

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

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

AEP 143-2022

Radicación N° 00601

Aprobado mediante Acta No. 115

Bogotá D.C., ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós
(2022).

ASUNTO

Procede la Sala Especial de Primera Instancia a decidir la solicitud de preclusión que, por atipicidad del hecho investigado, formuló el Fiscal Décimo Delegado en favor de la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, Magistrada del Tribunal Administrativo del Chocó, dentro de la indagación que cursa en su contra por el presunto delito de *prevaricato por acción*.

SITUACIÓN FÁCTICA

Mediante Resoluciones 004, 006, 008¹ y 010 de 22 de marzo, 08 de agosto, 28 de septiembre y 30 de noviembre de 2011, respectivamente, y 003 de 24 de febrero de 2014, la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, Magistrada del Tribunal Administrativo del Chocó, nombró en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Judicial I a la señora Merly Esmeralda Mosquera García

También por acto administrativo 007 de 28 de septiembre de 2011 aceptada la renuncia de la señora Mosquera García y designada en el cargo creado transitoriamente, nombró como Auxiliar Judicial I, en encargo, a la señora Sara Ashook Ricard.

Mediante denuncia anónima se indicó que tales nombramientos eran irregulares, porque las empleadas no cumplían los requisitos exigidos para el cargo de Auxiliar Judicial I.

DE LA SOLICITUD

El Fiscal resaltó que si bien la conducta endilgada a la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, en su condición de Magistrada del Tribunal Administrativo del Chocó, se adecuó objetivamente a la definición típica del delito de *prevaricato*

¹ La Resolución 008 obedeció a que el Consejo Superior de la Judicatura creó transitoriamente el cargo de Auxiliar Judicial I con vigencia del 19 de septiembre al 16 de diciembre de 2011.

por acción, la misma resulta atípica subjetivamente debido a un error de tipo vencible.

Aseguró que las labores de investigación demostraron cómo, mediante las precitadas resoluciones, la doctora ABADÍA SERNA, en uso de la función nominadora conferida por los artículos 131, 132 y 149 numeral 1° de la Ley 270 de 1996, nombró como Auxiliar Judicial I a las señoras Merly Esmeralda Mosquera García y Sarah Ashook Ricard (ésta en encargo), quienes no contaban con el título de profesionales en derecho, tal y como lo exigía el artículo 129 de la precitada ley y los Acuerdos Nos. PSAA06-3560 de 2006 y PSAA13-10038 de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura, desatendiendo así los preceptos legislativos y reglamentarios que regulaban los requisitos para acceder al referido cargo.

Empero destacó que no se reúne el elemento subjetivo del dolo en el injusto de *prevaricato por acción*, toda vez que la indiciada actuó culposamente derivado de su poca diligencia y rigor, tópico que, en su entender, se infiere de la valoración de los elementos materiales probatorios aportados y las explicaciones dadas por ella en su interrogatorio, pues a pesar de su equivocada aplicación de la Ley 270 de 1996 y de omitir la observancia de los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, la togada desconocía que con sus decisiones y comportamientos incumplía los preceptos normativos.

Así, para el Fiscal, no medió intención de la Magistrada de transgredir las fuentes jurídicas referidas, pues actuó bajo

la convicción errada de comportarse conforme a derecho, sin que hubiera actualizado el tipo penal.

Explicó que el 27 de enero de 1986 la servidora Merly Esmeralda Mosquera García fue incorporada en el cargo de escribiente a la planta del Tribunal Superior del Chocó, y, posteriormente, ocupó el cargo de Auxiliar Judicial Grado I, como consta en el interrogatorio de la indiciada, afirmando que la servidora en pretéritas ocasiones ejerció ese cargo previo a los nombramientos cuestionados en la presente indagación, sin que, lógicamente tampoco ostentara el título de profesional en derecho.

Adujo el Fiscal que, en virtud del artículo 40 del Decreto 052 de 1987, resultaba admisible la designación de la señora Mosquera García como Auxiliar Judicial Grado I, en la medida que allí se autorizaba acudir a equivalencias para suplir la ausencia del requisito de título profesional en derecho, homologable con años de experiencia laboral relacionada, circunstancia objetiva que dio lugar a que la Magistrada ABADÍA SERNA, erradamente asumiera al momento de expedir los actos administrativos reprochados que tal normatividad estaba vigente, tomando en consideración que la servidora Merly Esmeralda Mosquera García se vinculó a la Rama Judicial bajo la vigencia de ese decreto, por lo cual pensó que tales preceptos permanecían vigentes aplicando las aludidas equivalencias.

Agregó que del interrogatorio de la indiciada se puede constatar el entendimiento que tuvo de la vigencia del

Decreto 052 de 1987, por cuanto la derogatoria de su articulado ha sido parcial, lo cual se ha clarificado con fallos de la Corte Constitucional, en particular, la sentencia C-308 de 2004, circunstancia que generó el equívoco de la Magistrada al asumir erradamente la vigencia integral de la normatividad.

En cuanto a la designación de la servidora Sara Ashook Ricard, el Fiscal, apoyado en lo expuesto por la encartada, en la hoja de vida de la funcionaria, en las evidencias obrantes en el expediente y en la misma la Ley 270 de 1996, concluyó que la implicada actuó con la convicción errada que tal nombramiento sólo le era aplicable la exigencia genérica del artículo 132 de la citada ley, en virtud del cual, para fungir en encargo en la Rama Judicial solo se requería que el funcionario o empleado estuviera vinculado a la carrera judicial y que éste no superara el término de dos meses, y como constató que el artículo 132 sólo consagra esos dos requisitos, le resultó creíble que el nombramiento tuviere sustento legal.

Concluyó que evidentemente la interpretación normativa de la Magistrada resultó contraria a lo establecido en el Acuerdo PSAA13-10038 de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura, pues pese a que el precepto legal relacionado con los encargos no hace mención al cumplimiento de los requisitos específicos para el desempeño de éstos, el análisis en conjunto de las normas determina que el funcionario debe cumplirlos para el momento de su nombramiento, significando que, a partir de esa aplicación e

interpretación errada de las normas, la indiciada terminó desconociendo la vigencia de tal Acuerdo.

Y que del estudio de las hojas de vida de las servidoras se colige objetivamente que tenían una vasta experiencia en la Rama Judicial, incluso Mosquera García contaba con experiencia para el propio cargo en el cual fue nombrada en los actos administrativos censurados, en tanto que Ashook Ricard venía ejerciendo el cargo en propiedad en el Tribunal Administrativo del Chocó, eventos que en conjunto permiten consentir en el argumento de la doctora ABADIA SERNA acerca de la convicción bajo la cual efectuó los nombramientos.

Finalmente, resaltó como elemento de valoración común y adicional que con los aludidos nombramientos no se desconocieron derechos de carrera de terceras personas, lo que pudiera dilucidar alguna intención dolosa de la Magistrada por desconocer situaciones consolidadas que permitieran predicar una intención innoble en el actuar de su parte, como lo aludía el denunciante anónimo, pues al momento de proferir los actos administrativos, no existía lista de elegibles, luego no resultaba aplicable el artículo 167 de la Ley 270 de 1996.

Consideró el Fiscal que del actuar de la Magistrada ABADIA SERNA se advierte un comportamiento errado y mecánico que la llevó a tomar decisiones equivocadas, sin tomarse el tiempo suficiente para hacer un estudio juicioso

de la nueva normatividad, basando sus decisiones en la confianza derivada de los constantes nombramientos y encargos que habían ejercido las señoras Merly Esmeralda Mosquera García y Sara Ashook Ricard en el Tribunal Administrativo del Chocó, verificables en sus hojas de vida, pero no motivada en su conciencia y voluntad de incurrir en un comportamiento doloso orientado a infringir la ley penal.

Y que se estaría así frente a un error de tipo de carácter vencible, pues si bien, la indiciada actuó con una falsa percepción de la realidad normativa, contaba con los mecanismos suficientes para poder: *i)* verificar la vigencia y/o derogatoria de la normatividad en la que fundó los actos administrativos contrarios a derecho; y *ii)* constatar que Merly Esmeralda Mosquera Serna y Sara Ashook Ricard por no ostentar el título profesionales en derecho, no reunían los requisitos para ejercer el cargo de Auxiliar Judicial Grado I.

Pero que en atención a que el delito de *prevaricato por acción* no contempla la modalidad culposa, no es dable reputarle responsabilidad penal, de ahí que conforme al artículo 332 numeral 4° de la Ley 906 de 2004, no se configuran los elementos del tipo subjetivo exigidos para reprochar la aludida conducta y, por ende, solicita la preclusión en favor de la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, en su condición de Magistrada del Tribunal Administrativo del Chocó.

MANIFESTACIONES DE LAS PARTES E INTERVINIENTES

1. El apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, —reconocido como tal para los efectos de la audiencia—, no presentó oposición a la petición del Fiscal, sin embargo, consideró que la solución del asunto debería plantearse bajo la causal 2ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, ante la configuración de una circunstancia excluyente de responsabilidad.

Para ello resaltó que el Fiscal a lo largo de su intervención adujo que se trató de un error de tipo vencible, lo cual se adecuaría a lo consagrado en el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, según el cual, solamente se pueda castigar con la modalidad culposa si la conducta está debidamente tipificada como tal, situación que no acontece en este caso, pues el *prevaricato*, no la admite.

Por lo anterior, planteó el interrogante si la Sala puede decidir la preclusión, toda vez que inicialmente se invocó una causal, y en la estructuración y argumentación final se mencionó otra, y aunque la naturaleza de las causales es similar, una cosa es afirmar que no exista dolo, porque no se acreditó bajo ninguna forma el elemento subjetivo del tipo penal, y otra muy distinta, que hay un error sobre uno de los elementos del tipo.

2. El Delegado del Ministerio Público avaló la petición del ente instructor al estimar que los elementos materiales

probatorios, evidencia física e información legalmente recopilada acreditan los requisitos para acceder a la preclusión en favor de la citada Magistrada.

Frente al interrogante planteado por el representante de la víctima, adujo que las dos causales son aplicables, de allí que en su criterio no habría inconveniente para que la Sala asuma la posición y acoja la petición de preclusión hecha por la Fiscalía.

3. La indiciada coadyuvó la petición aseverando que con su proceder nunca tuvo la intención de faltar a los deberes que como Magistrada le correspondían, ni de hacer daño a la Rama Judicial.

Señaló que todas sus actuaciones estuvieron encaminadas a sacar adelante un despacho totalmente congestionado en el cual se estaba aplicando un cambio de legislación en la jurisdicción contenciosa que implicaba la puesta en marcha de la oralidad, optando por lo que consideró le brindaba las mejores garantías para hacerlo.

Concluyó que no lesionó algún bien jurídicamente tutelado tal y como lo han dicho los demás intervinientes, en la medida que con su actuar su despacho pasó a ser el mejor del Tribunal en el Chocó.

4. La defensora no hizo alguna manifestación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la competencia

De conformidad con el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer la solicitud de preclusión realizada por el Fiscal Delegado ante esta sede, en favor de la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, dada su condición de Magistrada del Tribunal Administrativo del Chocó.

Así mismo, el Delegado de la Fiscalía está legalmente facultado para invocar la solicitud de preclusión, tal y como lo señalan los artículos 250 numeral 5° y 251 numeral 1° de la Constitución Política.

2. De la preclusión

Por mandato constitucional, la Fiscalía General de la Nación debe adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito cuando lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Dicha norma también conmina a ese organismo a no suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal,

salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad.

Tratándose de la fase preliminar, como la que nos ocupa, el ente investigador tiene tres vertientes de acción: *i)* archivar las diligencias si advierte que no hay elementos que permitan delinear el delito o indiquen su no ocurrencia; *ii)* solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión, si advierte la configuración de las causales consagradas en los artículos 82 del Código Penal y 332 de la Ley 906 de 2004; o *iii)* comunicar a la persona, ante un juez con funciones de control de garantías, que se le tendrá como imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible, a través de la audiencia de formulación de imputación.

Como el fiscal optó por la segunda opción, debe tenerse en cuenta que para su viabilidad corre con la carga de demostrar probatoria y fundadamente la causal en que basa su pedimento de preclusión, luego le corresponde acreditar que, surtidas y agotadas todas las posibilidades investigativas, la causal se configura plenamente y, por ende, no hay mérito para continuar con el ejercicio del *ius puniendi*.

Precisamente, la preclusión de la investigación es uno de los instrumentos legalmente dispuestos para terminar el proceso de forma anticipada, la cual puede pedirse en cualquier etapa según los alcances de la sentencia C-591 de 2005, cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable la

expresión “*a partir de la formulación de imputación*” del artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

Al decretarla, su efecto es cesar la persecución penal en contra del indiciado respecto de los hechos objeto de investigación, determinación que hace tránsito a cosa juzgada², siendo por ello, el competente para adoptarla, el juez de conocimiento³.

3. Del delito de prevaricato por acción

Se encuentra definido en el artículo 413 del Código Penal, así: “*el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...)*”.

Es un tipo penal de mera conducta, con sujeto activo calificado, pues para su cuya comisión se requiere la calidad de servidor público, quien ha de proferir una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, es decir, que exista una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma.

En cuanto a ese ingrediente normativo, esto es, que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley, la Sala de Casación Penal sostiene que ello ocurre cuando la contradicción entre lo exigido por la ley y lo resuelto es notoria, grosera o de tal grado que aparezca de bulto con el

² Cfr. Corte Constitucional C-118/08 y C-591/05.

³ Corte Constitucional C-872/2003, C-591/2005 y C-920/2007.

solo cotejo con la norma que debía aplicar. Es decir, no puede ser el producto de elocuentes y refinadas interpretaciones, complejos razonamientos o confusas elucubraciones⁴.

Lo manifiesto debe entenderse como lo descubierto, patente, claro, perceptible sin ningún esfuerzo, que no deje dudas o incertidumbres, lo verdadero y seguro. Se descartan así las decisiones en las cuales media disputa sobre su acierto o legalidad, diferencias de criterio o interpretaciones desposeídas del propósito de transgredir la ley, sin que esa simple contrariedad del acto cuestionado con la ley baste, pues demanda una irrefutable oposición entre lo resuelto y lo que se debió decidir⁵.

El examen de la contradicción debe efectuarse a través de un discernimiento de comprobación *ex ante*, en el cual el funcionario debe examinar las circunstancias concretas en que el sujeto activo adoptó la determinación, lo que efectivamente hizo teniendo en cuenta los medios y conocimientos con que contaba, sin dejar de lado que también se debe demostrar que conocía la norma y pese a ello, contando con posibilidades reales para su aplicación, la eludió intencionalmente para hacer sobresalir su propio capricho sobre la voluntad de la ley⁶.

De otra parte, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de *prevaricato por acción* sólo es atribuible a título de dolo, conforme al artículo 21 del Código Penal, según el

⁴ CSJ, SP20073-2017, 5 de dic. de 2017. Rad 41198.

⁵ *Ibidem*.

⁶ CSJ, SP, 1 de jun de 2017, rad. 46165 y 2 de may. de 2001, rad. 13683.

cual todos los delitos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

El bien jurídico tutelado es la administración pública, cuyo titular es el Estado. Su finalidad es salvaguardar el buen nombre de aquella, por esa razón se exige que las funciones desarrolladas por los servidores públicos se cumplan conforme con los principios de transparencia, moralidad y probidad⁷.

4. Ausencia del dolo: atipicidad subjetiva-error de tipo

Según el artículo 22 del Código Penal la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. Así el dolo se integra de dos elementos: uno *intelectual* o *cognitivo*, el cual exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, el otro *volitivo*, que implica querer realizarlos.

De otra parte, el error de tipo se presenta cuando el sujeto actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurren las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

⁷ *Ibidem.*

En ese contexto, el error de tipo 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)⁸.

Tal falta de conocimiento de los elementos constitutivos del delito puede darse por un error invencible, esto es, una errada interpretación que no es dable franquear ni aun si se hubiera actuado diligente y cuidadosamente, lo cual excluye la tipicidad y el delito, o a través de un error vencible cuya falsa representación hubiera podido superar el agente, forma que conduce a la atipicidad subjetiva y consecuente exclusión de la responsabilidad, salvo que legalmente esté prevista la forma conductual culposa, caso en el cual sería predicable esa responsabilidad a manera degradada.

Frente a la consecuencia del reconocimiento de un error de tipo vencible, en eventos en que la conducta no se halla prevista en la modalidad culposa, se ha establecido que el mismo conduce a la atipicidad del comportamiento, susceptible de alegarse a través de la causal 4ª de preclusión.

Así lo precisó la Corte en auto CSJ AP554-2019, Feb. 20 de 2019, rad. 50077⁹:

⁸ Reiterada en CSJ AP, 15 mar. 2017, rad. 49429.

⁹ Reiterada en CSJ AP242-2020, 29 de ene de 2020, rad. 55753.

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 el 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.

5.- Del caso concreto

La Fiscalía sustentó la petición de preclusión en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, —atipicidad del hecho investigado—, al estimar que, si bien, respecto de la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA concurre la tipicidad objetiva del delito de *prevaricato por acción*, no sucede lo mismo con la tipicidad subjetiva, toda vez que al constituirse un error de tipo vencible, su actuar se encuentra ausente de dolo y, aunque pudo evitar el comportamiento al desplegar el esfuerzo que le era exigible, el injusto reprochado excluye la modalidad culposa.

Ahora bien, frente a tal pedimento deviene necesario determinar si se encuentran demostrados los supuestos fácticos y jurídicos que integran o desvirtúan el tipo penal endilgado, así como los que configuran la causal de preclusión invocada.

Analizada la evidencia aportada por la Fiscalía, encuentra la Sala que no hay discusión en cuanto a la condición de funcionaria pública de la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, quien para la fecha de los hechos ostentaba la calidad de Magistrada del Tribunal Administrativo del Chocó desde el 7 de junio y hasta el 18 de agosto de 1999, en periodo de prueba y, a partir del 19 de agosto de 1999 hasta la presente fecha, en propiedad¹⁰.

Así mismo, se demostró que la doctora ABADÍA SERNA fungiendo en su cargo, en uso de la facultad nominadora conferida por los artículos 131, 132, y 149 numeral 1° de la Ley 270 de 1996, profirió las 6 resoluciones cuestionadas¹¹; 004, 006, 008, 010 de marzo, agosto, septiembre y noviembre de 2011 respectivamente, y 003 de 24 de febrero de 2014, nombrando en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Judicial Grado 01 a la señora Merly Esmeralda Mosquera García y la Resolución 007 de 28 de septiembre de 2011, designando para el mismo y en encargo a la señora Sara Ashook Ricard.

Al confrontar las citadas resoluciones con los documentos obrantes en las hojas de vida de las servidoras Merly Esmeralda Mosquera García¹² y Sarah Ashook Ricard¹³

¹⁰ CD Documentos anexos a la solicitud de preclusión. Carpeta Expediente Completo 201900008. Subcarpeta Anexo 1. Archivo Anexo 1 201900008. Folios 3 y ss.

¹¹ CD Documentos anexos a la solicitud de preclusión. Carpeta Expediente Completo 201900008. Subcarpeta Anexo 2. Subcarpeta CD. Archivo. Hoja de vida de Merly Esmeralda Mosquera García.

¹² *Ibidem*

¹³ CD Documentos anexos a la solicitud de preclusión. Carpeta Expediente Completo 201900008. Subcarpeta Anexo 2. Subcarpeta CD. Archivo. Hoja de vida de Sara Ashook Ricard.

se advierte que efectivamente para cuando fueron nombradas como Auxiliares Judiciales Grado 01, no ostentaban título profesional en derecho, de ahí que conforme a los Acuerdos Nos. PSAA06-3560 de 2006 y PSAA13-10038 de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura no reunían los requisitos para desempeñar dicho cargo.

Y es que el artículo 129 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996) señala que *“Los empleados de la Rama Judicial deberán ser ciudadanos en ejercicio y reunir las condiciones y requisitos que para cada cargo establezca la ley”*, y los Acuerdos citados reglamentan y consagran los requisitos para el cargo de Auxiliar Judicial de Tribunal y equivalentes Grado I, indicando que es necesario el título profesional en derecho y tener un año de experiencia relacionada.

Contrario a lo anterior, la indiciada predicó los requisitos definidos en el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, según su particular interpretación, precepto que consagra en cuanto al nombramiento en provisionalidad que se hará *“....en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes”* y respecto del encargo que *“El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.”*

De esta forma se constata que los seis actos administrativos objetiva y materialmente configuran los elementos constitutivos del tipo penal de *prevaricato por acción* endilgado a la Magistrada MIRTHA ABADÍA SERNA, en razón a que las servidoras nombradas no contaban con título profesional en derecho, requisito para acceder al cargo de Auxiliar Judicial Grado I, pues según la información académica reportada en el Formato Judicial de la Hoja de Vida, para el año 2003, Merly Esmeralda Mosquera García¹⁴, señaló estudios de derecho hasta séptimo semestre, sin más anotaciones, ni diploma de grado en derecho. Y Sara Ashook Ricard¹⁵ anotó haber cursado 10 semestres de contaduría pública, pendiente de grado, y las actas de posesión refieren que es profesional contable Grado 12 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó.

Analizará ahora la Sala si como lo presentó el Fiscal en su solicitud de preclusión, no existió ánimo consciente y voluntario por parte de la Magistrada ABADÍA SERNA de transgredir la ley, bien sea por la inexistencia de los elementos estructurales del dolo o por mediar un error de tipo que conllevaría a la atipicidad subjetiva del *prevaricato por acción*, al no estar prevista la modalidad culposa.

¹⁴ CD Documentos anexos a la solicitud de preclusión. Carpeta Expediente Completo 201900008. Subcarpeta Anexo 2. Subcarpeta CD. Archivo. Hoja de vida de Merly Esmeralda Mosquera García.

¹⁵ CD Documentos anexos a la solicitud de preclusión. Carpeta Expediente Completo 201900008. Subcarpeta Anexo 2. Subcarpeta CD. Archivo. Hoja de vida de Sara Ashook Ricard.

Evidentemente como lo enarbola el Fiscal, se advierte el error vencible en que actuó la Magistrada ante la errada interpretación de las normas, el cual hubiera podido franquear si hubiera actuado diligente y cuidadosamente, pues esa falsa representación la podía superar al consultar los preceptos que señalaban los requisitos para desempeñar el cargo de Auxiliar Judicial I en el Tribunal, pues dio aplicación equivocada a la Ley 270 de 1996 considerando que bastaba para los nombramientos que debía realizar, ignorando la existencia de los Acuerdos No. PSAA06-3560 de 2006 y PSAA13-10038 de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura, comportamiento que se ajusta a un error de tipo vencible, excluyente del elemento doloso, pues en el Código Penal no se prevé para el delito de *prevaricato por acción* la forma conductual culposa, encajable de contera en la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el apartado final del inciso 1° del numeral 10 del artículo 32 del citado ordenamiento sustantivo.

La Sala comparte el criterio del Fiscal Delegado, el cual cuenta con soporte probatorio, pues se acredita que la Magistrada MIRTHA ABADÍA SERNA incurrió en un actuar culposos, al dar aplicación equivocada a la Ley 270 de 1996, considerando que bastaba para realizar los nombramientos ignorando la existencia de los Acuerdos No. PSAA06-3560 de 2006 y PSAA13-10038 de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura que fijaban los requisitos para acceder al cargo de Auxiliar Judicial Grado I.

En ese sentido, no actuó de manera prudente, con la diligencia y cuidado que le era exigida, pues bien hubiera podido actualizarse en las modificaciones del ordenamiento jurídico y reglamentario en el área de su competencia, ya que además de ser un deber, contaba con los mecanismos suficientes para hacerlo.

Sin rigor en la constatación de la normatividad vigente, expidió los actos administrativos nombrando a Mosquera García aplicando las equivalencias para suplir la carencia del título profesional en derecho y homologar su experiencia laboral, conforme al artículo 40 del decreto 052 de 1987, como lo expuso en su interrogatorio¹⁶ diligencia en la cual afirmó que esa norma aún continúa vigente, apoyada en que la derogatoria del articulado de esa ley ha sido parcial, como lo admite la honorable Corte Constitucional en la sentencia C-308 de 2004, situación que le generó el equívoco pues, asumió que el citado decreto, mantenía su vigencia plenamente.

Y para designar a Sara Ashook Ricard, aplicó el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, convencida que por ser ésta la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, era la norma aplicable en ese caso ya que se tratada de un nombramiento por encargo por dos meses, constatando en la hoja de vida que ella tenía cargo en propiedad en el

¹⁶ CD Documentos anexos a la solicitud de preclusión. Carpeta Expediente Completo 201900008. Subcarpeta Original 1. Archivo. Interrogatorio Dra. Mirtha Abadía. Minuto 17:12.

Tribunal Superior del Chocó, desde el año 2000, conforme lo autorizaba dicha norma.

Vale la pena destacar que la indiciada fue categórica en afirmar que nunca ha tenido la intención de faltar a los deberes que como Magistrada le corresponden, ni de hacerle daño a la Rama Judicial, incluso enfatizó en que sus actuaciones se encaminaron a sacar adelante un despacho congestionado, al que estaba aplicando el cambio de legislación en la jurisdicción contenciosa, y las implicaciones del cambio de normatividad al pasar de emplear el Decreto 01 de 1984 al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la Ley 1437 de 2011 y asumir por ello la oralidad en las actuaciones, por ello, se limitó a analizar las hojas de vida de las servidoras, determinando que tenían amplia experiencia en el servicio a la Rama Judicial y como Merly Esmeralda Mosquera García se había desempeñado 6 veces como Auxiliar Judicial Grado I, entre enero de 1993 y octubre de 2002¹⁷, la consideró idónea para ese cargo optando por nombrarla, en aras de aprovechar al máximo el recurso humano calificado existente en el mismo Tribunal, que estuviera en capacidad de darle los resultados esperados en la misión que se había impuesto, sucediendo lo mismo con Sara Ashook Ricard pues estaba vinculada a esa Corporación desde el año 2000.

Quiere lo anterior decir que, a pesar de haberse

¹⁷CD Documentos anexos a la solicitud de preclusión. Carpeta Expediente Completo 201900008. Subcarpeta Anexo 3. Archivo 201900008-2, Folio 152.

demostrado el elemento objetivo del punible *prevaricato por acción*, no ocurre mismo en la tipicidad subjetiva, lo que hace jurídicamente viable acceder a la solicitud de preclusión conforme a la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, solicitada por la Fiscalía.

Ahora, en relación con la inquietud planteada por el representante de la víctima al señalar que la Fiscalía debió invocar la causal 2ª de la Ley 906 de 2004 -existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal-, para la Sala no es procedente si se tiene en cuenta que el único error de tipo que lleva a declarar la ausencia de responsabilidad es el invencible, porque rechaza el dolo, al no depender de la culpa o negligencia del agente, y precisamente respecto a la doctora ABADÍA SERNA se pregona un error vencible en su actuar el cual implica la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo, pues se trató de errores que ella podía evitar de haber realizado los esfuerzos que le eran exigibles, pero como el *prevaricato por acción* no consagra la modalidad culposa, la conducta no es punible.

Al respecto, la Sala de Casación Penal en CSJ AP54-2019, feb. 20 de 2019, rad. 50077, consideró que cuando los elementos materiales probatorios y evidencia física demuestran la ausencia de dolo por error de tipo invencible (art. 32-10 del Código Penal), debe preferirse la aplicación de la causal que excluye la responsabilidad, esto es, la contemplada en el numeral 2º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por ser específica, en tanto se si trata del error de

tipo vencible le es aplicable la causal 4ª de la misma codificación, pues en ese caso la conducta sólo será punible cuando la ley hubiere previsto la modalidad culposa para ese delito.

En ese orden de ideas, esta Sala Especial accede al pedimento de la Fiscalía al corroborar que en el caso examinado no se reúnen los requisitos de la tipicidad subjetiva, razón por la cual se satisface el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en consecuencia, precluirá la investigación adelantada contra la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA por el delito de *prevaricato por acción*.

Contra la presente decisión proceden los recursos de reposición y de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. - PRECLUIR LA INVESTIGACIÓN por el delito de *prevaricato por acción* en favor de la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, Magistrada del Tribunal Administrativo del Chocó, conforme con las razones expuestas en la parte considerativa.

Segundo. - NOTIFICAR en estrados esta decisión, y ADVERTIR que contra esta providencia proceden los recursos de reposición y apelación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



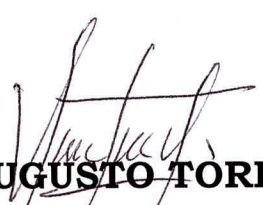
BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



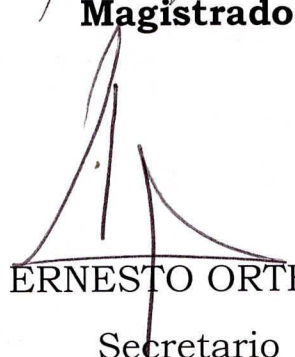
JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario