

Doctor:

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

H. Mg. Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal-

Bogotá Distrito Capital

Ref: NUI 190016000703-2014-00562 **N.I. 57.303**

Acusado: FRANCISCO FUENTES MENESES

Sustentación No recurrente en Casación

JOSÉ RICARDO BURGOS SALAS, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como defensor del Doctor **FRANCISCO FUENTES MENESES**, según poder que acompaña este escrito, respetuosamente me dirijo a su Despacho con el fin de describir el traslado de no recurrente *-dentro del término establecido en el Acuerdo 020 de 29 de abril del año en curso-*, de la demanda de casación que fuera admitida mediante auto de 8 de julio de 2020.

Creo necesario comenzar por advertir que, como se ha dicho en otros escenarios, los cargos de casación se sustentan así mismos en virtud de los principios de razón suficiente y de autonomía, y una vez admitidos, procede el fallo de fondo por parte de la H. Corporación donde se dé respuesta a las censuras que fueron planteadas en la demanda, sin perjuicio que el propio auto admisorio advierta que el libelo presentado por la Fiscalía *“no cumple en su totalidad los requisitos establecidos en la Ley”*, lo cual es evidente, al punto que sobre **finés de la casación** simplemente dice que *“pretendiendo la efectividad del derecho material”*, sin hacer el mínimo esfuerzo por explicar en qué consiste y porqué en sí mismo emerge como finalidad del ataque extraordinario.

Esto indica que la audiencia de sustentación de que trata el Art. 183.3 tuvo por motivo el dar oportunidad a los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de los cargos que superaron la calificación formal, y al recurrente para que los ratifique o complemente, sin que sea posible adicionar nuevas censuras. Por lo tanto, según lo ordena el H. Magistrado ponente, esta intervención se limita temáticamente a los cargos formulados en la demanda, para demostrar que los mismos no son suficientes para derribar la doble presunción de acierto y legalidad con que está revestido el fallo del H. Tribunal Superior de Popayán, que decidió absolver de los cargos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión a este ejemplar servidor público.

Conforme al principio de **mínimos lógicos y de coherencia**¹, es deber del censor indicar en la demanda de casación los **Hechos** materia de investigación, esto es determinar las conductas que fueron objeto de juzgamiento en orden a servir de marco fáctico y jurídico para las alegaciones. **En la demanda de marras no aparecen relacionados los hechos que dieron lugar a que la Fiscalía General de la Nación acusara al Dr. FRANCISCO FUENTES MENESES**, pues en el acápite correspondiente se hace un recuento de la actuación procesal con indicación exclusiva de la calificación jurídica y con absoluto desdén por la imputación fáctica. Si una demanda de casación se debe sustentar así misma, no entendemos cómo se deba acudir a las sentencias de instancia para determinar los hechos que fueron juzgados ante la omisión del censor.

No obstante lo anterior, de las sentencias de instancia se extracta como hecho jurídicamente relevante base del prevaricato por acción –Art. 413 Código Penal- el haber emitido la Resolución Administrativa No. 20121900053194 del 3 de octubre de 2012 mediante la cual prorrogó el período al Curador Urbano No. 1 de Popayán Carlos Adrián Pardo Ordoñez, sin dar cumplimiento a las normas legales en cuanto a la convocatoria de concurso público; y como fundamento del prevaricato por omisión *-Art. 414 C.P.-* por no efectuar la calificación de los Curadores Urbanos conforme lo dispone el artículo 40 del Decreto 1469 de 2010 y la ley 810 de 2003.

¹ PABON GÓMEZ, Germán. De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio. Ed. Ibáñez, Bogotá 2011. Pág 127

Frente a la decisión del H. Tribunal, el censor presenta seis (6) cargos al amparo de la causal tercera de casación, esto es violación indirecta de la ley sustancial, pues considera que hubo errores de apreciación y de valoración probatoria –*sin discriminarlos*- para concluir que debe ser casada la sentencia absolutoria y en su lugar dictar un fallo de reemplazo donde se emita condena en contra del Dr. FRANCISCO FUENTES MENESES por hechos sucedidos cuando ejerció como Alcalde de Popayán para el período constitucional 2012-2015.

Aunque el libelista inicia con un epígrafe de “FRENTE AL CARGO DE PREVARICATOR POR OMISIÓN”, indicaría la existencia de otro “FRENTE AL CARGO DE PREVARICATO POR ACCIÓN”, lo cual no ocurre y por el contrario vemos como en cada uno de los cargos y de manera antitécnica se entremezclan no solo los sentidos de violación de la ley sustancial por vía mediata, sino que además **no se indica de manera alguna la violación fin** que debe acompañar este tipo de ataque casacional. Nótese que incluso en el acápite “NORMAS VIOLADAS” hace referencia únicamente a normas procesales, **que en estricto sentido nada tienen que ver con los cargos planteados:**

*“Art. 6 C.P. y del C.P.P. principio de Legalidad, art 5º del C.P.P. Principio de imparcialidad del., art. 10º C.P.P. Principio de actuación Procesal, art. 15º C.P.P. Principio de Contradicción, art. 16º C.P.P. Principio de Inmediación, art. 27º C.P.P. Principio Moduladores de la actividad procesal. Art. 404º C.P.P. Apreciación del testimonio, art 432º Apreciación de la prueba documental”*²

En efecto, la vía de ataque escogida por el libelista acusador en sus seis (6) cargos nada tiene que ver, por ejemplo, con los principios de inmediación y menos aún con los moduladores de la actividad procesal, como para considerarlos como normas violadas por el H. Tribunal y, pero aun, no se entiende si se predica de ellas la falta o indebida aplicación o de qué manera pueden ser consideradas como **norma de derecho sustancial**, llevándose de calle los **principios de sustentación suficiente y de proposición jurídica completa**.

Punto aparte merece que no hay discriminación alguna en cuanto a cargos principales y subsidiarios, con lo que se entiende que todos son principales desconociendo con esto el **principio de no contradicción**, como más adelante se verá, circunstancia que llevaría al absurdo de que los argumentos que sirvieran para dar por demostrado un error serían los mismos para demostrar un acierto de la judicatura.

No obstante los evidentes desaciertos técnicos en que incurre el censor y que incluso hacen incomprensible su postura *-pues es un hecho cierto que el escrito es en esencia un alegato de instancia-* he de referirme puntualmente a cada uno de los cargos tal y como fueron postulados en la demanda:

PRIMER CARGO: Se acusa la sentencia de segunda instancia por incurrir “*en error judicial por violación indirecta de la Ley por Desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba sobre la cual se funda la Sentencia que decidió la segunda instancia y que confirmó la absolución del Señor FRANCISCO FUENTES frente al delito de PREVARICATO POR OMISIÓN proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Popayán Cuca es, un FALSO JUICIO DE RACIOCINIO desconociendo las reglas de la sana crítica, frente a los principios de la Lógica, pues la Obligación que tienen Los Señores Magistrados es la de acatar en sus fallos el principio de Razón suficiente cuando motivan o sustentan su decisión*”³ (sic)

Entendemos que el censor postula el cargo por la vía del error de hecho por falso raciocinio, pues en su entender la Colegiatura desconoció el principio de razón suficiente propio de la lógica material, en cuanto a la valoración probatoria frente a la conducta de **prevaricato por omisión**, encontrando allí un error susceptible de censura extraordinaria. Nótese, H. Sala, que el epígrafe antes de la postulación del cargo es explícito: **FRENTE AL CARGO DE PREVARICATO POR OMISIÓN**, luego se infiere

2 Fl. 30 demanda de casación

3 Fl. 3 ib ídem

que este primer reproche se dirige a demostrar errores de juicio exclusivamente frente a esta conducta omisiva.

Pues bien, de vieja data la H. Sala ha decantado el significado del principio de razón suficiente conforme al cual, en el campo de la argumentación, una conclusión solo puede ser válida cuando las premisas en las que se funda están debidamente probadas como ciertas o verídicas. *“Sobre dicho axioma, formulado por primera vez por el filósofo alemán Gottfried Wilhelm Leibnitz y, casi un siglo después, complementado por Arthur Schopenhauer, en su trabajo De la cuádruple raíz del principio de razón suficiente, se ha pronunciado así la jurisprudencia⁴:*

“(…) El principio de suficiencia es radicalmente opuesto al de no contra-dicción que se tratará más adelante (infra 3.1), o incluso complementario del mismo, en la medida en que el primero se refiere al fundamento de la proposición acerca de la cual se busca predicar su veracidad o falsedad, sin que para llegar a una conclusión en este último sentido se haya aceptado siquiera la posibilidad de existencia de la proposición contraria bajo una idéntica relación, que es a lo que en la práctica atañe el segundo.

Es decir, mientras que el principio de no contradicción (al igual que otros principios de la lógica como los de tercero excluido e identidad) se refiere a la correcta forma de razonar desde un punto de vista formal, el de razón suficiente concierne de manera directa al contenido del objeto de conocimiento o, mejor dicho, al fundamento de verdad de los enunciados que se predicán, por lo que tendría más vínculos con la epistemología que con la lógica de cuña aristotélica. (CSJ SP, 13 feb. 2008, rad. 21844)” (resaltado del texto original)

Conforme a lo anterior es deber del censor determinar cuál era el correcto raciocinio que debió realizar el H. Tribunal Superior, lo cual brilla por su ausencia en la aparente sustentación del cargo. En efecto, detallados uno a uno los párrafos transcritos en la demanda, salta a la vista que únicamente hacen referencia al tipo objetivo del prevaricato por omisión *-mezclando indeterminadamente aspectos fácticos del prevaricato por acción-*, dejando de lado todo lo relativo a la responsabilidad, luego, la conclusión planteada en el epílogo de la censura es vivo ejemplo del desconocimiento de este principio de la lógica, es decir de la razón suficiente:

*“Si los señores Magistrados de la Sala penal hubiesen valorado en forma correcta esta prueba documental, apreciado y sopesado de manera conjunta esta prueba con las restantes que obran en el proceso se hubiera llegado a la convicción del dolo en el actuar del procesado por el cargo de **Prevaricato por Acción**”⁵* (resaltado fuera de texto)

Nótese entonces como existe un total desatino entre la postulación del cargo *-frente al prevaricato por omisión-*, su desarrollo *-utilizando argumentos del prevaricato por acción y por omisión-*⁶, y su conclusión *-donde afirma que el Tribunal incurrió en el error denunciado y por ende hubiera dado por demostrado el dolo en el delito de prevaricato por acción-* todo lo cual conlleva una única conclusión y es el irrespeto absoluto por el principio de claridad y coherencia que rige el recurso extraordinario.

No puede perderse de vista que la sentencia de segunda instancia tiene una doble presunción de acierto y legalidad, y por lo tanto el recurso extraordinario solamente encuentra fundamento y razón de ser en cuanto con su interposición se busque el logro de los propósitos que le son propios, esto es quebrar esa doble presunción. No se trata de la imposición de un criterio subjetivo, sino formular, objetivar y demostrar, con trascendencia argumentativa, a través de un juicio técnico-lógico-jurídico que haga posible el correspondiente **control legal o constitucional** y los necesarios correctivos. Dicho de otra manera, la postulación del cargo y la correcta fundamentación no se agotan simplemente con un criterio personal y subjetivo del censor, sino que se hace imperativo demostrar, de manera lógica, que el error en que incurre la sentencia de segunda instancia es trascendente y suficiente para derruir esa doble presunción, lo cual aquí no sucede.

4 C. S. de J. Sala de Casación Penal, Rad. 47.124 de julio 13 de 2016, M.P. Eyder Patiño Cabrera

5 Fl. 15 demanda

6 Sin ningún orden lógico, por demás

El delito de prevaricato, ha dicho la H. Sala, no se configura ante la simple discrepancia entre lo decidido por el servidor público y el ordenamiento jurídico, “*sino como consecuencia de la contrariedad dolosa, perversa, malsana, alimentada por el deseo y la voluntad de persistir en el desacierto porque lo que se quiere es obrar corruptamente*”⁷. Nada de eso se indica en cargo analizado, pues se limita a mencionar la necesidad de demostrar ese ánimo corrupto que requiere la tipicidad subjetiva del comportamiento atribuido al señor Alcalde FRANCISCO FUENTES MENESES, sin hacer el esfuerzo argumentativo para acreditar dicho elemento del tipo y menos aún **para oponerse a la conclusión que al respecto llegó la colegiatura superior**, que al fin de cuentas es el objeto del recurso de casación.

Nuestro ordenamiento penal proscribire toda forma de responsabilidad objetiva⁸ y aquí, en el cargo cuya oposición se sustenta, se considera que la responsabilidad del señor alcalde de Popayán está demostrada con dos hechos objetivos: i) el haber emitido la Resolución Administrativa No. 20121900053194 del 3 de octubre de 2012; y, ii) no efectuar la calificación de los Curadores Urbanos conforme lo dispone el artículo 40 del Decreto 1469 de 2010 y la ley 810 de 2003.

Tanto la primera como la segunda instancia son concordantes al absolver del cargo omisivo al Dr. FUENTES MENESES, lo que imponía la obligación de atacar los argumentos de las dos sentencias pues conforman una unidad inescindible, lo cual no se hizo. Adicional a ello, los criterios utilizados por el Juez de instancia para emitir el sentido de fallo favorable al acusado son irrefutables, no solo por la confirmación por parte del Colegiado, sino porque es evidente que tuvo en cuenta las especiales condiciones administrativas en que se encontraba la Alcaldía de Popayán para la época en que ejercía como burgomaestre el señor acusado, mismas que no fueron controvertidas por la casacionista. Veamos:

“Bajo dichas condiciones, la no calificación oportuna de los curadores por parte del Alcalde Municipal, bien Podría ser justificada, si bien es cierto no se pudiera considerar una ausencia Absoluta de responsabilidad, se dan unas circunstancias razonablemente especiales que no permitirían cumplir al ex alcalde con el deber de calificación de los curadores, ni tampoco que se consideren generantes de injusticia, fue durante su periodo que se ha tratado de dar solución jurídica a la problemática expuesta por la veeduría y por la misma empleada de Planeación Municipal de Popayán AFRA VERONICA TORRES relacionada con la no calificación de los curadores, fallas que vienen desde las otras administraciones que no son fáciles de solucionar en un poco espacio de tiempo, aún hoy en día no se ha calificado al curador PARDO ORDOÑEZ, al menos hasta el momento en que se lo escuchó en el juicio, ya que sobre ese aspecto la información que la Fiscalía nos ha entregado es fragmentaria, hubiese sido importante que se arrimara testimonio o conceptos especializados relacionados con el tiempo que se puede gastar una administración municipal para calificar a dos curadores, previa contratación de la empresa pública o privada que se encargue de la calificación, cual la manera en que esta se debe realizar, los términos de la convocatoria, las exigencias para participar, y en fin, todas aquellas situaciones de índole administrativo que se detectan por esta judicatura, sin tener en cuenta recursos contra los actos administrativos y las acciones de índole administrativo, que normalmente se presentan dentro de esta clase de actuaciones, absolutamente ninguna prueba sobre tales circunstancias allegó la Fiscalía”⁹.(resaltado fuera de texto)

En el cargo de marras, ¿se hizo un ejercicio lógico jurídico contra este sólido argumento del Juez de primer grado? ¿Se demostró violación del principio lógico de razón suficiente? ¿cuáles son las normas sustantivas violadas? ¿cuál es el sentido de la violación? Como bien puede apreciarse H. Sala, nada de esto reposa en el cargo analizado, razón válida para afirmar que la absolución por el prevaricato por omisión debe mantenerse incólume ante un infundado ataque.

Ahora, en cuanto al cargo de prevaricato por acción que se hace consistir en la expedición de la Resolución Administrativa ya mencionada y que contiene la figura de la “prórroga” del período del Curador Urbano No. 1 de Popayán, ocurre una situación distinta, pues si bien es un **hecho objetivo** su expedición, no lo es menos que, como afirmara la segunda instancia amparada en criterio de autoridad, con su expedición únicamente se demuestra el tipo objetivo:

7 C. S. de J. Sala de Casación Penal, Rad. 45.410 de 1º. de julio de 2015, M.P. Eugenio Fernández Carlier

8 Art. 12 Código Penal

9 Fl. 28 Fallo de primer grado

*“Por tanto sólo a través de un estudio detallado de la actuación previa efectuada por el servidor público, de la sustentación y motivación realizadas en la decisión cuestionada y de las justificaciones que se ofrezcan más adelante, podrá el juez de conocimiento determinar si existió voluntad y consciencia en el actuar presuntamente constitutivo de prevaricato por acción, **siendo insuficiente inferir la existencia del dolo de la misma resolución, dictamen o concepto que se debate pues se confundiría el elemento objetivo y subjetivo del injusto penal**”¹⁰.*

Por lo anterior, claro es que el actor encuentra la responsabilidad a partir del hecho objetivo ya señalado, desconociendo que la emisión de una providencia **manifiestamente contraria a la ley** constituye la expresión dolosa de la conducta en cuanto se es consciente de tal condición y se quiere su realización, *“siempre que semejante contradicción surja evidente sin necesidad de elucubraciones o complejas disertaciones, y que esté presente no la convicción de acertar, de obrar bien, de buena fe, sino la finalidad opuesta a estos propósitos”*¹¹.

Lo que aquí hizo el H. Tribunal fue acoger el criterio jurisprudencial dominante según el cual: *“todas aquellas providencias respecto de las cuales englobe como un medio de solución la tópica jurídica sobre su contrariedad con la ley, quedan excluidas del reproche penal, **independientemente de que un juicio posterior demuestre la equivocación de los criterios que las sustentan**, pues el juicio de prevaricato no es de acierto sino de manifiesta ilegalidad”*. Por esta potísima razón *“quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley”*¹²

Así, tal y como lo reconocerá con lujo de detalles el señor ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO, ciertamente existía una interpretación Constitucional a las normas reguladores que considera soslayadas el censor, cuando es la propia Corte Suprema la que ha insistido en que *“la simple disparidad de opiniones respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad, ambigüedad o circunstancias del caso admiten varias interpretaciones o alternativas, la elección de una de ellas sin propósito o ánimo corrupto no puede considerarse como prevaricadora, **pues en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias de criterio, aun en temas que aparentemente no ofrecen dificultad alguna**”*.

Por lo dicho, solicitamos NO casar la sentencia impugnada por el cargo primero.

SEGUNDO CARGO: Postulado por el censor como *“Se incurre por Los Señores Magistrados al valorar la prueba testimonial del ciudadano ALVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO, Asesor Jurídico del Municipio de Popayán para la fecha de los hechos, en un **ERROR JUDICIAL POR VÍA INDIRECTA DE FALSO JUICIO DE RACIOCINIO** al no atender los postulados de la sana crítica frente a los principios de la lógica”*¹³.

Según el casacionista, el argumento del Tribunal es equivocado en cuanto al análisis del delito de prevaricato por acción, al endilgar responsabilidad al acusado por utilizar la figura inexistente de la prórroga del período del Curador Urbano No. 1, mediante la multimencionada Resolución Administrativa de 3 de octubre de 2012, pues en su sentir las normas que regulan la materia son claras y no admiten interpretación distinta, y el yerro denunciado se concreta en aceptar la justificación que diera el testigo ÁLVARO CASAS TRUJILLO y no presentada por el señor FRANCISCO FUENTES¹⁴ quien no declaró. Dice la demanda:

10 Fl. 44 fallo de segundo grado

11 C. S. J. Sala de Casación Penal Rad. 45.410

12 Fl. 68 fallo del Tribunal

13 Fl. 15 Demanda de casación

14 Fl. 19 Fallo de segundo nivel

“el Tribunal de manera errada admitió que existía una contradicción entre las normas que regulan la materia de los nombramientos de los curadores urbanos, cuando las normas básicas que regulan la materia como lo es la Ley 810 de 2003 y el Decreto Reglamentario 1469 de 2010 las que basta solo leer para concluir que son normas claras, precisas sin que den lugar dudas, confusión o dificultad de interpretación como lo previeron los funcionarios de la Veeduría Municipal, los funcionarios del Ministerio de hacienda que rindieron conceptos a solicitud de la oficina de planeación, el propio Juez ad quo que profirió la sentencia condenatoria, el Ministerio Público, incluso a la Señora Magistrada que hizo su salvamento de voto y verificó la claridad y coherencia entre lo normado por la Ley como por el Decreto Reglamentario que regulan la materia”¹⁵.

El H. Tribunal por su parte insiste en que las normas que regulan el procedimiento no son tan claras y por eso encontró plausible la narrativa del señor ÁLVARO CASAS TRUJILLO en juicio oral, testigo de excepción dada su amplia experiencia en temas administrativos. Si bien este cargo tiene mucho en común con el primero, es necesario hacer una precisión respecto de la poca argumentación que ofrece para que se case la sentencia. En efecto, el casacionista critica que la Resolución de Octubre 3 de 2012 haya sido fundada en los artículos 96, 98 y 99 del Decreto 1469 de 2010, cuando esos mismos fueron declarados nulos por el Consejo de Estado en Sentencia de 30 de marzo de 2017, como si la Administración Municipal debiera ser clarividente de que normas vigentes al momento del acto administrativo serían declaradas nulas o inexequibles con posterioridad.

Lo cierto es que, como dice el Tribunal, esa Sentencia 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, CASAS TRUJILLO encontró contradicciones, luego la ley y su aplicación no eran tan claras como erradamente lo afirma el actor.

Los mismos errores conceptuales del primer cargo aparecen en este, pues en el peor de los casos, si existiese el error, olvidó el casacionista mencionar si ello llevó a la falta de aplicación o a la indebida aplicación de normas sustanciales, cuáles son esas normas, y cuál el correctivo perseguido con esta censura, razón suficiente para solicitar que no se case la sentencia por el cargo segundo.

TERCER CARGO: *“Frente a la prueba testimonial del Asesor Jurídico ALVARO CASAS el Tribunal también incurre en error judicial por Vía indirecta en la valoración probatoria por **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD**, cuando cercena dicha prueba y valora solo ciertos apartes del testimonio, que le permite dar solo mérito positivo y no el negativo a la prueba”¹⁶*

Considera el actor que el H. Tribunal no hizo una valoración conjunta de los testimonios –lo cual ya había propuesto en los anteriores cargos- pues, *“además de lo transcrito en el fallo, el testigo depuso sobre aspectos relevantes que no valoraron los Señores Magistrados y que permitiría cambiar sustancialmente su decisión frente al dolo en la acción por parte del Burgomaestre, esto es su conocimiento de la ilegalidad del acto y la voluntad de transgredir la norma regulatoria del mismo”¹⁷.*

Lo primero que hay que advertir es que es un imposible jurídico que coexistan un error de hecho por falso juicio de identidad y un error de hecho por falso raciocinio sobre el mismo medio probatorio, pues uno excluye al otro, es decir se vulnera el **principio lógico de no contradicción** y solo serían admisibles en estricto apego del **principio de subsidiariedad**.

Tal cual se postulan los cargos segundo y tercero, indican que para el censor la Colegiatura Superior incurrió en error de hecho por falso raciocinio al valorar el testimonio de ÁLVARO ANTONIO CASAS TRUJILLO, es decir que incurrió en desconocimiento de las reglas de la sana crítica, especialmente del principio lógico de razón suficiente; pero también como cargo principal –*pues no se advierte que sea subsidiario del anterior*- propone el falso juicio de identidad al considerar que el Tribunal cercenó apartes importantes de ese mismo testimonio, lo cual no puede ser más contradictorio.

15 Fl. 16 ib ídem

16 Fl. 20 Demanda de casación

17 Fl. 21 Ib ídem

El falso raciocinio es un yerro de valoración probatoria y parte del supuesto de que el sentenciador apreció la prueba correctamente, es decir, aquella existe en el proceso, no fue omitida, no fue cercenada, no tiene agregados ni fue tergiversada. Dicho de otro modo, el falso raciocinio es una falencia de valoración probatoria donde los yerrores en que incurre el fallador no recaen sobre la existencia material de la prueba **ni sobre su contenido**, lo cual hace la diferencia con los errores de hecho por falsos juicio de existencia y **de identidad**, sino sobre la valoración crítica del medio probatorio, que deriva necesariamente de la apreciación correcta del medio de prueba.

Esta realidad, donde se violenta de tal manera el principio lógico de no contradicción, sería suficiente, en principio, para que la H. Sala de Casación desechara los cargos segundo y tercero de la demanda, ya que su proposición sin subsidiariedad hacen incomprensible la denuncia del censor.

Ahora bien, en lo que respecta a lo sustancial, vemos como de ninguna manera se presenta cercenamiento del testimonio del Asesor Jurídico ÁLVARO CASAS TRUJILLO, y la censura que se plantea no es más que la particular visión que tiene la parte acusadora sobre la apreciación material de ese medio de esa prueba. Al respecto causa extrañeza que la Fiscalía considere irregular que el Asesor haya emitido un concepto el mismo día en que se expidió la Resolución Administrativa No. 20121900053194, mediante la cual prorrogó el período al Curador Urbano No. 1 de Popayán Carlos Adrián Pardo Ordoñez, es decir el 3 de octubre de 2012, y de ahí concluya que

“Esa valoración probatoria e las manifestaciones del Asesor Jurídico ALVARO CASAS que no tuvieron en cuenta ni valoraron los Señores Magistrados, les habría permitido inferir que dicho concepto no se emitió con antelación a firmar la discutida resolución, pues como lo afirma el Asesor la Resolución ya venía proyectada de la Oficina de Planeación así como quedó firmada por el Alcalde, luego era evidente que este concepto del Asesor Jurídico se realizó en forma posterior, precisamente para justificar con una presunta diligencia del procesado la ausencia del dolo en su actuar, pues solo basto aceptar que consultar a quien como dicen Los Magistrados debía consultar para dilucidar del camino a tomar ya le quitaba el dolo. Así las cosas, tendrían que preguntarse contrariamente los señores Magistrados para que dilucidar sobre un camino ya tomado por la Oficina de Planeación si tal como lo proyectaron así se quedó, para que entonces un concepto escrito y si como generalmente dice se hacen por el asesor jurídico con conceptos verbales?18

Pues bien, en estricto sentido el H. Tribunal si apreció la materialidad de la declaración del Dr. CASAS TRUJILLO tal y como lo hizo en juicio oral, luego, reitero, **el falso juicio de identidad no existe**, y la denuncia recae entonces no sobre la apreciación material sino sobre la valoración que le dio la Corporación a este testimonio, tal cual fue visto en el anterior acápite. Emerge claro, que de esa declaración materialmente bien apreciada, la colegiatura dedujo que las normas que regulan el proceso administrativo tachado de irregular, no son tan claras como lo afirma la actora, sino por el contrario si admiten interpretaciones basadas en principios constitucionales y administrativos como la que brindó el Asesor al señor Alcalde en su momento y que permitió la publicación de la Resolución Administrativa No. 20121900053194 del 3 de octubre de 2012.

Lo anterior, es suficiente para solicitar que no se case la sentencia por este tercer cargo.

CUARTO CARGO: *“Se incurre por los señores magistrados en un error judicial por vía indirecta en la valoración probatoria de **FALSO JUICIO EXISTENCIA POR OMISIÓN** o falta de valoración de la prueba testimonial de ALEX RICARDO VARGAS, Lo cual les hubiera permitido llevar a la convicción sobre el dolo en la actuación del procesado FRANCISCO FUENTES MENESES. Testimonio del cual nada de valoró ni confrontó frente a este cargo”19.*

El falso juicio de existencia es una especie de error de hecho de naturaleza objetiva en cuanto se presenta cuando el funcionario judicial deja de considerar alguno o algunos de los medios de prueba que

18 Fl. 21 ib ídem

19 Fl. 23 ib ídem

fueron legalmente aportados a la actuación, en este caso, según afirma el casacionista, el testimonio del arquitecto ALEX RICARDO VARGAS, a la sazón Curador Urbano No. 2 de Popayán desde 2004.

Pues bien, cuando se trata de este error de juicio, es deber del censor aplicar al **principio de inescindibilidad o unidad inescindible**, según el cual las sentencias de primera y segunda instancia conforman una unidad indivisible cuando tienen el mismo sentido, pues de aparecer el testimonio que se echa de menos o del que se predica su **omisión** en alguna de las dos providencias, no tiene cabida en el campo casacional el error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, tal y como aquí sucede.

Tratando de interpretar lo que argumenta el censor, se tiene que si no se hubiera cometido ese error de juicio “hubiera llevado a determinar a los señores Magistrados que si existió dolo por el burgomaestre de no aplicar la normatividad vigente como se venía haciendo sin ninguna dificultad por las otras administraciones para la provisión del cargo”²⁰, es decir hace plena referencia al dolo del delito de prevaricato por omisión acusado y que fue objeto de absolución tanto en primera como en segunda instancia.

Sin embargo, el testimonio del arquitecto ALEXANDER RICARDO VARGAS, fue no solamente objeto de resumen en la sentencia de primer nivel²¹, sino además fue valorado en la página 25 del proveído pues claramente se dice de él que:

“como se desprende del contenido de la prueba testimonial arrimada al proceso, que el Curador Urbano Nro. 1 CARLOS ADRIAN PARDO ORDOÑEZ, hasta la fecha en que participara como testigo en desarrollo del juicio oral nunca fue calificado en sus funciones como Curador, a pesar de que se encuentra vinculado en dicha calidad desde el 5 de octubre del año 2005, circunstancia que no se pudiera predicar del Curador Urbano Nro. 2 ALEXANDER RICARDO VARGAS, quien ha sido evaluado como así lo ha expuesto en su intervención en el juicio, circunstancia que ha sido convalidada en desarrollo del juicio con las declaraciones de los testigos OLGA PATRICIA BALDRICH PAREDES, LILIANA VARGAS AGREDO y AFRA VERÓNICA TORRES GALLEGO, las dos primeras pertenecientes a la Veeduría de las Curadurías, quienes pusieran en conocimiento de la Fiscalía dicha circunstancia, que fuera lo que diera origen a la presente investigación”.

Y fue el testimonio que en sentir del censor fue omitido, uno de los pilares que fundamentan la absolución del Juez de primer grado por la conducta omisiva, tal como se desprende de los últimos párrafos del Juez singular al respecto:

*“Es decir, es cierto que la imputación se ha realizado por la omisión de las evaluaciones de los servidores, y desde el punto de vista objetivo podría existir una transgresión a la ley, pero atendiendo las circunstancias antes anotadas, y especialmente ante la carencia de calificaciones de los Curadores no realizadas por los alcaldes anteriores, no podía oportunamente calificarse al Curador Nro. 1, ni tampoco convocarse a concurso, existiendo prueba hoy en día de **que la evaluación del Curador Nro. 2 se efectuó, al igual que su nombramiento en propiedad**²², lo que implica que se convocó a Concurso, y que la evaluación del Curador Nro. 1 se encuentra en camino con la Universidad de Manizales, siendo del resorte de la administración municipal del periodo 2016 a 2019 la realización del Concurso con respecto al Curador Nro. 1, no pudiéndose considerar que las omisiones que en el tiempo se produjeron sean sancionables a título de prevaricato”²³ (resaltado y pie de página fuera de texto)*

20 Fl. 25 ib ídem

21 Fls. 12-13 donde para lo que interesa a este cargo dijo “...que en el primer concurso no fue evaluado, parte de esa evaluación le correspondía al Dr. FUENTES, precisando, que su periodo venció en el año 2015, siendo su segundo periodo entre 2009 a 2014, precisando, que nunca lo han evaluado; hasta la fecha no ha sido evaluado, pero pese a esa circunstancia ha participado en concurso, pudo participar normalmente y ganó, dice el testigo que su periodo anterior venció en abril del 2014, no recordando la fecha de convocatoria de concurso, y que antes del mismo se encontraba en provisionalidad y en esa situación participó en el mismo...”

22 Lo cual fue declarado por el propio testigo ALEXANDER RICARDO VARGAS en audiencia de juicio oral

23 Fl. 27 fallo de primer grado

Como corolario de lo anterior, es evidente que **el error de hecho por falso juicio de existencia por omisión denunciado no existe** y por lo tanto, como lógica consecuencia, no puede derruir la doble presunción de legalidad y acierto con que está revestida la sentencia de segundo grado emitida por el H. Tribunal Superior de Popayán y que confirmó, por demás, la de primer grado en cuanto a la conducta de prevaricato por omisión.

Ni por un momento se puede perder de vista que el **principio de autonomía** enseña que cuando se plantean diferentes cargos –*en este caso principales*- cada uno de ellos debe ser suficiente para quebrar la sentencia impugnada, sin que sea admisible acudir a las argumentaciones de los otros cargos o causales para fortalecer su postura, razón por la cual no hay manera que en el escenario casacional esta censura pueda prosperar. Dicho de otra manera, la Defensa solicita que NO se case la sentencia por el cuarto cargo.

QUINTO CARGO: *“Frente a la prueba testimonial dejada de valorar por los Magistrados incurriendo en un error judicial por vía indirecta en la valoración probatoria, frente al cargo de PREVARICATO POR ACCIÓN, en un FALSO JUICIO DE EXISTENCIA AL OMITIR, el testimonio de AFRA VERÓNICA TORRES Jefe de la oficina de Planeación en la Administración del Alcalde FRANCISCO FUENTES a partir del año 2013 al AÑO 2015, dejando de valorar la información relevante para adoptar su decisión, por ella suministrada y confrontarla adicionalmente con la restante prueba del proceso”*²⁴.

Respecto de este cargo ocurre exactamente lo mismo que en el anterior, pues **el falso juicio de existencia por omisión que se denuncia no existe**, en tanto la declaración de AFRA VERÓNICA TORRES aparece reseñada tanto en la sentencia de primer grado como en la de segundo nivel, y sirve para confirmar la existencia de la famosa Resolución de 3 de Octubre de 2012, lo que nos lleva a concluir que no es cierto que se haya omitido por parte de la Colegiatura, sin perjuicio de que no se haya hecho un exhaustivo análisis de sus contenidos en esta última decisión.

Sin embargo, vuelve a ser contradictorio que en desarrollo de este cargo planteado por la vía del error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, se concluya que el error estuvo en que el Colegiado desconoció las reglas de la experiencia, que como ya se dijo son propias del falso raciocinio y cuyo ataque en casación parte precisamente del supuesto de que el juzgador apreció materialmente la prueba y no desconoció su existencia.

Es reiterativa la censora en que con este “error” en que incurre la judicatura se demuestra el actuar doloso del Dr. FRANCISCO FUENTES MENESES, sin que se pueda soslayar que la consecuencia del error de hecho por falso juicio de existencia por omisión *“es la construcción de una realidad fáctica diferente o distinta de la que con sujeción a su exacto tenor comprobarían las pruebas ciertamente incorporadas y omitidas por el juzgador”*, y el hecho de que no se haya tomado en cuenta la totalidad del testimonio vertido por la Jefe de la Oficina de Planeación como lo exige la censora, sería tanto como afirmar que existen falsos juicios de existencia parciales o que el juzgador esté ante imperativa obligación de desentrañar los contenidos de todas y cada una de las pruebas, como lo pretende la actora.

Como corolario de lo dicho, no solo la indebida postulación sino la ausencia de trascendencia sustancial son argumentos para solicitar que no se case la sentencia por este quinto cargo.

SEXTO CARGO: *“En la valoración probatoria que hacen los Magistrados sobre el Testimonio del Curador Número Uno CARLOS ADRIÁN PARDO se incurre en el error judicial de FALSO JUICIO DE IDENTIDAD al cercenar el referido testimonio, valorando solo apartes que adicionalmente no fueron confrontados o valorados conjuntamente con la restante prueba testimonial y documental, en*

24 Fl. 25 Demanda de casación

particular en la cita que traen textualmente Los Magistrados en la decisión sobre el interés del Curador en su derecho a ser calificado y teniendo en cuenta la inminencia del vencimiento del periodo...”²⁵

Con este cargo la censora se propone demostrar que *“al cercenar la prueba testimonial de CARLOS ADRIAN PARDO, dejaron de valorar otros aspectos de relevante importancia del testimonio que los hubiera llevado a concluir con una valoración conjunta y confrontación de las otras pruebas testimoniales documentales, que la seguridad que mostraba este testigo frente a su inamovible prórroga confirmaba un compromiso del señor ALCALDE FRANCISCO FUENTES de mantenerlo en dicho cargo actuando dolosamente”²⁶*

Lo anterior solo corresponde a una posición crítica y subjetiva del acusador, que, como se dice en las instancias, no llevó elementos de convicción para demostrar el supuesto actuar doloso del señor Alcalde y acude entonces a esta vía, pero nuevamente a la simple objetividad que representa la suscripción de la resolución de prórroga tantas veces mencionada. De ese hecho objetivo desprende la responsabilidad del acusado, lo cual, como quedó visto va en contravía de lo establecido por el artículo 12 del Código Penal.

Para abundar en razones, ese testimonio del supuesto beneficiario de la investigación, debe ser valorado en conjunto con las demás pruebas practicadas en juicio como acertadamente lo hizo el Tribunal de Popayán, quien concluyó con toda certeza que *“el alcalde cuestionando no es un delincuente, decidió según su leal saber y entender, guiado por su asesor jurídico, quien era especialista en estas tareas de rendir conceptos administrativos, debido a que así lo había hecho con otros alcaldes y gobernadores”²⁷.*

Por lo anterior, 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 y basta su argumentación para entender que sigue firme esa doble presunción de legalidad y acierto que cobija su fallo.


En nuestro criterio, la sentencia del H. Tribunal es correcta y lo que aquí se anota no fue destruido con la demanda presentada por la Fiscalía General de la Nación:

“La jurisprudencia de la Corte, últimamente se torna exigente con el operador judicial, para determinar el dolo específico en el prevaricato, consistente en que se demuestre que el servidor público sepa que está obrando en contra de la ley, sea consciente que le está torciendo el cuello a la ley, y sin embargo, obre de manera arbitraria, caprichosa o irracional.

Eso no sucede aquí, ya que la interpretación llevada a cabo en la administración municipal, tiene visos de razonabilidad, por estar sustentada en valores y principios positivizados en la Constitución”²⁸.

Conforme a lo brevemente expuesto la defensa del Dr. FRANCISCO FUENTES MENESES solicita a la H. Sala de Casación Penal **NO CASAR** la sentencia objeto de ataque extraordinario.

Atentamente,



JOSE RICARDO BURGOS SALAS
C.C. 7.316.928 de Chiquinquirá
T.P. 160.059 del C. S. de la J.

25 Fl. 27 Demanda de casación

26 Fl. 29 ib ídem

27 Fl. 68 fallo de segundo nivel.

28 Fl. 64 fallo del Tribunal