante de la entidad investigadora demostró, más allá de toda duda razonable, siendo el grado de conocimiento propio de este estadio procesal de acuerdo con lo exigido por la Sala de Casación Penal y esta Sala Especial, las causales alegadas tendientes a terminar anticipadamente el proceso.

Soportó su aserto en los elementos de convicción recolectados por la Fiscalía, los cuales hacen notar la ausencia del requisito subjetivo del tipo en la conducta investigada, ora por el derrotero del numeral 2° o por el del 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que a su juicio permiten concluir lo mismo, esto es, la atipicidad en el obrar de los encartados.

Para sustentar su postura, argumentó que el prevaricato por acción además de ser un tipo penal que requiere de un sujeto activo calificado, demanda la configuración de unos elementos adicionales a efectos de su tipificación: por una parte, la acreditación del dolo y, por otra, se constata una finalidad corrupta en el comportamiento reprochable bien sea *“mediante prueba directa de ello o a través de inferencia razonable”*.

2. El procesado JUAN PABLO SILVA PRADA:

Empezó su disertación excusándose por lo acontecido y arguyendo que si bien es ideal que los administradores de justicia sean acertados en sus decisiones, no poseen el don de la infabilidad.

De ese modo, factores como la carga laboral inequitativa, la ausencia de personal suficiente para atender los requerimientos en los despachos, la imposibilidad de actualizarse de forma adecuada y las amenazas de prescripción de los procesos, conducen a los operadores jurídicos a incurrir, ocasionalmente, en yerros indeseables.

Por otra parte, añadió que, aun cuando el párrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007 se encuentra en la codificación disciplinaria, su aplicación en la realidad es nula. Se trata de una norma en desuso, inclusive en casos de trascendencia nacional; tanto así, que jamás en su experiencia sancionó teniendo en cuenta esa agravante y sin que ello fuera corregido o mencionado por el superior en anteriores oportunidades.

Pese a que aclaró que la compulsa de copias y la de su par no se puede considerar como una persecución en su contra por parte del Consejo Superior de la Judicatura, máxime cuando la relación con su *ad quem* es de “*las mejores*”, sí echa de menos que al confirmarse la decisión y advertirse el error no se hubiera reformado la providencia, como quiera que esa Corporación actuaba en grado de consulta y no de apelación, por cuya razón no existía la prohibición de la *non reformatio in peius*.

En esa medida, no se puede hablar de lesividad efectiva a la administración judicial ni a la abogada disciplinada, quien, en últimas, por el contrario, “*se vio beneficiada con la decisión*”, motivo por el cual no habrá ningún tipo de demanda patrimonial en contra del Estado, puesto que si alguien resultó lesionado fue la sociedad por la expectativa de imponer una suspensión mayor.

Señaló que su único propósito fue el de sancionar a la abogada y evitar la prescripción de la acción disciplinaria, pero dicho ejercicio apresurado condujo, infortunadamente, a un craso error, en la medida en que la suspensión aplicable debía partir de 6 meses y no de 2. Situación sumamente penosa para él, máxime cuando fue el ponente de la decisión, lo cual lo conduce a la autocrítica y reflexión.

3. Defensa conjunta de los indiciados JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA:

Coadyuvó la solicitud de preclusión sustentada en las dos causales propuestas. En su sentir, aunque se cometió un error

al dosificar la sanción disciplinaria, este fue de orden vencible, porque sus prohijos no fueron conscientes de estar vulnerando el bien jurídico protegido de la recta y equilibrada administración de justicia. A la par, se configura la atipicidad de la conducta por falta de dolo directo, en la medida en que sus representados no actuaron con *"malicia o mala fe"*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Competencia:

Le asiste competencia a la Sala para decidir sobre la solicitud de preclusión deprecada por la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en favor de los doctores JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, quienes para el momento de los hechos atribuidos fungían como Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, atendiendo a lo previsto en el artículo 234, numeral 4°, de la Constitución Política y al numeral 6° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, modificados por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

Así mismo y en tanto concierne a la Fiscalía General de la Nación solicitar la preclusión de la investigación de acuerdo con los artículos 250-5 y 251-1 de la Carta Política, modificados por el artículo 3° del Acto Legislativo 06 de 2011, en correspondencia con lo previsto en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

Respecto al fuero de juzgamiento previsto en el artículo 235, numeral 5° superior, es necesario resaltar que atañe a la garantía de un procesamiento especial dirigido a algunos servidores públicos, cuya activación deviene desde el momento mismo en que asume el cargo y su corroboración es viable a través de medios objetivos.

Pues bien, en la presente actuación se acreditó en debida forma que los doctores JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, para cuando suscribieron la decisión que se tilda de prevaricadora, se desempeñaban como Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander.

Así, en lo que atañe al Magistrado SILVA PRADA se tiene que fue nombrado conforme al Acuerdo 019 de marzo 22 de 2007, suscrito por el presidente del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena⁸, cargo en el que se posesionó mediante acta número 0231 del 29 de mayo de 2007⁹. También se cuenta con la Resolución 013 de febrero 17 de 2012, por la que se autoriza su trasladado en propiedad hacia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander¹⁰, cargo del que tomó posesión el 28 de febrero de 2012¹¹ y que desempeñó para la fecha en que suscribió la decisión, conforme constancia firmada por la secretaria judicial de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹².

⁸ Fol. 10 del c. anexo 1.

⁹ Fol. 11 *ibidem*.

¹⁰ Fol. 12 y ss. *ibidem*.

¹¹ Fol. 14 *ibidem*.

¹² Fol. 15 *ibidem*.

En cuanto al doctor SANTODOMINGO OCHOA, obra que ejerció el cargo de Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander desde el 29 de julio de 2015¹³ hasta la misma fecha de 2016, con ocasión de la licencia de estudios concedida a la doctora Martha Isabel Rueda Prada, Magistrada titular del despacho. Para tal efecto se cuenta en el plenario con el Acuerdo 153 de diciembre 9 de 2014, suscrito por el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura de Santander, que designa en provisionalidad al prenombrado por el término aludido¹⁴.

Habiéndose acreditado la calidad foral de ambos procesados, se concluye que la Sala es competente para conocer de la solicitud de preclusión en su favor.

2. De la preclusión:

De acuerdo con los artículos 331 a 335 de la Ley 906 de 2004, la preclusión de la investigación a solicitud de la Fiscalía podrá ser declarada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, inclusive antes de la formulación de la imputación, siempre y cuando se acredite cualquiera de las causales señaladas en el artículo 332 del mencionado estatuto procesal.

En ese sentido, surge la obligación en cabeza del ente investigador de especificar tanto los elementos fácticos como los jurídicos que circunscriben la causal invocada, cuya

¹³ Fol. 21 *ibidem*.

¹⁴ Fol. 17 *ibidem*.

configuración debe operar en grado de certeza si se tiene en cuenta que la terminación en forma anticipada del proceso por esta vía hace tránsito a cosa juzgada, según lo expuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en frecuentes pronunciamientos:

“Acerca de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite.

Sobre el particular, esto dijo la Sala en sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22.855:

“Significa lo anterior que la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal” (CSJ AP, jun. 24 de 2008, rad. 29344; AP, sept. 27 de 2010, rad. 34177; AP, jul. 24 de 2013, rad. 41604 y AP357, en. 25 de 2017, rad. 49196).

Por consiguiente, la solicitud de preclusión a instancias del ente investigador le impone la estricta necesidad de recolectar elementos de convicción tendientes a demostrar la causal o las causales alegadas, con la finalidad de probar, de manera cierta y más allá de toda duda razonable, la solidez de su tesis argumentativa, excluyendo cualquier resultado diferente de continuarse con la acción penal. Así lo ha reiterado esa misma Colegiatura:

“Según el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No 003 de 2002, la Fiscalía General de la Nación

tiene la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento. Sin embargo, el mismo artículo superior en su numeral 5°, faculta a dicho órgano para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, según lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar. Esa misma facultad aparece reiterada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

La fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma exista conocimiento más allá de toda duda razonable." (CSJ. AP4419, jul. 30 de 2014, rad. 44042).

Ahora bien, en atención a lo deprecado por la Delegada Fiscal, la Sala se encargará de determinar el marco jurídico conceptual de la conducta punible endilgada y luego se adentrará en el análisis correspondiente a las causales invocadas.

3. El delito de prevaricato por acción:

Como quiera que a ambos procesados se les atribuye la conducta punible de prevaricato por acción, pertinente resulta traer a colación el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 que la reprime, incluyendo el aumento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2014, cuyo tenor es el siguiente:

"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.”

De la lectura del tipo penal se advierte que, desde su aspecto objetivo, es un delito de resultado que requiere de un sujeto activo calificado, concretamente, un servidor público. Para su adecuación típica objetiva, además, es necesario que dicho servidor profiera una resolución, dictamen o concepto contrario, en forma manifiesta, a la ley.

Significa esto último que con el actuar del sujeto agente se vulnere, o contrarie, en forma patente e inequívoca, el contenido de la norma, al punto que, como lo ha dicho la Sala de Casación Penal evocando un concepto reiterado:

“(…) la resolución, dictamen o concepto que es contrario a la ley de manera manifiesta, es aquella que de su contenido se infiere sin dificultad alguna la falta de sindéresis y de todo fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos de un asunto sometido a su conocimiento, no por la incapacidad del servidor público y si por la evidente, ostensible y notoria actitud suya por apartarse de la norma jurídica que lo regula.

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." (CSJ AP 4760 de oct. 31 de 2018, rad. 49202. Pronunciamiento reiterado, entre muchas decisiones, en CSJ SP, 23 de feb. 2006, rad. 23901 y SP feb. 1° de 2007, rad 26147).

En lo que atañe al elemento subjetivo del tipo, el artículo 21 de la Ley 599 de 2000 expone que las conductas punibles podrán ser a título de dolo, culpa y preterintención. No obstante, la misma normatividad enseña que por regla general los comportamientos serán a título de dolo, salvo cuando se haya previsto expresamente la culpa o la preterintención, no siendo estos últimos conceptos aplicables para el delito de prevaricato, toda vez que su realización exige de dolo.

A ese respecto, esa misma Corporación en diferentes oportunidades, ha señalado que: *"para la afirmación del dolo requerido a fin de proferir un fallo condenatorio por prevaricato resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba*

en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo. El dolo prevaricador se configura, en principio, con la consciencia y el querer proceder en contra de la ley.” (CSJ, SP438, jul. 3 de 2019 rad. 53651 y SP jul. 27 de 2011, rad. 35.656).

4. Caso Concreto:

4.1 De la tipicidad objetiva.

Una vez analizados los elementos materiales probatorios y evidencias obrantes en el expediente, advierte la Sala que no se suscita discusión alguna en lo concerniente a la condición de servidores públicos de los indiciados JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, por cuanto ambos fungieron como Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander para el momento de los hechos, esto es, para cuando emitieron la decisión que se tilda de prevaricadora, como se colige de las actas de posesión suscritas por cada uno de los encartados y de sus propias entrevistas en las que así lo reconocen.

Igualmente, se acreditó que mientras los precitados desempeñaron los cargos conocieron del proceso disciplinario 201301349, cuyo origen se remonta a una investigación en contra de la profesional en derecho Clara Elisa Angarita Escorcia, por su inasistencia, como apoderada del municipio de Bucaramanga, a una audiencia de pacto de cumplimiento programada para mayo 5 de 2011, con ocasión de la acción

popular adelantada ante el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga bajo el radicado 20100277.

También se demostró que, pese a que el proyecto sancionatorio con ponencia del doctor SILVA PRADA fue discutido en sala dual por el prenombrado y su par Carmelo Tadeo Mendoza Lozano, no prosperó inicialmente, en la medida en que este último se apartó de lo proyectado al estimar que se debía absolver a la abogada.

A la par se verificó que, a efecto de tomar la decisión que en derecho correspondía respecto del proceso disciplinario 201301349, se hizo menester conformar una sala tripartita, razón por la cual fue llamado el doctor JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, quien se encontraba en remplazo de la titular del despacho por cuenta de una licencia de estudios.

Así, se tiene que el proyecto sancionatorio con ponencia del doctor JUAN PABLO SILVA PRADA prevaleció en tanto que el doctor SANTODOMINGO OCHOA respaldó la postura sancionatoria, mientras que el tercer integrante de la Sala, valga decir, su homólogo Carmelo Tadeo Mendoza Lozano, mantuvo su posición exculpatoria por lo que presentó salvamento de voto. De esta forma, el juicio de responsabilidad disciplinaria en contra de la abogada Clara Elisa Angarita Escorcía por haber incurrido en la falta a la debida diligencia profesional prevista en el numeral 1° del artículo 37 de la Ley 1123 de 2007, adoptado en la sentencia de enero 21 de 2016, se tradujo en la imposición de la sanción consistente en

suspensión de dos (2) meses en el ejercicio profesional, de acuerdo con el inciso 1° del artículo 43 del mismo estatuto disciplinario.

De los elementos probatorios aportados por el ente .persecutor también se conoce que la decisión anterior fue sometida a grado de consulta, siendo confirmada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante decisión de mayo 2 de la misma anualidad. No obstante, en esa determinación dicho cuerpo colegiado compulsó copias a los aquí indiciados por haber dejado de aplicar, en la imposición de la sanción a la profesional investigada disciplinariamente, el parágrafo del artículo 43 *ibídem*. El texto de este precepto íntegro es el siguiente:

“ARTÍCULO 43. SUSPENSIÓN. *Consiste en la prohibición de ejercer la profesión por el término señalado en el fallo. Esta sanción oscilará entre dos (2) meses y (3) tres años.*

PARÁGRAFO. *La suspensión oscilará entre seis (6) meses y cinco (5) años, cuando los hechos que originen la imposición de la sanción tengan lugar en actuaciones judiciales del abogado que se desempeñe o se haya desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública”* (subraya fuera de texto).

No se remite a duda, entonces, que para el caso de la abogada investigada resultaba imperativa la aplicación del parágrafo transcrito en la determinación de la sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión a la abogada Angarita Escorcía, habida cuenta que la imputación en su contra versaba (i) por no haber asistido a una actuación judicial –la

audiencia de pacto de cumplimiento programada para mayo 5 de 2011 en la acción popular que se adelantaba en el Juzgado Sexto Administrativo de Bucaramanga bajo el radicado 2010-00277— y, en cuanto (ii) dentro de esa actuación judicial se desempeñaba como apoderada de una entidad pública, a saber, el municipio de Bucaramanga.

Siendo ello así, se ofrece diáfano que la decisión emitida por los indiciados al imponer como sanción a Angarita Escorcía la suspensión en el ejercicio de la profesión por el lapso de dos (2) meses —nótese que se trata del extremo mínimo del inciso primero del artículo 43 de la Ley— resulta abierta y objetivamente contraria al texto legal, por desconocer el contenido del párrafo de la misma disposición, todo esto pese a satisfacerse, en los términos vistos, el supuesto de hecho que regulaba el caso y que determinaba que la sanción de suspensión en el ejercicio profesional debió tasarse entre un mínimo de seis (6) meses y un máximo de cinco (5) años, aspecto que, dicho sea de paso, no ha sido controvertido por lo indiciados, quienes, por el contrario, han aceptado que se trató de una desatención.

Así las cosas, observa la Sala que para el caso no solo resultaba pertinente dar aplicación al contenido del párrafo en comento, sino exigible, pues no se debe olvidar que según el mandato constitucional consagrado en el artículo 230, los jueces, extendiéndose esto a los Magistrados y demás operadores jurídicos, están sometidos al imperio de la ley.

Consecuentemente, no se esperaba otra cosa de los aquí indiciados a que actuaran en armonía con esa Norma Superior, cuyo contenido no solo se ajusta al criterio normativo de más alto nivel, sino que se eleva hasta la esfera de los principios fundamentales del Estado de Derecho, como desarrollo del principio de legalidad.

De ese modo lo ha precisado de antaño el Máximo Tribunal Constitucional, al señalar:

"1. El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador.

Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Su posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como principio rector del uso de las facultades tanto para legislar -definir lo permitido y lo prohibido- como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una institución jurídica compleja conforme a la variedad de asuntos que adquieren relevancia jurídica y a la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-710/01, subraya fuera de texto).

Al margen de las discusiones de responsabilidad disciplinaria que se pudieron esgrimir en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander al momento de resolver la investigación bajo el radicado 201301349, lo cierto es que prevaleció, por decisión mayoritaria, la postura sancionatoria; razón por la cual y en consideración precisamente a que la disciplinada actuaba en representación de una entidad pública, obligado resultaba, se insiste, dar aplicación al agravante del ya mencionado parágrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007.

Por consiguiente, de la conducta desplegada por los indiciados se puede predicar su tipicidad objetiva en el delito de prevaricato por acción reprimido en el artículo 413 del Código Penal, por cuanto su actuar cumple a cabalidad con los requisitos exigidos en la descripción del delito de prevaricato por acción, a saber: i) los implicados, para el momento de los hechos, actuaban como servidores públicos, esto es, como sujetos activos calificados y ii) se profirió una sentencia manifiestamente contraria a lo consagrado en la ley, en la que se contradijo el querer del legislador -como representante de la

sociedad- al prever una sanción mayor, para este tipo de conductas.

4.2 De la tipicidad subjetiva.

Como quiera que la Fiscalía basa su pedimento en el numeral 2° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 (existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal), remitiendo al motivo previsto en el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal (error de tipo vencible) y, subsidiariamente –aunque con la misma fundamentación— en la consagrada en el numeral 4° del mismo artículo (atipicidad subjetiva del hecho investigado), se encuentra necesario ahondar sobre la forma correcta de proponer el primer supuesto invocado (error de tipo), teniendo como norte la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Para tal efecto, bien está empezar por recordar que, según lo dispone el numeral 10° del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, no habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

“Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.”

Esta hipótesis se corresponde con el denominado error de tipo, sobre el cual ha venido señalando la misma Sala de Casación Penal que: “(...) hace referencia al desconocimiento o

conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tengan carácter fáctico, esto es, de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario)” (CSJ. SP, abr. 10 de 2013, rad. 40116 y AP5629-2017, rad. 49772).

Hace poco, en la decisión AP554, feb. 20 de 2019, rad. 50077, dicha Colegiatura insistió en la misma noción del error de tipo, haciendo hincapié sobre su correcta ubicación dentro del esquema del delito y su diferencia con la conducta culposa, lo que resulta de suma importancia de cara a determinar hacia donde apunta en realidad la solicitud del ente persecutor en este caso. Se dijo en esa oportunidad:

“Frente a la noción del error de tipo, la Sala de Casación Penal tiene dicho que hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tengan carácter fáctico, de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario) (CSJ SP, 10 abr. 2013, rad. 40116)¹⁵.

Luego, si el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, es preciso afirmar que el error de tipo concurre únicamente ante la ausencia del primer componente del dolo: el cognoscitivo. Así lo ha reconocido esta Corporación desde el auto del 24 de mayo de 1983, al señalar:

¹⁵ Reiterada en CSJ AP, 15 mar. 2017, rad. 49429.

... para que el error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de la insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto... Evidenciada esta nota del error (su insuperabilidad), la culpabilidad no se da por ausencia de dolo en cuanto faltaría uno de sus elementos: el del conocimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognoscitivo del actuar doloso. Si, en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectual de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico (Subrayado fuera de texto).

Tesis que la Sala ha reiterado, entre otras, en las providencias CSJ SP, 3 dic. 2002, rad. 17701 y CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 35062, última en la que se puntualizó:

La tipicidad integrada en sus fases objetiva y subjetiva, siendo de las segundas, el dolo en su doble condición de conocimiento y voluntad, de donde el error de tipo supone la ausencia del elemento cognitivo (conocimiento) del dolo, en tanto, que el error de prohibición, el sujeto sí quiere y conoce lo que hace, sin embargo, asume que su conducta no está prohibida por la ley, por lo tanto, le está permitida (Subrayado fuera de texto)...”.

El error de tipo, por otro lado, y de acuerdo con el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, puede ser de dos clases: invencible y vencible. Esa misma Corporación ha señalado que será “invencible cuando no le sea exigible al autor ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, es decir, que la errada interpretación o comprensión no dependa de su culpa o negligencia, circunstancia que produce la atipicidad subjetiva y, vencible, en caso que el agente lo pueda superar con un esfuerzo factible y que le era exigible con arreglo a las circunstancias de posibilidad de conocimiento, oportunidad y demás que rodearon la ocurrencia de los hechos”. (CSJ. SCP. Rad. 44678 de 2014).

Esta Sala Especial también se ha pronunciado acerca de la diferencia entre estas dos clases de error de tipo como lo hizo en la providencia AEP00064, dic. 6 de 2018, rad. 52746, indicando que “[l]a equivocación será invencible cuando no le sea exigible al autor ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, es decir, que la errada interpretación o comprensión no dependa de su culpa o negligencia, circunstancia que produce la atipicidad subjetiva y, vencible, en caso que el agente lo pueda superar con un esfuerzo factible y que le era exigible con arreglo a las circunstancias de posibilidad de conocimiento, oportunidad y demás que rodearon la ocurrencia de los hechos¹⁶...”.

En relación con este error, la causal 10ª del artículo 32 define que, de cara al error vencible, este sólo será punible cuando la ley haya previsto la conducta en la modalidad culposa; no siendo ese, se reitera, el caso del prevaricato por acción, el cual, como se indicó con anterioridad, siempre exige de dolo para su configuración.

A su vez, la atipicidad de la conducta, a modo de causal de preclusión, está prevista en el numeral 4º del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, y es definida como:

*“La falta de adecuación de la conducta en la descripción normativa especial que debe resultar de una valoración y correlación, tanto de los diferentes elementos **objetivos** y **subjetivos** previstos en la disposición, como de las consideraciones fácticas, jurídicas y probatorias que acreditan la necesidad de poner fin a la acción penal por dicha causal”* (CSJ. SP. rad. 51964 de 2018, negrillas tomadas del texto original).

¹⁶ CSJ. SCP. Radicado No. 44678 de 1-X-014.

Importa tener en cuenta, como se enfatiza en AP368-2018, rad. 51049, que *“la norma no distingue entre la atipicidad objetiva y la subjetiva, por lo que la interpretación literal y sistemática de dicho precepto, obliga concluir que dicho enunciado incluye ambas categorías”, al punto que “una de las diferencias entre el archivo y la preclusión de la investigación, radica, justamente, en que el primero sólo es procedente cuando los hechos no existieron, y/o que los acontecimientos objetivamente no configuran ningún hecho punible -atipicidad objetiva-; mientras que la segunda, lleva consigo la discusión sobre aspectos subjetivos de la tipicidad”.*

De lo expuesto emerge evidente que el error de tipo no se puede confundir, como se señala claramente en la antiquísima providencia de 24 de mayo de 1983, referida en la citada AP554, feb. 20 de 2019, rad. 50077, con la atipicidad subjetiva derivada de la ausencia de dolo porque la conducta es culposa, esto es, producto de la negligencia o violación del deber objetivo de cuidado del sujeto agente en aquellos eventos en que la ley, como ocurre con el delito de prevaricato, exige que sea dolosa. Ahora, dependiendo del supuesto de que se trate variará la causal de preclusión del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, como lo ha pregonado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, acogida por esta Sala.

Lo anterior, porque si la atipicidad subjetiva surge de que la conducta del sujeto agente es negligente o descuidada pero no alcanza la modalidad dolosa que exige el tipo penal –el prevaricato, por ejemplo— en realidad no se está ante ninguno de los supuestos de exoneración de responsabilidad del

artículo 32 del Código Penal, por lo que no es correcto invocar la causal segunda de preclusión que remite a esa norma. El motivo atinado de preclusión en estos eventos será la causal cuarta por atipicidad del hecho investigado (subjetiva, porque el problema radica en la ausencia de dolo pero no por un error –convicción errada— sino porque la conducta es culposa y el tipo penal la exige dolosa).

Cosa distinta es que la atipicidad devenga del denominado error de tipo, en cuyo caso dependerá de si es invencible o vencible, como también se sostuvo por la Sala de Casación Penal en la misma decisión AP554, feb. 20 de 2019, rad. 50077:

*“Bajo esa línea de pensamiento, huelga concluir que el único error de tipo que lleva a declarar ausencia de responsabilidad es el invencible, porque rechaza el dolo, pues no depende de la culpa o negligencia del agente, mientras que **el error vencible en conducta dolosa implica la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo, en la medida en que es un error que el autor había podido evitar si hubiese hecho el esfuerzo que le era exigible.** El error vencible en delito culposos, de acuerdo a nuestra jurisprudencia, sí es punible.*

De manera que, al configurarse el primer evento, procede la preclusión por la causal 2ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, de darse el segundo suceso, correspondería a la causal 4ª.

Desde luego, no sobra recordar que, aunque en principio se ha dicho que el juez de conocimiento debe restringir su competencia a la causal de preclusión sustentada por la Fiscalía, tal mandato encuentra su excepción únicamente cuando se invoque atipicidad del hecho investigado (causal 4ª) y los elementos materiales probatorios

y evidencia física demuestren la ausencia de dolo por error de tipo invencible (art. 32-10 del Código Penal), hipótesis donde debe preferirse la aplicación de la causal que excluye la responsabilidad (causal 2ª) por ser específica para el supuesto de hecho planteado y no afectar la estructura del proceso acusatorio (CSJ, SP 15 jul 2009, rad. 31780)¹⁷... (subrayas tomadas del texto original, negrilla de la Sala).

En conclusión: si la conducta es culposa y la ley solo prevé para ella la modalidad dolosa o si se trata de un error de tipo vencible, que, dicho sea de paso, son dos fenómenos distintos y, por ende, de diversa demostración, la causal correcta de preclusión que se debe invocar es la cuarta del artículo 332 de la Ley 906, mientras que si el error de tipo es invencible, el motivo procedente es el segundo del mismo artículo que remite a la causal décima del artículo 32 del Código Penal.

Así las cosas, la propuesta principal de la Fiscal Séptima Delegada ante la Corte anclada en la causal segunda del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 resulta incorrecta porque invoca un error de tipo vencible, cuya causal adecuada de formulación, conforme ha quedado visto y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, es la cuarta de la misma disposición, que la funcionaria formuló como subsidiaria.

Empero, lo que en verdad se advierte es que la proposición de la representante del ente acusador no se aviene con el pretendido error de tipo vencible a que hace alusión, sino con que la conducta desplegada por los indiciados es culposa y, por

¹⁷ Reiterada en CSJ AP, 18 may. 2011, rad. 35826.

lo mismo, exenta de responsabilidad en la medida en que el delito de prevaricato por acción atribuido no admite esa modalidad sino exclusivamente la dolosa.

En efecto, a lo largo de su exposición la señora Fiscal refiere que el accionar de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA fue producto de su descuido y negligencia que los llevó a no reparar en la existencia del parágrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007, el cual contemplaba un incremento de la sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión impuesta a la abogada Clara Elisa Angarita Escorcía, por haber incurrido en la falta a la debida diligencia profesional contemplada en el numeral 1° del artículo 37 de la misma codificación disciplinaria.

Demostración esta que, aflora evidente, no se acompasa con el anunciado error de tipo vencible en que habrían incurrido los magistrados, sino con que la conducta fue cometida con culpa al tenor de lo previsto en el artículo 23 del Código Penal, aun cuando el resultado sea el mismo, valga decir, la atipicidad subjetiva que de ello emana con sustento en la causal 4ª de preclusión, pero en este caso, se debe reiterar, no por error o por una convicción errada de los funcionarios indiciados al no haber aplicado el parágrafo que contenía la mayor intensidad de la sanción disciplinaria.

Ello no solo se desprende del contexto global de la solicitud de preclusión sino de las afirmaciones textuales de la

funcionaria en desarrollo de la audiencia, al aseverar que los Magistrados indiciados “no se detuvieron siquiera un momento para la revisión de la sanción a imponer”¹⁸, esto es, en realidad no hubo ningún juicio sobre el párrafo que derivara en una “convicción errada” para inaplicarlo.

Así mismo, al aseverar que su conducta “aunque objetivamente contraria al mandato de la norma, como atinadamente lo destacó la colegiatura que revisó en grado de consulta, se corresponde a una actitud inherente, a una falta de cuidado en la suscripción de la diligencia, o mejor en la suscripción de la sentencia que otra cosa, tal y como lo resaltó el colegiado que revisó en consulta, entidad que fue la que detectó la falencia, haciendo un fuerte llamado de atención a sus homólogos para que en el futuro fueran más cuidadosos y evitaran que estos casos volvieran a pasar”¹⁹.

Bajo la misma línea argumental, al aducir, en la parte final de su intervención, que fue un proceder “revestido de una concreta falta de diligencia y claro ese yerro no hubiera ocurrido si los cuestionados empujaron a las cargas laborales, la congestión, la falta de personal, las diferentes diligencias que debían atender, hubiesen actuado diligentemente al momento de hacer la sala, o si se quiere leer correctamente el artículo 43, no solamente en su inciso inicial, sino en su párrafo, eso debieron hacer, pero eso se refleja en una falta de cuidado en su responsabilidad funcional, por la forma como se moduló al quedar desvirtuada la culpabilidad dolosa en la realización del hecho...”²⁰.

¹⁸ Récord 42' del cd. contentivo de la audiencia de sustentación.

¹⁹ Récord 44'03" *ibidem*.

²⁰ Récord 46'23" *ibidem*.

Refulge diáfano que lo que pone de manifiesto la representante del ente persecutor es una conducta negligente, ligera y, si se quiere, violatoria del deber objetivo de cuidado que asistía a los funcionarios, traducida en que ni siquiera consideraron la existencia del párrafo en cuestión, lo que no se puede encasillar en la noción de error de tipo, en los términos referidos (no hay ninguna convicción errada en la aplicación del párrafo, se insiste), sino, en la comisión de una conducta culposa, de acuerdo a lo expuesto de forma pacífica por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como en SP. dic. 7 de 2005, rad. 24696, reiterada, entre otras, en SP. abr. 9 de 2014, rad. N° 43363, en la que se precisó:

“Al entrar en vigencia la Ley 599 de 2000, el legislador, atendiendo el desarrollo y avances de las dos aludidas fuentes generales de derecho —doctrina y jurisprudencia—, señaló en su artículo 23 que ‘La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo’, concepción del delito imprudente que debe entenderse armonizada con dos postulados, aludidos en precedencia, erigidos como normas rectoras prevalentes y orientadoras de la interpretación del sistema penal, según las cuales ‘La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado’ y ‘toda forma de responsabilidad objetiva’ se encuentra proscrita o erradicada (artículos 9, 12 y 13 ídem).

...El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado. Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para

los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido.

...El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos.

Respecto de los elementos subjetivos en el delito imprudente, la presencia de contenidos de esa naturaleza es clara. En efecto, en cuanto al aspecto volitivo, el resultado típico debe corresponder a una causalidad distinta de la programada para el acto al que dirigió su voluntad el agente, y respecto del elemento cognoscitivo, es condición que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el peligro que la conducta representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado con arreglo a esa cognición”.

Esclarecido el aspecto relacionado con la causal de preclusión a que en realidad se hace alusión en la solicitud, sin que ello implique variar el pedimento o el motivo invocado en cuanto se acudió a ella con carácter subsidiario, procederá esta Sala Especial a valorar los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía en aras de determinar si, como lo depreca, se configura la causal 4^a de preclusión de investigación prevista en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por atipicidad subjetiva de la conducta (ausencia de dolo) en favor de los doctores JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA.

Pues bien, como se vio, para el ente acusador el comportamiento de los indiciados fue negligente y descuidado —culposo— en tanto confluyeron algunas circunstancias, acreditadas probatoriamente que conducen hacia esa conclusión, como (i) la excesiva carga laboral de los despachos de los magistrados sumada a la insuficiencia de personal para atender los asuntos; (ii) el arribo tardío del caso al despacho del magistrado ponente y las incidencias de su tramitación que propiciaron la inminencia del fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria seguida en contra de la abogada Clara Elisa Angarita Escorcia y a que (iii) la aplicación del parágrafo contentivo de la agravante del monto de la sanción no era de uso frecuente, aspectos todos que, en suma, determinaron que no se hubiera reparado en su existencia, situación esta que habría podido evitarse si los indiciados hubieran actuado con la diligencia debida.

En torno al primer punto, esto es, a la excesiva carga laboral de los despachos de los Magistrados SILVA PRADA y SANTODOMINGO OCHOA y la insuficiencia de personal para evacuarla, se tiene que obran en el plenario las estadísticas trimestrales del despacho del primero en mención —quien fungió como ponente de la decisión sancionatoria de enero 21 de 2016— correspondiente a los años 2013 a 2016, incorporadas a través del informe de Policía Judicial No. 9106473 de julio 14 de 2017²¹, documentación obtenida en desarrollo de la diligencia de inspección realizada el 5 de julio anterior en la sede del Consejo Seccional de la Judicatura-Administrativa de Bucaramanga y que se corresponde con la

²¹ Fols. 84 a 95 del c. anexo 3.

entregada por el procesado SILVA PRADA durante su interrogatorio llevado a cabo el 5 de abril de 2017²², en el cual, sobre el particular, expuso lo siguiente:

“(...) Quisiera entonces acotar que conforme al recuento que he realizado, este proceso tuvo un trámite normal hasta septiembre de 2015, esto es, fui programando e impulsando las audiencias a la par con las aproximadamente 230 investigaciones de abogado que siempre están a mi cargo de sólo abogados, porque hay otro tanto de investigaciones respecto de funcionarios. Mi carga laboral es de aproximadamente 450 procesos (...).

Lo anterior, en sus palabras, generó la “desatención” consistente en no aplicar el parágrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007 en el monto de la sanción disciplinaria a la abogada Clara Elisa Angarita Escorcia, por “*las circunstancias de exceso de trabajo y de presión permanente que vivimos en estas salas disciplinarias, máxime que para la época de los hechos y hasta la actualidad somos los únicos que contamos con un auxiliar en el despacho, a diferencia de todos los demás magistrados del país, quienes cuentan por lo menos con un abogado asesor adicional. Y la necesidad de personal es ampliamente conocida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, tanto así que entre agosto de 2013 y noviembre de 2014 a la Sala Disciplinaria de Santander le designaron ese cargo de abogado asesor. Lo indicado para poner de presente que nosotros trabajamos en unas condiciones muy precarias, con una gran presión laboral. Además, a cada despacho le ingresan mensualmente en promedio unos 50 procesos incluidos tutelas y habeas corpus, cifra que en la*

²² Fols. 18 a 81 *ibidem*.

actualidad ya asciende a 60... Yo la verdad no quiero extenderme más sobre esas condiciones precarias que vivimos en las Corporaciones, y en concreto de la cual hago parte, pero estamos sufriendo un tratamiento discriminatorio que conduce ya de tiempo atrás al peligro de cometer errores como el que aquí se investiga...”²³.

El también indiciado, doctor JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, ratifica esa situación de exceso de trabajo que agobiaba a esa corporación en general y de la que no estaba excluido su despacho, como de ello dio fe en su interrogatorio rendido el 7 de julio de 2017, así:

“[C]onsidero que eso se generó debido a la alta carga laboral, ya que mi despacho manejaba aproximadamente 600 expedientes en la semana, hacía 27 audiencias, teníamos que resolver tutelas, recibir testimonios en los procesos de la Ley 734 contra los servidores públicos y que además no contábamos con el personal necesario en cada despacho, ya que en el que yo dirigía sólo se encontraba el suscrito y la secretaria...”²⁴.

Coincide lo anteriormente expuesto por los indiciados con lo afirmado por quienes se desempeñaron como colaboradoras de sus despachos, valga decir, Nayibe Navarro Rivera e Iveth Lucía Pinto Borja con el doctor SILVA PRADA y Libia Zamara Jaimes Jaimes con el doctor SANTODOMINGO OCHOA. La primera en mención expresó, en entrevista de 4 de julio de 2017, lo siguiente:

²³ Fols. 9 y 10, *ibidem*.

²⁴ Fols. 99 y 100 *ibidem*.

*"PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO CUÁL HA SIDO LA CARGA LABORAL DEL DOCTOR JUAN PABLO SILVA, DEL PERIODO COMPRENDIDO 2016 A LA FECHA. CONTESTÓ: Para dar respuesta, la entrevista (sic) procede a imprimir la estadística mes a mes que se encuentran en excel, en 2016: enero ingresaron 54 procesos, en febrero 52, en marzo 39, en abril 55, en mayo 42, en junio 62, julio 44, en agosto 64, en septiembre 38, en octubre 48, en noviembre 62 y en diciembre 6, en 2017, en enero 57, en febrero 56, en marzo 55, en abril 58, en mayo 69 y en junio 50"*²⁵.

Más adelante, en la misma diligencia, acotó:

*"Yo estoy en el Despacho desde septiembre de 2016, pero sí estuve vinculada al Despacho desde la Secretaría desde 2013 – 2014, y me consta la carga laboral tan grande que tiene del Despacho ya que, sólo son el Magistrado y la Auxiliar para evacuar todos los procesos"*²⁶.

Por su parte, Iveth Lucía Pinto Borja, en la entrevista rendida el 26 de abril de 2018, señaló sobre ese mismo punto:

"Son muchísimas las funciones que se tiene como auxiliar del despacho y en general del despacho toda vez que son solo dos personas que tienen que propender por el impulso y la gestión necesaria para que el despacho evacue la excesiva cantidad de procesos que llegan al mismo para su respectivo tramite. Yo recibía los procesos de reparto esto es disciplinarios contra abogados, contra funcionarios, contra auxiliares de la justicia, acciones de tutela, despachos comisorios, conflictos de competencia y los procesos que entraban de la secretaria para su impulso, decisión y trámite correspondiente. Quiero resaltar que son muchas las cosas y actividades que tienen que desarrollarse por parte del magistrado,

²⁵ Fol. 103 *ibidem*.

²⁶ Fol. 104 *ibidem*.

de su auxiliar y también de la secretaria de la sala para poder medio tener en equilibrio de carga el despacho, debiéndose de forma obligatoria tanto para el magistrado como para el resto de personal enunciado trabajar de forma excesiva en jornadas extenuantes...”²⁷.

Al ser indagada concretamente por el volumen laboral del despacho adujo: *“No tengo presente este dato, pero sí puedo decir que era alto y que hacíamos lo posible con el doctor para que la estadística no aumentara”²⁸.*

A su vez, Libia Zamara Jaimes Jaimes, dependiente del Magistrado SANTODOMINGO OCHOA, destacó que no solo en su despacho, sino que en todos los de la corporación se implementaban medidas para prevenir la prescripción, aunque *“existía muy poco personal tanto en secretaría como en los despachos, pues estos últimos solo contaban con el magistrado y la auxiliar y se daba prelación a las acciones y trámites urgentes”²⁹.*

Así mismo adujo que *“pese a la agilidad en los trámites de los procesos de abogados dada la oralidad, en ciertas circunstancias se suspendían y se tenían que volver a reprogramar las audiencias de acuerdo a la agenda del despacho debido a la cantidad de carga laboral”³⁰.*

De lo expuesto asoma indiscutible que los despachos de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, pese a tener

²⁷ Fol. 235 *ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Fol. 245 *ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

una carga laboral significativa, no contaban con el suficiente personal de apoyo para su evacuación, limitado éste al propio magistrado y a un solo auxiliar judicial, circunstancia que objetivamente podía conducir a que los asuntos sometidos a su consideración se llegaran a tramitar sin la necesaria diligencia y cuidado que ameritaban, dando lugar con ello, conforme lo señala el propio indiciado doctor SILVA PRADA, a incurrir en desatenciones como la que es objeto de estudio.

También propició la situación, según ya se anticipó, el hecho de que la compulsa de copias que originó el proceso disciplinario contra la abogada Clara Elisa Angarita Escorcía en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, se produjo luego de transcurrido un tiempo considerable desde cuando sucedieron los hechos, así como las incidencias procesales que se presentaron durante su tramitación, aspectos que, en conjunto, determinaron un riesgo inminente de prescripción de la acción y que obligaron a imprimirle trámite urgente, contribuyendo ello a que se incurriera en la omisión objeto de análisis.

Al respecto, téngase en cuenta que la infracción disciplinaria tuvo ocurrencia el 5 de mayo de 2011, día en que la profesional Angarita Escorcía no asistió a la audiencia de pacto de cumplimiento adelantada en el Juzgado Sexto del Circuito Administrativo de Bucaramanga, y que la actuación solo arribó al despacho del Magistrado Ponente, doctor JUAN PABLO SILVA PRADA, el 6 de diciembre de 2013, producto de la compulsa de copias ordenada por la Personería de la misma ciudad para que se investigara la conducta de la abogada, igual

data en que el Magistrado Ponente dispuso avocar conocimiento³¹, esto es, tras más de dos años y siete meses de sucedidos los hechos.

En ese orden, es cierto, como lo afirma este indicado y sus asistentes judiciales Nayibe Navarro Rivera e Iveth Lucía Pinto Borja, que había transcurrido un tiempo considerable que imponía acelerar el asunto para conjurar el riesgo de prescripción de la acción disciplinaria, pues, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), dicho término es de cinco (5) años *“contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación”*.

Sobre ese particular también depuso el Magistrado Carmelo Tadeo Mendoza Lozano en su entrevista efectuada el 5 de julio de 2017, cuyo dicho resulta relevante en cuanto se trata de quien salvó el voto frente a la decisión objetivamente contraria a derecho. Al respecto, expresó:

“En la Sala del 15 de enero de 2016, que fue la primera Sala Ordinaria del año, se discutieron y dialogaron estos aspectos con el doctor JUAN PABLO SILVA, y recuerdo que propuse que se suspendiera la discusión para mayor reflexión sobre el tema porque yo venía absolviendo y archivando esta clase de investigaciones frente a los abogados que no iban a la Audiencia de Pacto de Cumplimiento, a lo cual el doctor JUAN PABLO me dijo que había urgencia en definir el caso porque si bien era un radicado de 2013 los hechos eran del primer semestre del 2011 y estaba próximo a la prescripción. Ante ello entonces, declaramos el empate y se dispuso convocar a la Sala Trial a la mayor brevedad procediéndose a realizar el jueves siguiente, en la cual realizamos la primera sala trial

³¹ Fol. 97 del c. anexo 4.

*del año, y se discutió el proyecto entre los tres magistrados y el doctor JESUS MARÍA compartió el fundamento de la sanción proyectada por el doctor JUAN PABLO, y yo formalicé que salvaría el voto, lo cual hice con posterioridad, una vez fue pasado el expediente al Despacho para tal fin.*³² (subraya fuera de texto).

Si a la anterior circunstancia se aúna la dificultad procesal derivada de que no fue posible lograr la comparecencia personal de la disciplinada Clara Elisa Angarita Escorcía³³, ante lo cual fue necesario declararla persona ausente y designarle defensor de oficio³⁴, y que el profesional nombrado no asistió a la audiencia de pruebas y calificación, lo cual determinó la designación de uno nuevo³⁵ y que, además, hubo posturas contrarias en la Sala dual inicialmente conformada por los Magistrados SILVA PRADA y Mendoza Lozano, resulta pertinente inferir que la amenaza de prescripción era real, cuya consecuencia concreta fue contar con un periodo menor para tomar la decisión.

Ahora, el hecho de que las discusiones se centraran en ese aspecto, y que el Magistrado Carmelo Tadeo Mendoza Lozano salvara el voto y nada haya expresado sobre la inobservancia del agravante en los motivos de su inconformidad, es indicativo de que realmente tal norma, aún para quienes transitan diariamente en el derecho disciplinario, no era de frecuente aplicación.

³² Fol. 162 c. anexo 3.

³³ Fol. 73 anexo 4.

³⁴ Fol. 77 *ibidem*.

³⁵ Fol. 78 *ibidem*.

Además, el Magistrado ponente expresó que, pese a su amplia experiencia en el cargo, nunca había advertido un caso similar al de la disciplinada, esto por cuanto las acciones disciplinarias que adelantó apuntaban a determinar la responsabilidad de abogados que habían suscrito contratos en el ámbito particular con sus clientes, razón por la cual el caso se mostraba diferente a lo que normalmente se tramitaba, como lo sostuvo en su interrogatorio de abril 5 de 2017:

“(...) yo ya tenía un desempeño de 8 años y medio aproximadamente como magistrado disciplinario y jamás en ninguna sentencia o pliego de cargo yo había sancionado algún abogado con base en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007, es decir, esta no es una norma de uso diario o habitual, en otras palabras, esa agravante debía aplicarla y desafortunadamente no se hizo, lo cual evidentemente constituyó una desatención (...)”³⁶

En la misma diligencia añadió: *“(...) no existe antecedente alguno de aplicación de esa norma en sentencias en que yo haya tomado parte para proferimiento, tanto en el departamento de Santander como en el del Magdalena”³⁷*

Coincidiendo con su compañero de Sala, el Magistrado Carmelo Tadeo Mendoza Lozano refirió en su entrevista lo siguiente:

“Yo ejerzo este cargo en esta Sala desde octubre de 1999 y realmente no recuerdo que haya un precedente de una sanción específica sobre la dosificación de la sanción en estos casos, esa norma es del 2007, en teoría establece una mayor sanción en cuanto

³⁶ Fols. 10 y 11 *ibidem*.

³⁷ Fol. 15, *idem*.

*a los límites de la suspensión cuando el abogado representa la entidad oficial, y de lo que si estoy seguro es que con la intervención del doctor JUAN PABLO o del doctor JESUS MARÍA como Magistrados de la Sala no tuvimos ninguna discusión ni referencia alguna sobre la aplicación de ese aspecto de la sanción*³⁸.

También corrobora lo dicho por los Magistrados, la respuesta suministrada por la auxiliar judicial Nayibe Navarro Rivera, quien al indagársele sobre la existencia de antecedentes o casos similares respondió con una negativa contundente³⁹.

De otro lado, evidencia la Sala que no es factible constatar relación alguna de amistad o cercanía entre los Magistrados y la llamada a responder disciplinariamente, a quien, aunque inadecuadamente se le suspendió de la profesión por un término de 2 meses, se itera, no obra en el expediente elemento material probatorio, información o indicio alguno que permita evidenciar un interés corrupto en búsqueda de beneficiarla o favorecerla injustamente.

Todo lo contrario, el cometido del Magistrado ponente, desde un principio, como el mismo lo relata en su interrogatorio, era propugnar porque la falta disciplinaria no quedara en la impunidad, por lo que, dentro del marco sancionatorio propio del derecho disciplinario, optó por la sanción de suspensión en lugar de la multa o inclusive la declaratoria de ausencia de responsabilidad de la procesada, tal y como lo argumentó su par Carmelo Tadeo Mendoza

³⁸ Fols. 162 y 163 *ibidem*.

³⁹ Fol. 105 *ibidem*.

Lozano. Situación que, en gracia de discusión, condujo a posturas divididas en la decisión.

De acuerdo con lo dicho y de los elementos de convicción obrantes en el plenario, es pertinente concluir que el actuar de los indiciados dista de acomodarse a una conducta dolosa, por tratarse de una evidente violación del deber objetivo de cuidado, para cuya producción confluyeron los factores vistos.

Se trata, entonces, de un comportamiento imprudente que, por supuesto, podría haberse evitado si los Magistrados JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA hubieran actuado con mayor diligencia y atención, sin que sea posible atribuirles responsabilidad penal en la medida en que la conducta de prevaricato por acción atribuida exige de dolo para su realización. Tampoco es dable asegurar que, de continuarse con la persecución penal, las pesquisas puedan arrojar una conclusión diferente a la expuesta.

Para culminar y respecto de lo argumentado por el doctor JUAN PABLO SILVA PRADA en la audiencia de solicitud de preclusión, referente a que en el presente caso no se produjo una lesión efectiva al bien jurídico tutelado y que de haber existido solo sería atribuible a su superior jerárquico, esto es, a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en la medida en que actuando en grado de consulta no corrigió el yerro, entiende la Sala que no es necesario abordar esa discusión relacionada con aspectos básicos de la

antijuridicidad, como quiera que la preclusión aquí dispuesta opera en sede de tipicidad.

Consecuentemente, se decretará la preclusión de la indagación por el delito de prevaricato en favor de los doctores JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, al amparo de la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por ausencia de tipicidad subjetiva.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA,

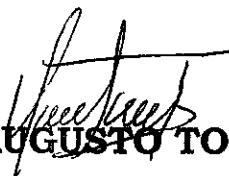
R E S U E L V E:

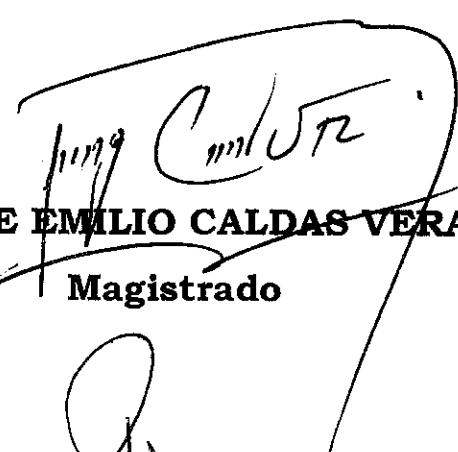
PRIMERO. PRECLUIR, por atipicidad de la conducta, la investigación que por el delito de prevaricato por acción la Fiscalía General de la Nación adelanta en contra de los doctores JUAN PABLO SILVA PRADA y JESÚS MARÍA SANTODOMINGO OCHOA, en su condición de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, y, en consecuencia, **CESAR** con efectos de cosa juzgada la acción penal.

SEGUNDO. NOTIFICAR en estrados esta decisión, y **ADVERTIR** que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

TERCERO. ARCHIVAR la actuación, una vez quede en firme esta providencia.

Notifíquese y cúmplase,


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario