República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP1339–2024

Radicación n.° 57303

Acta 135.

Bogotá, D. C., cinco (5) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

Sala Casación Penal@ 2024

I. VISTOS

Procede la Corte a resolver de fondo el recurso de casación interpuesto por una delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, que revocó la condenatoria expedida el 7 de marzo de 2018 por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de igual Distrito Judicial y, en su lugar, absolvió a **FRANCISCO FUENTES MENESES** del punible de prevaricato por acción; además, confirmó la absolución en lo relacionado con el delito de prevaricato por omisión.

II. HECHOS

FRANCISCO FUENTES MENESES, en su condición de alcalde de Popayán (Cauca), el 3 de octubre de 2012 expidió la Resolución n.° 20121900053194, en virtud de la cual prorrogó por cinco años el período del Curador Urbano n.° 1 de aquella ciudad, cuyo vencimiento estaba previsto para el día 5 del mismo mes y año –el profesional ocupaba el cargo por cuenta de concurso de méritos efectuado por una administración municipal anterior–, acto administrativo acusado de ser manifiestamente contrario a la ley, pues, infringió lo dispuesto en el artículo 103 del Decreto 1469 de 2010, que establece la forma de designación del reemplazo de los curadores en caso de falta absoluta.

Sala Casación Penal@ 2024

Así, ante la terminación del período individual del mencionado funcionario, omitió adelantar el trámite establecido en aquella normatividad, a fin de llevar a cabo la convocatoria y concurso de méritos para proveer el cargo, y obvió designar provisionalmente a un curador, dentro de los integrantes del grupo interdisciplinario especializado que apoyaba la labor del servidor saliente, hasta que tomara posesión el nuevo curador o, en su defecto, designar al Curador Urbano n.° 2 de Popayán.

Además, se reprochó a **FRANCISCO FUENTES MENESES** que, entre 2012 y 2015, omitió realizar la evaluación anual de servicio y calificación de desempeño del período de los

Curadores Urbanos ns.° 1 y 2 de la localidad, así como, adelantar el trámite establecido en el Decreto 1469 de 2010, dirigido a la realización de concurso de méritos para proveer el cargo en ambas curadurías.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 13 de julio de 2016, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Popayán, la fiscalía formuló imputación contra **FUENTES MENESES**, por la incursión en los delitos de prevaricato por acción y por omisión, este último en concurso homogéneo y sucesivo (en su orden, artículos 413 y 414 del Código Penal), cargos que no aceptó[1]. No hubo solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

Sala Casación Penal@ 2024

El ente investigador radicó escrito de acusación[2] en relación con las aludidas ilicitudes; por reparto correspondió la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, despacho que agotó las audiencias de formulación de acusación[3], preparatoria[4] y juicio oral[5] y, finalmente, el 7 de marzo de 2018[6] profirió sentencia[7] absolutoria por el punible de prevaricato omisivo, pero lo halló responsable de la conducta

[1] *Cfr.* Folio 7, C.O. n.° 1.
[2] *Cfr.* Folios 24 a 34, *ib.*
[3] Celebrada el 5 de diciembre de 2016. *Cfr.* Folio 23, *ib.*
[4] El 24 de febrero de 2017. *Cfr.* Folios 36 a 41, *ib.*
[5] Sesiones de fechas 9 de mayo, 14 de septiembre y 28 de noviembre de 2017. *Cfr.* Folios 43, 44, 97, 98 y 120, *ib.*
[6] *Cfr.* Folios 126 y 127, *ib.*
[7] *Cfr.* Folios 128 a 160, *ib.*

de prevaricato activo y le impuso las penas de 48 meses de prisión, multa de 66,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Negó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena de prisión y ordenó su captura una vez surtiera ejecutoria el fallo.

Apelada dicha providencia, en lo desfavorable, por la defensa y por la fiscalía, en fallo fechado 11 de diciembre de 2019[8], el Tribunal Superior de Popayán, en Sala de Decisión Penal mayoritaria[9] la confirmó en lo relacionado con la absolución por el prevaricato por omisión y, en cuanto al delito de prevaricato por acción, la revocó y en su lugar absolvió a **FRANCISCO FUENTES MENESES**.

Sala Casación Penal@ 2024

La delegada del ente persecutor recurrió en casación y allegó la demanda correspondiente[10].

Una vez admitido el libelo por la Corte, ante la imposibilidad –por circunstancias ajenas a los intervinientes del diligenciamiento– de agotar la audiencia oral y pública de sustentación de que trata el inciso final del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, al presente trámite se dio el impulso previsto en el canon tercero del Acuerdo n.° 020 del 29 de abril de 2020, expedido por la Sala de Casación Penal.

---

[8] *Cfr.* Folios 245 a 280, C.O. n.° 2.
[9] Contó con salvamento parcial de voto de la Magistrada MARÍA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ. *Cfr.* Folios 281 a 297, *ib.*
[10] *Cfr.* Folios 254 a 283 [sic], *ib.*

IV. LA DEMANDA

Con apoyo en la causal tercera de casación –violación indirecta de la ley sustancial–, la recurrente divide el libelo en dos capítulos, el primero de ellos concerniente al prevaricato por omisión, en el que postula cinco cargos, y el segundo, dedicado al prevaricato por acción, contentivo de seis cargos.

4.1 Prevaricato por omisión

La demandante acusó la sentencia de incurrir en error de hecho por *«falso juicio de raciocinio»* y explicó que el fallador colegiado desconoció las reglas de la sana crítica, específicamente los principios de la lógica de razón suficiente (**cargos primero**, **segundo** y **tercero**) y no contradicción (**cargo quinto**), toda vez que:

Sala Casación Penal@ 2024

4.1.1 Dio por probado que al hoy procesado sólo le es imputable la omisión de la calificación por un *«poco más de 9 meses»*, sin percatarse de que en el caso del Curador Urbano n.° 1, al ejercer su cargo por cuenta de la prórroga que le favoreció, debió ser evaluado, año por año, de 2012 a 2015, situación también predicable del Curador Urbano n.° 2.

4.1.2 Pese a que la normativa, al respecto, es clara y expresa, el Tribunal infirió que no existían reglas sobre la forma de evaluación y calificación del desempeño de los curadores que aspiraban a ser redesignados, exigencia legal para el alcalde y derecho de los curadores,

independientemente de que estos últimos se presenten o no a una convocatoria, o de que exterioricen o no su deseo a la redesignación, es decir, la función no está sometida a la voluntad o el querer del curador.

4.1.3 Concluyó que llevar a cabo la convocatoria y adelantar el concurso de méritos para proveer los cargos de las curadurías urbanas resultaba complejo, por la premura del tiempo y por la poca oferta de entidades públicas o privadas en la ciudad de Popayán para asumir el proceso de contratación.

Sala Casación Penal@ 2024

Así, desconoció que antes de fungir **FRANCISCO FUENTES MENESES** como alcalde, los curadores ya habían sido nombrados por concurso, luego, para las anteriores administraciones no hubo dificultades que impidieran su realización, más allá de las contingencias normales a estos procesos, máxime que la contratación se hacía a través de convenios, tipología contractual no *«muy compleja», que* se realizaba en Popayán *«ciudad universitaria por excelencia y tradición»*. Por tanto, el asunto de la complejidad es un mero pretexto del alcalde para no cumplir con sus funciones y determinó su proceder doloso omisivo.

4.1.4 Vulneró el principio lógico de no contradicción al considerar dos proposiciones contrarias entre sí, habida cuenta que, en principio, para absolver por prevaricato por omisión llegó a la convicción de que **FUENTES MENESES** aplicó

una figura jurídica calificada como inexistente, ilegal, ilegítima, que no generaba derechos y hacía improcedente cumplir con el deber legal de calificación, pues, la norma exige evaluar únicamente al curador que legítimamente ingresa en virtud de un concurso o a la redesignación.

Sin embargo, al analizar el punible de prevaricato por acción, para también absolverlo, justificó la prórroga como una figura racional que consultaba las reglas, los valores y principios constitucionales.

4.1.5 En el **cuarto cargo**, la recurrente aludió a un falso juicio de existencia por suposición.

Sala Casación Penal@ 2024

Explicó que el Tribunal concluyó que el municipio de Popayán suscribió dos convenios, el primero numerado 201513000005147, celebrado con la Universidad de Manizales para la evaluación del desempeño del Curador Urbano n.° 1 durante los años 2012, 2013 y 2014, y el segundo, n.° 20141800006947, con la Fundación Universitaria de Popayán, a fin de realizar el concurso de méritos para proveer el cargo de Curador Urbano n.° 2, los cuales no fueron incorporados como prueba documental en la vista pública.

Agregó que, si bien, la prueba testimonial refirió tangencialmente la existencia de un convenio para efectos del concurso de la Curaduría Urbana Segunda, nunca mencionó

su tipo, ni numeración, con tal especificidad y exactitud, pues, ninguno de los testigos o pruebas obrantes en el expediente los describió con esa precisión numérica, desconociéndose de dónde el juez colegiado obtuvo los datos para concluir que por adelantar esos convenios, no hay dolo en el actuar del procesado.

Si el Tribunal no hubiera incurrido en el yerro de suponer la prueba, habría valorado correctamente la que sí milita en el encuadernamiento, que corrobora que no está probada la calificación de desempeño de los curadores urbanos durante todos los períodos que debió haber evaluado el procesado como alcalde, tampoco la concerniente al adelantamiento de concurso de méritos para escoger el cargo de curador, por ende, la voluntad de omitir sus funciones fue total y no parcial, como lo dedujo el fallador para absolver.

Sala Casación Penal@ 2024

4.2 Prevaricato por acción

En este apartado, en los **cargos primero**, **tercero** y **sexto**, la recurrente acusó un falso juicio de identidad, por cuanto, el juez corporativo:

4.2.1 Distorsionó el contenido de la Resolución n.° 20121900053194 de octubre 3 de 2012, al decir que la figura jurídica utilizada en el acto administrativo cuestionado constituye un *«nuevo nombramiento»*, cuando de su lectura se

establece que se trata de una *«prórroga»* del período del Curador Urbano n.° 1 de Popayán.

4.2.2 Cercenó el testimonio de ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO, quien declaró sobre aspectos relevantes no apreciados por el Tribunal, que cambian la decisión frente al dolo en el accionar del burgomaestre, por ejemplo, la valoración del concepto por él emitido, como asesor jurídico, calendado el mismo día de la Resolución.

Cuestionó la censora que para ser una opinión de tanta importancia, no tuviera una fecha anterior, aunado a que **FUENTES MENESES**, como aseguró el deponente, lo llamó para que emitiera un concepto sobre una Resolución ya proyectada, no por la oficina jurídica, sino por el jefe de la oficina de planeación municipal de Popayán, quien *«leyó el pensamiento o adivinó el concepto jurídico que se debía poner, porque ese concepto aún no había sido emitido»*.

Sala Casación Penal@ 2024

La presunta discusión normativa sustentó la resolución de prórroga, sin que la posterior revisión efectuada por el asesor declarante mereciera un mínimo cambio, modificación o aclaración, pese a ser elaborada por alguien que no es abogado.

No tuvo en cuenta el fallador, que el procesado, frente a un concepto jurídico que no lo obligaba, tampoco lo cuestionó o rechazó, dada su condición de abogado de

profesión, como sí lo hizo en otra oportunidad con relación al mismo asesor y en un tema similar de nombramientos, situación narrada por el testigo.

Lo anterior habría permitido concluir que **FUENTES MENESES** no fue tan diligente como se pretende hacer ver y sólo buscó favorecer el nombramiento de una persona específica en el cargo vacante. Es decir, propuso una salida conveniente para los intereses del Curador Urbano n.° 1, a quien dejó en el cargo por un período de cinco años.

@Sala Casación Penal@ 2024

4.2.3 Cercenó el testimonio de CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, Curador Urbano n.° 1 de Popayán, al valorar apartes que no fueron confrontados con la restante prueba testimonial y documental, en particular, una cita que en la sentencia de segunda instancia se hizo respecto del presunto interés de este servidor en ser calificado y los reclamos por su evaluación ante la inminencia del vencimiento de su período como curador, situación que contrasta con la declaración de AFRA VERÓNICA TORRES GALLEGO, Jefe de Planeación Municipal de Popayán desde el año 2013, quien negó haber recibido solicitudes escritas o verbales de los curadores sobre las evaluaciones que no se habían realizado, lo cual permite deducir que el interés afirmado por el testigo se perdió cuando se le prorrogó el período en el discutido acto administrativo.

Además, TORRES GALLEGO testificó que PARDO ORDÓÑEZ, pese a no tener evaluaciones, podía concursar y ya había sido designado por concurso en administraciones anteriores sin habérsele evaluado; igual lo dijo el Curador Urbano n.° 2, ALEXANDER RICARDO VARGAS, quien concursó sin contar con calificaciones y estando en el cargo de curador, de hecho, la prueba documental, como es la propia Resolución, confirma que CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ fue nombrado curador por concurso, sin que existieran evaluaciones o calificaciones de su desempeño.

4.2.4 En el **cargo segundo**, la impugnante recriminó un *«falso juicio de raciocinio»* en la valoración del testimonio de ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO, por desatención de los postulados de la sana crítica, específicamente, de los principios de la lógica.

Sala Casación Penal@ 2024

Explicó que el Tribunal, al examinar lo dicho por el testigo, de forma errada admitió que existía contradicción entre las normas que regulan el tópico de los nombramientos de los curadores urbanos, sin advertir que las normas regulatorias (Ley 810 de 2003 y el Decreto Reglamentario 1469 de 2010) son claras, precisas, no admiten duda, confusión o dificultad de interpretación.

Con vulneración del principio de razón suficiente, el fallador desatendió el problema jurídico a resolver, esto es, el acto administrativo que debió adoptar el procesado ante la

situación administrativa de terminación del período individual del Curador Urbano n.° 1 que, conforme al Decreto 1469 de 2010, constituía falta absoluta, como lo regula el artículo 102 numeral 8, para lo cual tuvo que dar aplicación al artículo 103 *ibidem,* que consagra las opciones para proveer su reemplazo.

De esa manera, el Tribunal desconoció que no había justificación alguna para apartarse de la norma, pues, ella planteaba todas las formas posibles de escogencia frente a un cargo a ocupar con la participación e interés general, y no para solucionar una situación particular o personal de CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, a quien, de existir desconocimiento de sus derechos en administraciones anteriores, no era la prórroga de su período el mecanismo para corregir esas falencias, ni tenía porque comprometerse un cargo que no está hecho solamente para él, sino para cualquier profesional que optara cumpliendo los requisitos exigidos para el mismo.

Sala Casación Penal@ 2024

4.2.5 En los **cargos cuarto** y **quinto**, reprochó un falso juicio de existencia por omisión en los testimonios de ALEXANDER RICARDO VARGAS y AFRA VERÓNICA TORRES GALLEGO, que permitían acreditar el dolo del procesado en la conducta examinada.

Del primero, explicó que no fue apreciado por el Tribunal, en tanto, aquél aseguró en juicio que durante la

administración de **FUENTES MENESES** terminó su período, nunca fue calificado y en provisionalidad se le nombró en el mismo cargo mientras se surtía el concurso, el cual se realizó permitiéndosele participar sin ser evaluado y, al ganarlo, fue designado en propiedad en el cargo de Curador Urbano n.° 2.

El alcalde tenía la misma posibilidad de dar aplicación a la reglamentación para proveer el cargo de Curador Urbano n.° 1, incluso designar a CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, así fuera irregularmente en provisionalidad o encargo como lo hicieron con ALEXANDER RICARDO VARGAS, mientras se cumplía con la convocatoria y realización del concurso, pues, la normatividad, de 2012 a 2014, no había cambiado.

Sala Casación Penal@ 2024

Del testimonio de ALEXANDER RICARDO VARGAS, se establece que al Curador Urbano n.° 1 se dio un tratamiento preferencial, pues, no necesitó ser evaluado o calificado, no se vio obligado a participar en un concurso y ganarlo para continuar en el cargo por el mismo período, gracias a la creación de una figura que aseguró su permanencia e impidió cualquier posibilidad de adelantar el concurso, perjudicando con ello a toda la sociedad profesional que quería participar para optar al cargo.

En cuanto al testimonio de la Jefe de Planeación Municipal de Popayán de 2013 a 2015, AFRA VERÓNICA TORRES GALLEGO, refirió que no fue valorado, en cuanto, manifestó que para surtir el proceso de vinculación del Curador Urbano

n.° 2, solicitó un concepto al Ministerio de Vivienda (que tampoco mereció apreciación por el juzgador), incorporado a la actuación por aquella declarante, en el que se ratifica que la figura de la prórroga utilizada anteriormente no está prevista ni en la ley, ni en el decreto reglamentario sobre la materia, y que, ante la situación de terminación del período, así no hubiera evaluaciones, debía realizarse el concurso.

Lo anterior da a entender que la administración sí era consciente de la ilegalidad cometida en el caso de la Curaduría Urbana n.° 1, y que, a pesar de ello, no hizo nada para corregir el actuar irregular.

Sala Casación Penal@ 2024

V. DE LA SUSTENTACIÓN Y ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

5.1 El **fiscal impugnante** no presentó alegaciones adicionales a las plasmadas en la demanda. Reiteró la solicitud de que la sentencia recurrida sea casada y, en su reemplazo, se dicte una de carácter condenatorio por las conductas acusadas.

5.2 El Agente del **Ministerio Público**, en el mismo orden en que fueron propuestos los cargos, a ellos se refirió así:

5.2.1 En cuanto al delito de prevaricato por omisión, explicó que se probó que entre el municipio de Popayán y la Universidad de Manizales se suscribió el convenio n.° 201518000005147, con el fin de evaluar y calificar el desempeño del Curador Urbano n.° 1, correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014, demostrando que el procesado sí cumplió con su obligación legal.

Si bien es cierto, el Decreto 1469 de 2010, revela los aspectos y la manera en que se debe evaluar y calificar el desempeño del curador, también lo es que existían algunas inconsistencias con la Ley 810 de 2003, en cuanto, el primero excedió la jerarquía del legislador, situación prevista por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de marzo de 2017, declarando nulos los artículos pertinentes, razón por la cual, es cierto lo que el Tribunal afirma en sus consideraciones respecto a que no había claridad legal sobre la reglas que debían aplicarse.

Sala Casación Penal@ 2024

Cada trámite de contratación es diferente, por lo que hace mal la libelista al comparar e igualar la actividad desarrollada para la designación del primer período del Curador n.° 1, con el referido en el presente caso; además, el curador que terminaba su período tenía intenciones de presentarse nuevamente y no había sido evaluado en los años 2008, 2009, 2010 y 2011, por tanto, de haberse realizado el proceso se vulnerarían los derechos a CARLOS

ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, al impedir presentarse nuevamente al concurso para ser redesignado.

En este sentido, concuerda con las consideraciones del Tribunal, acerca de que el proceso de contratación y la convocatoria de méritos tenían dificultades que no eran fáciles de superar en el poco tiempo con el que contaba el procesado, al iniciarse su período el 1 de enero de 2012.

Sin embargo, según prueba documental aportada en el juicio oral, se encuentra copia de la resolución administrativa del 1 de septiembre del 2015, suscrita por el Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa, mediante la cual se archiva el proceso disciplinario adelantado contra el procesado por estos mismos hechos, por ende, se advierte que este sí cumplió con su obligación legal.

Sala Casación Penal@ 2024

En suma, los cargos deben ser desestimados.

5.2.2 Por otra parte, el representante de la sociedad consideró que el acusado incurrió en el punible de prevaricato por acción, pues, tenía conocimiento que la figura a aplicar en estos casos era la redesignación por concurso de méritos o designación provisional y no la prórroga, como al final sucedió.

A pesar de la complicación para acudir al proceso de contratación y convocar a un concurso, toda vez que los

curadores de Popayán no habían sido evaluados ni calificado su desempeño, el acusado tenía la posibilidad de respetar el derecho del Curador Urbano n.° 1 para presentarse nuevamente al cargo y ser redesignado, y a su vez, proteger el derecho de otros aspirantes al cargo, designando provisionalmente a un funcionario del grupo interdisciplinario especializado adscrito a la curaduría, o designar provisionalmente a un curador de otro Distrito, tal como menciona el decreto reglamentario, mientras solucionaba la situación jurídica del Curador Urbano n.° 1.

El procesado obró de manera diferente en contextos similares: por un lado, aplicó la ley en el caso del Curador n.° 2, y por otro, desconoció la legalidad y benefició al Curador n.° 1.

Sala Casación Penal@ 2024

Explicó que ambos funcionarios presentaban la misma situación, es decir, no fueron evaluados anualmente como lo exige la norma; sin embargo, el Curador n.° 2 en cada período presentó el respectivo concurso de méritos y fue redesignado, incluso durante la administración del procesado; mientras que el Curador n.° 1, no presentó el concurso correspondiente al segundo período y se prorrogó su período por otros cinco años.

Con esto se demuestra que el acusado, además de conocer cómo debía proceder, prefirió beneficiar al Curador Urbano n.° 1 y prorrogarle el período, sin tener en cuenta que

para ser redesignado no era obligatorio el requisito previo de la evaluación y calificación, tal como lo afirmó ALEXANDER RICARDO VARGAS en su testimonio, y el concepto del Ministerio de Vivienda aportado al expediente; de igual forma, afirmó esta entidad que la figura de la prórroga no podía ser aplicada, toda vez que, tanto la Ley 810 de 2003 como el Decreto Reglamentario 1469 de 2010, no contaban con ella. Bajo estas circunstancias, de manera clara se expone el dolo del procesado para beneficiar los intereses de CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, con el fin de omitir el concurso de méritos.

Por las anteriores razones, solicita a la Sala casar parcialmente la sentencia y condenar a **FRANCISCO FUENTES MENESES** por el delito de prevaricato por acción.

Sala Casación Penal@ 2024

5.3 El **abogado defensor**, luego de enseñar las múltiples falencias técnicas del libelo demandatorio, frente a los motivos de censura indicó:

El ordenamiento penal proscribe toda forma de responsabilidad objetiva y, en el primer motivo de ataque, se considera que la responsabilidad del alcalde de Popayán está demostrada con dos hechos objetivos: *(i)* el haber emitido la Resolución No. 20121900053194 del 3 de octubre de 2012; y, *(ii)* no efectuar la calificación de los curadores urbanos conforme lo dispone el artículo 40 (sic) del Decreto 1469 de 2010 y la Ley 810 de 2003.

Recordó que las instancias fueron concordantes al absolver del cargo omisivo, lo que imponía al libelista la obligación de atacar los argumentos de las sentencias, que conforman unidad inescindible, lo cual no hizo.

Reprochó que el casacionista criticara que la Resolución de octubre 3 de 2012, haya sido fundada en los artículos 96, 98 y 99 del Decreto 1469 de 2010, pese a que ellos fueron declarados nulos por el Consejo de Estado en sentencia de 30 de marzo de 2017. Por tanto, la providencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo único que demuestra es que, en la confrontación entre la Ley 810 de 2003 y el Decreto Reglamentario 1469 de 2010, ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO encontró contradicciones, luego, la ley y su aplicación no eran tan claras como erradamente lo afirma el actor.

Sala Casación Penal@ 2024

No se presentó cercenamiento en el testimonio del mencionado asesor jurídico. La censura que así lo plantea no es más que la particular visión de la parte acusadora sobre la apreciación material del medio de prueba. El falso juicio de identidad no existe y la denuncia no recae sobre la apreciación material, sino sobre la valoración dada por el Tribunal a la declaración, de la que dedujo que las normas que regulan el proceso administrativo tachado de irregular, admiten interpretaciones basadas en principios constitucionales y administrativos como los que brindó el

asesor al alcalde en su momento y permitieron la publicación del acto administrativo.

El testimonio del arquitecto ALEXANDER RICARDO VARGAS fue valorado, declaración que se convirtió en uno de los pilares que fundamentan la absolución por la conducta omisiva, tal como se desprende de los últimos párrafos de la sentencia del juez singular al respecto. Por tanto, es evidente que el error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, no existe.

Lo mismo sucede con el testimonio de AFRA VERÓNICA TORRES GALLEGO, quien aparece reseñada tanto en la sentencia de primer grado, como en la de segundo nivel, y sirve para confirmar la existencia de la Resolución de 3 de octubre de 2012, lo que lleva a concluir que no es cierto que se hubiere omitido por parte de la Colegiatura.

Sala Casación Penal@ 2024

En lo que respecta al presunto cercenamiento del testimonio de CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, considera la defensa que el error de hecho por falso juicio de identidad es tan solo aparente, pues, el contenido material de la prueba fue respetado por el colegiado. Por tanto, la crítica del actor solo corresponde a una posición subjetiva del ente acusador, que no llevó a juicio elementos de convicción para demostrar el supuesto actuar doloso del alcalde y acude a la vía de la simple objetividad que representa la suscripción de la resolución de prórroga. De ese dato objetivo desprende la

responsabilidad del acusado, lo cual va en contravía de lo establecido por el artículo 12 del Código Penal.

Finaliza al decir que la sentencia del Tribunal es correcta y lo anotado por la Fiscalía General de la Nación no logra derruirla, razón para solicitar no casarla.

VI. CONSIDERACIONES

6.1 Precisión inicial

Sala Casación Penal@ 2024

En atención a que los defectos de la demanda de casación se entienden superados con su admisión, la Corte procederá a examinar de fondo los reparos formulados por la fiscalía recurrente, los cuales se contraen a establecer si, efectivamente, el juez colegiado al momento de revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y, en su lugar, absolver a **FRANCISCO FUENTES MENESES** por el delito de prevaricato por acción, incurrió en los yerros postulados, y si estos comportan la trascendencia suficiente para modificar la sentencia de segundo grado.

De la misma forma, analizará la Sala lo concerniente al acierto de las sentencias de instancia que, en unidad jurídica inescindible, coincidieron en absolver al acusado del punible de prevaricato por omisión.

6.2 Del prevaricato por omisión

El artículo 414 del Código Penal, establece: *«El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en (…)»*.

La jurisprudencia de la Sala tiene dicho que el presupuesto fáctico objetivo de la norma en cita se encuentra constituido por: *(i)* un sujeto activo calificado –servidor público–; *(ii)* que *omita*, *retarde*, *rehúse* o *deniegue*, en el entendido que *omitir* es abstenerse de hacer o pasar en silencio algo; *retardar* es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo; *rehusar* es excusar, no querer o no aceptar; y *denegar* es no conceder lo que se pide o solicita (*Cfr.* CSJ AP, 27 oct. 2008, rad. 26243); y *(iii)* que alguno de estos verbos rectores recaiga sobre un deber jurídico –de origen constitucional o legal–, que haga parte de las funciones del cargo que desempeña (*Cfr.* CSJ AP, 21 feb. 2007, rad. 24053).

Sala Casación Penal@ 2024

Lo anterior implica que, al tratarse de un tipo penal en blanco (*Cfr.* CSJ SP, 28 feb. 2007, rad. 19389), a efectos de realizar el juicio de tipicidad objetiva se requiere integrar la descripción típica, con la norma que impone el deber funcional presuntamente violentado, pues, sólo así es posible dotar de sentido íntegro la conducta reprochada.

Para la configuración del ingrediente subjetivo, por tratarse de un punible que sólo admite la modalidad dolosa, se requiere que el sujeto agente, esto es, quien tiene el deber legal de ejecutar el acto, a pesar de ser consciente del imperativo que le asiste, voluntariamente omite, retarda, rehúsa o deniega su cumplimiento.

Dicho de otra manera, para colmar el elemento subjetivo del tipo, *«a la Fiscalía le corresponde indicar los hechos mediante los que se verifica objetivamente en el acusado (i) el conocimiento tanto del deber normativo como de las circunstancias que le imponían su observancia y (ii) su voluntad determinada a contrariar o incumplir su función»* (CSJ SP3702–2019, 6 sep. 2019, rad. 53976).

Sala Casación Penal@ 2024

6.3 Del prevaricato por acción

La tipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción, conforme a la hipótesis normativa establecida en el artículo 413 del Código Penal, reclama un sujeto agente calificado, como que no puede ser otro distinto al *servidor público*, un verbo rector: *proferir* y, dos ingredientes normativos: *(i) «resolución, dictamen o concepto»* y, *(ii) «manifiestamente contrario a la ley».*

En cuanto a éste último tópico, la Sala tiene como criterio que su configuración alberga la valoración de los fundamentos jurídicos que el servidor público expuso en el

acto judicial o administrativo (o la ausencia de ellos), aunado al análisis de las específicas circunstancias por las cuales lo adoptó y de los elementos de juicio con los que contaba al momento de ser proferido (*Cfr.* CSJ SP, 8 nov. 2001, rad. 13956. Criterio reiterado, en el mismo sentido, en sentencias de 25 abr. 2007, rad. 27062, 22 abr. 2009, rad. 28745, 16 mar. y 31 de may. 2011, rads. 35037 y 34112, respectivamente, y 27 jun. 2012, rad. 37733, entre otras).

Una decisión es «*manifiestamente contraria a la ley*» cuando «*la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse*» (CSJ SP, 15 abr. 1993). En otras palabras, no puede ser producto de elocuentes y refinadas interpretaciones, complejas disertaciones o intrincadas elucubraciones, y debe develarse ostensible con la sola comparación de la norma que debía aplicarse al momento de realización de la conducta reprochada.

Sala Casación Penal@ 2024

Acerca del ingrediente «*manifiestamente contrario a la ley*» ínsito en la norma, la jurisprudencia ha entendido que de él se valió el legislador para denotar la importancia de que no sea la divergencia entre la ley y la decisión a analizar el aspecto a cuestionar a través del derecho represivo; más que eso, es la inmediatez con la que se pueda detectar esa disonancia lo que provoca la crítica, pues, si dicho descubrimiento se retarda porque involucra una actividad

intelectual de compleja estirpe, el componente que aquí se trata de explicar carecería de adecuación al respectivo evento.

Por ello, de vieja data la jurisprudencia de la Sala ha entendido que la simple contrariedad entre el acto jurídico y la ley no resulta suficiente, sino que se requiere una evidente «*discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, entre el derecho que debió aplicar y el que aplicó*» (*Cfr.* CSP AP, 25 oct. 1979).

Sala Casación Penal@ 2024

6.4 De la normatividad aplicable al caso concreto

En el marco de lo que se conoce en materia administrativa como descentralización por colaboración del Estado, el artículo 9 de la Ley 810 de 2003[11], modificatorio del canon 101 de la Ley 388 de 1997, estableció que el curador urbano es un particular encargado, entre otros, de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios; y agregó que:

> *La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción.*
>
> *(…)*

[11] *Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones.*

El ejercicio de la curaduría urbana deberá sujetarse entre otras a las siguientes disposiciones:

1. El alcalde municipal o distrital designará a los curadores urbanos, previo concurso de méritos, a quienes figuren en los primeros lugares de la lista de elegibles, en estricto orden de calificación.

(…)

4. Los curadores urbanos serán designados para periodos individuales de cinco (5) años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública, previa evaluación de su desempeño por parte de los alcaldes municipales o distritales, en todo de conformidad con la ley que reglamente las Curadurías y con los términos y procedimientos que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional (…) [subrayado fuera de texto]

Sala Casación Penal@ 2024

Acorde con la facultad otorgada por el legislador de 2003, en lo que respecta a la designación, redesignación, concurso de méritos, nombramiento, evaluación anual de servicio y calificación de desempeño del período de los curadores urbanos, el Gobierno Nacional ejerció la potestad reglamentaria (artículo 189, numeral 11 de la Carta Política) y expidió el Decreto 1469 de abril 30 de 2010[12], normatividad vigente y de obligatorio cumplimiento para la época de ocurrencia de los hechos juzgados[13]. En él, estableció:

---

[12] *Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones*.

[13] Con posterioridad, la normatividad fue compilada y modificada por los Decretos 1077 de 2015 *«por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio»*, la Ley 1796 de 2016 *«por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la función pública que ejercen los curadores urbanos, se asignan unas funciones a la Superintendencia de Notariado y Registro y se dictan otras disposiciones»*, y el Decreto 1203 de 2017 *«por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1077 de 2015 Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio y se reglamenta la Ley 1796 de 2016, en lo relacionado con el estudio, trámite y expedición de las licencias urbanísticas y la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones»*.

Artículo 80. Período. *Los curadores urbanos serán designados por el alcalde municipal o distrital, previo concurso de méritos, para períodos individuales de cinco (5) años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública, previa evaluación de su desempeño y participación en el concurso de méritos, de conformidad con las condiciones y procedimientos que se señalan en los artículos siguientes.*

Artículo 81. Concurso de méritos. *El concurso de méritos para la designación o redesignación del curador urbano se regirá por las siguientes reglas:*

1. El alcalde municipal o distrital, o quien este delegue para el efecto, adelantará los trámites para la realización del concurso, el cual se efectuará con entidades públicas o privadas expertas en selección de personal y con capacidad para realizar el proceso de selección, en todo de conformidad con las condiciones y términos que se establecen en el presente decreto (…)

(…)

Artículo 82. Convocatoria pública. *El alcalde o a quien este delegue para el efecto, convocará al concurso de méritos por lo menos seis (6) meses antes del vencimiento del período individual de los curadores urbanos.*

(…)

Parágrafo. *Los curadores urbanos que se encuentren ejerciendo el cargo a la fecha de convocatoria del concurso de méritos no podrán inscribirse ni participar en el mismo, salvo que aspiren a ser redesignados* [en el cargo que ejercen][14] *de conformidad con lo previsto al efecto en el presente decreto y en las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.*

(…)

Artículo 87. Calificación de los participantes en el concurso de méritos. *La calificación de los aspirantes admitidos al concurso de méritos, se realizará de acuerdo con los requisitos, factores de evaluación y criterios de calificación que se establecen en este artículo sobre los siguientes aspectos y calidades: (…)*

Parágrafo 2. *Si ninguno de los concursantes obtiene el puntaje mínimo de que trata el parágrafo anterior o si el número de aspirantes que obtuviere un puntaje igual o superior a setecientos*

[14] Expresión declarada nula por el Consejo de Estado a través de sentencia del 30 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicación n.° 11001–03–25–000–2010–00213–00 (1702–10).

(700) puntos fuere inferior al número de curadurías vacantes, en el acto administrativo que contenga los resultados del concurso de méritos, se declarará total o parcialmente desierto y corresponderá al alcalde convocar uno nuevo dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes.

En este evento, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, el alcalde municipal o distrital designará provisionalmente hasta que tome posesión el nuevo curador a alguno de los integrantes del grupo interdisciplinario especializado que haya apoyado la labor del curador saliente que reúna las mismas calidades exigidas para ser curador urbano o, en su defecto, a uno de los demás curadores del municipio o distrito.

Mientras se designa el reemplazo provisional del curador urbano, se entenderán suspendidos los términos para resolver sobre las solicitudes de licencia y demás actuaciones que se encontraran en trámite.

(…)

***Artículo 89. Conformación de la lista de elegibles**. (…)*

***Parágrafo 1.** La lista de elegibles tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir del momento en que quede en firme y servirá para proveer el reemplazo de los curadores urbanos en el caso de faltas temporales establecidas en el artículo 100 y las faltas absolutas señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 102 de este decreto.*

***Parágrafo 2.** Para efectos de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 102 del presente decreto se deberá adelantar un nuevo concurso de méritos en los términos establecidos en el presente Capítulo del presente decreto.*

(…)

***Artículo 95. Procedimiento en caso de redesignación de curadores urbanos**. Los curadores urbanos en ejercicio podrán aspirar a ser redesignados previa evaluación de su desempeño y aprobación del concurso de méritos en los términos de que trata el Capítulo anterior. Corresponderá al alcalde municipal o distrital, o quien este delegue para el efecto, adelantar los trámites para la evaluación del desempeño del curador urbano durante el período individual para el cual fue designado, la cual se efectuará con entidades públicas o privadas expertas en selección de personal y con capacidad para realizar el proceso de evaluación, de conformidad con las condiciones y términos que se establecen en el presente decreto. (…)*

Artículo 96. Calificación del desempeño[15]*. La entidad encargada para la realización de la evaluación calificará el desempeño del curador urbano a lo largo de su período teniendo en cuenta los siguientes factores: (…)*

Parágrafo 1. *Para aprobar la evaluación del desempeño, el curador urbano cuyo período culmina deberá obtener un mínimo de seiscientos (600) puntos. Quienes obtengan este puntaje podrán presentarse al concurso de méritos de que trata el Capítulo III del presente Título.*

Parágrafo 2. *Corresponde a los alcaldes determinar las demás condiciones para la evaluación del desempeño de los curadores urbanos, entre ellos, la fecha de la evaluación y el lugar de realización, a fin de garantizar que los resultados de la calificación se produzcan como mínimo dos (2) meses antes del término previsto para la convocatoria del concurso de méritos de que trata el Capítulo III del presente Título.*
(…)

Artículo 98. Evaluación anual del servicio[16]*. La evaluación de que trata el numeral 1 del artículo 96 del presente decreto, deberá ser realizada una vez por año sobre la base de los registros de la prestación del servicio por parte de los curadores urbanos que debe llevar el alcalde municipal o distrital o quien este delegue para el efecto. Esta evaluación únicamente se tendrá en cuenta para determinar el puntaje de que trata el citado numeral. (…)*
(…)

Artículo 102. Faltas absolutas*. Se consideran faltas absolutas de los curadores urbanos, las siguientes: (…)*

8. La terminación del período individual para el cual fue designado. (…)

Artículo 103. Designación del reemplazo en caso de falta absoluta*. En caso de falta absoluta del curador urbano, el alcalde municipal o distrital designará en su reemplazo, y por un nuevo período individual, al siguiente candidato de la lista de elegibles vigente.*

Si no hubiere candidatos disponibles en la lista de elegibles o cuando dicha lista hubiese perdido vigencia, el alcalde deberá convocar a un nuevo concurso dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de presentarse la causal y mientras

---

[15] Artículo declarado nulo por el Consejo de Estado a través de sentencia del 30 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicación n.° 11001–03–25–000–2010–00213–00 (1702–10).
[16] *Ib*.

se surte el concurso, designará provisionalmente hasta que tome posesión el nuevo curador a alguno de los integrantes del grupo interdisciplinario especializado que haya apoyado la labor del curador saliente que reúna las mismas calidades exigidas para ser curador urbano o, en su defecto a uno de los demás curadores del municipio o distrito.

(…)

Parágrafo. *Ante la falta absoluta de todos los curadores urbanos de un municipio o distrito, y cuando no fuere posible cumplir con lo previsto en este artículo para la designación provisional de los mismos, la administración municipal o distrital asumirá de manera inmediata la prestación del servicio hasta tanto se designen los curadores urbanos en propiedad. En estos casos, la administración municipal o distrital no podrá cobrar expensas por el estudio, trámite y expedición de las licencias y otras actuaciones.*

[subrayado fuera de texto]

Sala Casación Penal@ 202

6.5 El caso concreto

6.5.1 Del prevaricato por omisión

A fin de resolver el asunto sometido a consideración, la Sala ha de remitirse a lo expuesto en el escrito de acusación, en el cual, la fiscalía explicó que la investigación en contra del alcalde de Popayán para el período 2012–2015 **FRANCISCO FUENTES MENESES**, se orientó a esclarecer las siguientes hipótesis de hechos jurídicamente relevantes[17]:

EL SEÑOR FRANCISCO FUE[N]TES MENESES omitió el cumplimiento de estas funciones en primer lugar por:

4. Omitir la función de evaluación y calificación anual de los curadores No. 1 y 2 durante el periodo de su administración municipal respecto de los periodos que concluyó para el curador No. 1 CARLOS ADRI[Á]N PARDO en fecha de 5 de octubre de

[17] *Cfr.* Folios 29 y 30, C.O. n.° 1.

2012 y la evaluación y calificación de los años siguientes 2013 2014 en el tiempo de ley, así como la del curador No. 2 ALEXANDER RICARDO VARGAS para los periodos de los años 2012, 2013, 2014 y 2015 fecha esta última en el mes de abril en que culminó el segundo periodo de la prestación de su servicio.

5. *Omitir la función de realizar el concurso de méritos conforme lo establece el artículo 80 del decreto 1469 de 2010 como una de las funciones del alcalde, para proveer los cargos de las curadurías No. 1 y 2 urbanas de Popayán durante todo el periodo de su administración año 2012 al 2015.*

6. *Omitir dar aplicación del artículo 103 del decreto 1469 de 2010 al presentarse la falta absoluta en la curaduría No. 1 urbana de Popayán por la terminación del periodo individual para el cual fue designado el señor CARLOS ADRI[Á]N PARDO, periodo culminado en fecha de 5 de octubre de 2012, sustrayéndose a la obligación de designar a un curador provisional dentro de los integrantes del grupo interdisciplinario especializado que apoyaba la labor de ese curador saliente, que reuniera las mismas calidad[es] exigidas para ser curador urbano hasta que tomara posesión el nuevo curador o en su defecto haber designado a uno de los demás curadores del municipio de Popayán* [numeración y mayúscula sostenida, original del texto].

Sala Casación Penal@ 2024

Conforme a lo que enseña el paginario, adecuadamente la primera hipótesis, y parcialmente la segunda, fueron descartadas en las instancias, habida cuenta que, en el juicio oral logró probarse que en el período en que ejerció como alcalde **FRANCISCO FUENTES MENESES** –aspecto que, por demás, no suscitó controversia al ser objeto de estipulación probatoria–, el municipio de Popayán suscribió el convenio n.° 201518000005147, celebrado con la Universidad Autónoma de Manizales para la evaluación del desempeño del Curador Urbano n.° 1 durante los años 2012, 2013 y 2014, circunstancia que corroboró el propio funcionario

público CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, al ser interrogado sobre el punto en la vista pública.

Igualmente, de la foliatura se extrae la ejecución del convenio n.° 20141800006947, entre la anunciada entidad territorial y la Fundación Universitaria de Popayán, a fin de realizar el concurso de méritos para proveer el cargo de Curador Urbano n.° 2, realidad reconocida por el también curador ALEXANDER RICARDO VARGAS.

Aun cuando la censora alega en este apartado un falso juicio de existencia por suposición, dígase que, en virtud del principio de libertad probatoria, aquella información se incorporó a la actuación a través de la testimonial indicada y de la resolución fechada 1 de septiembre de 2015, por medio de la cual, la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa archivó la actuación disciplinaria que por los mismos hechos indagó a **FUENTES MENESES**, evidencia señalada como n.° 1 de la defensa[18].

Sala Casación Penal@ 2024

El propio fallo disciplinario agrega que para la calificación del Curador Urbano n.° 2, el municipio de Popayán, dentro del período del mandatario **FRANCISCO FUENTES MENESES**, en tres oportunidades agotó sin éxito procesos de selección de los consultores que debían efectuarla, pues, en igual número de veces, se declararon desiertos. De ello también dio razón en juicio AFRA VERÓNICA

[18] *Cfr.* Folios 100 a 106, C.O. n.° 1.

TORRES GALLEGO, asesora de la oficina de planeación municipal entre octubre de 2013 y 2015.

Ante la coyuntura de realizar un concurso de méritos para el cargo de la Curaduría Urbana n.° 2, sin que el funcionario saliente hubiere sido evaluado previamente, requisito señalado en el Decreto 1469 de 2010 para su redesignación, la administración municipal optó por permitir la participación de ALEXANDER RICARDO VARGAS, para salvaguardar su derecho de acceder al cargo en igualdad de condiciones a los demás particulares que así aspiraran, escenario que a la postre sirvió para que se le designara en propiedad, una vez superó el concurso de méritos que para el efecto se tramitó.

Sala Casación Penal@ 2024

Así entonces, como las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes se cifraron en el verbo rector omitir que, como se viera, corresponde a *«abstenerse de hacer algo»*, y no en el de retardar, para la Sala, aunque tardíamente, el encausado cumplió el deber funcional de adelantar el trámite concerniente al concurso de méritos para designar en propiedad al Curador Urbano n.° 2. Del mismo modo, de evaluar y calificar el desempeño del Curador Urbano n.° 1 y, hasta donde le fue posible, procuró realizar igual procedimiento con el Curador Urbano n.° 2, solo que circunstancias ajenas le impidieron finiquitar su cometido.

Por contera, en este último y específico ítem, para colmar el elemento subjetivo del tipo la fiscalía, a lo sumo, logró probar que el acusado, objetivamente, tenía conocimiento, tanto del deber normativo como de las circunstancias que le imponían su observancia, más no la voluntad determinada a contrariar o incumplir su función.

Para responder los restantes cargos elevados en contra de la decisión absolutoria, al considerar la recurrente vulnerado el principio lógico de razón suficiente, debe la Sala convenir en que, si bien, la argumentación del Tribunal no resulta afortunada cuando refiere que: *(i)* al procesado, en tratándose del Curador Urbano n.° 1, sólo le es imputable la omisión de la calificación por un *«poco más de 9 meses»*; *(ii)* las reglas sobre la forma de evaluación y calificación de desempeño de los curadores que aspiraban a ser redesignados no eran claras; o que *(iii)* el procedimiento para llevar a cabo la convocatoria y adelantar el concurso de méritos para proveer los cargos de las curadurías urbanas resultaba complejo, por la premura del tiempo y por la poca oferta de entidades públicas o privadas en la ciudad de Popayán para asumir el proceso de contratación, deja de lado la libelista que el fallo también se nutrió de los fundamentos acabados de citar, los cuales sí se exteriorizan sólidos a la hora de absolver al justiciable por la conducta omisiva acusada. Por ende, la falta de trascendencia de los yerros demandados conlleva indefectiblemente a su desestimación.

Sala Casación Penal@ 2024

La demandante también aludió a la vulneración del principio lógico de no contradicción, en tanto el juzgador colegiado expuso dos proposiciones, contrarias entre sí, para calificar la figura jurídica de la prórroga (que en el siguiente capítulo se analizará), una que la reconoce ilegítima (cuando se refirió al prevaricato omisivo) y otra que la considera legal (al decidir lo relativo al prevaricato activo).

De la lectura del fallo emerge evidente la contrariedad, no obstante, la Corte advierte que ello se debe a un lapsus en que incurrió el Tribunal, pues, imperioso se hace mencionar que la ponencia sometida a discusión por la primigenia magistrada sustanciadora a cargo resultó derrotada.

Sala Casación Penal@ 2024

Aquella inicial ponencia confirmaba en su integridad la decisión del *a quo*, esto es, la absolución por el delito de prevaricato por omisión y la condena por el punible de prevaricato activo. Como la nueva ponencia –que se convertiría en fallo mayoritario–, acogió en un todo los argumentos relacionados con la absolución por el primer reato, la expresión que reconoce en la prórroga un instituto motejado de ilegal e ilegítimo (anticipándose a lo que posteriormente se proyectó frente al prevaricato por acción), simplemente quedó fuera de contexto frente a lo que finalmente decidió el Tribunal.

A pesar de lo anterior, ello no es suficiente para derruir la providencia absolutoria en lo atinente al prevaricato omisivo, habida cuenta que lo acontecido solo deja al descubierto la falta de coherencia del fallo –intrascendente, por demás–, producto de un evidente descuido.

Con lo hasta ahora dicho, en parte se dilucidan las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, y sería el caso continuar con el análisis correspondiente, desde la misma orilla del punible de prevaricato por omisión, en lo relacionado con la falta de actividad del procesado en lo que toca con el trámite para la realización del concurso de méritos a fin de designar en propiedad el cargo de Curador Urbano n.° 1, y la omisión en dar aplicación al artículo 103 del Decreto 1469 de 2010, al presentarse la falta absoluta en la mencionada curaduría por la terminación del período individual para el cual fue designado el arquitecto CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, de no ser porque la Sala avizora en aquellas conductas la existencia de un concurso aparente con el punible de prevaricato por acción, también acusado, que debe resolverse a favor de este último, como pasa a explicarse.

Sala Casación Penal@ 2024

Acerca del concurso aparente de delitos, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones (*Cfr.* CSJ SP, 18 feb. 2000, rad. 12820) para significar que este:

> *[s]e presenta cuando una misma conducta parece adecuarse, simultáneamente, en varios tipos penales que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo solo uno de ellos, en consecuencia, el llamado a ser aplicado, pues de lo contrario se violaría el principio non bis in ídem, de acuerdo con el cual un mismo comportamiento no puede ser sancionado dos veces.*

También ha señalado (*Cfr.* CSJ SP, 15 jun. 2005, rad. 21629; CSJ SP, 17 ag. 2005, rad. 19391; CSJ AP4934–2014, 27 ag. 2014, rad. 42006; y CSJ SP5496–2019, 12 dic. 2019, rad. 52071) que el concurso aparente de tipos penales tiene como presupuestos básicos: *(i)* unidad de acción, esto es, se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas; *(ii)* que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad; y *(iii)* que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico. De manera que la ausencia de uno de tales elementos, conduce a predicar el concurso real y no el aparente.

Sala Casación Penal@ 2024

En proveído CSJ SP, 25 jul. 2007, rad. 27383, se memoró sobre el tema:

> *La Corte Suprema de Justicia[19] ha destacado, coincidiendo con la doctrina, que la solución racional del concurso aparente de tipos –para obviar el quebranto del principio non bis in ídem–, en el sentido de seleccionar la norma que resulte adecuada, impone la aplicación de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, respecto de los cuales indica:*
>
> > *Una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o*

[19] [cita inserta en el texto transcrito] *Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias 18 de febrero de 2000, radicación 12820, de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, y de 9 de marzo de 2006, radicación 23755, entre otras. En similar sentido, Corte Constitucional, sentencia C–133/99.*

concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: lex specialis derogat legi generali.

Un tipo penal es subsidiario cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio señalando que solo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito (…).

De acuerdo con lo expresado, dos hipótesis pueden llegar a presentarse en el proceso de adecuación típica frente a disposiciones subsidiarias: 1) Que la conducta investigada corresponda a la del tipo penal subsidiario exclusivamente; y, 2) Que simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía (básico o especial) que protege el mismo bien jurídico. En el primer supuesto ningún inconveniente se presenta, pues siendo una la norma que tipifica la conducta, se impone su aplicación. En el segundo, surge un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto con exclusión de la norma accesoria, en virtud del principio de subsidiariedad: lex primaria derogat legis subsidiariae.

Finalmente se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión–comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: lex consumens derogat legis consumptae.

Sala Casación Penal 2024

Ahora bien, ha de recordarse que el delito, como comportamiento humano, al tener su génesis en la mente del sujeto activo, resulta perceptible en el mundo exterior a través de actos relevantes para vulnerar o poner en peligro

de efectiva lesión los bienes jurídicos hacia cuya protección se orienta la hipótesis normativa.

En los eventos en que el *iter* criminal se desarrolla en varios pasos progresivos de lesión a un mismo bien jurídico, se está ante un concurso aparente de delitos que debe solucionarse atendiendo los criterios del principio de subsidiariedad, específicamente de una *«subsidiariedad tácita»* (*Cfr.* CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 37733):

> *La subsidiariedad significa que una ley penal sólo se aplica de modo auxiliar, es decir, sólo si el hecho no está conminado con pena (mayor) según otros preceptos. Con el fin de ampliar o intensificar la protección jurídico–penal, en muchas ocasiones se conmina con pena determinadas conductas que se presentan como estadio o forma previa, o como variante menos intensa, de un ataque a un interés jurídicamente protegido que el ordenamiento penal ya abarca en otra disposición. En tales casos, queda desplazado este tipo secundario si el ataque en sentido estricto, o el ataque de mayor gravedad, a su vez concurre y es punible (…)".*

Sala Casación Penal © 2024

Al descender al asunto de la especie, siguiendo la línea de pensamiento plasmada por la fiscalía en la acusación, al procesado se le reprocha: *(i)* omitir la realización de concurso de méritos para proveer el cargo de Curador Urbano n.° 1 de Popayán; y *(ii)* al presentarse la falta absoluta en la mencionada curaduría, por la terminación del período individual para el cual fue designado el arquitecto CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, omitir dar cumplimiento a las formas de designación de su reemplazo, previstas en el Decreto 1469 de 2010.

Es evidente que, aunque las conductas individualmente consideradas, bien pueden configurar el injusto de prevaricato por omisión acusado, la efectiva lesión del bien jurídico de la administración pública solo resulta perceptible y trascendente cuando se conocen los fundamentos o motivaciones de esa pretermisión.

En armonía con las citas jurisprudenciales efectuadas con anterioridad, esa omisión dentro de la sucesión causal fáctica analizada constituyó un acto previo del punible de prevaricato por acción, materializado en la expedición de la Resolución n.° 20121900053194 del 3 de octubre de 2012, en virtud de la cual, el burgomaestre acusado prorrogó por cinco años el período del profesional CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ como Curador Urbano n.° 1 de Popayán, prórroga que, de suyo, implicaba la carencia de objeto del concurso de méritos y la designación de su reemplazo, motivo por el que los trámites incumplidos no pueden ser punibles de manera independiente, pues, corresponden a una misma unidad o recorrido delictivo y su desvalor queda reprimido con mayor severidad en la hipótesis que describe el artículo 413 del Código Penal, vale decir, la sanción de ese obrar omisivo está comprendida en la condena a emitir por prevaricato activo, solución que desde ya anticipa la Sala y será abordada en el capítulo siguiente.

Sala Casación Penal@ 2024

Dicho de otra manera, si efectivamente se dice que el acusado incurrió en el delito de prevaricato por acción cuando prorrogó el periodo del curador, ello se funda,

precisamente, en que no hizo concurso o acudió al reemplazo contemplado en la ley, pues, por simple sustracción de materia, si así hubiese procedido, simplemente no habría sido posible la designación espuria.

En suma, la mitad de los reproches elevados por la fiscalía en lo relacionado con la delincuencia de prevaricato omisivo, no lograron actualizar la descripción típica contenida en el canon 414 *ibidem,* y los restantes se adscriben en el reato de prevaricato por acción, motivo por el cual, la sentencia absolutoria proferida en las instancias no será casada.

Sala Casación Penal@ 2024

6.5.2 Del prevaricato por acción

En el presente asunto no se discute la condición de servidor público de **FRANCISCO FUENTES MENESES**, alcalde de Popayán para el período 2012–2015, lo mismo que, en ejercicio de ese cargo, el 3 de octubre de 2012, profirió la Resolución n.° 20121900053194, en virtud de la cual prorrogó por cinco años el período del arquitecto CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ como Curador Urbano n.° 1 de aquella ciudad.

A efecto de un cabal entendimiento del asunto sometido a consideración de la Sala, imperioso se hace transcribir la decisión calificada de prevaricadora[20]:

[20] *Cfr.* Folios 82 a 84, C.O. n.° 1.

RESOLUCIÓN No. *(20121900053194)* ***Fecha:*** *03–10–2012*

POR LA CUAL SE PRORROGA EL PERIODO DEL CURADOR URBANO No. 1 DE POPAYÁN, PARA GARANTIZAR LA CONTINUIDAD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

El Alcalde Popayán en uso de las facultades otorgadas en la Constitución Política de Colombia, la Ley 388 del 1997, la Ley 810 de 2003, el Decreto 564 del 2006, el Decreto 1469 del 2010, y,

CONSIDERANDO:

- *Que el [a]rtículo 209 de la Constitución Nacional, define que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

- *Que como derechos fundamentales desde el punto de vista del usuario bajo los principios de continuidad, celeridad, transparencia, se debe procurar por parte de las autoridades administrativas coordinar sus actuaciones para el adecuado funcionamiento de la prestación eficaz de la función pública asignada.*

Sala Casación Penal@ 2024

- *Que el [a]rtículo 365 de la Constitución Nacional, expresa que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es obligación del mismo asegurar su prestación por su finalidad social, consagrando el principio de continuidad.*

- *Que [l]a Constitución Nacional en [e]l [a]rtículo 53, consagra entre otros principios mínimos fundamentales, estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.*

- *Que mediante el Decreto No. 2150 de 1995, la expedición de las licencias de urbanización fue delegada a los Curadores Urbanos, quienes estarán obligados a dar fe acerca del cumplimiento de las normas vigentes aplicables en cada caso particular y concreto. La disposición fue derogada en el*

[a]rtículo 138 de la Ley 388 de 1997, y que en cuyo [a]rtículo 101 dispuso:

ARTÍCULO 101. CURADORES URBANOS. El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de urbanismo o de construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción. (…)

- *Que bajo las disposiciones determinadas en la Ley 810 del 2003, el [a]rtículo 101 de la Ley 388 de 1997, fue modificado en el [a]rtículo [n]oveno de la siguiente manera:*

  ARTICULO 9°. El artículo 101 de la Ley 388 de 1997 quedará así: Artículo 101. Curadores Urbanos. El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción. (...) La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción. (...) El ejercicio de la curaduría urbana deberá sujetarse entre otras a las siguientes disposiciones:...

  4. Los curadores urbanos serán designados para períodos individuales de cinco (5) años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública, ***previa evaluación de su desempeño por parte de los alcaldes municipales o distritales****, en todo de conformidad con la ley que reglamente las Curadurías y con los términos y procedimientos que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional. (Subraya y negrilla fuera de texto, con el fin de resaltar el marco que determinó el Legislador en la Ley 810 de 2003).*

- *Que previo cumplimiento del Concurso de Méritos, mediante [l]a Resolución No. 01826 de [s]eptiembre 5 del 2007, firmada por el Dr. Víctor Libardo Ramírez Fajardo en calidad de Alcalde de Popayán, [d]esigna al Arquitecto Carlos Adrián Pardo Ordoñez –C.C. […] de Popayán, como Curador Urbano 1 de Popayán por el período comprendido entre el seis (6) de*

Sala Casación Penal © 2024

octubre del 2007, al cinco (5) de octubre del año 2012, encontrándose vigentes las disposiciones de la Ley 810 del 2003, y el Decreto 564 del 2006.

- *Que conforme al [p]arágrafo 2 del [a]rtículo 96 del Decreto 1469 del 2010 (por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones;* a *la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones) – CALIFICACIÓN DEL DESEMPEÑO, corresponde al alcalde determinar las demás condiciones para la evaluación del desempeño de los curadores urbanos, entre ellos, la fecha de la evaluación y el lugar de realización (...).*

- *Que conforme al [p]arágrafo 1 del [a]rtículo 98 del Decreto 1469 del 2010 – EVALUACIÓN ANUAL DEL SERVICIO, corresponde al alcalde municipal establecer las condiciones y parámetros de los factores para la evaluación anual del servicio, los cuales deberán satisfacer los requisitos de objetividad, transparencia, imparcialidad e integridad.*

- *Que corresponde al Alcalde Municipal armonizar los postulados de la normatividad legal y los de índole Constitucional, en especial en procura de no afectar el interés ciudadano de los usuarios que acuden* a *solicitar licencias urbanísticas y otros trámites, y por ende la función pública del particular que se le ha encargado desarrollar la misma, donde es necesario y coherente tomar las decisiones consecuenciales a tal efecto, partiendo de la complejidad que existe en torno de definir la metodología a utilizar y los factores de aplicación para procesos de Evaluación Anual y Calificación de Desempeño de los Curadores Urbanos, que al caso del Curador Urbano actual, deben definirse por necesidad misma de la continuidad del servicio y los derechos que de ello se derivan, reiterando que se hace necesario entrar a determinar y emitir los elementos para las evaluaciones anuales y calificación de desempeño en procura y causa del Debido Proceso que corresponde, siendo que dentro del marco que estableció el Decreto 564 del 2006, normatividad bajo la cual fue adelantado el Concurso de Méritos y bajo la cual fue proferida la Resolución No. 01826 de [s]eptiembre 5 del 2007, en la cual se designó al Arq. Carlos Adrián Pardo Ordóñez como Curador Urbano 1 de Popayán, en el momento Decreto 1469 de 2010, es dable y necesario entrar a establecer la prórroga del período determinado por la ley 810 del 2003.*

- *Que las Evaluaciones Anuales se constituyen como insumo para el desarrollo de la Calificación de Desempeño del Período de los Curadores Urbanos, por lo tanto, aportan de manera*

Sala Casación Penal@ 2021

individual (cada año) la ponderación conforme a lo establecido en el Decreto 1469 de 2010 y las condiciones en facultad del Alcalde Municipal, otorgando así la posibilidad de subsanar, corregir y/o mejorar los elementos para el siguiente año de evaluación.

Por las anteriores consideraciones y sustento, [e]l Alcalde de Popayán,

RESUELVE:

ART[Í]CULO PRIMERO: *Prorrogar el término del período del Curador Urbano Uno de Popayán, Arquitecto Carlos Adrián Pardo Ordóñez – C.C. […] de Popayán, por un período igual al inicial de cinco (5) años, a partir del seis (6) de Octubre del 2012, hasta el cinco (5) de Octubre del 2017.*

ART[Í]CULO SEGUNDO: *El Alcalde Municipal de Popayán, y [l]a Oficina Asesora de Planeación Municipal, determinarán lo concerniente a [l]as Evaluaciones Anuales y Calificación de Desempeño de [l]os Curadores Urbanos del Municipio de Popayán y demás decisiones que sean propias a tal efecto.*

ART[Í]CULO TERCERO: *Notifíquese la presente Resolución al Arquitecto Carlos Adrián Pardo Ordoñez – C.C. […] de Popayán.*

ART[Í]CULO CUARTO: *La presente Resolución rige a partir de la fecha de su [n]otificación.*

Notifíquese y Cúmplase
[negrilla y mayúscula sostenida original del texto]

Sala Casación Penal© 2024

En armonía con el marco conceptual precisado respecto del delito de prevaricato por acción (*Cfr.* numeral 6.3), la Sala encuentra desafortunadas las consideraciones y valoración consignadas en el fallo recurrido, en tanto, para descartar la configuración de la citada conducta punible, el Tribunal se limitó a indicar que:

(i) El Curador Urbano n.° 1 de Popayán, CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, quería participar en el concurso para ser

designado nuevamente en el cargo, pero no había sido calificado durante los cinco años anteriores.

(ii) El Consejo de Estado concluyó que los artículos 96, 98 y 99 del Decreto 1469 de 2010 debían ser declarados nulos, por cuanto el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 numeral 11 de la Carta Política.

(iii) Esa decisión, proferida por el Alto Tribunal de lo Contencioso el 30 de marzo de 2017, la catalogó el *ad quem* como *«de subida importancia, porque demuestra el aserto del asesor jurídico [Á]lvaro Casas, cuando sabiamente afirma que el caso es complejo por las contradicciones entre reglamento y ley, lo cual ameritaba salirse de la mera exegesis y mirar el asunto desde el derecho fundamental al debido proceso»* [original, en negrilla y subrayado].

Sala Casación Penal© 2024

(iv) Agregó que *«frente a situaciones trágicas, de la hermenéutica, debe buscarse la decisión más justa para la persona, en este caso, para un curador, que quería participar en el nuevo concurso y no había sido evaluado durante los 5 años anteriores, cuando ese era un requisito sine qua non»* [*ídem*].

(v) Entonces, *«para volver las cosas a su cauce»* y *«ajustar el procedimiento al debido proceso»*, el justiciable se valió del concepto de su asesor jurídico y, por ello, PARDO ORDÓÑEZ, *«fue designado nuevamente, es decir, le mantuvieron el periodo»* como Curador Urbano n.° 1, pues, a última hora no

podía ser valorado y calificado, por negligencia de la anterior administración municipal, aunado a que el concurso debía iniciar ocho meses antes del vencimiento del período y no se había adelantado hasta ese momento.

(vi) Para el juez plural, el caso era *«difícil o trágico»*, por lo que, la respuesta del procesado no se avista *«insensata, absurda, disparatada o inexplicada, para tenerla como delito»*, de hecho, el alcalde **FUENTES MENESES**, *«consultó a quien debía saber dilucidar el tema»*, concepto que coincidió con el ofrecido por un servidor (politólogo) de la oficina de planeación municipal.

Sala Casación Penal@ 2024

(vii) Por último, acudió a múltiples pronunciamientos de esta Sala para significar que la fiscalía no logró probar el dolo en el acusado, además, que la interpretación llevada a cabo tiene visos de razonabilidad por estar sustentada en valores y principios positivizados en la Constitución.

Contrastados los fundamentos del acto administrativo expedido por el encausado, con la normatividad (Decreto 1469 de 2010) que para la época regulaba lo relativo a la forma de designación, la evaluación anual de servicio, la calificación de desempeño, el procedimiento en caso de redesignación, los eventos que originan faltas absolutas de los curadores y la manera en que se designa su reemplazo (*Cfr.* numeral 6.4), a simple vista refulge la contrariedad entre unos y otra, pues, aunque los curadores urbanos tienen la posibilidad de ser redesignados en sus cargos, a esa vía se llega, única y exclusivamente, ante una satisfactoria

calificación de desempeño y el ineluctable agotamiento y superación de un concurso de méritos; pero nunca a través del exótico instituto de la prórroga, utilizado por el acusado.

Destáquese que ante el vencimiento del período individual de cinco años como Curador Urbano n.° 1 de Popayán, cargo al que CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ había accedido por medio de concurso de méritos, el 5 de octubre de 2012 se originaba la falta absoluta (numeral 8 del artículo 102), que debía ser cubierta conforme a las opciones que el canon 103 *ibidem* establece.

Sala Casación Penal© 2024

Sea lo primero indicar que la última disposición en cita, en principio, está diseñada para ser aplicada a cualquiera de los eventos de falta absoluta (renuncia aceptada, destitución del cargo, incapacidad médica por más de 180 días calendario, muerte, inhabilidad sobreviniente, declaratoria de abandono injustificado del cargo y orden o decisión judicial), excepto, la terminación del período individual.

Lo anterior, por la sencilla razón que las primeras se identifican con actos intempestivos, imprevisibles o sobrevinientes, mientras que la última corresponde a un mojón cierto y previsible desde que inicia el período, esto es, el mero transcurso del tiempo que, repítase, se circunscribe a cinco años.

De ahí, que la primera opción que establece el artículo 103, sea la de acudir a la lista de elegibles, escenario imposible de cumplir en el caso del numeral 8 del canon 102,

toda vez que ante el vencimiento del período, se entiende que en ese interregno fenece la lista creada para el efecto, pues, su duración es de máximo dos años.

Así lo establece el parágrafo primero del artículo 89, mismo que expresamente ratifica que la lista de elegibles servirá para proveer el reemplazo de los curadores urbanos en el caso de faltas temporales (artículo 100) y de todas las faltas absolutas, excepción hecha del numeral 8, situación que obliga a adelantar un nuevo concurso de méritos (parágrafo segundo *ibidem*), que ha de ser convocado, por lo menos, seis meses antes del vencimiento del período individual (artículo 82).

Sala Casación Penal@ 2024

De vuelta al caso concreto, aunque es un hecho cierto que la administración municipal anterior a la del burgomaestre **FUENTES MENESES**, no cumplió con la función de evaluar anualmente a PARDO ORDÓÑEZ, situación que magnificó el Tribunal, no reparó el juez plural en que tampoco el procesado hizo lo propio para calificar el desempeño del funcionario, o siquiera adelantar el concurso de méritos dentro del término arriba estipulado, forma principal de llenar la vacante del cargo por falta absoluta ante la terminación del período.

Es por ello que, llegada la fecha de vencimiento del período individual del Curador Urbano n.° 1 y en razón de la omisión acabada de referir, debía el acusado convocar el concurso dentro de los treinta días hábiles siguientes y apelar a las previsiones del artículo 103, en punto de la forma

de designación de su reemplazo, así: *(i)* designar provisionalmente a alguno de los integrantes del grupo interdisciplinario especializado que hubiere apoyado la labor del curador saliente y que reuniera las mismas calidades exigidas para ser curador urbano, en consonancia con lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 81, que impone al curador contar con un grupo con las condiciones mínimas exigidas por el municipio para ser designado o redesignado como curador urbano; *(ii)* designar provisionalmente al Curador Urbano n.° 2; y *(iii)* en caso de que este también estuviere en situación administrativa de falta absoluta, la llamada a asumir la inmediata prestación del servicio, hasta la designación del curador en propiedad, debía ser la administración municipal.

Sala Casación Penal© 2024

Así, el inculpado contaba con alternativas válidas para suplir provisionalmente la vacante del curador urbano saliente, las cuales abiertamente desechó y, en su lugar, ideó una forma *sui generis*, que solo admite el calificativo de prevaricadora, para cubrir definitivamente la falta absoluta, a través de la prórroga de su período.

En el juicio oral se escuchó el testimonio de ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO, asesor jurídico del municipio de Popayán para el año 2012, quien llevó la discusión a una falta de claridad de la Ley 810 de 2003 y el Decreto 1469 de 2010, disertación que halló inusitado eco en el Tribunal, corporación que consideró el asunto difícil, *«trágico»* y complejo.

Frente a ello ha de decirse que la presunta complejidad del asunto: *(i)* nunca se materializó en la motivación del acto administrativo; *(ii)* el concepto, incorporado al expediente como evidencia n.° 2 de la defensa[21], tampoco hizo hincapié en una interpretación *«difícil»* de la ley y, a lo sumo refirió *«que los términos y parámetros de la Ley 810 de 2003 y del Decreto 1469 de 2010, no son muy claros a establecer la forma en que serán evaluados los actuales Curadores Urbanos y mucho menos la metodología que se va a seguir para la gestión de su desempeño, la cual debe ser conocida con anterioridad para dotar el proceso de plenas garantías»*; *(iii)* el testigo capitalizó a su favor, y de paso al del procesado, la decisión judicial del Consejo de Estado, de fecha 30 de marzo de 2017, que declaró la nulidad de los artículos 96, 98 y 99 del Decreto 1469 de 2010; sin embargo, no reparó en que ella no se produjo por la falta de claridad de la norma, sino ante el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada por el Gobierno Nacional a los alcaldes; y *(iv)* inane resultó la atestación y el discurso elaborado por el Tribunal, esforzándose en hacer ver lo simple como complejo, si en cuenta se tiene que para el mes de octubre de 2012, el panorama jurídico que enfrentó el alcalde **FUENTES MENESES**, no consistió en dilucidar si los parámetros para evaluar o calificar a los curadores eran claros o no –básicamente porque su predecesor y el mismo acusado no cumplieron esa función dentro del término establecido por el Decreto 1469 de 2010–, pues, lo que en verdad resultaba esencial se circunscribía a precisar la forma en que el burgomaestre debía designar el reemplazo del curador saliente, para lo cual bastaba acatar

Sala Casación Penal© 2024

[21] *Cfr.* Folios 108 a 116, C.O. n.° 1.

lo dispuesto por el artículo 103, cuya claridad nunca fue puesta en tela de juicio al interior del diligenciamiento.

En términos generales, la motivación de la decisión facilita verificar su acierto y, de contera, demostrar que no fue acomodada o arbitraria y se aviene al ordenamiento jurídico. Es la motivación la que refleja el rigor con el que el funcionario enfrenta el asunto sometido a su consideración y soporta la validez de lo resuelto. Por ende, la notoria contradicción de la decisión con la ley, no solo se configura cuando la argumentación arroja conclusiones que inexplicablemente se apartan del derecho bajo el cual debe resolverse el caso, sino, además, cuando la providencia carece de motivación (*Cfr.* CSJ SP7830–2017, 1 jun. 2017, rad. 46165).

Sala Casación Penal@ 2024

Al examinar la Resolución n.° 20121900053194, de ella es dable asegurar el conocimiento que el procesado tenía de la normatividad llamada a regular el asunto, toda vez que en la misma se transcriben algunas disposiciones relacionadas con la función pública de los curadores.

Sin embargo, el mencionado acto administrativo apenas fungió como simple sumatoria arbitraria de motivos inconexos, faltos de ilación lógica que, luego de un salto argumentativo, arribaron a una conclusión del todo alejada del ordenamiento jurídico.

Precísese que el encabezado de la Resolución, de suyo, indica que el presunto interés de la administración municipal a cargo de **FRANCISCO FUENTES MENESES**, consistió en *«garantizar la continuidad de prestación del servicio»* al interior de la Curaduría Urbana n.° 1 de Popayán, por ello, en un inicio consideró los principios que guían la función administrativa y el servicio público, pero, luego señaló y transliteró normas relacionadas con la función pública de las curadurías y con la forma de evaluación anual de servicio y calificación de desempeño de los curadores, entremezcló el artículo 53 constitucional, referido a las garantías mínimas establecidas en normas laborales, señaló la forma en que, por concurso de méritos, CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ accedió al cargo de Curador Urbano n.° 1 y, por último, sin mayor explicación lógica, indicó que por la necesidad de continuación del servicio, *«es dable y necesario entrar a establecer la prórroga del período determinado por la [L]ey 810 de 2003»* en el caso específico del curador saliente, *«por un periodo igual al inicial de cinco (5) años, a partir del seis (6) de [o]ctubre del 2012, hasta el cinco (5) de [o]ctubre del 2017»*.

Sala Casación Penal© 2024

El ya citado ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO, en el juicio oral intentó justificar extemporáneamente la mencionada Resolución, al nutrirla con dos ejes temáticos fundamentales: *(i)* la continuidad en la prestación del servicio y *(ii)* garantizar el derecho constitucional a la estabilidad laboral de PARDO ORDÓÑEZ, que se imponía frente a los terceros con interés en un eventual concurso de méritos. Ambos, totalmente inaceptables.

Primero, porque el servicio público de la curaduría no iría a sufrir mengua con la salida –por terminación del período individual– de PARDO ORDÓÑEZ, como quiera que el tópico ya había sido anticipado por el legislador extraordinario al establecer diversas formas de designación provisional, repítase, por un integrante del grupo interdisciplinario especializado del curador saliente, por el Curador Urbano n.° 2 y, en última instancia, por la propia administración municipal de Popayán. En otras palabras, para asegurar la continuidad de la prestación del servicio no se hacía necesario prorrogar el período del curador saliente, sino acatar el abanico de posibilidades que la disposición prevista para el efecto describió como forma de suplir las faltas absolutas.

Sala Casación Penal@ 2024

Y, segundo, porque, si bien, los curadores son particulares que cumplen una función pública, a la que acceden a través de concurso de méritos, jamás su vinculación implica el reconocimiento de derechos derivados de un sistema específico de carrera administrativa, por tratarse de un empleo de período fijo. La claridad del artículo 5, numeral 1 de la Ley 909 de 2004 no da margen a la especulación: *«Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de: 1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación»* [subrayado fuera de texto].

La Corte Constitucional en la sentencia CC C–984–2010, explicó:

> *Al aplicar las pautas comentadas al caso de los curadores urbanos la Corte encuentra que no están acreditadas las condiciones que válidamente permitan concluir que el legislador ha creado un nuevo sistema específico de carrera administrativa. En efecto, la Ley 810 de 2003, al modificar la Ley 388 de 1997, se limita a proporcionar, en su artículo 9º, una definición del curador urbano, a señalar la forma de su designación y los requisitos que debe cumplir el aspirante, así como a proveer sobre una serie de aspectos, dentro de los que aparecen la determinación del número de curadores en cada municipio o distrito, lo relacionado con las expensas, la fijación del periodo individual de cinco años, la coordinación y seguimiento que respecto de los curadores cumple el Ministerio de Desarrollo Económico, el señalamiento del alcalde municipal o distrital o de su delegado como instancia encargada de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas urbanísticas por parte de los curadores urbanos, etc.*
>
> *Nada hay en la regulación a la que se acaba de hacer referencia fundamento que permita sostener que el legislador ha instaurado un sistema específico de carrera administrativa para los curadores urbanos o que la regulación legal existente tenga su origen en una evaluación previa de la singularidad de la curaduría urbana o de la especialidad de las funciones a ella encomendadas que hubiese tornado necesaria la creación de un sistema específico. No es suficiente, entonces, caracterizar esas funciones para destacar su índole técnica ni encomiar el desempeño que en la práctica ha tenido la mencionada curaduría para concluir que los curadores urbanos hacen parte de un sistema específico de carrera administrativa, pues esa definición le compete al legislador y no puede ser el resultado de una interpretación, habida cuenta de que, además, los sistemas específicos de carrera tienen el carácter excepcional ya destacado.*
> *(…)*
>
> *Ahora bien, en ausencia de las condiciones que permitan afirmar que los curadores urbanos pertenecen a un régimen específico de carrera administrativa, cabría pensar que se rigen de conformidad con el régimen general, de no ser porque la Ley 909 de 2004 que lo desarrolla establece, en su artículo 5º–1, que los empleos por ella regulados son de carrera administrativa, a excepción de los de periodo fijo.*

@Sala Casación Penal@ 2024

Puesto que el numeral 4º del artículo 9º de la Ley 810 de 2003 señala que "los curadores urbanos serán designados para periodos individuales de ocho [sic] *años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública", es claro que el señalamiento de un periodo fijo excluye la posibilidad de que hagan parte de la carrera administrativa general.*
(…)

[l]a permanencia de quienes pertenecen a la carrera administrativa no constituye pauta para evaluar la razonabilidad o la proporcionalidad de un cargo de periodo fijo, pues se trata de dos situaciones distintas cuyo tratamiento es diferente y no cabe la equiparación.

Así pues, si los curadores urbanos no son de carrera administrativa sino de periodo fijo, mal puede pensarse que en su caso basta asegurar la permanencia indefinida con base en la simple evaluación del desempeño y en la proscripción del concurso al vencimiento del periodo, pues ello equivaldría a trastocar su régimen jurídico asimilándolo al que corresponde a personas que cumplen funciones públicas bajo otro régimen distinto, como el de carrera administrativa.
(…)

El aseguramiento de la permanencia de los curadores urbanos más allá de los cinco años y con fundamento en la evaluación de su desempeño implicaría otorgarles el status de carrera, desconocer el periodo fijo que el legislador les asignó y pasar de una situación a otra mediante la equiparación de dos regímenes que, por definición se excluyen, pues, según se ha visto, la carrera administrativa no es, en principio, conciliable con el periodo fijo.

Sala Casación Penal© 2024

Y, el Consejo de Estado en la ya citada sentencia del 30 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicación n.° 11001–03–25–000–2010–00213–00 (1702–10), reiteró:

[p]ara la Sala, la falta absoluta del cargo de curador urbano por causa de la terminación del periodo se ajusta a la legalidad, pues la terminación del periodo individual para el cual fue designado el curador sí es una falta absoluta. No es cierto como lo pretende la demanda que, según el numeral 4 del artículo 9 de la Ley 810 de 2003, los curadores tienen derecho a permanecer en el ejercicio de sus funciones al terminar el periodo respectivo si han superado la

evaluación de desempeño. Se considera que la evaluación de desempeño es requisito para poder ser nuevamente designado curador, pero no para seguir en el cargo. Y esta nueva designación, como se advirtió en el cargo anterior, depende del concurso de méritos.

La Sala reitera que la función de curador urbano no corresponde a un régimen de carrera, tampoco la simple evaluación de desempeño da derecho a la prórroga del periodo de curador; por ello, al finalizar el periodo individual de 5 años se presenta la falta absoluta y el cargo debe proveerse nuevamente mediante concurso de méritos si la lista ya perdió vigencia, bien sea que participe el curador que estaba ocupando el cargo o nuevos aspirantes.

Tampoco se advierte ilegalidad en los incisos demandados del artículo 103 del Decreto 1469 de 2010 que señala la forma de proveer los cargos ante la falta absoluta de curador.

La provisión del cargo de forma definitiva con el siguiente candidato, si hay lista de elegibles, es lo que corresponde cuando la lista de elegibles se encuentra vigente como resultado de un concurso de méritos.

En cuanto a la designación provisional, cuando no hay lista de elegibles o ya ésta perdió vigencia y mientras se adelanta el concurso, en cabeza de algún integrante del grupo interdisciplinario, que reúna las mismas calidades exigibles para ser curador urbano, o, en su defecto, a uno de los demás curadores del municipio, es una medida administrativa que se considera justificada y adecuada a los fines de la norma.

El curador urbano que termina su periodo de cinco años debe separarse del cargo y si desea volver a ser designado debe someterse al concurso de méritos previa la evaluación de desempeño. La Ley 810 de 2003 no señala ningún tipo de prórroga del periodo ni de permanencia provisional del curador saliente mientras se designa el nuevo curador.

Sala Casación Penal© 2024

Entonces, la justificación de la Resolución, derivada de su propia literalidad, o acaso de la extemporánea defensa que hiciera en juicio el asesor jurídico del municipio, asoma sofística, pues, forzadamente intenta dar visos de legalidad a una decisión arbitraria y manifiestamente contraria a la ley, que en realidad encubre el verdadero propósito, no otro

distinto a beneficiar a un particular garantizándole la permanencia en el cargo por cinco años, sin necesidad de ser evaluado, ni calificado, menos someterse a un concurso de méritos.

Por donde se mire, el acto administrativo no soporta el mínimo calificativo de razonabilidad, de ahí que extrañe sobremanera lo decidido por el Tribunal cuando así lo prohijó y de paso revocó el adecuado análisis del *a quo*.

El verdadero problema jurídico que ante sí tenía **FRANCISCO FUENTES MENESES**, consistía en el irrebatible hecho que el desempeño del Curador Urbano n.° 1 no fue calificado en oportunidad, razón que impedía a éste aspirar a ser redesignado. Si ello es así, la pregunta que habría que hacer es: ¿cuál era el derecho que eventualmente se vulneraba a CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ? La respuesta deviene elemental: el de participar en el nuevo concurso para designar en propiedad al curador.

@Sala Casación Penal@ 2024

La forma de salvaguardar su derecho de acceso al cargo público a través del mérito, no era prorrogar el cargo por otros cinco años, sino garantizar su participación en la convocatoria, en igualdad de condiciones a cualquier ciudadano.

Lo anterior porque, entonces, tendría preferencia para participar libremente en el concurso quien no ha estado en el cargo, mientras que aquél que lo ha ocupado por cinco

años, no, debido a una omisión en la calificación por parte de la administración municipal.

La tesis del acto administrativo proferido por el acusado es perversa, pues, en desmedro de todos aquellos esperanzados en ocupar el cargo en propiedad, incluso, de quienes tenían aspiración de llegar a él en provisionalidad, bastó alegar la propia incuria de la administración, esto es, incumplir la función de evaluar y calificar el desempeño del curador saliente, para, de inmediato, promover un derecho a la estabilidad laboral inexistente y con ello legitimar la prórroga automática en el cargo, práctica que el Diccionario de la Lengua Española reconoce como una de las acepciones de *«atornillar»*: entiéndase *«mantener obstinadamente a alguien en un sitio, cargo, trabajo, etc.»*[22].

Sala Casación Penal@ 2024

El asunto no se exteriorizaba complejo, difícil o *«trágico»*, como lo razonó el *ad quem.* De hecho, resulta bastante diciente lo atestado en la vista pública por AFRA VERÓNICA TORRES GALLEGO, asesora de la oficina de planeación municipal entre octubre de 2013 y 2015.

Ella, arquitecta de profesión, lega en las lides jurídicas, percibió la irregularidad cometida en octubre de 2012 con el cargo del Curador Urbano n.° 1 y, ante la terminación del período del Curador Urbano n.° 2 en mayo de 2014, se enfrentó a la encrucijada de adoptar la misma

[22] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es> [último acceso: 8 de mayo de 2024].

determinación. Inquieta con el asunto, indagó al respecto con el asesor jurídico del municipio ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO, quien de manera tajante le expresó que el concepto anteriormente dado debía acatarse, al ser una decisión ya tomada.

Sin embargo, al parecer la respuesta no satisfizo a la asesora de planeación, pues, la misma TORRES GALLEGO solicitó concepto al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (incorporado a la actuación como evidencia de la fiscalía[23]), entidad que, entre otros, respondió puntualmente el siguiente interrogante efectuado por la servidora:

> *¿Es viable administrativamente la resolución No. 20121900053194 de fecha 3 de octubre de 2012, mediante la cual se prorroga el periodo al Curador Urbano No. 1 Arquitecto CARLOS ADRIÁN PARDO ORDOÑEZ, con fundamento en la necesidad de garantizar la continuidad de prestación del servicio? Y en el caso de que en su concepto sobre la resolución no tenga validez jurídica, ¿Cuál es su sugerencia en el procedimiento a seguir?*

@Sala Casación Penal@ 2024

El Director de Espacio Urbano y Territorial de aquella cartera, en esencia, indicó que: *(i)* el Ministerio no es la autoridad jurisdiccional para determinar la validez del acto administrativo por el cual se prorrogó el período del Curador Urbano n.° 1 de Popayán, sin embargo, consideró pertinente mencionar que; *(ii)* los artículos 100 a 103 del Decreto 1469 de 2010 reglamentaron las situaciones administrativas en la prestación del servicio de los curadores urbanos a través de las faltas temporales y absolutas y el procedimiento

[23] *Cfr.* Folios 79 a 81, C.O. n.° 1.

específico a seguir para efectos de la designación provisional, *«dentro de los cuales la figura de la prórroga no se encuentra reglamentada»*; y, *(iii) «ni la [L]ey 388 de 1997, ni el Decreto 1469 de 2010, contemplan la figura de la prórroga del periodo de un curador urbano designado en propiedad a quien se le venció el período, justificado en la necesidad de la continuidad de la prestación del servicio»*. Además, recomendó al municipio adelantar el procedimiento descrito en los artículos 81 a 94 *ibidem* para la designación en propiedad de ambos curadores urbanos, igualmente para la designación de los reemplazos en provisionalidad (canon 103).

Sala Casación Penal@ 2024

El anterior concepto coincide con otro rendido[24] coetáneamente por la misma entidad, a solicitud de la Asociación Caucana de Ingenieros, representada por OLGA PATRICIA BALDRICH PAREDES, LILIANA VARGAS AGREDO y FELIPE ILLERA PACHECO, cuyos integrantes pertenecían a la red de veedurías de las curadurías urbanas de Popayán y se encargaron de instaurar la noticia criminal génesis de esta actuación. El concepto solo ratificó la incipiente sospecha de irregularidad que aquellos tenían, aspecto que en juicio se encargaron de declarar las dos primeras.

Las respuestas dadas por la cartera ministerial poco interesan a las resultas del proceso, sin embargo, esas consultas sí permiten apuntalar el dolo del procesado habida cuenta que, si personas sin la instrucción jurídica, con la

[24] *Cfr.* Folios 76 a 78, *ib.*

simple lectura lograron avistar en el acto administrativo la contrariedad con la ley, no podía el Tribunal excusar la conducta del acusado bajo la anodina manifestación de que **FRANCISCO FUENTES MENESES** consultó a quien debía saber sobre el tema, puesto que el procesado, dada su condición de abogado, bien pudo realizar un análisis –no necesariamente exhaustivo–, de la normatividad llamada a regular el caso, para saber de la irregularidad que cometía.

Huelga anotar que, por ser el dolo una manifestación del fuero interno, puede conocerse indirectamente por manifestaciones externas concretadas durante el recorrido criminal o con posterioridad a la consumación del delito. A este respecto, la Sala sigue la línea de examinar cada caso concreto, para establecer si racional y razonablemente el sujeto agente asumió como probable o posible el resultado que jurídicamente se le recrimina.

Sala Casación Penal@ 2024

En el presente asunto, al realizar un juicio *ex ante*, como debe proceder el juzgador al valorar un comportamiento humano constitutivo de una conducta delictiva, puede aseverarse que en las concretas variables fácticas en las que obró el acusado, éste actuó con conocimiento y voluntad de lesionar con su comportamiento el bien jurídico de la administración pública, aspecto que se deduce de lo probado en juicio, que da a entender que cuando el alcalde consultó a su asesor jurídico respecto de un tema que consideraba importante y por ello le pidió que

se encargara personalmente del concepto (así lo relató ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO), lo hizo, precisamente, para escudar su conducta –en una suerte de principio de confianza– frente a una decisión ya tomada. No de otra manera se entiende que la proyección del acto administrativo se hiciera por la oficina asesora de planeación y no la jurídica, aunado a que ambos, concepto y Resolución, tienen la misma fecha.

No es viable suponer que el comportamiento prevaricador reprochado fue producto de una deficiente información o equivocada comprensión de los supuestos fácticos sometidos a conocimiento del acusado; por el contrario, como ha quedado visto, de la misma lectura de la resolución de marras se advierte que el enjuiciado, conocedor del Decreto 1469 de 2010, sabía que estaba frente a la terminación del período del Curador Urbano n.° 1, que ello constituía falta absoluta, que el camino a seguir para designar, primero provisional y luego definitivamente a su reemplazo, estaba descrito con claridad en la norma, y que la misma no establecía la prórroga como uno de ellos, aspectos que acreditan la imposibilidad de especular, razonar o concluir que la única salida para garantizar un inexistente derecho a la estabilidad, sería la de convertir, en la práctica, un período legal de cinco, en diez años.

Sala Casación Penal@ 2024

De modo que la suscripción del acto administrativo que prorrogó el período del Curador Urbano n.° 1 de Popayán, resulta absolutamente arbitraria y caprichosa, no por la

incapacidad del acusado, sino por la notoria intención de apartarse de la norma jurídica regulatoria del asunto.

Con tal proceder, también omitió el deber funcional, debidamente reglado, de designar un curador provisional mientras se surtía el concurso de méritos respectivo, y de adelantar el trámite de convocatoria y concurso, comportamiento que, si bien, no alcanza a constituir una infracción penal independiente, como atrás quedara visto, sí es demostrativo del ánimo del enjuiciado de favorecer a toda costa a CARLOS ADRIÁN PARDO ORDÓÑEZ, desconociendo los derechos de quienes tenían la aspiración legítima de acceder al cargo público a través del mérito.

Sala Casación Penal@ 2024

Todas las precedentes circunstancias, apreciadas en conjunto, de manera racional y mesurada, llevan a la Sala a concluir que el procesado sabía y conocía que al emitir sin un verdadero sustento jurídico la prórroga del período del Curador Urbano n.° 1, adecuaba su proceder a la hipótesis delictiva endilgada y, pese a ello, consciente y voluntariamente actuó como lo hizo, desviándose del camino de la legalidad, no obstante estar en condiciones normativas y personales de obrar conforme a derecho.

De acuerdo con lo anterior, la Corte casará la sentencia recurrida, por ende, recobrará vigencia el fallo condenatorio de primer grado.

En virtud del principio de legalidad de la pena, la Sala modificará la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que el *a quo* fijó de manera intemporal, conforme lo dispuesto en el artículo 122 de la Carta Política.

Ello, en razón a que la mencionada inhabilidad, en relación a las prerrogativas señaladas en el precepto Superior, es una sanción que ha de cumplir las condiciones precisadas por la Corte Constitucional (CC C–652–2003), esto es: *(i)* recaer en quien haya sido servidor público y, *(ii)* existir una sentencia penal que imponga una condena por la comisión de un delito doloso contra el patrimonio del Estado.

Sala Casación Penal@ 2024

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se tiene que el enjuiciado fungía como servidor público al tiempo de los hechos y en su contra se profirió fallo condenatorio que afectó el bien jurídico de la administración pública; sin embargo, de la foliatura no se demuestra el menoscabo al erario, razón por la que no se comprende la alusión a la sanción perpetua de que trata el canon 122 Superior.

Aunque las autoridades judiciales gozan de cierta discrecionalidad para tasar las sanciones respectivas, no existe posibilidad alguna de que en este tópico sea la arbitrariedad la que impere.

La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas prevista como accesoria (artículo 43 del

Código Penal) es de obligatoria aplicación cuando se impone la de prisión, según se dispone en el inciso final del canon 52 *ejusdem*. Con todo, algunos tipos penales la consagran como principal (artículo 35 *ibidem*), entre ellos, el de prevaricato por acción por el que se condena al procesado.

Así las cosas, en consideración a que el juez unipersonal, al momento de tasar las penas de prisión y de multa, impuso la prevista en el extremo inferior del cuarto mínimo, la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas seguirá el mismo derrotero, modificándose, a fin de fijarse en ochenta (80) meses. En lo demás, el fallo permanecerá incólume.

Sala Casación Penal 2025

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

RESUELVE

Primero: **CASAR PARCIALMENTE** la providencia de segunda instancia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán el 11 de diciembre de 2019, única y exclusivamente en lo que corresponde al delito de prevaricato por acción endilgado a **FRANCISCO FUENTES MENESES**.

Segundo: **CONFIRMAR**, en consecuencia, la sentencia de primer grado proferida el 7 de marzo de 2018 por el

Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, que absolvió al procesado **FRANCISCO FUENTES MENESES** del punible de prevaricato por omisión, pero lo condenó como autor del reato de prevaricato por acción, a las penas de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y multa de 66,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tercero: **MODIFICAR** lo concerniente a la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, a fin de fijarla en ochenta (80) meses.

Cuarto: **INFORMAR** a partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Sala Casación Penal@ 2024

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

HUGO QUINTERO BERNATE

gSala Casación Penal@ 2024

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 633FFF151C61359145F1F4646785C7A8D836E3E1B2D27F7FDCA18BB4FE0F6655
Documento generado en 2024-06-11

Sala Casación Penal@ 2024