

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

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

SEP 012-2022

Radicación N° 48108

Aprobado mediante Acta No. 8

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Emite la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia sentencia dentro del proceso penal que adelanta en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, otrora gobernador del Chocó, acusado por la Fiscalía General de la Nación por la presunta comisión del delito de *prevaricato por acción*, en concurso con el ilícito de *peculado por apropiación* a favor de terceros atenuado por no superar la cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales y en el grado de tentativa.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

El Tribunal Superior de Quibdó el 27 de junio de 2008¹, al resolver una acción de tutela, ordenó la compulsación de copias para que se investigara a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, en su condición de gobernador del Chocó, por haber expedido, el 31 de diciembre de 2007, la Resolución 2523 reconociéndole la pensión de jubilación al docente Herman Julio Mosquera Pérez, sin que éste cumpliera los requisitos legales para acceder a tal derecho.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JULIO IBARGUEN MOSQUERA se identifica con la cédula de ciudadanía 11785.340 de Quibdó (Chocó), nació el 12 de julio de 1945 en Istmina, es hijo de Nicolás Ibarguen Mosquera y Rosaura Mosquera de Ibarguen, de estado civil casado con Olga Luisa Murillo.

Se ha desempeñado como profesor de primaria, presidente del sindicato docente del Chocó, primer vicepresidente de Fecode, concejal de Istmina para el periodo 1974 – 1976, concejal de Quibdó de 1984 a 1986, diputado del Chocó de 1986 a 1988, en tanto que de 1988 a 1990 fue miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo, Representante a la Cámara del año 2001 a febrero de 2002, y gobernador del citado departamento del 1º de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007.

¹ Folio 54 y ss cuaderno original No. 1 Fiscalía.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. Etapa del sumario

Por la compulsación de copias del Tribunal Superior de Quibdó para investigar a IBARGUEN MOSQUERA por el reconocimiento de la pensión de jubilación a Herman Mosquera Pérez sin que cumpliera los requisitos legales, el entonces Fiscal General de la Nación, el 16 de septiembre de 2008, ordenó indagación previa en contra de aquél² y luego, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 14 de marzo de 2014, le abrió formal investigación³.

El 30 de abril de 2014 fue vinculado a la actuación mediante indagatoria bajo los ilícitos de *prevaricato por acción y peculado por apropiación*⁴, luego de lo cual, su situación jurídica fue resuelta de manera favorable el 29 de agosto de la misma anualidad, al abstenerse la Fiscalía de imponerle medida de aseguramiento⁵.

Clausurada la instrucción, el 8 de abril de 2016 le fue proferida resolución de acusación como presunto autor de los punibles de *prevaricato por acción y peculado por apropiación* atenuado por no superar la cuantía los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes teniendo en

² Folio 71 y 72 cuaderno original No. 1 Fiscalía.

³ Folio 289 -294 ídem.

⁴ Folio 2 a 8 cuaderno original No. 2 Fiscalía.

⁵ Folio 15 a 36 ídem.

cuenta para ello el reclamo de 12 de marzo de 2008 hecho por Mosquera Pérez para que le reconocieran hasta ese entonces las mesadas el cual ascendía a \$19.183.392, comportamiento que quedó en el grado de tentativa, de conformidad con los artículos 27, 30, 397, inciso 3° y 413 del Código Penal.

3.2. Etapa del juicio

En firme la acusación el 6 de mayo de 2016 al resolver el recurso de reposición⁶, el diligenciamiento fue remitido a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y asumido el 13 de mayo siguiente⁷, para surtir el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, y resolver, el 14 de febrero de 2017, las peticiones probatorias elevadas por los sujetos procesales⁸.

En virtud de la implementación del Acto Legislativo 01 de 2008, la actuación fue remitida por competencia a esta Sala de Primera Instancia, asumiendo el conocimiento del asunto el 17 de agosto de 2018⁹.

En virtud del artículo 84 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el numeral 4° del artículo 171 del Código General del Proceso se comisionó a una Magistrada Auxiliar para recibir unas declaraciones, surtiendo la audiencia

⁶ Folio 229 ibidem.

⁷ Folio 3 cuaderno original No. 1 Corte Suprema de Justicia.

⁸ Folio 75 a 115 ídem.

⁹ Folio 251 ibidem.

pública de juzgamiento el 7 de octubre de 2021 en la cual se escuchó en interrogatorio al enjuiciado y concluida la práctica probatoria, se escucharon las alegaciones de los sujetos procesales¹⁰.

4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía convocó a juicio a IBARGUEN MOSQUERA como presunto autor de los delitos de *prevaricato por acción y peculado por apropiación* en favor de terceros, atenuado y en la modalidad de tentativa, porque en su condición de gobernador del departamento de Chocó, el 31 de diciembre de 2007 expidió la Resolución 2523 por medio de la cual reconoció la pensión de jubilación al docente Herman Julio Mosquera Pérez, a la postre su Secretario de Educación, sin que cumpliera los requisitos legales para acceder a ese derecho.

Luego de destacar que el citado docente se vinculó al magisterio el 22 de octubre de 1979 y se retiró el 7 de noviembre de 2000, contando así con 21 años y 16 días de servicio y que además se había desempeñado como Secretario de Educación Departamental de Chocó entre el 1° de junio de 2005 y el 31 de diciembre de 2007, el ente acusador precisó que “la naturaleza de su vinculación como docente del departamento del Chocó era la de **personal nacionalizado**, según se dispone en el numeral 2° del artículo 1° de la Ley 91 de 1989” (se destaca).

¹⁰ Folio 332 a 334 cuaderno original No. 2 Corte Suprema de Justicia.

Se puso de presente también en el calificadorio que en la Resolución 2523 de 2007 no se indicó la normatividad seleccionada, salvo la mención expresamente hecha al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y que para cuando Mosquera Pérez se vinculó al magisterio estaba vigente la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 17 literal b) establecía el derecho a la pensión vitalicia de jubilación al contar con 50 años de edad y tener 20 de servicios, siendo promulgada posteriormente la Ley 33 de 1985 que dejó vigente de manera transitoria aquél régimen de 1945 para quienes en ese momento contaran con 15 años de servicio, en tanto que Mosquera Pérez para ese entonces solo sumaba 5 años, 3 meses y 7 días de vinculación.

De otro lado, en cuanto al ilícito contra el patrimonio estatal estimó que el acto de disposición jurídica sobre los recursos departamentales por parte del gobernador habilitó la posibilidad de que las mesadas pensionales fueran canceladas, solo que no fueron pagadas por circunstancias ajenas a su voluntad, de ahí que también debería responder por el delito de *peculado por apropiación* atenuado y en la modalidad tentada.

5. AUDIENCIA PÚBLICA

5.1. Interrogatorio del enjuiciado

Manifestó que le reconoció la pensión a Herman Julio Mosquera Pérez porque reunía los requisitos legales según la

Ley 6ª de 1945 para los maestros departamentales de gozar de tal prestación por la entidad territorial cuando cumplieran 20 años de servicio y contaran con 50 años de edad, aspectos que acreditó el docente en la respectiva solicitud en donde constaba la fecha de inicio y terminación del vínculo laboral, así como su edad.

Adujo que tal reconocimiento pensional no fue una situación particular del departamento del Chocó, pues obraban resoluciones que concedían pensiones bajo tales condiciones a maestros departamentales de Antioquia, Cundinamarca y Tolima.

Explicó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Ley 100 de 1993 establecieron excepciones para efectos de la pensión de jubilación de los maestros a quienes se les aplica una legislación diferente, por eso al día de hoy más de quinientos de ellos se han pensionado en los distintos departamentos del país gracias a leyes de transición que garantizaban tal estatus, garantía que desapareció desde 1989, pero que no era el caso de Herman Julio Mosquera Pérez.

Mencionó que de no haber estado seguro de ello, no hubiese firmado la resolución, pues lo hizo con el pleno convencimiento de aplicar la ley con la observancia de los requisitos exigidos.

De otro lado, afirmó que si bien funcionaba la Oficina de Pensiones, era la Secretaría General y Administrativa del departamento del Chocó la que tramitaba el proyecto de resolución del reconocimiento de la pensión para el despacho del gobernador, dependencia a cargo en ese entonces de Flavio Antonio Córdoba Ramos, quien lo acompañó hasta el último día de su mandato.

Y que tampoco cometió o tuvo intención de realizar el ilícito de *peculado por apropiación*, ya que a partir de su experiencia como maestro y en calidad de presidente de sindicatos de la unión de profesores y vicepresidente de la Federación Colombiana de Educadores, era conocedor de la legislación que establece los derechos de los docentes, incluyendo el tema de pensiones departamentales.

Por último, precisó que la aludida pensión de jubilación fue la única autorizada en su mandato debido a que a partir de la Ley 715 de 2001 los maestros que no cumplían el requisito de los 20 años de servicio eran pagados mediante recursos del Sistema General de Participación, ya no a cargo del departamento.

Alegaciones de los sujetos procesales

5.2.1. Fiscalía

Solicitó condenar al inculcado por los delitos objeto de acusación ya que, además de estar acreditada la calidad

de servidor público y la competencia funcional, se probó que la resolución cuestionada no consultó la normatividad legal de orden nacional al autorizar una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de un millón ciento sesenta y ocho mil novecientos sesenta y dos pesos (\$1.168.962), a Herman Julio Mosquera Pérez, quien no cumplía con los requisitos legales para acceder a la misma.

Resaltó que en la Resolución 2523 del 31 de diciembre de 2007 no se indicó la normatividad aplicada al caso para efectuar el reconocimiento de la pensión de jubilación, salvo la mención expresa al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, desconociendo así el gobernador dolosamente la norma llamada a regular la materia, pues la Ley 33 de 1985 señalaba como requisito el contar con 55 años de edad, en tanto que Herman Julio Mosquera Pérez tenía 51 años.

Que si bien el procesado en su indagatoria aseveró que el beneficiado había superado las exigencias legales consagradas en la Ley 6ª de 1945, tales requisitos no eran aplicables al caso en concreto, puesto que la vinculación de Mosquera Pérez fue el 22 de octubre de 1979, de ahí que para cuando entró a regir la Ley 33 de 1985, que exigía 15 años de servicio, él solo contaba con 5 años, 3 meses y 7 días de vinculación como docente, razón por la cual no le era aplicable el régimen de transición para acceder a la pensión de jubilación con 50 años de edad y 20 años de servicio, consagrado en la normatividad de 1945.

Puso de presente que la resolución cuestionada fue proferida precisamente el último día que IBARGUEN MOSQUERA fungió como Gobernador del Departamento del Chocó, evidenciando así el querer beneficiar a su amigo y colega.

Y que se corrobora la contrariedad de la resolución con el ordenamiento jurídico al no haber mediado una petición del beneficiario para el reconocimiento de la pensión de jubilación, pues no se logró obtener copia de la respectiva solicitud pese a las distintas labores investigativas e inspecciones judiciales practicadas en la Gobernación y la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, así como en la Secretaría de Educación Municipal, además, al Gobernador no le correspondía pronunciarse frente al reconocimiento de la pensión por cuenta propia sin que se diera la previa revisión y aprobación del funcionario encargado.

A su turno, sostuvo que el procesado como ordenador del gasto incurrió en el delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros en la modalidad de tentativa, ya que al expedir la resolución en cuestión dispuso jurídicamente de los recursos del departamento, pero como no fue cancelada suma alguna el delito no se consumó por circunstancias ajenas a su voluntad, quedando en el grado de tentativa.

5.2.2. Ministerio Público

Coadyuvó la petición de la Fiscalía al considerar acreditada no solo la calidad de servidor público del procesado, sino que en ejercicio de sus funciones profirió la Resolución 2523 de 31 de diciembre de 2007 concediendo la pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de un millón ciento sesenta y ocho mil novecientos sesenta y dos pesos (\$1.168.962) a Herman Julio Mosquera Pérez, quien no cumplía con los requisitos legales para acceder a la misma, conductas que se adecuan a los artículos 413 y 397 del Código Penal.

En relación con el punible de *prevaricato por acción*, señaló que se acreditó su materialidad cuando el gobernador firmó la resolución justo el último día de su gobierno, apreciando que la normatividad aplicada para el reconocimiento de la pensión fue el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no obstante, para que fuera procedente se requería que al primero de abril de 1994 el beneficiado contara con 40 años de edad o más, o 15 años o más de servicio, fundamento jurídico que discrepaba con la realidad.

Respecto de la responsabilidad del enjuiciado destacó el trámite irregular de la solicitud de pensión de Herman Julio Mosquera Pérez ya que no fue posible ubicar el escrito de petición de 6 de diciembre de 2007 en el que acreditara el cumplimiento de los requisitos legales.

Y frente al delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros en grado de tentativa, concluyó que la resolución cuestionada constituye la realización de actos de disposición jurídica sobre los recursos públicos asignados a la gobernación del Chocó, cuando el procesado reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación sin que el beneficiario cumpliera los requisitos para ello, consumación que no se dio por circunstancias ajenas a su voluntad.

5.2.3. Defensor

Pidió absolver a su asistido tanto en aplicación del inciso 2° del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, como del numeral 10° del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, al estimar que no se demostraron las conductas punibles, y que, de existir, habrían sido realizadas al amparo de situaciones excluyentes de responsabilidad.

Para el defensor, no se puede predicar un actuar doloso del enjuiciado, pues obró con el convencimiento errado e invencible de estar actuando conforme a la ley, propio de un error de tipo, ante la inflación legislativa en materia pensional que genera dificultades interpretativas y confusión para los especialistas, con mayor razón para quienes carecen de conocimientos jurídicos.

Estimó que no fue capricho de su asistido desconocer la ley, sino producto de las difíciles circunstancias

interpretativas encontradas tendientes a determinar la norma aplicable para el otorgamiento de la pensión vitalicia a Herman Julio Mosquera Pérez.

Y que a pesar de que la Ley 100 de 1993 buscó unificar la legislación, ello no fue así, al permitir que regímenes especiales siguieran teniendo vigencia, como cuando en el artículo 279 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Que precisamente esta última preceptiva señaló que las pensiones previstas en la Ley 126 de 1985, adicionada por la Ley 71 de 1988 continuarían vigentes en los términos y condiciones en ellas contempladas.

Así mismo, resaltó que de la dificultad interpretativa ha dado cuenta el propio Consejo de Estado al hacer un recuento histórico de las leyes aplicables, a lo que se suma las categorías de docentes oficiales: *i)* los nacionales, vinculados laboralmente de manera directa al Ministerio de Educación Nacional; y *ii)* los territoriales vinculados a los departamentos.

Y que si bien el reconocimiento de la pensión a Mosquera Pérez por parte del Gobernador fue un acto insular, ello no significa nada, pues no es insólito que algún funcionario ostente determinadas calidades que supongan consecuencias jurídicas diversas, lo cual no podría ser tenido

como hecho indicador a fin de edificar un indicio grave de responsabilidad en su contra.

Y que el presunto favorecimiento al reconocer la pensión el último día de su mandato a su amigo y secretario de educación es tan solo aparente, pues resulta natural que los altos dignatarios gobiernen con quienes son de su absoluta confianza, por demás, todas las decisiones tomadas bajo esas circunstancias podrían ser prevaricadoras o al menos objeto de alguna recriminación, lo cual no consulta con la realidad.

Que igual sucede al desconocer el principio de buena fe cuando se señala que no se estableció desde cuándo y con qué documentación se presentó y tramitó la solicitud de reconocimiento de pensión.

Concluyó así que el error de tipo denotaría la carencia de intencionalidad y por lo mismo, excluiría la responsabilidad o, en el peor de los casos, sería una conducta imprudente, apresurada y negligente, pero en todo caso atípica por cuanto el delito de *prevaricato por acción* debe ser doloso, y no culposo.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

De conformidad con el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de

2018, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgar, previa acusación de la Fiscalía, entre otros, a los gobernadores.

Según el artículo 75 numeral 7° inciso 2° de la Ley 600 de 2000, el fuero se mantiene cuando, a pesar de cesar en el ejercicio del cargo, las conductas punibles tienen relación con las funciones desempeñadas, lo cual ratifica la facultad de la Sala para proferir sentencia dentro del proceso penal adelantado en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, por cuanto fue elegido gobernador del departamento del Chocó para el periodo constitucional comprendido del 1° de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, como consta en el formulario E-28 expedido por los delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil y del Consejo Nacional Electoral, así como en el acta de posesión 001 de 2004 ante el Notario Segundo de Quibdó¹¹, y los delitos atribuidos están estrechamente vinculados al ejercicio del cargo desempeñado, pues la cuestionada Resolución 2523 de 31 de diciembre 2007, fue emitida por el procesado en ejercicio de las facultades a él conferidas por la Constitución y la ley como gobernador del citado ente territorial.

Surge así claro el nexo de causalidad entre el acto administrativo reprochado y la investidura ejercida por el acusado, condición sin la cual no habría podido materializar las conductas imputadas, siendo en tal medida indiscutible

¹¹ Folio 85 a 87 cuaderno original N°1 Fiscalía.

el fuero que lo ampara y la facultad de la Corporación para juzgarlo.

6.2. Requisitos para condenar

Según lo preceptuado en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para proferir sentencia condenatoria se requiere que en el proceso obre prueba legal, regular y oportunamente allegada que conduzca a la certeza de la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

Para ello se requiere dar pleno cumplimiento a las previsiones del artículo 238 del mismo ordenamiento adjetivo de valorar en forma conjunta los medios de convicción arribados al plenario, tanto de cargo como de descargo, confrontándolos y comparándolos entre sí con la explicación de la capacidad de convicción razonada que ofrecen bajo los postulados de la sana crítica, esto es, los principios lógicos, las leyes que comandan la observación científica o las reglas de la experiencia tomadas a partir de comportamientos sometidos una identidad circunstancial, sin desconocer que en tal sistema procesal opera el principio de la libertad probatoria, consagrado en el artículo 237 *idem*.

La Sala bajo tales baremos anticipa que emitirá sentencia de carácter absolutorio en favor del ex gobernador JULIO IBARGUEN MOSQUERA toda vez que la tesis defensiva relacionada con un error de tipo eximente de

responsabilidad penal encuentra cabal soporte probatorio y jurídico.

En efecto, la valoración del contexto situacional antecedente al momento en que el gobernador emitió la Resolución 2523 el 31 de diciembre de 2007 permite corroborar que no obró con dolo cuando estimó erradamente que Herman Julio Mosquera Pérez podía ser acreedor a la pensión de jubilación al satisfacer los requisitos de 50 años de edad y 20 años de servicio, yerro que el procesado habría podido superar con el estudio detallado de la basta normatividad aplicable a los docentes, así como de la clarificación de la categoría o clase de vinculación de aquél, conducta negligente que convierte su acción en culposa, pero como el delito de *prevaricato por acción* admite solo modalidad dolosa, su comportamiento no resulta delictivo, como pasa a explicarse:

6.3. Del delito de prevaricato por acción

El original artículo 413 del Código Penal¹² sanciona al servidor público que profiere una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley. Su estructura

¹² Se toma tal precepto, sin la modificación punitiva del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues ésta normativa solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005 y según la implementación gradual del sistema acusatorio en los diferentes distritos judiciales, contemplada en el artículo 553 de la Ley 906 de 2004, en el Distrito de Quibdó entró a operar el 1° de enero de 2008, en tanto que los hechos ocurrieron el 31 de diciembre de 2007, antes de que entrara en rigor tal sistema.

dogmática ha sido delineada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos¹³:

i) El sujeto activo es calificado, pues por tratarse de los denominados *delitos especiales*, será autor de la conducta típica quien cumpla la condición prevista en la norma, esto es, ostentar la calidad de servidor público.

ii) Es necesaria la competencia funcional a partir de la cual puede el servidor proferir la resolución, dictamen o concepto.

iii) El acto ha de resultar manifiestamente contrario a la ley, no una simple contradicción, por eso ha de ser evidente e incuestionable, producto del capricho o arbitrariedad del funcionario de apartarse del ordenamiento.

iv) Se trata de un delito de mera conducta, en cuanto no requiere para su estructuración que lo decidido se materialice o produzca resultados concretos, basta que el servidor público lo suscriba para que cobre vida jurídica y ostente la potencialidad suficiente para lesionar el bien jurídico tutelado de la administración pública, cuyo titular es el Estado.

En cuanto al elemento subjetivo, el legislador consagró la modalidad dolosa, por lo tanto, la contrariedad entre lo

¹³ Cfr. CSJ SP, 14 oct. 2020, rad. 55745; CSJ, SP 23 ene. 2019, rad. 50419, entre otras.

resuelto y el ordenamiento jurídico debe ser producto de la voluntad del sujeto activo de proferir la resolución o el acto ilegal, siendo necesario que medie el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendiendo como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

La Sala de Casación Penal ha señalado que «[...] a la hora de hacer el examen del aspecto subjetivo de la conducta señalada de prevaricadora, se ha de examinar que su concurrencia puede inferirse a partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada, así como de la mayor o menor divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o alcance, elementos de juicio que no obstante su importancia, no son los únicos que han de auscultarse, imponiéndose avanzar en cada caso hacia la reconstrucción del derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal, así como en el contexto en que la decisión se produce, mediante una evaluación ex ante de su conducta.¹⁴».

La función pública en ejercicio de la cual JULIO IBARGUEN MOSQUERA profirió la Resolución 2523 el 31 de diciembre de 2007 está acreditada con las constancias expedidas por los delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil y del Consejo Nacional Electoral y el acta de posesión 001 de 2004 ante el Notario Segundo de Quibdó¹⁵, documentos que dan cuenta de su elección como Gobernador

¹⁴ CSJ SP, 11 de mar 2020, rad. 54760. En igual sentido CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 47586.

¹⁵ Folio 85 a 87 cuaderno original N°1 de la Fiscalía.

por el departamento del Chocó para el periodo constitucional de 1° de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2007.

Al ejercer tal cargo le permitió contar con la competencia funcional a partir de la cual podía proferir la resolución cuestionada, ya que de conformidad con los artículos 303 y 305 de la Constitución Política era el representante legal del departamento y jefe de la administración territorial, además, tenía la capacidad de proferir tal acto administrativo y comprometer un gasto a nombre de la entidad.

En la Resolución 2523 de 31 de diciembre de 2007 el gobernador consignó que Herman Julio Mosquera Pérez había allegado un escrito el 6 del mismo mes y año solicitando el pago de una pensión de jubilación mensual vitalicia adjuntando: *i)* Oficio dirigido al Secretario de Gestión Administrativa y Talento Humano de la Gobernación del Chocó; *ii)* Certificado de la encargada del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional del Chocó; *iii)* Certificado de tiempo de servicio expedido por la Jefe de Talento Humano de la Gobernación del Chocó; *iv)* Fotocopia de la cédula de ciudadanía; y *v)* Registro civil de nacimiento, con lo cual quedaba establecido que laboró como docente departamental en el periodo comprendido entre el 22 de octubre de 1979 hasta el 7 de noviembre de 2000, un total de 7.567 días y,

“Que de acuerdo con el inciso 2 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, las personas que cumplan algunos de los requisitos previstos en dicha norma, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas establecidos en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando con anterioridad al 1 de abril de 1994.

“REGIMEN DE TRANSICION: *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de pensión de vejez de las personas que al momento de entrar la vigencia el sistema tenga treinta (35) años o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años si son hombres o quince años de servicio cotizados, será establecida en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables para acceder a la pensión de vejez, se regirán las disposiciones contenidas en la presente ley”.*

Y en concordancia con los artículos 22, de la ley 100 de 1993, que establece la (sic) Obligaciones del Empleador. ‘El empleador será responsable del pago de sus aportes y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará esta (sic) sumas en la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador’.

*Que el última-sic- cargo que desempeñó fue como **docente departamental**, y que a la fecha de presenta (sic) la solicitud de la pensión acredita mas (sic) de 20 años de servicios y 51 años de edad. Por tal motivo solicita a la entidad el reconocimiento y pago de Una (sic) pensión de jubilación a la cual cree tener derecho.*

Que la liquidación se efectúa con el 75% del salario base de liquidación en el último año de servicio del empleado, conforme lo establece el art. 22,23 y 36 de la ley 100 de 1993.

(...)

Que el peticionario adquirió el derecho a partir del 30 de octubre de 2006, fecha desde la cual cumple con los requisitos de edad, tiempo laborado.

Por ello, al tenerlo como **docente departamental** le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.168.962 pesos, con cargo al **Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Chocó**, derecho que dijo, adquirió a partir del 30 de octubre de 2006.

El apoderado de Mosquera Pérez solicitó el 12 de marzo de 2008 la inclusión en nómina por la pensión reconocida¹⁶, no obstante, la administración departamental mediante acto administrativo 0746 de 4 de junio siguiente revocó la Resolución 2523 del 31 de diciembre de 2007, bajo el argumento que al revisar la carpeta pensional, pese a que el 6 de diciembre de 2007 había solicitado el reconocimiento y pago de la pensión y que laboró como docente al servicio del departamento desde el 22 de octubre de 1979 hasta el 7 de noviembre de 2000, para un total de 7567 días, y que nació el 30 de octubre de 1956, contado con 51 años de edad: *“no se encuentra que el peticionario haya cotizado a la Caja Departamental*

¹⁶ Folio 10 y 11 cuaderno original No. 1 Fiscalía

de Previsión Social o a cualquiera de las a ella sustituida de conformidad con la resolución 0515 de 1996”.

Se agregó en tal revocatoria que según el numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 (reglamentario de la Ley 100 de 1993), para que las cajas o fondos o entidades públicas reconozcan y paguen las pensiones se requiere, además de estar afiliado, que el servidor público a la entrada en vigencia del sistema hubiere cotizado 20 años de servicio o cuente con las cotizaciones exigidas en la respectiva entidad, caja o fondo aunque a la fecha de la solicitud de la pensión esté o no afiliado al sistema general de pensiones.

Paralelamente, se indicó que los incisos 1° y 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respecto del régimen de transición para la pensión de vejez —al entrar en vigencia esa ley, mujeres que contaran con 35 años de edad o 40 para hombres, o 15 años o más de servicios cotizados—, sería la del régimen anterior al cual se encontraran afiliados, al verificar el expediente pensional de Mosquera Pérez se establecía que al 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia del Sistema General de Pensiones solo contaba con 14 años de servicio y tenía 37 años de edad, *“lo que no le da derecho a acceder al régimen de transición”*.

Y que tampoco bajo el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 se satisfacían los requisitos exigidos de cumplir 60 años para los hombres y tener 20 años o más de servicios, ya que

Mosquera Pérez a la fecha de retiro como docente, el 7 de noviembre de 2000, contaba con 44 años de edad.

Contra tal revocatoria el apoderado del citado docente elevó recurso de reposición argumentando, entre otras razones, que era aplicables las leyes 91 de 1989 y 6ª de 1945 y sus decretos 2127 y 2787 de 1945, que fijaban para la pensión de jubilación los 50 años de edad y 20 años de servicio. Pese a ello la Gobernación, el 18 de julio de 2008, expidió la Resolución 1151 mediante la cual no repuso tal decisión, dejando en firme la revocatoria del reconocimiento pensional.

Allí se argumentó que al haberse basado la Resolución 2523 de 2007 en la Ley 100 de 1993, antes de ésta normativa regía la Ley 33 de 1985, y antes la Ley 6ª de 1945, aplicable ésta a quienes el 29 de enero de 1985 —fecha de expedición de la Ley 33—, hubiesen cumplido 15 años de servicio, como Mosquera Pérez inició su relación laboral con el Departamento el 22 de octubre de 1979 y la concluyó el 7 de noviembre de 2000, en tanto que nació el 30 de octubre de 1956, para el momento en que entró en vigencia la ley de 1985 registraba un poco más de 5 años al servicio del ente territorial y 28 años de edad, en tanto que cuando empezó a regir el sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993 contaba con 14 años de servicio y 37 años de edad, razón por la cual “NO reúne los requisitos para beneficiarse del régimen de transición consagrado en el mentado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ni para que se aplique la ley de 1945”.

De otro lado, Mosquera Pérez, a través de apoderado, intentó por la vía contenciosa administrativa la nulidad y restablecimiento del derecho de las resoluciones 0748 y 1151 del 4 de junio y 18 de julio de 2008, respectivamente, con las cuales se revocó la Resolución 2523 de 2007, aduciendo que la vinculación al servicio público fue antes de la Ley 812 de 2003 y era un docente de **nivel territorial**, pagado con recursos propios del departamento, exceptuado de la Ley 33 de 1985 y que en consecuencia, se le debería aplicar la Ley 6ª de 1945 con los requisitos de 50 años de edad y 20 años de servicio, ante lo cual el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Quibdó, el 20 de marzo de 2012, declaró la nulidad de tales resoluciones por no haber mediado consentimiento previo de Mosquera Pérez para tales actos administrativos, no obstante, negó el restablecimiento del derecho, porque para el 13 de febrero de 1985, fecha de publicación de la Ley 33, el docente contaba con 5 años, 3 meses y 22 días de servicios y no era por lo tanto beneficiario del régimen de transición para aplicarle los requisitos de la aludida ley de 1945.

Tal determinación fue avalada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Chocó, por fallo de 15 de mayo de 2014, al conocer del recurso de apelación cuando consideró que si bien la Ley 6ª de 1945 establecía como requisito para tener derecho a la pensión, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio, la Ley 33 de 1985 modificó el término de edad en 55 años, exceptuando de su aplicación, en el parágrafo 2º del artículo 1º a los

empleados oficiales del orden nacional y territorial que a la fecha de su promulgación (febrero 13 de 1985) hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regía con anterioridad, es decir, la Ley 6 de 1945, de manera que *“..el demandante a febrero 13 de 1985 fecha de promulgación de la Ley 33 de 1985, contaba con 5 años 3 meses y 20 días de servicio, lo que indica que no cumplía el requisito para aplicársele el régimen de transición”*.

Así, concluyó que le era aplicable la Ley 33 de 1985 que amplió el requisito de la edad a 55 años, manteniendo los 20 años de servicios, por eso, para el 31 de diciembre de 2007 cuando fue expedida la Resolución 2523 el docente no reunía tales presupuestos, pues contaba con 51 años.

Aunque desde el aspecto objetivo la resolución de 31 de diciembre de 2007 se muestra distante del ordenamiento, la ausencia de dolo por parte del procesado se nutre del hecho evidente de la dificultad que aun hay para el reconocimiento pensional del citado docente, pues según certificación expedida el 8 de marzo de 2017 por el Secretario de Educación Departamental de Quibdó: *“revisada la base de datos y los libros de registro donde se relacionan las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales de docentes pertenecientes a la Secretaría de Educación Municipal de Quibdó se pudo constatar que efectivamente la solicitud de pensión de jubilación del docente Herman Julio Mosquera Pérez identificado con la C.C. 11.789.595 de Quibdó, se encuentra en trámite desde el 26/05/2015 en la FIDUPREVISORA SA. **Igualmente se puede constatar que esta solicitud ha sido enviada y negada en cuatro ocasiones por la entidad fiduciaria como***

única entidad encargada de aprobar y pagar las Prestaciones Sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. ley 91 de 1989¹⁷. (se destaca).

Lo anterior se constata con la información que Herman Julio Mosquera Pérez dio en su declaración ante esta Sala el 22 de abril de 2021 en el sentido que hasta ese momento no le había sido reconocida la pensión de jubilación, asunto que aún está reclamado a través de un apoderado.

Esa dificultad para el reconocimiento pensional del docente ante la falta de claridad legal también se corrobora con la información obtenida en la visita practicada por la funcionaria del CTI a la Secretaría de Educación Municipal de Quibdó, comisionada para tal fin por la Sala de Casación Penal de la Corte, pues en la carpeta de Mosquera Pérez reposan documentos en los cuales no se establece con precisión el régimen de pensiones al cual estaba adscrito, así por ejemplo, en el documento con el epígrafe de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Formato para la expedición de certificados de salarios, fechado 15 de febrero de 2012 y firmado por el Secretario de Educación José Oscar Córdoba Lizcano, se indica que el docente pertenece al régimen de pensiones del orden **departamental**¹⁸, mismo funcionario que aparece suscribiendo el formato para la expedición de certificados de

¹⁷ Folio 176 cuaderno Original N° 1

¹⁸ Folio 77 Cuaderno Anexo Fiscalía N° 1

historia laboral también señalando que el régimen de prestaciones es **departamental**¹⁹, sin embargo, obra otro formato de certificados de historia laboral acreditando que se posesionó como docente el 22 de octubre de 1979 y se desvinculó el 31 de diciembre de 2007 con la categoría de **docente nacionalizado**²⁰ y aportando al Fondo Prestacional del Magisterio, el cual tiene fecha de expedido el 8 de noviembre de 2010 por Raúl Calderón Hernández, misma información que reposa en el formato para la expedición de certificados de salarios²¹.

Igualmente, en la resolución de 13 de octubre de 2011 en la cual la Secretaria de Educación de Quibdó *“en nombre y representación de la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-”* aclara la resolución que le reconoció la cesantía definitiva de Mosquera Pérez (aclarando su nombre) se señaló que está afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio como **docente nacional**.

En otro formato para la expedición de certificado de salarios firmado por la Secretaria de Educación Orlene Sánchez Montes de Occa, ni siquiera se anotó a qué régimen de pensiones estaba adscrito el docente²².

¹⁹ Folio 78 idem

²⁰ Folios 89 y 909 ibidem

²¹ Folio 91 idem

²² Folio 96 ibidem

Con lo anterior, fácil se advierte que no se puede tener la contundencia con la cual la fiscalía en la resolución de acusación aseguró que “*la naturaleza de su vinculación [de Herman Julio Mosquera Pérez]*” como docente del departamento de Chocó era la de **personal nacionalizado**, según se dispone en el numeral 2° del artículo 1° de la ley 91 de 1989” (se destaca), pues precisamente, de acuerdo con certificación de la Oficina de Talento Humano se anota que prestó sus servicios como **docente departamental** en el periodo comprendido entre el 22 de octubre de 1979 al 7 de noviembre de 2000²³, y en la Resolución 586 de 9 de noviembre de 2000 que acepta su renuncia al cargo se le tiene en calidad de **docente departamental**²⁴.

La Ley 45 de 1975 nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente prestaban los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías de ese entonces, estableciendo en consecuencia que sería un servicio público a cargo de la Nación.

Por su parte, la Ley 91 de 1989, además de crear el *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, “*como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital*” (artículo 3°), definió en el artículo 1° que **personal nacional** son los docentes

²³ Folio 102 cuaderno Fiscalía N° 1

²⁴ Folio 108 Cuaderno Fiscalía N° 1

vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; **personal nacionalizado** los vinculados por nombramiento de la entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975; y **personal territorial** los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

En el artículo 2° se dispuso que de acuerdo con la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirían sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.

3. *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieron sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.*

4. *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.*

5. *Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.*

PARÁGRAFO. *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

La Ley 33 de 1985 “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.” (promulgada el 29 de enero de ese año), estableció en el artículo 1° que: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, exceptuando de su aplicación a “los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.

Así mismo, en el párrafo 2° del mismo precepto señaló que “los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley”.

Posteriormente, con el fin de crear el Sistema de Seguridad Social Integral fue expedida la Ley 100 de 1993 que en su artículo 151 dispuso que el Sistema General de Pensiones allí previsto regiría a partir del 1° de abril de 1.994, pero tratándose de los servidores públicos del nivel

departamental, municipal y distrital, entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, lapso avalado por el Decreto 1296 de junio 1994 al establecer el régimen general de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas para el pago de pensiones de las entidades territoriales, cajas o fondos pensionales públicos, entre otros, en los respectivos niveles territoriales: *“Artículo 2º.- Creación. Autorízase la creación de fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas, que se denominarán "Fondos de Pensiones Territoriales", a más tardar el 30 de junio de 1995, en concordancia con lo establecido en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993”.*

Sin embargo, el artículo 279 de la misma Ley 100 excluyó de su aplicación, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: *“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a ...los afiliados al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.*

Por su parte, la Ley Orgánica 812 de 2003 aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 señaló que: *“El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.*

“Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.

Por demás, el Decreto 3752 de 2003, reglamentario parcialmente de las leyes 812 de 2003, 715 de 2001 y 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló en su artículo 1° que:

“Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°. La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar (se destaca).

El procesado en su indagatoria aseveró que concedió la pensión de jubilación con fundamento en las normas

especiales que regulan el régimen para los docentes oficiales nacionales, nacionalizados o territoriales y que para el caso de Herman Julio Mosquera Pérez como aparecía vinculado al Departamento del Chocó en calidad de **docente departamental** desde el 22 de octubre de 1979 hasta el 7 de noviembre de 2000, para un total de tiempo de 21 años y 16 días, tenía un régimen especial correspondiente a la Ley 6^a de 1945, la cual determinaba que los empleados territoriales se jubilaban al contar con 20 años de servicios y 50 de edad, y que, por lo tanto, no era aplicable la Ley 100 de 1993.

A este escenario penal no le corresponde definir el régimen al cual pertenece Mosquera Pérez, esto es, si se trata de un **docente nacional, nacionalizado o departamental**, pues la devolución que en cuatro oportunidades ha hecho la Fiduprevisora como entidad encargada de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la documentación relacionada con la solicitud de pensión de jubilación —según información de 8 de marzo de 2017 del Secretario de Educación del municipio de Quibdó—, es indicativa de la incertidumbre que hay si el citado docente está debidamente afiliado a tal Fondo Nacional, recuérdese al respecto que Mosquera Pérez señaló en su declaración de 22 de abril de 2021 que aún sigue luchando, a través de un apoderado, para obtenerla.

En tal sentido, como lo señaló el Tribunal Contencioso Administrativo de Chocó en el fallo de 15 de mayo de 2014,

Mosquera Pérez a febrero 13 de 1985, fecha de promulgación de la Ley 33, solo contaba con 5 años 3 meses y 20 días de servicio, y no con los 15 años de servicio exigidos, para que fuera merecedor de los requisitos de la Ley 6ª de 1945, lo cual denotaría desde el aspecto objetivo que la Resolución de 31 de diciembre de 2007 es contraria al ordenamiento, pero no se puede concluir que ello fue producto de una interpretación caprichosa o amañada de la ley por parte del procesado, no solo ante la múltiple legislación existente, sino principalmente, frente a la incertidumbre de la clase de vinculación del docente, esto es, si está afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio o sigue siendo un docente departamental.

En el error de tipo, figura que enarbola el defensor, el sujeto actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurren las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

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

prevista la forma conductual culposa, caso en el cual sería predicable esa responsabilidad a manera degradada.

Aquí el comportamiento de IBARGUEN MOSQUERA corresponde a un error de tipo vencible, excluyente del elemento doloso, y como el Código Penal no prevé para el delito de *prevaricato por acción* la forma conductual culposa, se ajusta a la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el apartado final del inciso 1° del numeral 10 del artículo 32 del citado ordenamiento sustantivo.

Aunque la Fiscalía para edificar el dolo también partió de la falta de constatación de la solicitud de pensión elevada por el docente Herman Julio Mosquera Pérez que data del 6 de diciembre de 2007 con sus anexos, toda vez que no fue posible allegar tal documentación al plenario, no se puede desdeñar que en las varias misiones de trabajo encomendadas al CTI para tal fin quedó en evidencia el desorden administrativo en las dependencias departamentales del Chocó y municipales de Quibdó.

Efectivamente, en la Oficina de Talento Humano de la Gobernación al no poseer información remitió a la Coordinación de Gestión documental, luego al archivo general, sin hallar tales documentos en ninguna de esas oficinas.

Por su parte, en la Secretaría de Educación Departamental se indicó que se había creado un archivo

general con el departamento, pero que por tener una medida cautelar y estar intervenida tal dependencia, no contaba con archivos de vigencias anteriores al 6 de julio de 2009.

En tanto que la Secretaría de Educación dijo que no poseía libros de actos administrativos de 2004 a 2007, y así se repiten tales falencias, entre muchas otras, como se aprecia en el informe del CTI de 15 de mayo de 2017 suscrito por la investigadora Nubia Esperanza Hernández Hernández²⁵, las cuales fueron corroboradas en las visitas posteriores adelantadas en otras misiones de trabajo.

Pero tal indicio queda derruido ante el hecho que las resoluciones que revocaron el reconocimiento de la pensión de jubilación del docente Mosquera Pérez tuvieron en consideración tanto la solicitud como la documentación por él aportada, como se aprecia, por ejemplo, en los considerandos de la Resolución 0746 del 4 de junio de 2008:

*“Que en dicho sentido **se ha revisado la carpeta pensional del señor HERMAN JULIO MOSQUERA PÉREZ.***

*Que el señor HERMAN JULIO MOSQUERA PEREZ identificado con la cédula de ciudadanía 11.789.595 de Quibdó, **en escrito de 6 de diciembre de 2007, solicitó a esta entidad el reconocimiento y pago de una pensión mensual de jubilación.***

²⁵ Folios 132 a 143 43 Cuaderno Original de Primera Instancia.

Que de conformidad con los documentos allegados muestra que laboró como docente al servicio del Departamento desde el 22 de octubre de 1979 y hasta el 7 de noviembre de 2000, para un total de 7567 días

Que de conformidad con el registro civil de nacimiento del solicitante nació el 30 de octubre de 1956, por lo que cuenta con 51 años de edad.” (se destaca).

De manera que si para el 4 de junio de 2008. al momento de la revocatoria pensional, la administración constató la solicitud pensional hecha por Mosquera Pérez con sus soportes, lógicamente se infiere que para el suceso antecedente de su otorgamiento (31 de diciembre de 2007), también se tenía a ojos vistas tal documentación.

Por último, otro hecho del cual construye prueba circunstancial la Fiscalía es que la resolución de otorgamiento pensional la emitió el gobernador justo el último día de mandato, lo que denotaría que quiso beneficiar a su amigo y Secretario de Educación Mosquera Pérez, no obstante, como lo anota el defensor, tal apreciación deviene carente de soporte, porque con el mismo rasero todos los actos que los gobernantes adopten al finalizar su periodo serían cuestionados, cuando claramente el mandato otorgado ha de abarcar hasta el último momento.

Las calidades del procesado como docente, líder sindical, su paso por las Corporaciones de elección popular (Consejo de Quibdó, Asamblea Departamental de Chocó,

Cámara de Representantes) y por último Gobernador, le otorgaban la posibilidad de superar el yerro en que incurrió a fin de clarificar previamente la categoría o forma de vinculación de Mosquera Pérez para determinar si reunía los requisitos para que el departamento le otorgara la pensión o si tal obligación recaía en el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, de ahí que se dibuja diáfananamente que el enjuiciado no actuó con la mínima diligencia que le era exigible.

Así, se concluye que medió un error de tipo vencible en el actuar de JULIO IBARGUEN MOSQUERA en cuanto infringió su deber objetivo de cuidado, que bien lo haría responder por la comisión de un tipo subjetivo culposo, solo que al no estar prevista la modalidad culposa para el delito de *prevaricato por acción*, conduce a la atipicidad subjetiva, razón por la cual se le absolverá de tal comportamiento en aplicación de la circunstancia excluyente de responsabilidad consagrada en la parte final del primer inciso del numeral 10 del artículo 32 del Código Penal.

6.4. Del delito de peculado por apropiación

Desvirtuado el hecho principal, corre la misma suerte lo secundario, esto es, siendo atípica subjetivamente la emisión de la Resolución 2523 de 31 de diciembre de 2007, también lo es la disponibilidad de recursos departamentales achacada como *peculado por apropiación* atenuado y en el grado de tentativa cuando ordenó el pago de las mesadas, las cuales

no fueron pagadas por la revocatoria de tal concesión pensional.

Evidentemente, si bien se podría afirmar que como el ilícito de *peculado* sí tiene prevista la forma conductual culposa y que por ello podría el enjuiciado responder, deviene claro que la atipicidad del inicial comportamiento derrumba el subsiguiente, de manera que también se absolverá a JULIO IBARGUEN MOSQUERA del delito de *peculado por apropiación* atenuado en el grado de tentativa.

Como acotación final, vale la pena resaltar que en este caso funcionaron los controles de la misma administración cuando al constatar posibles yerros en el otorgamiento de la pensión, fue revocado evitando la erogación de caudales departamentales, tópico que incluso fue analizado por la vía contencioso administrativa, de manera que otras instancias cumplieron su cometido, por eso, razón le asistía al representante del Ministerio Público en las alegaciones previas a la calificación sumarial cuando señaló que de haber existido acciones inadecuadas por parte del gobernador, no alcanzaban la magnitud de lo penal, pues los eventuales yerros en el reconocimiento y aplicación de las normas para la pensión de jubilación del docente Mosquera Pérez habían sido clarificadas por otras vías diversas de la penal.

Lo anterior, porque es deber evitar la maximización del derecho penal, ya que su presencia corresponde al último peldaño de control social y de protección de bienes jurídicos,

de ahí su carácter de *última ratio* o ubicación sucedánea o subsidiaria.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER al procesado JULIO IBARGUEN MOSQUERA, de condiciones civiles y personales ya expuestas, por las conductas punibles de *prevaricato por acción* y *peculado por apropiación* atenuado y en el grado de tentativa que le fueron endilgadas como gobernador del departamento de Chocó.

SEGUNDO: CANCELAR, una vez en firme esta decisión, todas las anotaciones emitidas en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA con ocasión de este proceso.

TERCERO: ARCHIVAR, las presentes diligencias.

CUARTO: DISPONER, que, por Secretaría, se libren las comunicaciones a que haya lugar.


QUINTO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2018.

Notifíquese y cúmplase


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA
Magistrada


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario