

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP8367-2015

Radicado 45.410

Aprobado mediante acta No. 225

Bogotá, D.C, primero (1º) de julio de dos mil quince (2015).

La Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía, el apoderado de las víctimas y la defensa contra la sentencia de 21 de enero de 2015, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil condenó a GLADYS MADIEDO RUEDA como autora del delito de prevaricato por acción, en relación con lo resuelto en la resolución No. 002 del 27 de marzo de 2012, y la absolvió de los demás cargos imputados.

HECHOS

En el escrito de acusación se reseña que GLADYS MADIEDO RUEDA, en condición de titular del Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Oiba, Santander, expidió cuatro actos administrativos que se afirman manifiestamente contrarios a derecho, así:

i) Resolución No. 002 del 27 de marzo de 2012, por medio de la cual nombró en el cargo de Escribiente grado 6, en provisionalidad, a Daniel Arias Landínez, aun cuando no contaba con la experiencia reglamentariamente exigida para desempeñarse como tal.

ii) Resolución No. 003 del 5 de junio de 2012, a través de la cual declaró insubsistente a Magda Viviana Rincón Iglesias, quien ocupaba el cargo de Secretaria del despacho en provisionalidad, con desconocimiento de la normatividad y el precedente constitucional aplicables a la materia.

iii) Resolución de enero 11 de 2013, que ordenó la desvinculación laboral por calificación insatisfactoria de Héctor Combariza Roa, quien ocupaba el cargo de Escribiente grado 6 en propiedad, con violación de la reglamentación atinente a la calificación de servicios de los empleados de la Rama Judicial.

iv) Resolución de 28 de enero de 2013, a través de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por Combariza Roa contra el acto administrativo de enero 11 del mismo año y rechazó la recusación presentada por aquél, con lo que violó el debido proceso administrativo y contravino las previsiones contenidas en la Ley 1453 de 2011.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar realizada el 16 de noviembre de 2013 ante el Juzgado 3° Promiscuo Municipal de San Gil, la Fiscalía le formuló imputación a GLADYS MADIEDO RUEDA como autora del delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo sucesivo.

El 12 de marzo de 2014, ante una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de San Gil, se llevó a cabo la audiencia en la que la Fiscalía acusó formalmente a MADIEDO RUEDA

como autora de las conductas punibles aludidas, de conformidad con lo previsto en los artículos 31 y 413 de la Ley 599 de 2000.

En la audiencia preparatoria, la Fiscalía y la defensa celebraron estipulaciones y presentaron solicitudes probatorias, la que se agotó en sesiones que tuvieron lugar los días 5 y 8 de agosto de la misma anualidad.

El juicio oral se surtió los días 28, 29 y 30 de octubre de 2014; fecha ésta en la que, agotado el debate probatorio, la Delegada del ente acusador pidió la condena de MADIEDO RUEDA como autora del concurso de cuatro delitos de prevaricato por acción, mientras su apoderado judicial reclamó la absolución (tercer corte, a partir del récord 1:50).

El 5 de noviembre de ese año, el Tribunal anunció el sentido condenatorio del fallo por el cargo relacionado con la emisión de la resolución No. 002 de marzo 27 de 2012, al tiempo que absolvió a la enjuiciada por las demás imputaciones.

Finalmente, en enero 21 último, fue proferida la sentencia cuya impugnación concita ahora la atención de la Sala.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

1. El a quo encontró satisfechos los requisitos establecidos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para proferir condena contra MADIEDO RUEDA, como autora del delito de prevaricato por acción, por haber proferido la resolución No. 002 de marzo 27 de 2012.

En contraste, consideró que los restantes actos administrativos censurados no son manifiestamente contrarios a la Ley y, por lo mismo, que en relación con aquéllos la conducta investigada es objetivamente atípica.

2. En punto a lo primero, el Tribunal consideró que el nombramiento de Daniel Arias Landínez en el cargo de Escribiente grado 6 desconoció abiertamente lo previsto en los artículos 129 de la Ley 270 de 1996, 1º y 3º del Acuerdo PSAA 06-3560 de 2006 y 6º del acuerdo No PSAA 06-3585 de 2006, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, pues aquél no cumplía con los requisitos establecidos para desempeñarse como tal.

Indicó que no existe ningún parecido o afinidad entre los empleos que Arias Landínez relacionó en su hoja de vida – mecánico operario de ensamble, instructor en mecánica automotriz, radiólogo industrial, entre otros de igual naturaleza – y las funciones propias del cargo en el que fue designado por la acusada, el cual exigía la acreditación de cuando menos un año de experiencia relacionada, esto es, adquirida en el ejercicio de empleos con funciones similares.

El Tribunal adujo que si bien en la vista pública Arias Landínez dijo haber trabajado en un café internet, lo cual podría constituir experiencia relacionada con el cargo de Escribiente, lo cierto es que dicha aseveración carece de credibilidad, no sólo porque no aparece incluida en su currículum, sino también porque aquél no estuvo en capacidad de precisar «la fecha o época y el lapso o término en los que supuestamente laboró en dicho establecimiento, el nombre y cargo de su jefe inmediato, ni el sitio en el que se encontraba ubicado dicho negocio».

En lo que tiene que ver con la tipicidad subjetiva de la conducta, estimó demostrado que MADIEDO RUEDA tenía conocimiento de la abierta oposición existente entre lo decidido por ella y la Ley, a pesar de lo cual quiso su realización.

Adveró que la enjuiciada, para la época de los hechos y de acuerdo con las estipulaciones probatorias convenidas, contaba con más de veinte años de experiencia; además, fue capacitada por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en donde cursó el módulo “Juez

Director del Despacho”.

Así mismo, que las disposiciones que reglamentan los requisitos para acceder al cargo no ofrecen ninguna dificultad interpretativa, máxime si se tiene en cuenta que la acusada admitió en juicio tener una maestría en Hermenéutica Jurídica.

Así las cosas, concluyó que la procesada quiso imponer su «deliberada y mal intencionada voluntad» sobre el ordenamiento jurídico, por lo que de manera consciente y voluntaria, en contravía de lo previsto en la normatividad vigente, nombró a Arias Landínez como Escribiente del despacho.

3. De otra parte, el Tribunal consideró que los restantes actos administrativos censurados no pueden calificarse como manifiestamente contrarios a la Ley, por ende, que respecto de aquéllos la conducta investigada es objetivamente atípica.

En punto a la resolución No. 003 de junio 5 de 2012, por la cual se declaró insubsistente a Magda Viviana Rincón Iglesias, señaló que dicha determinación no estaba condicionada por las previsiones del Código Disciplinario Único, pues no comportó una sanción de esa naturaleza, como tampoco por lo dispuesto en la Ley 1453 de 2011, que para entonces no producía aún efectos.

Aseveró que el numeral 9° del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 expresamente consagra la posibilidad de declarar la insubsistencia de los empleados de la Rama Judicial que ocupan cargos en provisionalidad, como también que el precedente constitucional supuestamente desconocido por la enjuiciada - las sentencias T - 597 de 2004, SU - 917 de 2010 y T - 289 de 2011 - no proscribía esa forma de terminación del vínculo laboral, sino que exige la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales es declarada.

Así las cosas, como la aludida resolución fue sustentada por MADIEDO RUEDA con

argumentos específicos directamente relacionados con el desempeño laboral de Rincón Iglesias, no es posible calificar esa decisión como prevaricadora, menos por cuanto la Fiscalía no demostró que la motivación del acto sea falsa o producto de un abuso o desviación de poder.

En relación con la resolución de 11 de enero de 2013, por medio de la cual la procesada resolvió desvincular a Héctor Combariza Roa del cargo de Escribiente como consecuencia de la calificación insatisfactoria del servicio, y la proferida el 28 de enero del mismo año, que resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por aquél y rechazó la recusación presentada, el Tribunal llegó a idéntica conclusión.

Partió por precisar que esas decisiones componen un único acto administrativo complejo, pues «representan la manifestación de una sola voluntad de la administración dirigida a un mismo fin»; en consecuencia, a partir de ellas mal podría afirmarse la comisión de un concurso de delitos de prevaricato por acción.

Dicho lo anterior, el a quo indicó que el artículo 53 del Acuerdo PSAA - 02 - 1392 de 2002, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, permite calificar los servicios de los empleados siempre que éstos hayan trabajado por más de tres meses.

Como el período calificado insatisfactoriamente correspondió a doce meses, la supuesta contrariedad entre las decisiones censuradas y esa disposición es en realidad inexistente.

Afirmó que dicha calificación fue suficientemente motivada por la funcionaria, en concreto, en razones vinculadas con los factores de calidad, eficiencia o rendimiento y organización del trabajo, las cuales estuvieron respaldadas en circunstancias objetivas verificables que la acusada relató en la vista pública que no fueron desmentidas por los testigos de cargo.

Aunque el propio Combariza Roa atestó que fue objeto de persecución laboral por parte de MADIEDO RUEDA y que ésta ordenó su desvinculación del servicio con el propósito de conformar un equipo de trabajo integrado por personas que profesaran su mismo credo religioso, ello no fue demostrado en juicio.

Coligió que si bien la procesada dio un trámite equivocado a la recusación presentada en su contra por el nombrado, ello no es suficiente para configurar el delito imputado, como quiera que el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, que lo regula, «no es absolutamente preciso en su redacción, lo que en la práctica genera que se puedan realizar varias interpretaciones sobre su aplicación».

4. A efectos de dosificar la pena imponible, el Tribunal partió de los límites previstos en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de 48 a 144 meses de prisión, multa de 66.6 a 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

Adujo que en contra de MADIEDO RUEDA no se invocaron circunstancias de mayor punibilidad y, como a su favor obra la de menor punibilidad de que trata el numeral 1° del artículo 55 ibídem, la sanción debe fijarse en el primer cuarto de movilidad punitiva.

Concluyó que «la conducta punible en que incurrió la acusada no reviste una gravedad superlativa», de modo que estimó apropiado cifrar la pena en los mínimos legales de 48 meses de prisión, multa de 66.6 salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

5. Finalmente, el a quo aseveró que para la fecha en que la enjuiciada profirió la resolución prevaricadora, estaba vigente el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, que prohibió la concesión de beneficios y subrogados a los condenados por delitos contra la

administración pública.

En consecuencia de ello, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

No obstante, «acorde con las particularidades propias de este asunto», se abstuvo de ordenar la captura hasta tanto la sentencia de condena «se encuentre debidamente ejecutoriada y en firme».

LAS IMPUGNACIONES

El recurso de la Fiscalía y el apoderado de las víctimas.

La Delegada del ente acusador y el representante judicial de las víctimas piden, mediante argumentos que, por su similitud, son susceptibles de reseña conjunta, que se revoque la sentencia de primer grado en cuanto absolvió a MADIEDO RUEDA por tres de los cargos imputados y, en su lugar, se le condene por el concurso de delitos de prevaricato por acción.

Alegaron que el verdadero propósito de las resoluciones proferidas por la acusada fue el de conformar un equipo de trabajo integrado por personas afines a su credo religioso.

Manifestaron que el acto administrativo que declaró insubsistente a Rincón Iglesias contravino de manera manifiesta los artículos 29 y 53 de la Carta Política, así como lo normado en el Decreto 01 de 1984, vigente para el momento de los hechos, que en la materia disponía lo mismo que la actual Ley 1437 de 2011 y consagraba igualmente los principios que rigen la actividad administrativa.

Indicaron que la funcionaria debió someter a la nombrada a un proceso disciplinario de

conformidad con lo previsto en la Ley 734 de 2002, en el que ésta tuviera la posibilidad de defenderse y ejercer plenamente la contradicción.

Lo que es más, Rincón Iglesias atestó que MADIEDO RUEDA, antes de declararla insubsistente, le dijo que debía abandonar el cargo porque nombraría a la persona en lista para ocuparlo en propiedad, lo que, según pudo establecer, no era cierto. Por tal razón, se negó a dejar sus funciones y la procesada procedió entonces a desvincularla con violación de las garantías legales y constitucionales.

Adicionalmente, el Tribunal descartó, sin justificar por qué, los testimonios de cargo a partir de los cuales se estableció que Rincón Iglesias era una trabajadora diligente y de manera igualmente inmotivada otorgó credibilidad al dicho de la procesada en el sentido de que existían razones del servicio que justificaron la declaratoria de insubsistencia.

Los apelantes afirmaron que si las falencias laborales por las cuales MADIEDO RUEDA desvinculó del servicio a la entonces Secretaria fueran ciertas, no habría dejado pasar seis meses desde su posesión como titular del despacho para tomar esa decisión, menos aún, sin hacerle ningún tipo de reclamo o llamado de atención.

Sostuvieron que si bien los nominadores tienen la facultad de declarar la insubsistencia de los empleados, dicha potestad no puede ejercerse con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, menos aún, con violación de los derechos al debido proceso y la estabilidad laboral.

Enfatizaron en que Rincón Iglesias fue retirada del cargo sin que existiera justa causa para ello, esto es, la imposición de una sanción disciplinaria o la provisión del empleo en propiedad, máxime que quien la reemplazó, Juan David Torrado Cabrales, no tenía mayor experiencia o capacitación que aquélla y, por lo tanto, no puede sostenerse que el propósito del despido fue el mejoramiento del funcionamiento del despacho.

En lo que respecta al acto administrativo por medio del cual se calificó insatisfactoriamente al empleado Héctor Combariza Roa y se ordenó su desvinculación de la carrera judicial, los recurrentes partieron por afirmar que en el juicio fue demostrado que aquél había sido calificado de manera satisfactoria por todos los Jueces que precedieron a MADIEDO RUEDA en el cargo.

Dicho ello, insistieron en que esa providencia es manifiestamente contraria a la Ley, pues está soportada en una motivación falsa, como quiera que, aunque Combariza Roa fue calificado como empleado «sin funciones de sustanciación», en las razones consignadas por la acusada como soporte de esa determinación «se detallan funciones de sustanciación».

Aseveraron que el Tribunal perdió de vista que sólo a partir de octubre de 2012, cuando el nombrado declaró en contra de la procesada en el proceso disciplinario que se seguía en su contra, «vienen a descubrirse toda suerte de errores en la labor del escribiente», lo que permite colegir el propósito vindicativo de la desvinculación ordenada, máxime que los testigos de cargo coincidieron en describir a Combariza Roa como un empleado destacado.

Además de lo anterior, agregaron los opugnadores, MADIEDO RUEDA trasgredió lo previsto en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011 al rechazar arbitrariamente la recusación presentada por aquél y, como si fuera poco, se demostró que lo calificó dos veces en el término de dos meses, con lo cual pasó por alto lo dispuesto en el artículo 53 del acuerdo 1392 de 2002.

El propósito desviado de dicha actuación, continuaron, se constata al verificarse que luego de ordenar la desvinculación de Combariza Roa, nombró como reemplazo suyo a María Mónica Rodríguez Mantilla, quien era miembro de la misma Iglesia de la que hacía parte la procesada.

Concluyeron que la defensa no aportó ninguna prueba que desvirtúe los señalamientos efectuados contra la inculpada, de modo que, demostradas tanto la materialidad de las conductas investigadas como la responsabilidad de aquélla en su comisión, debe revocarse la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenársele como autora del concurso de delitos objeto de acusación.

La impugnación de la defensa.

La representante judicial de MADIEDO RUEDA pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada de todos los cargos que le fueron imputados.

Subsidiariamente, que se decrete la nulidad de la actuación desde «el inicio de la recepción de la etapa preparatoria», como consecuencia de la violación del derecho de defensa y el debido proceso.

En relación con lo primero, adujo que el acto administrativo por el cual se nombró a Daniel Arias Landínez en el cargo de Escribiente no configuró el delito imputado.

Alegó que el nombrado tenía más de diez años de experiencia en trabajos que «requerían manejo de sistemas», pero además, que en la vista pública atestó haber trabajado en un café internet; dicho que fue desestimado sin razón por el Tribunal «por no reposar en su hoja de vida certificación al respecto», con lo cual esa Corporación perdió de vista que la prueba testimonial tiene el mismo mérito suasorio de la documental, como también que en el currículum aparece como referencia la administradora de ese establecimiento.

Indicó que el nombrado es técnico en autotrónica y se había desempeñado como

instructor, incluso, que cursó estudios universitarios en la Universidad Industrial de Santander, de tal suerte que tiene «un perfil sumamente amplio, más que capacitado para el ejercicio de un trabajo meramente operativo o auxiliar» como el de Escribiente.

Agregó que en realidad Arias Landínez fue nombrado como Escribiente grado 4, no grado 6, para el cual las exigencias son «menos exigentes aun» y que, en todo caso, no requiere conocimientos jurídicos sino puramente operacionales.

Así las cosas, bien podía la acusada inferir que aquél estaba suficientemente capacitado para ejercer las funciones propias del cargo, máxime que para esa fecha no existía manual de funciones y, entonces, los empleados desempeñaban las que la titular del despacho les asignaba.

En ese orden, la procesada atestó que requirió los servicios de Arias Landínez para «organizar en sistemas la parte de contabilidad del despacho», así como para recibir dictados y manejar los equipos de grabación de audio en la sala de audiencias; información ratificada en juicio por aquél, quien dijo que se le asignaron tareas como «llevar el correo», sistematizar los títulos, abrir un correo electrónico para el despacho y «otras cosas básicas de sistemas».

Lo anterior se ratifica al constatarse que Combariza Roa, quien también fungió como Escribiente del despacho, admitió no ser abogado y, así las cosas, es claro que Arias Landínez, aunque no tenía conocimientos jurídicos, bien podía desempeñar ese cargo.

Agregó que el propósito perseguido por MADIEDO RUEDA al nombrar a esa persona como Escribiente no fue contravenir el ordenamiento jurídico, sino «tener una persona capacitada para el cargo...ética, comprometida con la función».

En suma, es claro que el acto administrativo censurado no es manifiestamente contrario a la Ley, sino que es producto de la interpretación que hizo la funcionaria de la

exigencia atinente a la experiencia relacionada, la cual no se muestra arbitraria o caprichosa.

En todo caso, la labor desempeñada por aquél, lejos de menoscabar la eficiencia y celeridad de la administración de justicia, contribuyó a su mejoramiento, pues se acreditó que su gestión fue ágil, eficiente y pulcra.

En lo que tiene que ver con los restantes actos administrativos objeto de reproche, manifestó que la Fiscalía no demostró que hayan sido proferidos con un propósito distinto al de mejorar la prestación del servicio y pidió que se ordene la compulsación de copias de esta actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que se investiguen las posibles conductas delictivas en que pudieron incurrir Combariza Roa y Rincón Iglesias, quienes admitieron que se ausentaban alternativamente de sus respectivos puestos de trabajo los días viernes. El primero, además, «mintió descaradamente» en juicio al negar haber sido sujeto de llamados de atención por parte de la procesada.

Finalmente, en lo atinente a la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, la apelante alegó que «frente al interrogatorio y contra interrogatorio desarrollados en juicio oral... (se) presentaron serias irregularidades».

En primer lugar, señaló, las hojas de vida de Combariza Roa, Arias Landínez y Rincón Iglesias fueron introducidas «incompletas» y «mal foliadas»; de otro lado, la Fiscalía realizó preguntas sugestivas e impidió repetidamente que los deponentes contestaran libremente lo que se les solicitaba, tanto así, que el Magistrado ponente se vio compelido a «reconvenir» en varias oportunidades a la Delegada para que ajustara su actuación a las técnicas correspondientes.

Con dicha conducta, la Delegada del ente acusador perdió de vista que estaba en la obligación de explorar los testimonios tanto en los aspectos que soportan su teoría del

caso, como en aquéllos que favorecieran a la procesada.

Además, el Agente del Ministerio Público excedió la facultad legal de realizar preguntas complementarias y agotó un verdadero interrogatorio a la acusada con el propósito de «profundizar más sobre temas ya debatidos».

Concluyó que esas irregularidades comportaron la violación de las garantías fundamentales de MADIEDO RUEDA, por lo mismo, que es procedente invalidar la actuación a fin de rehacerla de manera ceñida al procedimiento legalmente establecido.

NO RECURRENTE

La Fiscalía intervino como no recurrente para pedir la confirmación de la sentencia de primera instancia en relación con los hechos objeto de condena.

En primer lugar, señaló que comparte de forma íntegra la decisión del Tribunal de condenar a la acusada en lo que atañe al nombramiento de Daniel Arias Landínez en el cargo de escribiente, pues éste no cumplía con los requisitos contemplados para ello en el artículo 129 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con lo prescrito en los Acuerdos PSAA-06-3560 de agosto 10 de 2006 y PSAA-06-3585 de 2006; en concreto, no contaba con estudios ni experiencia relacionada con la función de Escribiente, como tampoco con la Rama Judicial.

De otra parte, manifestó que la hoja de vida de Arias Landínez, fue allegada de forma completa a las diligencias, tal como lo atestó el investigador encargado de recopilarla.

Alegó que en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, le correspondía a la sentenciada aportar los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que desacreditaran los cargos formulados.

Refirió que MADIEDO RUEDA actuó con conocimiento y voluntad de contrariar el ordenamiento jurídico al proferir una resolución manifiestamente contraria a la ley, pues tenía pleno conocimiento de la normatividad que reglamentaba el acceso al cargo de Escribiente y, a pesar de ello, orientó su voluntad a favorecer un interés personal, vulnerando el bien jurídico de la administración pública, tanto así, que se demostró que esa persona fue recomendada para ese trabajo por el pastor de la iglesia que frecuenta la procesada.

Afirmó que la amplia experiencia profesional de la inculpada permite deducir que la misma era conocedora de las normas que debía aplicar, por lo que le era exigible un comportamiento conforme a derecho.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos, como quiera que se promueven contra una sentencia proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

En ese entendido y en virtud del principio de prioridad, la Sala abordará en primer lugar el reproche de la censura vinculada con la legalidad de la actuación para después, de ser el caso, examinar los reproches atinentes al acierto de la sentencia de primera instancia.

La legalidad de lo actuado.

Son tres las situaciones que la mandataria judicial de MEDIEDO RUEDA vincula con la supuesta violación del debido proceso y la defensa de su representada, en concreto, i) la introducción de pruebas documentales de cargo incompletas o cercenadas; ii) las irregularidades ocurridas en el curso de los interrogatorios realizados por la Fiscalía y iii) el

exceso en que incurrió el Agente del Ministerio Público al ejercer la facultad complementaria de cuestionar a los declarantes.

Ante el distinto contenido que reviste cada uno de tales reproches, la Sala los estudiará separadamente.

1. Si las pruebas documentales de cargo fueron presentadas de manera incompleta o mutilada, es algo que nada tiene que ver con la validez de la actuación, ni aún con la legalidad de las pruebas mismas, sino con el mérito suasorio que es posible atribuirles en el cometido de valorarlas.

Precisamente, el artículo 432 de la Ley 906 de 2004 establece como uno de los criterios que debe considerar el Juez a efectos de apreciar la prueba documental, precisamente, «que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido».

Claro, entonces, que la peticionaria pretende, sin razón, proyectar circunstancias de hecho relacionadas con el mérito suasorio de las pruebas a la legalidad de la actuación que brinda soporte a la sentencia recurrida.

De todas maneras, la alegación que en ese sentido presenta la recurrente no supera el simple enunciado y, por esa vía, incurre en una verdadera petición de principio, pues da por probado, sin estarlo, que las hojas de vida fueron introducidas sólo parcialmente.

Ningún esfuerzo argumentativo despliega en el cometido de sustentar dicho aserto, como tampoco en el de demostrar, como le era exigible en razón de los principios de trascendencia y acreditación que rigen el instituto de las nulidades, la manera en que esas supuestas irregularidades incidieron en los derechos y garantías de la procesada.

Soslaya, por el contrario, que el investigador Juan Fernando Ballesteros Balaguera, quien acopio las pruebas documentales y concurrió al juicio como testigo de acreditación a instancias de la Fiscalía para lograr su introducción, de manera expresa aseveró que los documentos incorporados a la actuación corresponden a la integridad de los que fueron hallados y recopilados en el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Oiba en el curso de las actividades investigativas (CD 1, segundo corte, récord 1:55:40).

Pierde de vista, además, que la Delegada no estaba obligada a introducir como prueba de cargo la totalidad de las piezas documentales que componen los currículums, sino que gozaba de libertad para presentar únicamente aquéllos que le resultaran útiles para el soporte de su teoría del caso.

Ciertamente, en el desarrollo del descubrimiento probatorio, que en lo que respecta a la Fiscalía debe agotarse, en principio, en la audiencia de formulación de acusación, le corresponde a aquélla exhibir y poner a disposición de la defensa la totalidad de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida recolectada hasta entonces, incluso «aquéllas que pudieren resultar favorables»¹ a los intereses del enjuiciado.

No obstante, ello de ninguna manera comporta la obligación, en cabeza de la Fiscalía, de pedir como prueba, en la audiencia preparatoria, la totalidad de los medios cognoscitivos acopiados, pues además del absurdo que ello comportaría desde la perspectiva de los principios de celeridad y economía procesal, es claro, en virtud del principio adversarial, que corresponde a las partes en contienda reclamar la práctica de aquéllas que les resultan útiles y necesarias «conforme su particular teoría del caso»².

En ese entendido, si la Delegada del ente acusador acopió medios documentales convenientes a la defensa y que no pidió como prueba de cargo, correspondía a ésta pedir su práctica y sustentar la pertinencia, conducencia y utilidad de los mismos, máxime

que, según lo afirmó el mandatario judicial de la acusada en la audiencia preparatoria, el descubrimiento probatorio de la Fiscalía «ha sido completo» (CD 1, primer corte, récord 5:40).

2. Las disposiciones legales que prevén la forma en la que deben llevarse a cabo el interrogatorio y contra interrogatorio de los testigos en el juicio, por medio de las cuales se establecen reglas técnicas para dicho efecto, no son simples formalismos, sino que tienen como propósito, además de procurar la indemnidad del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes, y del debido proceso, lograr que el conocimiento de los hechos llegue al sentenciador de la manera más clara y depurada posible, a efectos de que el fallo se acerque, tanto como sea posible, a la verdad material de lo ocurrido.

Por ello, el artículo 392 de la Ley 906 de 2004 establece, entre otras, que «el juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa».

No obstante lo anterior, ha dicho la Sala³, el desconocimiento de esas disposiciones – como el de cualesquiera otras reglas procedimentales o adjetivas – no configura por sí mismo una irregularidad capaz de enervar la legalidad de la actuación, si de ello no se desprende una afectación sustancial en los derechos y garantías de las partes e intervinientes.

En el presente asunto, la apelante se limita a afirmar la ocurrencia de los errores de técnica en que supuestamente incurrió la Fiscalía en el desarrollo de los distintos interrogatorios y contra interrogatorios, pero nada explica sobre la forma en que ello incidió en el debido proceso ni en el derecho de defensa.

De todas maneras, la revisión de lo ocurrido en la vista pública revela que la alegada ocurrencia de irregularidades en la práctica de los testimonios no responde a la realidad procesal, sino al propósito de magnificar circunstancias propias del debate probatorio de corte adversarial con el propósito de sustentar una inexistente causal de

nulidad.

Ciertamente, la formulación ocasional de preguntas contrarias a la técnica señalada en la Ley por parte de la Fiscalía estuvo permanentemente confrontada con las objeciones que, a efectos de evitar la respuesta de los testigos, presentó quien para entonces fungía como defensor de la encartada.

Así, si la defensa ejerció control sobre la producción probatoria de la Delegada, y logró en efecto que el Magistrado ponente la conminara a reformular algunos de los interrogantes planteados, es claro que los dislates formales no trascendieron en una afectación de los derechos de la procesada.

Ahora bien, que la Fiscal controlara a los declarantes para evitar que respondieran más allá de lo preguntado – algo que también hizo, y con mayor frecuencia, la defensa – no configura ninguna irregularidad, ni aún intrascendente, pues cada una de las partes tiene libertad para intervenir en la producción de la prueba testimonial a efectos de obtener de ella la información relevante o necesaria para sustentar su propia teoría del caso.

3. El artículo 397 ibídem faculta tanto al Juez como al representante del Ministerio Público para que, una vez agotados los interrogatorios de las partes, realicen «preguntas complementarias» a los testigos con el propósito de lograr «el cabal entendimiento del caso».

La extralimitación de dicha facultad por parte del Juez, ha sostenido la Sala⁴, puede dar lugar a que se configure una causal de invalidación de la actuación, pues por esa vía puede verse comprometida la imparcialidad del fallador que se exige constitucionalmente de aquél.

Aunque del representante de la sociedad no se demanda tal neutralidad, pues no es él

quien resuelve de fondo la controversia, cierto es que su intervención en la actuación «debe ser ejercida con respeto irrestricto de otros derechos, como el debido proceso que comporta, entre otros aspectos, que el mismo debe desarrollarse conforme a los postulados de igualdad de armas entre la Fiscalía y la defensa»⁵ (negrilla fuera del texto).

Sin perjuicio de lo anterior, revisado el devenir de la vista pública, no se observa que dicho interviniente especial haya ejercido de manera desbordada o evidentemente parcializada la facultad legal de cuestionar a la acusada MADIEDO RUEDA, tanto así, que el entonces defensor no exteriorizó objeción ni reparo alguno (CD 3, segundo corte, récord 52:00 y siguientes).

De igual modo, que cuando el Magistrado Ponente consideró que el interrogatorio del Ministerio Público se estaba extendiendo de manera inadmisibile, lo requirió para que lo adecuara a los límites previstos en el artículo 397 precitado, de modo que cualquier vulneración de los derechos y garantías de la acusada que hubiese podido eventualmente configurarse en razón de ello, fue evitada por la intervención oportuna del director de la audiencia.

En suma, como la Sala no encuentra configurada ninguna irregularidad susceptible de enervar la legalidad de la actuación, la nulidad deprecada por la apelante será negada. En consecuencia de ello, el fallo que en esta sede se profiera necesariamente será de fondo o mérito.

El prevaricato por acción.

El delito objeto de acusación, de prevaricato por acción, está definido en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, de acuerdo con la cual «el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley» incurrirá en penas de prisión, multa e inhabilitación de derechos y funciones públicas.

A través de esa prohibición, el legislador pretende resguardar el bien jurídico de la administración pública, el cual protege diversos valores propios de la actividad estatal, como el interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, entre otros⁶.

Ahora, en lo que atañe a la tipicidad objetiva del delito aludido, la hipótesis normativa prevé un sujeto activo calificado, pues se trata de un servidor público, un verbo rector consistente en proferir, y dos clases de ingredientes normativos, de una parte dictamen, resolución o concepto, y de otra manifiestamente contrario a la ley.

Respecto de este último, su configuración no sólo contempla la valoración de los elementos jurídicos que el servidor público expuso o no en el acto judicial o administrativo, sino también el análisis de las circunstancias concretas bajo las cuales lo adoptó, así como de los elementos de conocimiento con los que contaba al momento de proferirlo, ya que el juicio de responsabilidad, debe hacerlo el operador jurídico ubicándose en el momento histórico en el que el servidor emitió el acto reprochado, es decir, valorando las circunstancias y criterios del momento de los hechos:

“La ley, a cuyo imperio están sometidos los funcionarios judiciales en sus decisiones, no surge pertinente al caso concreto de manera automática, sino como fruto de un proceso racional que le permite al juez o al fiscal determinar la validez, vigencia y pertinencia de la norma a la que se adecua el supuesto de hecho que pretende resolver.

Pero ésa que es, o intenta ser, la verdad jurídica es apenas una parte del contenido de una providencia judicial. Ésta se halla igualmente conformada por la verdad fáctica. Tal concepto corresponde a la reconstrucción de los hechos de acuerdo con la prueba recaudada, siendo necesario que entre ésta y aquélla exista una correspondencia objetiva en cuanto las específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el

acontecimiento fáctico, [que deben] estar demostradas con el material probatorio recaudado en la actuación. El prevaricato puede entonces ocurrir en uno de los dos aspectos de la solución del problema jurídico. En el fáctico o en el jurídico. O en los dos simultáneamente, pero, en todo caso, el uno no puede desligarse del otro en cuanto la función judicial consiste precisamente en determinar cuál es el derecho que corresponde a los hechos⁷.

Y es que la emisión de una providencia manifiestamente contraria a la ley constituye la expresión dolosa de la conducta en cuanto se es consciente de tal condición y se quiere su realización, siempre que semejante contradicción surja evidente sin necesidad de elucubraciones o complejas disertaciones, y que esté presente no la convicción de acertar, de obrar bien, de buena fe, sino la finalidad opuesta a estos propósitos.

Entonces, todas aquellas providencias respecto de las cuales englobe como un medio de solución la tónica jurídica sobre su contrariedad con la ley, quedan excluidas del reproche penal, independientemente de que un juicio posterior demuestre la equivocación de los criterios que las sustentan, pues el juicio de prevaricato no es de acierto sino de manifiesta ilegalidad.

Así, la simple disparidad de opiniones respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad, ambigüedad o circunstancias del caso admiten varias interpretaciones o alternativas, la elección de una de ellas sin propósito o ánimo corrupto no puede considerarse como prevaricadora, pues en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias de criterio, aun en temas que aparentemente no ofrecen dificultad alguna⁸. En tales eventos, es el ánimo o convicción con que se obre lo que determina la ilicitud.

El caso concreto.

En este asunto, no se controvierte la cualificación especial de la acusada, como quiera

que para la época de los hechos se desempeñaba como titular del Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Oiba, tanto así, que ello fue objeto de estipulación entre la Fiscalía y la defensa (fs. 12 y siguientes, c. e).

Tampoco es objeto de debate que fue ella quien profirió las decisiones que la Fiscalía afirma prevaricadoras, esto es, su participación en los hechos objeto de investigación.

Así las cosas, como el debate está referido a la conformidad de dichas decisiones con el ordenamiento jurídico, la Sala examinará el contenido de cada una de ellas de manera discriminada, a efectos de establecer si son manifiestamente contrarias a la Ley, esto es, si son objetivamente típicas, o si por el contrario carecen de relevancia en el ámbito del derecho penal.

La resolución No. 002 del 27 de marzo de 2012.

El 27 de marzo de 2012, la acusada profirió resolución mediante la cual resolvió «NOMBRAR como ESCRIBIENTE GRADO 06, EN PROVISIONALIDAD a partir del veintisiete (27) de Marzo del 2012, al señor DANIEL ARIAS LANDÍNEZ, identificado con la C.C. No. 91.264.186 expedida en Bucaramanga, (S), conforme a lo expuesto en la parte motiva» (f. 288, c. e. 1).

El Acuerdo PSAA-06-3560 de 2006, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y vigente para la época, cuyo desconocimiento se le reprocha a MADIEDO RUEDA, exigía como requisitos mínimos para acceder a dicho cargo A) haber aprobado un (1) año de estudios superiores y B) tener un (1) año de experiencia relacionada.

Ninguna controversia suscita la satisfacción de la primera exigencia aludida por

parte de Daniel Arias Landínez, pues éste adujo, a efectos de tomar posesión del cargo, haber cursado cinco semestres de Diseño Industrial en la Universidad Industrial de Santander (f. 263, c. e. 1) y, además, acreditó tener título de Tecnólogo en Autotrónica, expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje (f. 269, c. e. 1).

La educación tecnológica, según lo prevé la Ley 30 de 1992, corresponde a uno de los niveles de educación superior, junto con la profesional y la técnica profesional, de modo que dicho título, que le fue conferido luego de aprobar un programa de 4.599 horas de duración, bastaba para tener por cumplida la condición de que trata el literal A).

Así las cosas, a efectos de discernir la contrariedad entre la resolución censurada y la Ley, se hace necesario establecer si Arias Landínez cumplía también con el requisito previsto en el literal B), esto es, contar con un año de experiencia relacionada con el cargo.

De conformidad con el artículo 3° del Acuerdo precitado, la experiencia relacionada se define como «la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer».

Aunque en la vista pública tanto los testigos de cargo como los de descargo adujeron que para la fecha en que Arias Landínez fue nominado no existía un manual de funciones para el cargo de Escribiente (CD 1, cuarto corte, récord 40:20; CD 2, primer corte, récord 24:30), lo cierto sí es que el artículo 40 del Decreto 52 de 1987 establecía como labor propia de aquél la «ejecución de diversos trabajos como mecanografía, registro, manejo de archivo, revisión de expedientes, elaboración y clasificación de oficios y documentos, elaboración de estadísticas y atención al público». Esta enunciación no es una relación taxativa, pues la expresión “diversos trabajos” es enunciativa, propia de la noción de *numerus apertus*.

La defensa aduce que el nombrado cumplía con los presupuestos exigidos, pues,

aunque estos no aparecen referenciados en su currículum, aquél atestó en juicio que trabajó en un café internet, en el que realizó funciones muy similares a las atribuidas al cargo de Escribiente, entre otras, «envío de faxes, trabajos, manejo de impresoras, equipos» (CD 1, tercer corte, récord 33:10).

El Tribunal descartó la realidad de esa aseveración porque consideró que el testigo no estuvo en capacidad de precisar «la fecha o época y el lapso o término en los que supuestamente laboró en dicho establecimiento, el nombre y cargo de su jefe inmediato, ni el sitio en el que se encontraba ubicado dicho negocio».

No obstante, con independencia del mérito suasorio que merezca dicha declaración, lo cierto es que el deponente dijo haberse desempeñado en ese puesto «como nueve meses» (CD 1, tercer corte, récord 33:10), esto es, por un período inferior a un año, de modo que, incluso de admitirse la veracidad del aserto, ello resulta insuficiente para afirmar satisfecha la exigencia de acceso al cargo y, por ende, la atipicidad objetiva de la conducta atribuida a MADIEDO RUEDA, con ese mero supuesto.

El juicio de reproche penal de la conducta de GLADYS MADIEDO RUEDA para los efectos de este proceso debe circunscribirse a las evidencias que conoció y valoró para tomar la decisión de nombrar a Daniel Arias Landínez escribiente grado 6 en provisionalidad en el juzgado a su cargo para el día 27 de marzo de 2012, fecha en la que se profirió la Resolución No. 002, lo que tiene que ser así porque fueron los únicos elementos de juicio que determinaron el obrar de la inculpada y que dieron origen a la presente investigación.

La Resolución 002 se profirió con base en la hoja de vida que presentó Daniel Arias Landínez, por tanto son los datos allí consignados y soportados los que deben ser materia de análisis para decidir si GLADYS MADIEDO profirió un acto administrativo manifiestamente contrario a derecho. Fue ese currículum y no otro el que tuvo a disposición

y en cuenta la juez para proferir la resolución de 27 de marzo de 2012.

Las experiencias relacionadas con el cargo de escribiente y no dadas a conocer en la hoja de vida ni aquellas de las cuales no se enteró a la juez para el 27 de marzo de 2012, así hayan sido referidas en este proceso por la prueba allegada en el juicio, que es lo que ocurre con las supuestas labores cumplidas en un Café Internet, no podrán tenerse en cuenta dado que no constituyeron el fundamento con base en el cual la inculpada tomó la decisión de designar como empleado del juzgado al señor Arias Landínez.

En la hoja de vida, Arias Landínez referenció tener experiencia en «toma de radiografías industrial (sic)», así como en «manejo de manuales y planos eléctricos, equipo diagnóstico electrónico» y «capacitación de estudiantes en el Centro Industrial y del Desarrollo Tecnológico de Barrancabermeja» (fs. 264 y siguientes, c. e. 1). En el juicio y bajo los supuestos del currículo citado, demostró experiencia de cinco meses como mecánico, tres meses de docente en mecánica automotriz y como operario de línea de ensamble laboró cerca de siete años (fs. 271 y siguientes, c. e. 1).

Las actividades en las que se desempeñó Daniel Arias Landínez y que se refieren en la hoja de vida se soportan en conocimientos y experiencias que distan de las que corresponden a un escribiente grado seis de un juzgado, como pasa a verse.

La radiografía industrial permite detectar defectos internos en los materiales de piezas metálicas, para lo cual se utiliza el método de colocar películas radiográficas en los elementos a inspeccionar, haciendo pasar a través de ellos algún tipo de radiación para detectar defectos. Nada de ello ocurre en un estrado judicial y menos a través de las competencias de un escribiente, de requerirse ese conocimiento en un expediente será a través de un perito.

El plano electrónico es una representación gráfica de sistemas relacionados con la energía, la comunicación, entre otros temas de la electrónica, aplicados en diferentes áreas de la construcción, elementos o aparatos, para identificar conductores, dispositivos y señalizaciones.

El diagnóstico electrónico permite detectar y localizar fallas en circuitos electrónicos, a través de diferentes herramientas de diagnóstico, una de ellas mediante un software que permite monitorear la funcionalidad. La incompatibilidad de esta tarea con la de un escribiente es de bulto.

La condición de operario o línea de ensamble se vincula con la intervención de trabajadores para una secuencia organizada, que puede ir desde la ubicación de personas y herramientas, hasta el transporte de partes, maquinaria, carga, etc. Esta gestión de fuerza, de operario, no es requerida para un escribiente de un Juzgado.

La docencia en mecánica automotriz implica ejecutar labores de profesor o maestro para transmitir conocimientos en esa materia a otros que lo requieren para el aprendizaje de un arte, profesión, u oficio. Estos conocimientos y destrezas no eran requeridos por el legislador para el cargo a desempeñar por Daniel Arias Landínez.

La experiencia de Daniel Arias por haber laborado en un café internet no puede tenerse en cuenta para definir la inocencia o la responsabilidad de MADIEDO RUEDA, porque tal información no estaba registrada en la hoja de vida y la prueba que se trajo al proceso no da cuenta que de esa situación se hubiese enterado aquélla para el 27 de marzo de 2012, fecha en la que se profirió la Resolución 002.

De otra parte, del alcance que en su campo denotan las expresiones manejo de manuales y línea de ensamble, radiografía industrial, planos electrónicos y diagnóstico electrónico, así como la docencia automotriz, no derivan compatibilidad alguna con la

naturaleza y propósitos funcionales con los que el legislador autorizó el nombramiento de un escribiente grado seis para el Juzgado de Oiba (S).

Nada que ver esas tareas con los servicios judiciales que implican en los estrados la mecanografía, el manejo de expedientes (registro, archivo, revisión), elaboración y clasificación de oficios o documentos, o elaboración de estadísticas en los despachos.

El manejo de software para el diagnóstico electrónico es formal y sustancialmente diverso a la digitación requerida en las funciones que debe cumplir un escribiente en un juzgado, una cosa es monitorear las fallas de una herramienta o aparato electrónico y otra muy distinta transcribir un acontecimiento relacionado con una citación, el cumplimiento de una providencia judicial a través de un oficio, el registro de una situación particular en el juzgado o en un expediente, en donde nada tiene que ver los conceptos electrónicos.

El raciocinio de la procesada que asimila la experiencia laboral de Landínez con la exigida para el cargo en el que fue designado, conlleva un juicio erróneo, de tener lo que hacía antes, como parecido, semejante, análogo o par con lo que debería hacer como escribiente, cuando realmente son distintas, diferentes, las unas y las otras no transmiten habilidades compatibles con la función a desarrollar.

La habilidad que otorga la experiencia acreditada no tenía relación con las que se requieren para ser escribiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del Acuerdo psaa-06-3560 DE 2006, las funciones en las que se desempeñó LANDÍNEZ no son similares a las del cargo a proveer.

Tampoco puede tenerse como experiencia relacionada las menciones hechas en la hoja de vida de Landínez Arias, con los supuestos a que se refieren las expresiones “diversos trabajos” y “atención al público” de que trata el Decreto 52 de 1987, pues estas

últimas siempre deben estar en consonancia con el artículo 3° del Acuerdo PSAA-06-3560 de 2006, esto es, que el ejercicio de los “empleos” anteriores deben otorgar experiencia en “funciones similares a las del cargo a proveer” y en este caso ha quedado explicado en párrafos anteriores que este último supuesto no se da en la situación de Daniel Arias.

La enjuiciada, según lo declaró en la vista pública, consideró que ello satisfacía los requisitos reglamentarios de acceso al cargo de Escribiente, pues las labores de éste consistían principalmente en «digitalar, escribir» (CD 3, segundo corte, récord 1:02:10); así lo ratificó aquél, quien sostuvo en el juicio que le tocaba «llevar el correo, llamar a los testigos, a las partes para las audiencias...(cuadrar) la contabilidad de unos títulos, despacho de los abogados que llegaban a la barra, barrer también» (CD 1, cuarta corte, récord 27:30). Éste enfáticamente negó haber sido encargado con la sustanciación de autos o sentencias (ídem, récord 30:30).

Examinadas las manifestaciones de la acusada y el escribiente designado, no ofrecen supuestos fácticos que permitan admitir que la decisión de la juez correspondía a los requisitos que se exigían para el nombramiento que hizo de Daniel Arias Landínez.

El requisito normativo exigible a la Juez no era digitalar o escribir, a la hora de ahora esa es una condición de todas las profesiones y la mayoría de oficios, pero ese no era el sentido relacionado demandado para los cargos de escribiente, como quedó explicado anteriormente.

De otra parte, una cosa son las tareas que le asignó a Arias Landínez la Juez luego de designarlo y otra muy distinta la experiencia que debió tener en cuenta la funcionaria para el nombramiento, pues es sobre estas últimas que recae el juicio penal

que corresponde hacerse en este proceso, por ello las manifestaciones de aquél en cuanto a las labores que cumplió luego de posesionado no tienen incidencia para la valoración de la conducta.

La Sala estima que la interpretación que MADIEDO RUEDA hizo de la reglamentación aplicable y de la situación de hecho de Arias Landínez, a efectos de concluir que éste cumplía con las condiciones para ser nominado y posesionado como Escribiente del despacho a su cargo, no es una interpretación admitida por el Acuerdo PSAA - 063560 de 2006 y la Ley 52 de 1987, por lo que se ofrece manifiestamente contraria a la Ley.

Ciertamente, es dable sostener por lo ya expresado, que la experiencia acreditada por el nombrado carece absolutamente de relación con las funciones que le correspondió llevar a cabo en calidad de escribiente del juzgado, que se limitaron a asuntos estrictamente operativos para los cuales requería conocimientos básica y sustancialmente no vinculados con el cargo para el que se le nombró.

La revisión detallada de la experiencia laboral acreditada y las labores desempeñadas por Daniel Arias Landínez en el juzgado llevan a concluir que no existía ninguna relación entre una y otras, lo que torna la Resolución de nombramiento censurada como manifiestamente contraria a la Ley, máxime que para la fecha existía una definición de las funciones señaladas para el cargo de escribiente, que la Juez admite haber consultado y conocer. En otros términos expresado, se satisfacen las exigencias de la tipicidad objetiva del prevaricato atribuido a GLADYS MADIEDO.

El delito de prevaricato no se configura ante la simple discrepancia entre lo decidido por el servidor público y el ordenamiento jurídico, sino como consecuencia de la contrariedad dolosa, perversa, malsana, alimentada por el deseo y la voluntad de persistir en el desacierto porque lo que se quiere es obrar corruptamente. Sobre este

último supuesto, a pesar que se tiene que reconocer la labor ponderada y sensata del Tribunal en este asunto, pues en su decisión se advierte notoriamente el ánimo de acertar y hacer justicia, la Corte encuentra que en este asunto no se acreditó con certeza la tipicidad subjetiva, como pasa a verse.

La consideración de MADIEDO RUEDA en el sentido que esas actividades laborales guardaban relación con las funciones de digitar y organizar información y otras similares de los escribientes grado seis, si bien es criterio equivocado, lo cierto es que no es revelador inequívoco de un ánimo prevaricador.

Constituye una conducta negligente y omisiva de la funcionaria investigada no indagar o consultar, pudiéndolo hacer, para superar el error en el que incurrió de equiparar la experiencia en labores operacionales, así conllevaran manejo en atención al público y dominio en tecnologías útiles en tareas propias de los sistemas y comunicaciones (computadores, sistemas, teléfonos), pero que no podían ser tenidas como relacionadas con las funciones similares del cargo a proveer.

La interpretación de la Juez de Oiba (S) dada a la hoja de vida de Daniel Arias Landínez y a las normas que regulaban el cargo de escribiente para proferir la Resolución 02 de 27 de marzo de 2012, demuestra un comportamiento culposos, pues se limitó a definir el alcance normativo apoyada en su propia convicción, esa confianza la llevó a errar sin que esa fuese exclusivamente su intención.

Hay que admitir que en situaciones como la examinada, los funcionarios judiciales únicos que tienen su sede de labores en municipios como Oiba (S), resulta un poco complejo determinar la diferencia que ha de dársele a las tareas relacionadas admitidas para el caso concreto, pudiendo incurrir en confusiones y yerros como le sucedió a MADIEDO RUEDA, pues en el asunto de marras no se exigía experiencia específica,

esto es, la «adquirida en el ejercicio de las funciones de un empleo en particular o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio».

La fuente del error de la funcionaria judicial cuestionada está en que las actividades operativas de digitación en computadores, llamadas telefónicas, atención al público y archivo de documentos, que pueden ser comunes en el área en que se desempeñó Daniel Arias Landínez y la de escribiente de un Juzgado, lo cierto es que en uno y otro los conceptos, métodos, condiciones y exigencias de idoneidad y habilidad son disímiles y no dejan punto que permita relacionarlos.

En síntesis, la Sala considera que la Resolución reprochada, aunque eventualmente pueda no compartirse, lo cierto es que lejos se encuentra de resultar ostensible y palmariamente violatoria del ordenamiento jurídico desde el punto de vista del tipo subjetivo, porque entre las premisas problemáticas que se debía elegir para decidir, aquélla por la que optó la Juez procesada no cabe dolo, pues el ánimo fue acertar, así se haya equivocado.

Examinados los elementos de prueba allegados al proceso, estos no suministran suficiente información para establecer inequívocamente en grado de certeza la responsabilidad de la acá sentenciada frente al tipo penal subjetivo de prevaricato endilgado, por las razones señaladas.

La Fiscalía alegó que la conducta de la procesada estuvo determinada por el ánimo de conformar un equipo de trabajo con personas afines a sus creencias religiosas, propósito al cual vinculó el elemento subjetivo de la conducta imputada.

Aun cuando Daniel Arias Landínez aceptó que se postuló al cargo por recomendación de quien fungía como pastor de la Iglesia Comunidad Cristiana de Fe y Restauración, a la que una y otro asistían (CD 1, tercer corte, récord 18:40), ello resulta insuficiente para concluir en grado de certeza que la acusada actuó con dolo prevaricador,

pues la simple pertenencia de la funcionaria y el empleado a un mismo culto no es prueba inequívoca sobre esa circunstancia.

Ello se constata en mayor medida al verificarse que Juan David Torrado Cabrales, de quien la Delegada también sostuvo que fue contratado por razón de su credo, negó expresamente en juicio pertenecer a la misma congregación religiosa, lo que desvirtúa en ese aspecto la acusación (CD 2, corte 6, récord 25:20).

Además, la imputada dijo que para encontrar una persona adecuada para ocupar la posición acudió a varios de sus conocidos, tanto a miembros de su Iglesia como a los empleados Combariza Roa y Rincón Iglesias, quienes sometieron a su consideración los currículos de personas que también fueron tenidos en cuenta por aquélla.

La inculpada aseveró en la vista pública, de modo coherente y verosímil, que recibió y estudió varias hojas de vida para proveer el cargo; que los demás candidatos no mostraron interés en ello, al punto que no concurrieron al despacho para ser entrevistados y, finalmente, al ser cuestionada sobre qué consideraciones la llevaron a concluir que Arias Landínez cumplía con los requisitos para ser nombrado, atestó:

«...en el Acuerdo dice experiencia relacionada, las funciones que iba a cumplir el Escribiente era escribir, notificar, hacer estados, esa labor de acuerdo a la hoja de vida del señor Daniel se cumplía en mi opinión, yo no entré a mirar porque la norma no especifica que tiene que ser en la Rama Judicial, ni siquiera especifica que tiene que tener un año de estudios universitarios en Derecho, dice “un año de estudios universitarios” sin especificar...» (CD 3, segundo corte, récord 1.01.30).

Ello ratifica que la contrariedad entre la Resolución censurada y la Ley no fue producto del ánimo de violar la ley que se le atribuye a la enjuiciada, de la dirección consciente de su voluntad a la adopción de un acto administrativo incorrecto e injusto, sino de la apreciación equivocada, producto de la incuria, sobre la naturaleza de las labores en las

que se había desempeñado previamente Arias Landínez y su relación con el cargo a proveer.

De forma que se revocará la decisión recurrida en lo que hace referencia a la condena efectuada a la Doctora GLADYS MADIEDO RUEDA frente al proferimiento del Acuerdo 002 del 27 de marzo de 2012.

La Resolución No. 003 de 5 de junio de 2012.

En uso de las facultades administrativas conferidas a la acusada en virtud de su cargo, profirió la Resolución No. 003 de junio 5 de 2012, por medio de la cual declaró insubsistente a Magda Viviana Rincón Iglesias, quien ocupaba, en provisionalidad, el cargo de Secretaria del Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Oiba.

El reproche elevado por la Fiscalía respecto de esa providencia se sustenta en dos premisas equivocadas, en concreto, i) que la declaratoria de insubsistencia del empleado debe estar precedida por el agotamiento del procedimiento previsto en la Ley 734 de 2002, y ii) que los funcionarios nombrados en provisionalidad sólo pueden ser removidos del cargo en razón de una sanción disciplinaria o la provisión del mismo en propiedad.

En relación con lo primero, la Sala parte por precisar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996, el retiro del servicio del funcionario o empleado vinculado a la Rama Judicial puede producirse bien como consecuencia de la destitución - numeral 10° -, ora en razón de la declaratoria de insubsistencia - numeral 9° -.

Mientras la primera, según lo tiene dicho el Consejo de Estado, «es una sanción

disciplinaria, que supone la comisión de una falta y debe imponerse previo el trámite de un proceso establecido en la ley», la segunda «no es una sanción, sino una forma de retiro del servicio, aplicable respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción y, en algunos casos, respecto de los inscritos en carrera»⁹.

Ninguna razón asiste entonces a los recurrentes al sostener que MADIEDO RUEDA estaba compelida a agotar el procedimiento previsto en la Ley 734 de 2002 a efectos de declarar insubsistente a Rincón Iglesias.

Desde luego y, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la imposición de una determinada sanción disciplinaria puede dar lugar a que se declare la insubsistencia del servidor público, pero en ese caso, el debido proceso administrativo se agota en el procedimiento al que se pone fin con aquélla, pues la declaratoria de insubsistencia en ese evento simplemente es la herramienta jurídica por medio de la cual se materializa la condena.

Tampoco es cierto que los empleados o funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad sólo puedan ser desvinculados de los mismos como consecuencia de la provisión en propiedad del cargo o de la imposición de una sanción disciplinaria.

Muy por el contrario, el Tribunal Constitucional ha discernido que «es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto» (negrilla fuera del texto)¹⁰.

Cosa distinta es que, de conformidad con el precedente constitucional aplicable, el funcionario nominador que declara la insubsistencia de un empleado que ocupa un cargo en esa condición tenga la carga ineludible de sustentar el acto administrativo por medio del

cual así lo decide, el cual debe exteriorizar «las razones de hecho y de derecho por las cuales se remueve a un funcionario y éstas deben consignarse de forma clara, detallada y precisa, no siendo válidas las consideraciones indefinidas, generales y abstractas que no se relacionan con la persona que es desvinculada»¹¹.

En el presente asunto, la acusada motivó la resolución por medio de la cual declaró insubsistente a Rincón Iglesias en los siguientes términos:

«La suscrita Juez Primero Promiscuo Municipal de Oiba-Santander, procede a declarar INSUBISTENTE en el cargo de Secretaria a la Doctora MAGA (sic) VIVIANA RINCON (sic) IGLESIAS, previas las siguientes

MOTIVACIONES:

1. El desgüeño contable del Juzgado, teniendo que que (sic) el libro de Bancos y las conciliaciones bancarias se encuentran atrasadas desde el 16 de el 16 - 11 - 11 (sic), sin que a la fecha haya hecho las conciliaciones...además de llevarse con enmendaduras...
2. El ejercicio del comercio a sabiendas que riñe con el desempeño del cargo...
3. Omisión de informes secretariales cuando se comprometen aspectos disciplinarios de algunos funcionarios...
4. No ingresar oportunamente los expedientes al despacho con los informes secretariales pertinentes...
5. No organizar las funciones de empleados de la secretaría...
6. No tener su domicilio y residencia en el municipio de Oiba...

7. No respetar los procesos que están al despacho para decisión, generando desorden, pues una vez ingresados al despacho continua (sic) con su manipulación, sin respetar que la titular no los haya revisado y firmado.

8. Desde la fecha de recepción de los procesos que remitiera el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Oiba-Santander...en virtud de entrar a funcionar la oralidad...se dieron precisas instrucciones a la secretaria, para darle a la gran mayoría de ellos el trámite (sic) de perención o desistimiento, sin embargo el pasado 25 de Mayo revisada la carpeta pertinente...se encontró que no se dio el trámite ordenado...

Todo lo anterior genera la necesidad de darle a este despacho orden, confiabilidad a la secretaria (sic), por lo cual se requiere de un secretario idóneo que no solo conozca su función, sino que la ejerza con la autoridad y ético profesional que el cargo amerita, para darle el orden y el impulso que el despacho necesita y cumplir con los altos cometidos institucionales de administrar pronta y cumplida justicia» (fs. 26 y siguientes, c. e. 1).

Claro, entonces, que la ahora enjuiciada sustentó la resolución mediante la precisión de las razones de hecho que suscitaron la inconformidad con el desempeño de la empleada, pero además, que relacionó su desvinculación con las necesidades propias del servicio.

Que la perjudicada no comparta las razones expuestas en la decisión por considerarlas desacertadas, es una controversia inherente al control judicial del que ese acto administrativo era pasible ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en concreto, mediante el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Si la funcionaria dejó pasar seis meses desde su nombramiento como titular del Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Oiba para declarar la insubsistencia de la entonces Secretaria, es algo que nada dice sobre la manifiesta contrariedad entre esa determinación y el

ordenamiento jurídico; por el contrario, resultaría sospechoso que de manera inmediata, sin permitirse conocer la calidad del trabajo de sus empleados y su compromiso con el cargo, hubiera procedido a adoptar una determinación de esa naturaleza.

La Sala no pierde de vista que los recurrentes también plantean, a efectos de acreditar la manifiesta contrariedad de la resolución censurada y la Ley, que el verdadero propósito de la declaratoria de insubsistencia fue el de conformar un equipo de trabajo con personas pertenecientes al culto que profesa MADIEDO RUEDA.

No obstante, ello no fue demostrado, al menos en un grado de conocimiento suficiente que permita concluir la falsa motivación del acto administrativo reprochado.

La persona que reemplazó a Rincón Iglesias en la Secretaría del despacho, esto es, Juan David Torrado Cabrales, negó de manera verosímil y coherente compartir el credo religioso de la procesada o acudir al mismo templo que aquella (CD 2, sexto corte, récord 6:00 y siguientes), al tiempo que dio cuenta de tener condiciones profesionales acordes con el anunciado propósito de nombrar «un secretario idóneo».

En efecto, el nombrado afirmó haber cursado y aprobado una especialización en Derecho Comercial, así como tener experiencia en la Fiscalía 1° Local de Girón, en la Sala Civil del Tribunal Superior – no precisó el Distrito Judicial – y en el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bucaramanga. Afirmó también haberse dedicado al ejercicio privado e independiente de la profesión por algún periodo de tiempo (CD 2, sexto corte, récord 5:00 y siguientes).

Además, Daniel Arias Landínez ratificó en juicio, aun cuando concurrió en condición de testigo de cargo, que a su llegada al Juzgado debió dedicar sus labores a la organización de los títulos judiciales del despacho, lo que permite colegir la realidad de cuando menos una de las razones que sustentó la decisión de declarar insubsistente a Rincón Iglesias (CD 2, segundo corte, récord 25:00 y siguientes).

Pero incluso de admitirse, a partir de lo declarado por los testigos de cargo, que Rincón Iglesias cumplía adecuadamente sus funciones (CD 2, primer corte, récord 1:45:00), lo cierto es que, en criterio del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, «la experiencia y el buen desempeño laboral del empleado no amparado por fuero de estabilidad, no son condiciones que por sí solas sean suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pues es la conducta responsable, disciplinada y profesional la que se espera de todo funcionario público. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía para la eficiente prestación del servicio»¹².

En síntesis, sin dificultad se concluye que la resolución censurada, con independencia de su acierto o desacierto – aspecto que debe controvertirse ante el Juez natural del asunto – de ninguna manera se ofrece manifiesta u ostensiblemente contraria a la Ley, caprichosa o arbitraria, como quiera que la acusada estaba legalmente facultada para declarar la insubsistencia de la Secretaria y sustentó esa determinación en razones propias del servicio, que fueron debidamente motivadas y que no fueron desvirtuadas por la Fiscalía.

En este punto, entonces, la Sala confirmará la sentencia de primer grado.

Las decisiones fechadas 11 y 28 de enero de 2013.

La Fiscalía atribuye a MADIEDO RUEDA el grosero desconocimiento de las previsiones contenidas en el Acuerdo PSAA-02-1392 de 2002, la Ley 270 de 1996 y la Ley 1437 de 2011, como consecuencia de la decisión de desvincular a Héctor Combariza Roa, quien se desempeñaba como Escribiente Grado 6, por calificación insatisfactoria del servicio, especialmente porque lo evaluó dos veces en un lapso inferior a dos meses.

Así mismo, por haberse negado a tramitar la recusación presentada por aquél al interponer el recurso de reposición contra dicha providencia, pues con ello habría vulnerado lo establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011.

En relación con lo primero, la Sala parte por admitir que la funcionaria calificó en dos ocasiones a Combariza Roa, respecto de interregnos cercanos en el tiempo.

Una primera calificación, en la que no aparece la fecha de diligenciamiento, evaluó su desempeño entre el 1° de noviembre y el 31 de diciembre de 2011 (fs. 154 a 156, c. e. 1); la segunda, signada el 11 de enero de 2013, hizo lo propio para el lapso comprendido entre el 11 de enero de 2012 y el 11 de enero de 2013 (fs. 313 y siguientes, c. e. 1).

Esta segunda calificación, que fue la que motivó la decisión de retirar del servicio al nombrado, fue realizada por la funcionaria anticipadamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 de la Ley 270 de 1996, que así lo autoriza de manera expresa. Ello, entonces, no merece ningún reproche.

Tampoco amerita reparo que la acusada haya resuelto, mediante decisión de enero 11 de 2013, calificar insatisfactoriamente los servicios prestados por aquél y ordenar su retiro del servicio en razón de ello, pues mientras lo primero responde a una facultad legal que expresamente le confiere la Ley a los funcionarios, lo segundo atiende a una consecuencia, también de naturaleza legal prevista en el artículo 171 precitado, de la evaluación insatisfactoria de los servicios.

Esa determinación fue suficientemente motivada por la procesada mediante argumentos que, con independencia de su acierto, fueron expresados de manera suficiente y comprensible, así:

«...la suscrita Juez procede a motivar la decisión DE CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA del escribiente Grado 6 HÉCTOR COMBARIZA ROA, bajo los siguiente

CONSIDERANDOS:

1. La constante inobservancia de las directrices dada (sic) por la titular del despacho en el sentido de no atender el público (sic) al interior de la secretaría (sic) sino en la barra de la misma, del cual se le hizo llamado de atención con memorando del 16 de Julio de 2012.
2. Proyectar autos que NO corresponden con la realidad procesal tal como se le indico (sic) en el memorando de fecha 31 de agosto de 2012.
3. La proyección de providencias, sin observar las normas mínimas de identificación del proceso al cual van asignadas, o sin consultar el proceso, la falta de conocimiento sobre la clase de proceso a que alude el auto, tales como las devueltas con las siguientes fechas (...).

El descuido en las fechas con las cuales redacta las providencias, así, hoy 11 de Enero pasa providencia con fecha Enero 13 de 2013, lo cual raya con la mala fe para que la suscrita juez firme providencias que no corresponden a la fecha de realización...

La ausencia de elementos tan elementales de trabajo como los códigos de consulta y fundamentación de las providencias que proyecta.

De estas irregularidades se le han hecho los llamados de atención respectivos a través de los siguientes memorandos:

1. Julio 16 de 2012.
2. Agosto 31 de 2012.

3. Noviembre 6 de 2012.

1. Ahora bien, la respuesta a los llamados de atención desdichan de las más mínimas normas de respeto hacia la suscrita por el lenguaje en ellos empleado y que obran como prueba incluso de un proceso disciplinario que actualmente se remitió a la Procuraduría General de la Nación».

Así pues, se observa con claridad que lo decidido por la funcionaria no sólo fue sustentado de manera suficientemente clara para permitir el ejercicio del derecho de contradicción, tanto por la vía gubernativa como por la judicial, sino también que la motivación se fundamentó en los criterios previstos para dicho efecto en el artículo 170 de la Ley 270 de 1996, esto es, eficiencia, rendimiento y organización del trabajo.

Las consideraciones allí consignadas, por demás, encuentran soporte en varios documentos contenidos en la hoja de vida de Combariza Roa, en los que constan los distintos llamados de atención efectuados por la inculpada como consecuencia faltas cometidas por aquél (f. 176, c. e. 1), algunas de las cuales fueron incluso admitidas por el nombrado, que reconoció «haber entregado un título a la señora NYDIA YAMEL RODRÍGUEZ...sin la firma del Secretario» (f. 161, c. e. 1).

Que quienes fungieron previamente como titulares del Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Oiba hayan calificado satisfactoriamente los servicios del Escribiente nada tiene que ver con la contrariedad manifiesta entre las decisiones suscritas por MADIEDO RUEDA y la Ley.

De una parte, porque aquélla de ninguna manera estaba vinculada por el criterio de quienes la precedieron en el cargo ni estaba compelida a sostener la evaluación que aquéllos, desde su propia subjetividad, le otorgaron.

De otra, porque las calificaciones precedentes, lejos de ratificar la tesis de la Fiscalía según la cual el puntaje insatisfactorio que la procesada le atribuyó a Combariza Roa responde a una determinación arbitraria y caprichosa, la enervan.

Aunque en años anteriores aquél fue calificado siempre en términos satisfactorios, los funcionarios consignaron permanentemente anotaciones que sustentan las razones por las cuales la ahora sentenciada resolvió finalmente otorgarle una calificación insatisfactoria.

Se observa, en la calificación correspondiente al período comprendido entre mayo 1º y diciembre 31 de 2007, una anotación según la cual «su desempeño es satisfactorio, pero requiere que sea mejorado para obtener óptimo rendimiento...» (f. 39, c. e. 1).

En la atinente al lapso fijado entre enero 14 de 2003 y diciembre 19 de 2003, se consignó que «si bien es cierto está calificado satisfactoriamente, el calificado puede hacer más gestión en su cargo» (f. 92, c. e. 1).

Finalmente, el funcionario que lo evaluó para el período correspondiente al año 2002 señaló que «se ha evidenciado en su gestión errores en el procedimiento encomendado» (f. 115, c. e. 1).

Así las cosas, el acervo probatorio acopiado no permite concluir, al menos no en el grado de conocimiento reivindicado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que la decisión adoptada por MADIEDO RUEDA en el sentido de calificar negativamente los servicios de Combariza Roa y ordenar, consecuentemente, su desvinculación, sea arbitraria o caprichosa, menos aún, groseramente contraria al ordenamiento jurídico.

La Sala no pierde de vista que el formulario utilizado por la procesada para puntuar la calidad del servicio que es objeto de actual reproche es de aquéllos destinados a evaluar «empleados sin funciones de sustanciación», como tampoco que, a pesar de

ello y según se esbozó en precedencia, en la motivación de la calificación insatisfactoria fueron exteriorizadas críticas a los proyectos de providencias elaborados por el Escribiente.

Pero lo anterior no permite afirmar tampoco que la enjuiciada haya adoptado tal determinación con desconocimiento grosero de la Ley, básicamente porque fue el propio Héctor Combariza Roa quien admitió en juicio que para entonces «no había manual de funciones», de modo que «sustanciaba» y tenía asignada la labor de «hacer autos» (CD 2, primer corte, récord 25:40).

Ello se ajusta a lo dispuesto en los artículos 61 y 63 del Acuerdo No. 1392 de 2002, cuya vulneración se atribuye a la acusada, que precisamente señalan que los factores de calidad y eficiencia del servicio deben ser evaluados a partir del «análisis del cumplimiento de las funciones asignadas al cargo» y «con fundamento en las tareas, actividades, y trabajos en general encomendados a los empleados de acuerdo con las funciones asignadas al cargo».

En suma, en criterio de la Sala, la decisión proferida por MADIEDO RUEDA el 11 de enero de 2013 no puede reputarse prevaricadora, pues no contraviene de manera evidente, burda y ostensible la Ley.

En lo que tiene que ver con la decisión de enero 28 de 2013, por medio de la cual MADIEDO RUEDA dispuso «declarar improcedente la recusación» propuesta por Combariza Roa para evitar que fuera aquélla quien decidiera el recurso de reposición interpuesto contra lo resuelto el 11 de enero del mismo año, la Corporación llega a idéntica conclusión.

En esa providencia, la funcionaria consideró:

«RESPECTO DEL ESCRITO DE RECUSACIÓN:

Ésta no procede contra este tipo de actos administrativos, por las siguientes razones:

1. La calificación anticipada la prevé el artículo 171 de la Ley 270 de 1996, es de competencia del superior jerárquico del empleado a calificar. Para el caso que nos ocupa, sería la suscrita juez.
2. La calificación anticipada se hace mediante Acto Administrativo, que como lo reza el FORMULARIO DE CALIFICACIÓN que remite el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, en su parte RESOLUTIVA, numeral CUARTO, “Sólo procede recurso de Reposición”.
3. El recurso de Reposición lo decide el funcionario que lo emite y no se previo (sic) por la ley, Recurso de Apelación, así se desprende de los formularios diseñados por el Consejo Superior de la Judicatura...sobre los cuales se hace la calificación.
4. En este tipo de calificaciones no esta (sic) previsto expresamente la Recusación. Pues si así fuera, sería el camino expedito para que cualquier empleado sujeto de evaluación, recusara al superior que lo deba evaluar, para impedir esta facultad legal o entorpecerla.

Por lo tanto, al no estar prevista la recusación del funcionario calificador, esto solo sería (sic) un acto dilatorio del calificado para impedir que cobre ejecutoria el mismo y lo procedente es despachar desfavorablemente la recusación» (fs. 319 y siguientes, c. e 1).

Las apreciaciones exteriorizadas por la funcionaria llevan a concluir que lo allí decidido no fue producto de su capricho ni de una lectura arbitraria o manifiestamente equivocada del derecho aplicable, sino de una interpretación del mismo que, con independencia de su

acierto, no se ofrece irrazonable ni groseramente contraria a la Ley.

En efecto, ni el artículo 172 de la Ley 270 de 1996 ni el Acuerdo 1392 de 2002, que son las disposiciones que de manera especial regulan y reglamentan el trámite de la calificación de servicios, prevén de manera expresa la posibilidad de recusar al funcionario encargado de resolver el recurso interpuesto contra la resolución que califica insatisfactoriamente los servicios de los empleados.

La primera disposición aludida, en consonancia con el artículo 175 ídem, señala que «los empleados de carrera serán evaluados por sus superiores jerárquicos anualmente», texto del cual era plausible comprender, como lo hizo la inculpada, que no procedía la recusación, pues de prosperar ésta, no sería el superior jerárquico del empleado quien realizaría la calificación.

Tampoco en el formulario diseñado por el Consejo Superior de la Judicatura para efectos de realizar las evaluaciones correspondientes se consigna dicha posibilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, se tiene que el artículo 25 del Acuerdo PSAA10 - 7636 de 2010, vigente para la época de los hechos, disponía que «los impedimentos y recusaciones para efectos de la calificación integral de servicios, se tramitarán conforme con lo previsto en el Código Contencioso Administrativo».

Pero que esa disposición - cuyo desconocimiento no le fue imputado a MADIEDO RUEDA ni hace parte de la acusación - fuera aplicable para el momento en que se profirió la resolución censurada no es evidente, pues para entonces el Código Contencioso Administrativo había perdido vigencia, en cuanto fue derogado, con efectos desde el 2 de julio de 2012, por la Ley 1437 de 2011.

De admitirse que la funcionaria debió examinar la recusación presentada con fundamento en las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo, como se le reprocha en la acusación, lo cierto es que el artículo 12 de esa codificación, según lo coligió el a quo, admite interpretaciones equívocas, varias lecturas que no pueden afirmarse prevaricadoras.

Ese precepto prevé que «cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior».

El inciso inmediatamente anterior al transcrito, por su parte, dispone que «la autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo».

Nótese, pues, que la norma no señala expresamente a quién corresponde tramitar y decidir sobre la recusación luego de que la misma es desestimada por el funcionario.

El primer inciso del artículo en cita señala:

«En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales».

Si los Jueces, y por ende la acusada, tienen superior jerárquico administrativo, esto es, si existe un funcionario habilitado para decidir sobre la recusación, es controversia que para la época de los hechos no se ofrecía pacífica en el contexto del derecho administrativo, concretamente, de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a cuyo interior «tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como la Sala de Consulta y

Servicio Civil del Consejo de Estado fueron, durante muchos años, del criterio de que la segunda instancia en los procesos disciplinarios adelantados por jueces y magistrados contra empleados judiciales competía a la Procuraduría General de la Nación, con el argumento de que tales funcionarios carecían de superiores jerárquicos en el campo administrativo y, especialmente, en lo relativo a la administración del personal a su cargo»¹³ (negrilla fuera del texto).

Ese criterio, según se consigna en la misma providencia, sólo fue aclarado de manera definitiva «a partir de la decisión tomada por (esa) Sala el 13 de agosto de 2013», esto es, con posterioridad a la ocurrencia del hecho objeto de juzgamiento, en la que se precisó definitivamente que «el competente para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones que adoptan los jueces al calificar los servicios de los empleados judiciales de sus despachos, es el respectivo tribunal superior».

Coherentemente con lo anterior y, a modo de ejemplo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en cita sostenía que, como «los jueces no tienen superior jerárquico administrativo» el recurso de queja respecto de las calificación de servicios «resulta improcedente»¹⁴.

Además, el listado de autoridades a las que la disposición transcrita alude como encargadas de resolver la recusación cuando el funcionario recusado carece de superior permite suponer que la misma es aplicable sólo cuando se trata de una autoridad administrativa, no judicial, pues de manera expresa se refiere a «la cabeza del respectivo sector administrativo», así como al Alcalde Mayor o al procurador regional «en el caso de las autoridades territoriales».

En suma, de las normas cuya violación se le atribuye a MADIEDO RUEDA, se desprendían varias hipótesis razonables:

A. Que los Jueces no tiene superior jerárquico administrativo, por ende, que la recusación interpuesta en el trámite de la calificación de servicios no es procedente.

B. Que ello sí era posible, y el competente para decidir sobre el particular era el Tribunal Superior del Distrito Judicial al que pertenece el despacho del que era titular la enjuiciada.

C. Que corresponde decidir de la recusación a la cabeza del respectivo sector administrativo.

D. Que el competente para decidir la recusación es el Procurador General de la Nación, el Alcalde Mayor o el Procurador Regional, según se trate de una autoridad del orden nacional o territorial.

Mientras las hipótesis aludidas en los literales C) y D) son absurdas, pues es claro que refieren a supuestos en que la autoridad involucrada es administrativa y no judicial, las dos restantes se ofrecían igualmente plausibles y la primera especialmente, pues se insiste, para el momento en que MADIEDO RUEDA profirió la decisión censurada, no existía plena claridad sobre la estructura jerárquica de los Jueces en lo que a su actividad administrativa respecta.

La acusada optó por la primera hipótesis, no en razón de consideraciones arbitrarias o caprichosas, como tampoco determinada por el ánimo de conformar un equipo de trabajo con personas afines a su religión, lo cual no fue probado por la Fiscalía, sino porque estimó que i) de acuerdo con el artículo 171 de la Ley 270 de 1996, es competencia exclusiva del superior del empleado realizar la calificación de servicios; ii) contra las determinaciones allí adoptadas, sólo procede el recurso de reposición, el cual es decidido por el mismo Juez, tal y como se desprende de los formularios establecidos para ello por el Consejo Superior de la Judicatura y; iii) la normatividad que regula la calificación de servicios no prevé expresamente la posibilidad de recusar al calificador, lo cual por demás se estatuiría en herramienta para dilatar esa actuación.

La procesada acogió entonces una de las varias posibilidades hermenéuticas que admitía la norma cuya violación se le atribuye, no injustificadamente, sino con fundamento en valoraciones que, aunque no se compartan, no desnaturalizan el tenor literal de la misma, por ende, no surgen manifiestamente contrarias a la Ley.

También en este punto, entonces, la Sala concluye que la sentencia de primera instancia, en tanto consideró atípica la conducta atribuida a la acusada, es acertada y debe ser confirmada, dadas las varias interpretaciones que admite el artículo 12 de la Ley 1474 de 2011, como lo reconoció el Tribunal, pues tal solución comparte la naturaleza de argumento tópico, del principio de Ockham.

Resta agregar que no se accederá al pedido de la mandataria judicial de MADIEDO RUEDA en el sentido de que se ordene la compulsación de copias de la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación a efectos de que se investigue a Rincón Iglesias y a Combariza Roa, pues no encuentra mérito para ello; lo anterior, sin perjuicio de que aquélla interponga las denuncias que considere pertinentes, asumiendo las responsabilidades que tal actuación acarrea.

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

RESUELVE

1. NEGAR la nulidad invocada por la apoderada judicial de GLADYS MADIEDO RUEDA.

2. REVOCAR la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó a GLADYS MADIEDO RUEDA como autora del delito de prevaricato por acción, por el que fue acusada con ocasión de la emisión de la Resolución No. 002 de marzo 27 de 2012. En su lugar, ABSOLVER a la nombrada de dicho cargo, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

3. CONFIRMAR, en lo restante, la providencia objeto de impugnación.

4. ABSTENERSE de ordenar la compulsación de copias de la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación.

5. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA

SP8367-2015

Con el acostumbrado respeto por la decisión de la mayoría, me permito manifestar salvamento parcial de voto, en los términos que siguen:

Aunque comparto la decisión de absolver a la doctora

GLADYS MADIEDO RUEDA, Juez Promiscuo Municipal de Oiba, por el concurso homogéneo de prevaricatos por acción, en cuanto hace referencia a las Resoluciones No. 003 del 5 de junio de 2012, por cuyo medio ella declaró insubsistente a MAGDA VIVIANA RINCÓN IGLESIAS del cargo de secretaria y la calendada el 11 de enero de 2013, a través de la cual desvinculó, por calificación insatisfactoria, a HECTOR COMBARIZA ROA del

cargo de escribiente grado 6, así como la argumentación empleada por la Corte para estructurar el tipo objetivo respecto del prevaricato relacionado con la emisión de la Resolución No. 002 del 27 de marzo de 2012, mediante la cual aquella nombró a DANIEL ARIAS LANDINEZ como escribiente grado 6, soy del criterio que no había lugar a revocar la sentencia de primer grado, respecto del último hecho señalado, por el que se había dictado condena y que era lo correcto revocarla sí, frente a la supuesta atipicidad de la determinación del 28 de enero de 2013, que no repuso el acto administrativo conforme al cual declaró improcedente la recusación formulada por COMBARIZA ROA.

Lo anterior porque, a mi juicio, de un lado, está suficientemente acreditado que la doctora MADIEDO RUEDA tenía plena conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento al nombrar una persona que no cumplía, de modo alguno, los requisitos exigidos por el Consejo Superior de la Judicatura para la posesión del cargo y, sin embargo, de manera voluntaria, optó por transgredir el ordenamiento jurídico emitiendo un pronunciamiento manifiestamente contrario a la ley y, de otro, debido a que, estimo que la decisión que omitió darle trámite a la aludida recusación es, también opuesta a la ley, de manera evidente.

En efecto, soy del criterio que, estando acreditado, a través de las estipulaciones probatorias No. 3 y 4, que la doctora MADIEDO gozaba de una amplia experiencia profesional —de más de 20 años- como litigante, docente universitaria y juez de la República y de los conocimientos jurídicos indispensables para gerenciar su despacho judicial, adquiridos en el módulo “Juez Director del despacho” del curso concurso, dictado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, resulta insostenible afirmar, como lo hace el fallo del que disiento, que la consideración de la enjuiciada en el sentido que la experiencia laboral de ARIAS LANDINEZ en los campos de mantenimiento mecánico, instrucción de mecánica automotriz, mecánica de ensamble y radiología industrial, guardaba relación con las funciones de digitar y organizar información y otras relacionadas, propias

del cargo de escribiente, se encuentra justificada.

No comprendo cómo se afirma en la providencia acogida por la mayoría, que la funcionaria incurrió en una conducta culposa porque fue negligente y omisiva al dejar de indagar o consultar lo pertinente, a fin de superar el error en que se encontraba, cuando es obvio que, este caso no se inscribe en la teoría del error o en la omisión al deber objetivo de cuidado, sino en la manifiesta intención dolosa de nombrar a una persona que, de manera evidente -porque así aparecía en la hoja de vida del candidato que la funcionaria aceptó haber revisado-, carecía de los requisitos legales para ser nombrada como empleado judicial.

Tal como lo señala la sentencia de primer nivel, las normas que regulan los requisitos para el cargo de escribiente «constituyen una normatividad clara, que no ofrecía aspectos oscuros o de interpretación que pudieran dar lugar a un pronunciamiento diverso pero posible ante una eventual ambigüedad», como para que pudiera alegarse la existencia de un error de tipo vencible o invencible.

Acudir al argumento según el cual en zonas marginadas, territorialmente hablando, «resulta un poco complejo determinar la diferencia que ha de dársele a las tareas relacionadas admitidas para el caso concreto, pudiendo incurrir en confusiones y yerros como le sucedió a Madieto Rueda, pues en el asunto de marras no se exigía experiencia específica», no solo ubica la premisa en la sede de la petición de principio sino que se corresponde con la configuración de una eximente de responsabilidad, no contemplada en el ordenamiento jurídico penal.

No es lógico afirmar que las actividades operativas de digitación en computadores, llamadas telefónicas, atención al público y archivo de documentos son comunes a las tareas desempeñadas por el escribiente indebidamente nombrado por la juzgadora, como quiera que es la misma providencia de la que me separo, la que enfatiza en la

inexistencia de correspondencia alguna entre las funciones cumplidas por el aspirante a escribiente y las exigidas para el cargo, al punto que admitió probada la conducta endilgada en cuanto al tipo objetivo.

Algo similar se debe decir respecto de la negativa a reponer la decisión de la juez inculpada que declaró la improcedencia de la recusación formulada por COMBARIZA

Roa, toda vez que no resulta acorde con la referida experiencia profesional de la funcionaria haber considerado que no cabía la recusación, cuando, en su función calificadora de servicios, debió conocer y consultar el artículo 25 del Acuerdo PSAA10-7636 de 2010, que disponía que el trámite de los impedimentos y recusaciones en cuanto hace a la calificación integral de servicios debía rituarse por los cánones del Código Contencioso Administrativo.

Son estas las razones que me llevan a apartarme de la posición dominante de la Sala.

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Fecha ut supra.

1 CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25.920.

2 CSJ AP, 29 jun. 2007, rad. 27.608.

3 CSJ AP, 20 feb. 2013, rad. 40.672.

4 CSJ AP, 30 jun. 2010, rad. 33.658.

5 CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 41.534.

6 Cfr, CSJ SP, 13 Oct de 2004, rad. 18911.

7 CSJ SP, 8 nov. 2001, rad. 13956. En el mismo sentido, CSJ SP, 25 abr. 2007, rad. 27062; CSJ SP, 22 abr. 2009, rad. 28745; y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 35037, entre otras.

8 Cfr. CSJ AP, 27 nov. 2013, rad. 38458, CSJ SP, 23 feb. 2006, rad. 23901 y CSJ SP, 25 may. 2005, rad. 22855, entre otras.

9 Sentencia de noviembre 25 de 2002, radicación 11001-03-15-000-1999-0336-01(S - 336).

10 Sentencia C - 279 de 2007. Citada en sentencia T - 1033 de 2012. En igual sentido, sentencia U - 917 de 2010.

11 Sentencia T - 1063 de 2012.

12 Sentencia de 12 de octubre de 2011, radicación 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11).

13 Sala de Consulta y Servicio Civil, auto de 2 de octubre de 2014, radicación 11001-03-06-000-2014-00121-00.

14 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de abril 23 de 2012, radicación 1100103150002001019801.