



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP790-2019

Radicación n.º 45058

Acta n.º 65 (a)

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2014 por la Sala Tercera Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Antioquia, confirmatoria de la dictada el 28 de febrero del mismo año por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre, mediante la cual fue absuelto **Miguel Enrique Franco Menco** de los cargos de prevaricato por acción, en concurso homogéneo.

HECHOS

Miguel Enrique Franco Menco fue elegido alcalde de Nechí (Antioquia), para el período constitucional 2008-2011, por lo cual tomó posesión del cargo el 14 de diciembre de 2007, con efectos a partir del primero de enero de 2008. En tal calidad, el 2 de enero de 2008 **Miguel Enrique Franco Menco** expidió la Resolución 001, mediante la cual modificó el Manual Específico de Funciones y Requisitos contenido en el Decreto municipal 011 de 2004, en el sentido de eliminar el requisito de estudios mínimos exigidos para fungir como secretario de despacho (tecnólogo en áreas afines al cargo a desempeñar); establecer equivalencias no autorizadas legalmente y prever la compensación del título de tecnólogo por experiencia relacionada, contrariando lo expresamente dispuesto en los artículos 25 y 26 del Decreto Ley 785 de 2005.

Dicho acto administrativo fue expedido con el propósito de dar apariencia de legalidad al Decreto 002 de la misma fecha, mediante el cual el entonces burgomaestre nombró a Everilda Liseth Osorio Martínez como secretaria de hacienda y tesorera de Nechí, pese a que no reunía los requisitos académicos y de experiencia legalmente previstos para el ejercicio del cargo.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 5 de agosto de 2009 se llevó a cabo audiencia de

imputación ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caucasia, en la cual se atribuyó a **Miguel Enrique Franco Menco** la comisión de los delitos de prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo. La Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento, petición que fue denegada y ésta decisión se confirmó el 27 de agosto de 2009.

2. El 5 de septiembre de 2009 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía imputó a **Miguel Enrique Franco Menco** cargos como autor del delito de prevaricato por acción, en concurso homogéneo. El 9 de diciembre de dicho año adicionó la acusación, al endilgar al procesado el punible de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo.

3. El 9 de julio de 2010 se decretó la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de adición de la acusación, toda vez que en la diligencia de imputación no se había atribuido a **Franco Menco** la comisión de los delitos contra la fe pública.

4. Luego de celebradas las audiencias preparatoria y de juicio oral, se profirieron las sentencias antes descritas.

DEMANDA DE CASACIÓN

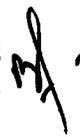
Cargo Único. Al amparo de la causal 3° del artículo 181 del

Código de Procedimiento Penal, la actora postula un cargo, en el que denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, originada tanto en falsos juicios de existencia por omisión como en falsos racionios.

Critica la postura del Tribunal en punto de la tipicidad objetiva de los delitos de prevaricato por acción, para señalar que en la sentencia no se valoraron las actas de elección y posesión de **Miguel Enrique Franco Menco** como alcalde de Nechí, para el período 2008-2011, con las cuales la Fiscalía acreditó la calidad de servidor público. Tampoco apreció los actos administrativos suscritos por el procesado, sin ninguna firma o constancia de que otra persona los hubiere proyectado, y el acta de posesión de Everilda Liseth Osorio Martínez, documentos que fueron introducidos en legal forma al debate público, evidenciándose así el falso juicio de existencia por omisión.

Aduce la recurrente que el juez plural abandonó el análisis del delito de prevaricato por acción, producto de la expedición de la Resolución 001 del 2 de enero de 2008, pues se limitó a señalar que con esta conducta lo único que quiso el enjuiciado fue legalizar la situación de algunos funcionarios del nivel directivo, planteamiento que considera violatorio del principio de no contradicción, constitutivo de falso racionio.

A continuación formula varias críticas a las consideraciones del juez ad quem sobre la carencia de dolo en el actuar del



procesado, atribuyéndole, indistintamente, falsos raciocinios y falsos juicios de existencia por omisión, así:

En relación con la apreciación de la Resolución 001 de 2008, arguye que cuando el fallador justificó el actuar de **Franco Menco** en la necesidad de emitirla para *“ajustar la falta del nivel académico de la candidata con su experiencia, para no transgredir requisito alguno y hacer las cosas bien”*, vulneró el principio de no contradicción, pues un planteamiento de esta estirpe lo que devela es el actuar doloso del procesado y no la ausencia de dicho elemento subjetivo.

Respecto de la valoración del Decreto 002 de 2008, la libelista denuncia, en primer lugar, la comisión, por parte del ad quem, de un falso raciocinio, cuando sostuvo que el concepto del asesor jurídico del entonces burgomaestre respecto de la satisfacción de los requisitos por parte de los candidatos a ocupar los cargos de dirección del municipio, descarta el dolo en el actuar del procesado, lo cual es contrario a derecho, porque eso sería tanto como admitir que cuando un tercero emite conceptos jurídicos para el ejercicio de la función pública, el funcionario asesorado queda relevado de responder penalmente por los errores en la selección del personal.

En segundo lugar, atribuye al juzgador colegiado un error de hecho en la modalidad de falso raciocinio, por violación al principio lógico de no contradicción, censura que sustenta en que en el fallo se admitió que el cargo de secretario de hacienda y

tesorero de Nechí es de nivel directivo y, por ende, para su ejercicio se exige el cumplimiento de unos requisitos mínimos, como el de ser profesional universitario en ciertas áreas afines, así como dos años de experiencia laboral en funciones propias del cargo, los cuales no fueron satisfechos por Everilda Liseth Osorio Martínez, pese a lo cual fue nombrada en dicho cargo, lo que demuestra el actuar doloso.

En tercer lugar, sostiene que el Tribunal dio por sentado que **Franco Menco** no procedió a nombrar a Everilda Liseth Osorio de primera mano o en forma directa e inmediata, sino que primero ofreció el cargo a personas diferentes de ella, lo cual no se compadece con los documentos introducidos al juicio oral (los que no fueron valorados), con los cuales la Fiscalía demostró que el acusado se posesionó como alcalde de Nechí el 14 de diciembre de 2007 (acto éste que solo tenía efectos a partir del primero de enero de 2008), en tanto que el irregular nombramiento y la posesión de la citada señora se llevaron a cabo al día siguiente (2 de enero), lo que significa que sí procedió a hacer la designación en forma inmediata, pues antes de fungir como primer mandatario de Nechí no podía emitir acto administrativo alguno.

En cuarto lugar, estima que el juzgador de segunda instancia dejó de sopesar las declaraciones de Luis Alfonso García, Cristóbal de Jesús Muentes Pastrana y Luis Eduardo Páez Hernández, con las cuales se desvirtuó el argumento defensivo, acogido sin más por el juez colegiado, consistente en que en Nechí no había profesionales idóneos que estuvieran en



capacidad de fungir como secretario de hacienda y tesorero, porque, según **Franco Menco**, “*es un municipio con una población física, intelectual y espiritualmente pobre*”, por lo cual hubo de nombrar a la señora Osorio Martínez.

Igualmente, el fallador soslayó el estudio de las hojas de vida de personas que fueron vinculadas por el mismo encausado a su gabinete, así como declaraciones que develaban el nivel académico de los testigos y su consecuente idoneidad para fungir como secretario de hacienda y tesorero.

En quinto lugar, también denuncia la comisión de un falso juicio de existencia por omisión, en cuanto el juez plural adveró que el actuar de **Miguel Enrique Franco Menco** obedeció a su “*escaso grado de formación ...*” y a su falta de experiencia en materia del ejercicio de la función pública, pues tal afirmación tiene asiento en la falta de apreciación de documentos que develan que antes de ser alcalde Nechí fue concejal del mismo municipio, por lo cual sabía y conocía el perfil del cargo de secretario de despacho y la categoría del mismo, al punto tal que hubo de expedir la Resolución 001 de 2008 para legalizar la indebida designación de Everilda Liseth.

En sexto lugar, arguye la censora que cuando el juzgador de segundo grado absolvió al procesado sosteniendo que los requisitos para ocupar el cargo de secretario de hacienda y tesorero de Nechí fueron subsanados con documentación apócrifa, incurrió en falso juicio de existencia por omisión, pues

para arribar a tal conclusión ignoró la prueba testimonial aducida al juicio oral por la Fiscalía, guiada a demostrar que fue solo cuando se inició la investigación penal, a instancias del procesado se subsanaron los requisitos para que la señora Osorio Martínez se vinculara a la administración municipal, para lo cual fueron obtenidos múltiples documentos falsos, lo que ameritó la compulsación de copias contra **Franco Menco**.

En consecuencia, afirma, no fue que Everilda Liseth Osorio Martínez indujo a error al procesado, toda vez que al momento de la emisión del decreto de nombramiento dichos documentos no existían, dado que la conducta falsaria se perpetró cuando la Fiscalía ya estaba haciendo la investigación de los delitos contra la administración pública.

En séptimo lugar, atribuye al Tribunal la comisión de un falso juicio de existencia por omisión, pues cuando éste afirmó que el procesado obró sin dolo porque en su condición de alcalde no revisaba las hojas de vida de los candidatos, tarea ésta que competía al secretario de gobierno, no tuvo en cuenta la hoja de vida de Jaime Castañeda¹, en la que consta que éste se posesionó el mismo día que Everilda Liseth, luego él no pudo examinar el currículum vitae de dicha aspirante. Ello es tan cierto, aduce, que el decreto de nombramiento no fue refrendado por el secretario de gobierno.

¹ Secretario de gobierno de Miguel Enrique Franco Menco.



Concluye que los errores antes evidenciados llevaron al juez colegiado a sustentar la sentencia absolutoria en la atipicidad subjetiva de los delitos de prevaricato por acción, a tal punto que de no haberse cometido tales delitos, la sentencia habría sido de condena.

En punto de la carencia de antijuridicidad material, invocada igualmente por el ad quem para emitir la decisión de absolución, sobre la base de que Everilda Liseth Osorio Martínez desempeñó el cargo con holgura, estima la memorialista que el fallo impugnado no tuvo en cuenta los medios suasorios conforme a los cuales la Fiscalía demostró que en el mandato de **Franco Menco** aumentó el grado de pobreza de la población de Nechí.

Remata la censora señalando que este “*tipo de sentencias dejan un sin sabor en la comunidad, de impunidad ...*”, por lo cual depreca a la Corte que la misma sea casada.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. **El recurrente.** El representante de la Fiscalía General de la Nación, delegado ante esta Corporación, manifiesta que se remite a lo consignado en la demanda de casación.

2. Los no recurrentes

2.1. **Ministerio público.** Solicita no casar la sentencia impugnada, al considerar que los argumentos de la demandante solo revelan su particular percepción, en busca de fomentar sus conclusiones y, por ende, no resultan idóneos para la demostración del yerro alegado.

Tanto en la sentencia cuestionada como en el fallo de primer grado, la valoración de los elementos no se muestra arbitraria ni ilógica, sino, por el contrario, ceñida a la Constitución y la ley. Los falladores aplicaron las reglas de la experiencia, que concatenadas con los elementos de convicción alegados, permitieron establecer la ausencia de dolo en el accionar del acusado.

La consideración del juzgador colegiado, por la cual concluye que los elementos de juicio que conforman el acervo probatorio impiden obtener certeza de la presencia del dolo en el actuar del acusado, no comporta un distanciamiento sensible de la verdad procesal, que se traduzca en un error ostensible o que genere una duda indescifrable, porque la decisión exterioriza las razones por las cuales prefiere el relato de los testigos de la defensa, por encima de los resaltados por la Fiscalía.

El dolo, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de un proceso interno, de naturaleza



mental y síquica, no es perceptible ni palpable a través de medios de prueba directos, sino que su fuente común de prueba es la indiciaria, lo cual no quiere decir que sea imposible de probar, toda vez que puede evidenciarse a través de actos externos que despliega el agente y, en general, de la suma de circunstancias que rodearon el hecho. De modo que nada impide que con los mismos elementos con los que se encuentra acreditada la subsunción del comportamiento en la norma, tipicidad, y la contrariedad del mismo con el bien que protege el legislador, antijuridicidad, también pueda inferirse, con los postulados de la sana crítica, el conocimiento y voluntad del sujeto activo en la realización de la conducta punible.

Sin embargo, en el presente caso quedó demostrado, con los testigos de la defensa, que antes de nombrar a Everilda Liseth Osorio Martínez como secretaria de hacienda y tesorera, el acusado ofreció el cargo a otras personas, quienes se excusaron de aceptarlo por diversas razones, lo cual no se desvirtúa por el hecho de que desde el primer día como alcalde el acusado hubiere efectuado la designación, ya que la experiencia indica que una vez elegido el mandatario de turno, inicia las gestiones para designar su gabinete, de manera tal que para la fecha de su posesión cuenta ya con su equipo de trabajo.

2.2. **Defensa.** Coadyuva la petición del Ministerio Público, en el sentido de que no se case la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que el cargo que soporta la demanda de casación se sustenta en la presunta infracción indirecta de la ley sustancial,

por haberse cometido falsos juicios de identidad y falso racionio.

En criterio de la defensa, las razones para desvirtuar los cargos son tres: (1) La prueba de la Fiscalía no fue ni distorsionada, ni alterada, ni omitida. (2) Los hechos con base en los cuales se profirió la sentencia absolutoria fueron debidamente probados. (3) En su argumentación ninguna de las instancias incurrió en una infracción visible de las reglas de la sana crítica.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De manera reiterada ha dicho esta Corporación que una vez admitida la demanda no hay lugar a desestimarla aduciendo razones relativas a la inobservancia de los presupuestos lógicos y de debida argumentación de que adolezca, siendo lo procedente dar respuesta de fondo a los problemas jurídicos planteados en el escrito.

Ahora, el examen de la demanda se hará en el orden en que la Corte estime más conveniente para la mejor comprensión de la decisión, esto es, sin responder consecutivamente a cada uno de los reproches planteados en la demanda, de modo que el lugar de los mismos en el libelo no determinará el orden de la exposición y las conclusiones de la presente sentencia, en la cual se examinará en detalle la apreciación probatoria del fallo impugnado en casación y se verá si es o no conforme a la ley.

Estará claro siempre, como es obvio, que el juzgador cuenta con soberanía probatoria y que, en esa medida, la única posibilidad de dejar sin efecto la decisión recurrida extraordinariamente está vinculada al hallazgo de errores de hecho o de derecho trascendentes.

2. En el asunto sub judice, la Corte casará la sentencia impugnada, atendiendo los argumentos expuestos en la demanda, en punto de la ausencia del elemento subjetivo en el actuar de **Miguel Enrique Franco Menco**, pues no le asiste razón a la censora en lo que concierne al presunto descuido del Tribunal respecto del análisis del tipo objetivo de los delitos de prevaricato por acción que le fueron imputados al acusado.

2.1. Violación indirecta de la ley sustancial, originada en falso juicio de existencia por omisión de la prueba que devela la tipicidad objetiva de los delitos de prevaricato por acción.

Aduce la actora que el Tribunal incurrió en falso juicio de existencia por omisión, por cuanto, en su sentir, no valoró los documentos con los cuales la Fiscalía acreditó que **Miguel Enrique Franco Menco** fungió como burgomaestre de Nechí, en el período constitucional 2008-2011, así como la Resolución 001 y el Decreto Municipal 002, ambos del 2 de enero de 2008.

Sobre el particular no acierta la libelista, pues contrario a su planteamiento, la Corte advierte que el juzgador de segundo

grado señaló que **Miguel Enrique Franco Menco** fungió como alcalde de Nechí en el período constitucional 2008-2011², conclusión a la que arribó tras apreciar las actas de elección y posesión, introducidas legalmente al proceso.

Igualmente, a lo largo del fallo confutado el juez colegiado hizo expresa mención a la expedición, por parte de **Miguel Enrique Franco Menco**, de la Resolución 001 y el Decreto 002, ambos de 2008, y a que dichos actos administrativos son manifiestamente contrarios a derecho, acogiendo para ello la postura del juez primary, cuando señaló que en este caso las conductas delictivas se encuentran descritas de manera clara, precisa e inequívoca, providencia que, para los efectos de este recurso, debe considerarse integrada con el fallo atacado, al haber sido confirmada en su integridad por el Tribunal.

Fue por ello que en su disertación el Tribunal no abordó el estudio de la tipicidad objetiva de los delitos de prevaricato por acción, sino que se enfocó en el análisis del elemento subjetivo del tipo penal, para determinar si compartía o no los argumentos que sustentaron el fallo de primera instancia.

Ahora bien, no huelga señalar que acertaron los jueces de instancia cuando, acogiendo los fundamentos ampliamente expuestos por la Fiscalía tanto en la acusación como en el alegato

² Por ejemplo, folios 2 y 16 de la sentencia, entre otros.

de cierre, llegaron a la conclusión de que aquí se configuraron, desde el punto de vista objetivo, los delitos de prevaricato por acción atribuidos a **Miguel Enrique Franco Menco**³.

Para el caso de la Resolución 001, del 2 de enero de 2008, “[p]or la cual se establecen las equivalencias para el cumplimiento de los requisitos fijados por el Manual de Funciones del Municipio de Nechí para el desempeño de **cargos del nivel directivo**” (se resalta), en la que luego de transcribir algunos apartes del artículo 25 y la totalidad del artículo 26, ambos del Decreto Legislativo 785 de 2005⁴, el procesado dispuso:

“Artículo primero. Para efectos de establecer las equivalencias en el cumplimiento de lo establecido (sic) en el Manual Específico de Funciones y Requisitos aprobado mediante el Decreto 011 de 2004 y hasta tanto se actualice dicho Manual, el Municipio incorpora al mencionado manual las equivalencias entre estudios y experiencia contempladas para el **nivel Directivo**, así.

(...)

5. Título de formación (sic) tecnológica o de formación (sic) técnica profesional, por un año de experiencia relacionada, siempre y cuando se acredite la terminación y la aprobación de los estudios en la respectiva modalidad.

6. Tres (3) años de experiencia relacionada por título de formación tecnológica o de formación técnica profesional adicional al inicialmente exigido, y viceversa” (subrayas fuera de texto).

³ Folios 17 de la sentencia de primer grado y 14 de la sentencia del Tribunal.

⁴ Proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 53 de la Ley 909 de 2004, conforme al numeral 10° del artículo 150 de la Constitución Política, citado como fuente normativa de la Resolución 001 de 2008.

De la simple comparación del texto del acto administrativo parcialmente transcrito con el artículo 25 del Decreto Ley 785 de 2005, “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”, se advierte que son abiertamente opuestos, así:

*“Equivalencias entre estudios y experiencia. **Las autoridades territoriales competentes, al establecer el manual específico de funciones y de requisitos, no podrán disminuir los requisitos mínimos de estudios y de experiencia**, ni exceder los máximos señalados para cada nivel jerárquico. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias:*

25.1 Para los empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional:

25.1.1 El título de posgrado en la modalidad de **especialización** por:

25.1.1.1 Dos (2) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional, o

25.1.1.2 Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, o

25.1.1.3 Terminación y aprobación de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y un (1) año de experiencia profesional.



25.1.2 El título de posgrado en la modalidad de **maestría** por:

25.1.2.1 Tres (3) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional, o

25.1.2.2 Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, o

25.1.2.3 Terminación y aprobación de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y un (1) año de experiencia profesional.

25.1.3 El título de posgrado en la modalidad de **doctorado** o **posdoctorado**, por:

25.1.3.1 Cuatro (4) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional, o

25.1.3.2 Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, o

25.1.3.3 Terminación y aprobación de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y dos (2) años de experiencia profesional.

25.1.4 Tres (3) años de experiencia profesional por título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo ..." (negrillas fuera de texto)

Igualmente, el texto de la Resolución 001 de 2008 se opone, de bulto, a lo dispuesto por el legislador extraordinario en el

artículo 26 ibídem⁵: “**Prohibición de compensar requisitos**. Cuando para el desempeño de un empleo se exija una profesión, arte u oficio debidamente reglamentado, los grados, títulos, licencias, matrículas o autorizaciones previstas en las normas sobre la materia no podrán ser compensados por experiencia u otras calidades, salvo cuando la ley así lo establezca”.

De los preceptos reproducidos emerge, sin dificultad alguna:

(i). En ejercicio de la facultad conferida a las autoridades territoriales (entre ellas los alcaldes), consistente en establecer, en los manuales específicos de funciones y requisitos, las equivalencias entre estudios y experiencia, éstos *no pueden disminuir* los requisitos mínimos legalmente exigidos.

(ii) Tratándose de personal **directivo**⁶, asesor y profesional, los mandatarios territoriales solo están autorizados para establecer equivalencias cuando el requisito exigido es el título de posgrado en las modalidades de especialización, maestría, doctorado o postdoctorado, no ocurriendo lo mismo cuando el **único** requerido es el de profesional o el de tecnólogo (según la categoría del municipio), para los cuales la norma no prevé ninguna equivalencia. Ello, precisamente, porque éste es el requisito académico “*mínimo*” que debe acreditar el aspirante para ejercer un cargo en cualquiera de dichos niveles.

⁵ Recuérdese que su texto se transcribió en el acto administrativo examinado.

⁶ Caso que nos ocupa.

(iii) Para el ejercicio de un cargo en el que se exija un título para acreditar una profesión, arte u oficio, que estén debidamente reglamentados, el título respectivo no puede compensarse por experiencia u otras calidades, salvo cuando la ley así lo establezca, sin que en este caso se haya previsto alguna excepción legal.

(iv) Los requisitos anteriormente mencionados no pueden ser disminuidos por ningún mandatario municipal al expedir o modificar el manual específico de funciones y requisitos, como lo dispone el artículo 25 del referido Decreto Ley 785, ni compensados con experiencia laboral (artículo 26 ejusdem), por tratarse de los requerimientos “*mínimos*” exigidos por el legislador para el desempeño de un cargo del nivel directivo en un municipio de sexta categoría.

En el marco precedente y como quiera que Nechí está clasificado como un municipio de sexta categoría⁷, los requisitos mínimos exigidos para desempeñar cargos directivos⁸ son: título profesional o título de **tecnólogo** en áreas afines al cargo a

7. De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 617 de 2000, en la sexta categoría se clasifican los municipios más pequeños del país, entre los cuales está Nechí. En este sentido, véanse también testimonios de Luis Albeiro López Tapias, Luis Manuel Escobar Puche, Edwin del Cristo Madera Rodelo, Cristóbal de Jesús Muentes Pastrana y **Miguel Franco Menco**, quien tenía claridad sobre la categoría del municipio que gobernaba.

⁸ Grado en el que se encuentran los secretarios de despacho, según artículos 3°, 4-1, 11 y 16 del Decreto Ley 785.

ocupar y experiencia *profesional*⁹ o *docente*¹⁰ (artículos 11, inciso séptimo, y 13, numerales 13.2.1., 13.2.1.1. y 13.2.1.2 del Decreto Ley 785 de 2005¹¹), los cuales no pueden ser disminuidos mediante acto administrativo.

En el caso concreto, al emitir la Resolución 001 de 2008 el alcalde de Nechí eliminó el requisito de estudios mínimo exigido para fungir como secretario de despacho (esto es, tecnólogo en áreas afines al cargo a desempeñar) y el de experiencia (profesional o docente), lo que estaba expresamente prohibido; estableció equivalencias no autorizadas en la ley y previó la compensación del título de tecnólogo por experiencia relacionada, cuando la ley también lo prohibía de manera explícita, por lo cual dicho acto administrativo es manifiestamente contrario a derecho.

Otro tanto ocurre con el Decreto 002, del 2 de enero de 2008, proferido por **Miguel Enrique Franco Menco**, el cual, como lo consideraron los juzgadores de instancia, es abiertamente contrario a las normas que rigen la función pública.

Basta examinar la hoja de vida contenida en los formatos

⁹ Definida en el artículo 11 del citado Decreto 785 de 2005 como “..la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo”.

¹⁰ Es la adquirida en el ejercicio de las actividades de divulgación del conocimiento obtenida en instituciones educativas debidamente reconocidas” (ibidem).

¹¹ Citado por el procesado en el acto administrativo examinado, lo que demuestra su conocimiento de la norma.

Minerva y de la Función Pública¹², presentados por Osorio Martínez tanto al momento de aspirar al cargo como al tomar posesión del mismo (respectivamente), los cuales dan cuenta de que para el 2 de enero de 2008 su formación académica era la de “**bachiller técnica agropecuaria**”¹³ y su experiencia (no documentada)¹⁴ se contraía a “*la atención del cliente, realización de inventario y manejo de la caja*” en el Granero la Gran Esquina de Caucasia, en donde dijo haber laborado durante **un año** (de febrero de 2003 a febrero 2004).

Por tanto, como lo concluyó el Tribunal¹⁵, para la fecha en que Osorio Martínez fue nombrada, no había obtenido título profesional en economía, contaduría pública, administración, finanzas, administración financiera o ingeniería financiera, ni el de tecnóloga en disciplinas afines y tampoco demostró tener experiencia profesional, ni docente, ni relacionada ni laboral, luego no se hallaba en alguna de las hipótesis normativas previstas en los artículos 11, inciso 7°, y 13, numeral 13.2.1.2., del Decreto Ley 785 de 2005, por lo cual no podía ser designada como secretaria de hacienda y tesorera de Nechí.

¹² Documentos aportados por los testigos Luis Albeiro López Tapias y Luis Alfonso García Medina.

¹³ Pese a que en el acta de posesión de la señora Osorio Martínez, introducida al juicio oral por el investigador, visible a folio 13 de la carpeta, no se hace expresa mención al documento con el cual la designada demostró sus estudios de bachillerato, allí se dice expresamente que allegó la “*fotocopia de certificados de estudios*”, lo que corroboraría la información consignada en la hoja de vida en tal sentido.

¹⁴ Según el acta de posesión en cita, la señora Osorio Martínez no demostró experiencia, pues no aportó una certificación en la que pudiera verificarse que trabajó en el granero “*La Gran Esquina*”.

¹⁵ Folios 14, 16 y 20 del fallo impugnado.

En todo caso, tampoco cumplía los requisitos señalados en los numerales 4°, 5° y 6° de la Resolución 001 de 2008, expedida por **Miguel Enrique Franco Menco**, toda vez que no acreditó tres años de experiencia profesional (numeral 4°), ni título de formación tecnológica o de formación técnica profesional, ni la terminación y aprobación de estudios en alguna de estas modalidades, ni un año de experiencia relacionada¹⁶ (numeral 5°) y menos aún tres (3) años de este tipo de experiencia (numeral 6°), y ni siquiera experiencia laboral, pues, se insiste, apenas sí relacionó en su hoja de vida que había laborado durante un año en un granero, realizando inventario y atendiendo a los clientes¹⁷, sin que aportara ante la alcaldía, el día de su posesión, la respectiva documentación demostrativa de tal hecho.

De otra parte, si bien es cierto que en el curso de las pesquisas, la alcaldía de Nechí entregó al investigador Luis Albeiro López Tapias, copia de un formato único de hoja de vida de la función pública de Everilda Liseth Osorio Martínez, con los respectivos soportes¹⁸, en los que se lee que en 2003 obtuvo el título de tecnóloga en administración de empresas y que se desempeñó como asistente en el área financiera, en la Empresa FRM Asesores, no lo es menos que dicha documentación resultó espuria, motivo por el cual la mencionada señora fue imputada y

¹⁶ Definida en el inciso cuarto del artículo 11 del Decreto 785 de 2005, como "la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio".

¹⁷ Hoja de vida de Everilda Liseth, presentada al momento de posesionarse, introducida por López Tapias, visible a folio 357 de la carpeta.

¹⁸ Introducidos al debate público por el referido testigo.

se allanó a cargos por la comisión de varios delitos contra la fe pública¹⁹.

2.2. Violación indirecta de la ley sustancial, por errores de hecho en la modalidad de falsos raciocinios (por violaciones del principio de no contradicción), y falsos juicios de existencia por omisión, en las consideraciones que llevaron al Tribunal a concluir la atipicidad subjetiva.

Con el propósito de determinar si el Tribunal Superior de Antioquia, en su Sala Tercera Penal de Descongestión, incurrió en los trascendentales yerros en la valoración probatoria que le atribuye la accionante, al sustentar el fallo absolutorio en la ausencia de tipicidad subjetiva, impera plasmar las motivaciones del juzgador, de cara a cada uno de los actos administrativos cuestionados.

2.2.1. En cuanto a la expedición de la Resolución 001 del 2 de enero de 2008, el Tribunal sentó la carencia de dolo en el siguiente planteamiento:

2.2.1.1. *“Ante el escaso grado de formación profesional del alcalde, que no era abogado, y debidamente conceptuado por su asesor jurídico como procedente el nombramiento de la aspirante al cargo de secretaria de hacienda y tesorera sin los requisitos legales, hubo entonces de ajustar la*

¹⁹ Como lo aceptaron los jueces de instancia

falta de nivel académico de la candidata al cargo con su experiencia, procediendo a expedir la Resolución N° 001 de enero de 2008, precisamente ante el afán de no transgredir requisito alguno y en procura de hacer las cosas bien, de donde se concluye, la conducta del alcalde deja de ser dolosa y tan solo podría ventilarse en el grado de culpa, no pudiéndose configurar en ella el prevaricato por acción ante su disposición dolosa”.

Frente a tal postura, la censora acusa al Tribunal de incurrir en falso raciocinio por violación al principio de no contradicción, en la medida en que, afirma, si el juzgador aceptó que la Resolución 001 de 2008 fue expedida para “ajustar la falta de nivel académico de la candidata al cargo con su experiencia”, ello conduce a concluir que actuó con dolo y no a pregonar la ausencia del mismo.

Asiste razón a la actora en su reparo, pues si, como lo adujo el Tribunal, quedó demostrado que el procesado confeccionó la Resolución 001, del 2 de enero de 2008,²⁰ a la medida de las circunstancias de su candidata, *ajustando la carencia de estudios a la presunta experiencia*, ello lo que significa es que sabía y tenía claro, por una parte, que para fungir como secretario de despacho el aspirante debía cumplir unos requisitos mínimos fijados en la ley y en el manual específico de funciones y requisitos del municipio, y por la otra, que Everilda Liseth Osorio no cumplía el perfil. Empero, como ya había tomado la decisión de nombrarla, necesitaba expedir una norma a su medida, sin importarle que con ella desconociera el orden jurídico al cual debía estricta

²⁰ Manual Específico de Funciones y Requisitos de Nechí

obediencia, lo que evidencia su conocimiento de los hechos y su voluntad de realizarlos (elementos constitutivos del dolo, según el artículo 22 del Código Penal).

2.2.1.2. Como lo arguye la recurrente, al mismo tiempo que el Tribunal admite que **Miguel Enrique Franco Menco** tenía afán de ajustar la situación particular de Everilda Liseth a una norma del nivel municipal y que con tal propósito expidió el acto administrativo cuestionado, predica la ausencia de dolo sobre la base del *“escaso grado de formación profesional del alcalde, que no era abogado, y debidamente conceptuado por su asesor jurídico ...”*, incurriendo en falso raciocinio por desconocimiento del principio lógico de razón suficiente, toda vez que asumió de manera injustificada que los profesionales de áreas distintas al derecho tienen un *“escaso grado de formación profesional”*, el cual, en su sentir, solamente puede predicarse de los abogados, sin que precise la razón de tal inferencia.

Igualmente, dejó de apreciar la hoja de vida del procesado²¹, así como los testimonios de Eduardo Enrique Páez Hernández, Jaime David Castañeda Tapias, Rodrigo Benavides Castillo y **Miguel Enrique Franco Menco**, con los cuales la Fiscalía demostró las altas calidades profesionales e intelectuales de este último, a saber:

- Es ingeniero civil, egresado de la Universidad Nacional,

²¹ Legalmente aducida al debate público por el investigador de la Fiscalía.

profesión que ejerció con éxito desde 1983²²;

- Hizo estudios de posgrado (tras haberse ganado una beca²³), en mecánica del suelo y geotecnia en la Universidad Politécnica de Madrid (España), país en el que también realizó los cursos: (i) internacional de carreteras para postgraduados e, (ii) internacional de hidrología en el Centro de Experimentaciones del Ministerio de Obras Públicas de dicho país²⁴, lo que significa que es un hombre muy preparado académicamente.

- Antes de ser elegido alcalde de Nechí desempeñó varios cargos en los sectores privado y público, algunos de ellos de alto nivel, como son: asesorías internacionales en España, ingeniero de diseño en la empresa ACP Ltda., ingeniero de diseño, en la empresa Pedestal Ltda., Gerente de Construcción de Celumóvil - hoy Movistar-, profesor del Colegio de la Universidad Autónoma Latinoamericana en Colombia²⁵, asesor del Metro de Medellín²⁶, Subsecretario de Obras Públicas de Antioquia²⁷, Jefe de la Sección de Planeación y Control de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Antioquia -ACUANTIOQUIA²⁸- y asesor del Ministro de Comunicaciones²⁹.

²² Hoja de vida del acusado, obtenida por Luis Albeiro López Tapias e introducida por éste al juicio oral y testimonios de Rodrigo Benavides Castillo y Miguel Franco Menco.

²³ Declaración de **Franco Menco**.

²⁴ Testimonios de López Tapias y Franco Menco.

²⁵ Testimonio de Franco Menco, corroborado con la hoja de vida introducida al proceso por Luis Albeiro López Tapias.

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Nombrado mediante Decreto departamental N° 3326, del 24 de agosto de 1989.

²⁸ Hoja de vida de Franco Menco.

²⁹ Testimonio de Franco Menco.

El currículum brevemente resumido demuestra que el encausado es un destacado profesional, lo que le ha permitido tener una vasta trayectoria, incluso en el ejercicio de cargos públicos de alto nivel, a tal punto que, según los testigos Páez Hernández, Castañeda Tapias y Benavides Castillo³⁰, antes citados, era un referente intelectual para la sociedad nechiana.

No sobra señalar que el fallador cercenó el testimonio de Jorge Luis Contreras Torres, secretario de planeación de Nechí durante la administración del procesado³¹, quien sostuvo que éste *“traía un conocimiento más amplio de la administración pública, y eso le ayudó al municipio a tener un cambio muy rotundo y uno se daba cuenta en la gestión ...”* (se resalta), de donde se colige que cuando se posesionó como alcalde de Nechí **Franco Menco** no era un neófito en temas de administración pública, como se pregona en el fallo.

2.2.1.3. La consideración de que en este caso el concepto del asesor jurídico descarta el dolo en el actuar del procesado, tiene asiento en un falso juicio de identidad por cercenamiento del testimonio de **Miguel Enrique Franco Menco**, quien pese a realizar una amplia disertación sobre diferentes temas, incluso jurídicos³², jamás hizo mención a la complejidad que le habría

³⁰ Los dos últimos convocados por la defensa.

³¹ Convocado como testigo de la defensa

³² Como el referente a la interpretación de la Ley 617 de 2000, “por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

representado, en su condición de ingeniero civil, el entendimiento de los artículos 25 y 26 del Decreto Ley 785 de 2005 (invocados en la Resolución 001 de 2008), como tampoco que tales normas ofrecían para él diversas interpretaciones, por lo cual no le quedó otro remedio que acoger, sin más, el concepto de su asesor jurídico.

Contrario sensu, al ser inquirido por su defensor de confianza acerca de la forma y circunstancias en las cuales se gestó y emitió la reforma al Manual Específico de Funciones y Requisitos de Nechí (mediante el citado acto administrativo), puso de presente la existencia de un acuerdo previo con su asesor de cabecera, el abogado Rodrigo Benavides Castillo³³, para “montar” con el fin de “convalidar” un nombramiento. Sobre el particular sostuvo el señor **Franco Menco**:

*“Bueno, yo, con todo respeto, quiero aclarar algo que viene ocurriendo con los hechos aquí en discusión y en, y en tela de juicio por parte de mi actuar administrativo. Es que donde yo, cuando yo tengo conciencia recordatoria de la resolución es cuando la Fiscalía hace anuncio de esto aquí y para mí es un hecho sorprendente, sorprendente por la aseveración de la Fiscalía con respecto al poco fundamento o a la falta de fundamento jurídico de ese hecho y, es una cosa que con todo respeto yo tengo que decir, eso tiene una fuente, la fuente es quien **armó el procedimiento** o formuló la resolución y más allá, para sorpresa mía, vemos que la resolución la cuestionan por el nombramiento de Liseth y **yo recuerdo y en conversaciones así se ha ratificado con el Dr. Rodrigo, es que la resolución él la monta para convalidar el***

³³ Recuérdese que el doctor Rodrigo Benavides Castillo, quien dijo ser un abogado con amplia trayectoria profesional y vasto conocimiento en las áreas de derecho **penal, administrativo y laboral**, entre otras, donde le fue “profesionalmente **muy bien**”, lo que permite considerar que era conocedor de un tema tan elemental como el de los requisitos para fungir como servidor público, manifestó que conoce al procesado **Miguel Enrique Franco Menco** “desde el momento que la comadre Sixta lo tenía en su vientre, desde que él nació lo conozco, lo vi crecer... lo vi estudiar en la escuela urbana... en sus estudios secundarios posteriormente y luego como profesional y siempre la relación con él ha sido muy estrecha... con él y su familia, los conozco desde el tiempo bastante atrás”. Por tanto, ningún interés personal podía tener en prestarle una indebida asesoría.

nombramiento de Liseth Osorio, según lo que él me decía, me decía, Miguel, es que yo a Liseth no le vi ningún problema en el nombramiento, **el tema que había que apadrinar era el de Jaime Castañeda y se fundamentó en la resolución**, es una cosa que, pero para mí es una sorpresa casi que desagradable". Remata su respuesta afirmando: "... **yo no quiero ahondar porque el que habla mucho de pronto termina diciendo cosas que no debe decir**" (resalta la Sala).

Como la respuesta dada por el procesado no fue suficientemente clara, en el sentido de establecer si la resolución fue "montada" para "convalidar" o no el nombramiento de Osorio Martínez, o lo fue para el de Jaime Castañeda, la defensa volvió a interrogarlo sobre el particular, ante lo cual reiteró la postura anterior, al contestar:

"Sí doctor y por eso digo yo que para mí es una, una, una, una sorpresa desagradable, porque uno dice, no quiero cuestionar a nadie, porque yo cuando he, he hecho diseños y cálculos estructurales, de infraestructura, si me los muestran a los 8 o 10 años yo los diseño diferente porque el código se ha reformado, porque hay otros criterios de los análisis que hacen los institutos tecnológicos como Massachusetts, como Imperial College, o la misma Universidad de Harvard, entoes (sic) uno se está como alimentando de todo eso que están haciendo los, los gurú de la investigación y trata uno de mejorar su diseño, pero, pero ya cuando uno encuentra cosas tan taxativas, donde es que uno no tiene ningún peso jurídico, uno dice, bueno y entonces, cuál es, la, la, seguridad que yo tengo firmando una cosa que, que presenta dualidades, **o sea, se armó pa'** (sic) una cosa y pa' (sic) esto estaba bien, pero pa' (sic) esto estaba mal, no sé si de pronto soy claro en el concepto y yo hago esa, esa, ese análisis porque yo soy una persona pragmática en la ciencia" (resalta la Sala).

Como se advierte, en esta nueva oportunidad dada por la defensa el procesado no hizo alusión a su falta de comprensión del alcance de las normas legales invocadas en la resolución, sino a que previo acuerdo con su asesor jurídico, la *montaron* para

forzar el ingreso de Jaime Castañeda (quien tampoco cumplía los requisitos legales para desempeñarse como secretario de gobierno), y no el de Everilda Liseth, lo cual no tiene ninguna incidencia en la configuración del tipo subjetivo del prevaricato por acción, porque es igual proferir una decisión manifiestamente contraria a derecho para forzar el ingreso a la función pública de uno o de otra.

Expresado en otro giro, el encargo dado por el acusado al profesional del derecho lo fue para que le confeccionara una norma a su capricho y necesidades, así eso conllevara el total y abierto menosprecio de los principios y reglas que rigen la función pública, entre ellos, el de acceso al servicio público por méritos y el de la profesionalización de todos los servidores del Estado, sobre cuya observancia ninguna instrucción impartió.

Por otra parte, dada la meridiana claridad de los artículos 25 y 26 del Decreto Ley 785 de 2005, para su aplicación el señor **Franco Menco** no requería de especiales conocimientos de administración pública y, menos aún, del manejo de intrincadas reglas de hermenéutica jurídica, pues su texto no genera diversas interpretaciones ni fuertes controversias jurídicas. Es tal la especificidad y claridad de dicha norma, que su contenido literal no requiere ningún tipo de interpretación, menos aún para el procesado, quien, como se vio, es un competente y destacado profesional, con estudios de posgrado en el extranjero, al que, por tal motivo, le quedaba muy fácil entender los grados de educación superior a los que allí se hace alusión (posgrado, posdoctorado,

doctorado, maestría, especialización, tecnólogo, técnico), así como el significado de las palabras “no”, “podrán”, “disminuir”, “mínimo”, “máximo”, “estudio”, “título”, “adicional”, “terminación”, “aprobación”, “experiencia”, “laboral”, “profesión”, “arte”, “oficio”, contenidos en tales preceptos legales.

En el contexto precedente, para cualquier persona, incluso para un lego en temas jurídicos, le era fácil comprender que si la norma exige que para fungir como secretario de despacho de un municipio de sexta categoría, como Nechí, el candidato debe demostrar, como *mínimo*, el título de tecnólogo en materias afines con las profesiones de economía, contaduría pública, administración y finanzas, administración financiera o ingeniería financiera, en ningún escenario puede prescindirse de dicho requisito.

El mismo examen procede respecto de las equivalencias introducidas en el acto administrativo prevaricador, pues el artículo 25 del Decreto 785 de 2005 señala, también de manera sencilla, clara y expresa, las equivalencias permitidas, esto es, que solo proceden en tratándose de títulos de posgrado en las modalidades de especialización, maestría, doctorado o postdoctorado, pero no cuando se trata del título profesional y menos aún el de tecnólogo, porque estos son los requisitos “*mínimos*” a exigir para desempeñar un cargo del nivel directivo, aspecto que podía ser advertido por cualquier persona con mediana capacidad intelectual, mucho más por el enjuiciado, dado su alto nivel intelectual.

En consecuencia, con la simple comparación de los artículos 25 y 26 en cita, con la propuesta presentada por el abogado Benavides Castillo, el procesado estaba en capacidad de constatar, sin ninguna dificultad, que su texto se distanciaba por completo de aquéllos, de modo que lo obvio es que procediera a objetar el proyecto y pedir que se elaborara uno que se ajustara al orden jurídico.

Así las cosas, el incumplimiento voluntario del deber funcional denota la existencia de dolo en el actuar del acusado, quien deliberadamente abandonó el cumplimiento de sus funciones al expedir un acto administrativo con el único propósito de permitir el acceso al servicio público de personas que no cumplían ninguno de los requisitos legales para fungir como secretarios de despacho.

2.2.1.4. La consideración del juzgador *ad quem*, según la cual el propósito de **Franco Menco** al expedir la cuestionada Resolución 001 era el "*de no transgredir requisito alguno*", riñe con el principio de no contradicción, estructurándose de este modo un error de hecho en la modalidad de falso raciocinio, pues si, como se dice en el fallo, esa hubiera sido la finalidad del procesado, lo obvio es que designara como secretaria de hacienda y tesorera a una persona que reuniera a cabalidad la totalidad de los requisitos legalmente previstos (estudios y experiencia), en lugar de proferir dicho acto administrativo para allanar el camino de

quien no los cumplía, como es el caso de Everilda Liseth Osorio Martínez, entre otros.

2.2.1.5. La premisa según la cual el propósito del enjuiciado fue el de “*hacer las cosas bien*”, también desconoce el principio de no contradicción, en la medida en que no puede afirmarse válidamente que en un estado de derecho, como el colombiano, un funcionario público que emite un acto administrativo abiertamente contrario a la Constitución y a la ley actúa conforme a derecho.

Los artículos 6° y 123 de la Constitución Política disponen, en su orden, que todos los servidores públicos, sin excepción alguna, son responsables por infringir la Constitución y la ley, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y que están al servicio de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, en la ley y en el reglamento, lo que significa “***que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a los funcionarios actuar si no es con fundamento en la Carta Política y en la ley. De allí que, actuar de conformidad con la Constitución y la ley es un mandato vinculante para todos los servidores públicos. Ahora bien, la remisión a la Constitución y a la ley significa derecho positivo, es decir, se incluyen los reglamentos, en los términos del artículo 123 Superior***” (C.C. Sent. C-335 de 2008, subraya y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, solo del funcionario público que ciñe su conducta de manera estricta al ordenamiento jurídico puede predicarse que “*hace las cosas bien*”, de donde resulta absurdo



sostener lo contrario.

Dicha postura del fallador de segundo grado conlleva a sostener que los servidores públicos con funciones de nominación no están sometidos a las normas Superiores antes citada, o que por algún sortilegio están habilitados para modificar, a su acomodo y según sus intereses particulares, los manuales específicos de funciones y requisitos de las entidades que regentan, dejando de lado los principios y reglas que rigen la función pública, entre ellos el de acceso al servicio público por méritos y el de la profesionalización de todos los servidores del Estado, normas éstas que son de orden público y de imperativo cumplimiento. Permite afirmar, igualmente, que se ajusta a derecho el comportamiento de quien contraría groseramente el ordenamiento jurídico cuando existe una relación medial entre dos decisiones.

Los yerros develados en precedencia llevaron al Tribunal a concluir equivocadamente que el procesado obró culposamente, *“no pudiéndose configurar ... el prevaricato por acción, ante su disposición eminentemente dolosa”*, cuando, como se vio, está plenamente demostrado el dolo en su actuar.

Corolario de lo expuesto, en este caso se logró desvirtuar la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo de segundo grado en lo que respecta al delito examinado, motivo suficiente para casar la sentencia absolutoria impugnada y dictar, en su remplazo, el respectivo fallo de condena, en lo que respecta al



delito de prevaricato por acción materializado en la expedición de la Resolución 001 de 2008.

2.2.2. También respecto del Decreto 002 del 2 de enero de 2008, el Tribunal acogió como propios los planteamientos del juez a quo³⁴ en punto de la carencia de dolo en el actuar de **Miguel Enrique Franco Menco**, cuando nombró a Everilda Liseth Osorio Martínez como secretaria de hacienda y tesorera y a partir de allí formuló las siguientes consideraciones, que serán examinadas una a una a partir de las críticas formuladas por la demandante.

(i) *“Conforme a la realidad fáctica, que fuera claramente ilustrada por la judicatura primaria, para el cargo de Secretario de Hacienda y Tesorero del Municipio de Nechí, cargo considerado del nivel Directivo, se exigen unos requisitos mínimos como profesional universitario en ciertas áreas afines, así como dos años de experiencia laboral en funciones propias del cargo a desempeñar.*

Y si bien, como lo afirma el ente acusador, MIGUEL ENRIQUE FRANCO MENCO conocía con anterioridad a su nombramiento a Everilda Liseth Osorio Martínez, pues según se establece en juicio le colaboró en su campaña a la alcaldía, nunca procedió de primera mano o en forma directa a nombrarla ...”

(ii) *“... el acusado no realizaba ninguna actuación sin contar con la actuación de su asesor jurídico”, por tanto, “... ante la situación en la que se encontraba el alcalde del municipio de Nechí, se ve necesariamente compelido*

³⁴ Como antes de dijera, dicho fallo se considera integrado con el atacado, al haber sido confirmado en su integridad por el Tribunal.

en (sic) consultar con su asesor jurídico, Rodrigo Benavides Castillo, la designación del cargo de su Secretaria de Hacienda y Tesorera para el municipio. Y si bien Benavides Castillo no se encontraba posesionado como tal para el dos de enero de 2008, siendo que su contrato fue legalizado en febrero del mismo año, sin embargo atendía como asesor jurídico desde que se inició la administración de MIGUEL ENRIQUE FRANCO MENCO ...”.

Añade que “ha sido resaltado durante el desarrollo del juicio oral, por parte del anterior asesor jurídico Rodrigo Benavides Castillo y quien lo asistiera como tal en los años siguientes, 2009 y 2010, el igualmente abogado Miguel Ángel Peláez Henao, que FRANCO MENCO que como alcalde del municipio de Nechí, de manera constante y reiterada les llamaba permanentemente para solicitarles el consejo, asesoría o resolución de sus tareas a desarrollar, pues no siendo abogado y teniendo escaso conocimiento en cuestiones administrativas, ninguna determinación era tomada sin la consulta previa de su asesor”.

(iii) “... la falta de los requisitos de la señora Everilda Liseth Osorio Martínez hubo de ser subsanada con la falsificación de documentos de su nivel académico requerido para el cargo”, sin que al acusado se le imputara el delito contra la fe pública.

*(iv). **Miguel Enrique Franco Menco** “nunca procedió de primera mano o en forma directa e inmediata a nombrarla. El cargo de Secretario de Hacienda y Tesorero del municipio le fue ofrecido por el ahora procesado, y de manera primara, a los señores Héctor Rivera Ramírez, Gloria María Agudelo, Yesenia María Menco Menco y Luis Alberto Regino, quienes se excusaron de otra forma por tener ocupaciones disímiles”.*

(v). “... el ahora procesado no tenía afán ni interés alguno en nombrar

a determinada persona, siendo entonces que ante la negativa de aceptación al cargo (sic) por parte de Moisés Benavides Rivera, le recomienda entonces que nombrara a aquélla en atención a que la conocía como persona idónea, leal, trabajadora y con muchos valores éticos y morales.

De acuerdo al anterior acervo testimonial, para esta colegiatura desaparecen los intereses personales –por amistad o simpatía- o políticos –por conveniencia o acuerdo previo-, así como la voluntad en el agente, de trasgredir la ley penal y concretamente cometer el delito de prevaricato por acción, pues aparece ostensible su claro ofrecimiento a varias personas, no observándose una postura determinada respecto de un candidato en especial”

(vi) “Conforme lo manifiesta Jorge Luis Contreras Torres, Secretario de Planeación y Obras Públicas, ... las hojas de vida eran entregadas al Secretario de Gobierno, quien hacía las veces de jefe de personal en el municipio, siendo que el alcalde no tenía porqué revisarlas directamente, lo cual competía al Secretario de Gobierno y al Asesor Jurídico, en atención a que el alcalde apunta a desempeñar tareas no operativas, sino de mayor envergadura”.

*(vii) “... el comportamiento del funcionario, procesado MIGUEL ENRIQUE FRANCO MENCO lo encuentra esta Colegiatura acompañado de razones justificatorias (sic) de su actuar en el **nombramiento sin el cabal cumplimiento de los requisitos**, en atención a que, conforme a criterio de nuestro máximo tribunal de justicia, su comportamiento no obedece al mero capricho del funcionario, pues la intención del alcalde FRANCO MENCO apuntaba a buscar los mejores servidores públicos para el municipio, teniendo en cuenta el grado de corrupción y deterioro de la gestión a que se había llegado en administraciones anteriores. Y en desarrollo de este cometido, ... dio el alcalde en rodearse de personas que además de aceptación social, tuvieron (sic) principios y valores morales como la honestidad, lealtad y*

respeto por el bien común”.

Concluye sus consideraciones señalando: “*es precisamente hacia la necesidad del servicio a donde apuntaba la voluntad del procesado en congruencia con los fines de la administración pública y del bien común, valores éstos que nunca fueron menoscabados con el nombramiento en censura”.*

(viii) “*Otros aspectos tenidos en cuenta por el alcalde procesado al momento de disponer el nombramiento de una persona que no reunía los requisitos para ocupar el cargo fueron la falta de personal idóneo para ejercerlo, en un municipio del Bajo Cauca con población pobre física, intelectual y espiritualmente, lo dice el acusado, amén de la falta de profesionales honestos o la falta de personal que cumpliera los requisitos para el desempeño del cargo, pues el mismo fue ofrecido a varias personas que lo rechazaron, como consta claramente, en donde entonces la intención del ahora procesado buscaba tan solo procurar un mejoramiento para el municipio, que en anteriores administraciones había llegado a la postración como consecuencia de la corrupción misma.*

(ix) *Y fue con ese ideal, con esa clara intención y voluntad, que llevó en último recurso a disponer el nombramiento de Everilda Liseth, no tomando en mayor consideración tal vez su falta de preparación académica, pues afirman todos los testigos que en administraciones anteriores se hacían nombramientos de bachilleres para el mismo cargo. La administración de FRANCO, como cualquiera otra, no podía quedar paralizada totalmente, hasta tanto no se surtiera el nombramiento de marras, que no podía entonces someterse a convocatoria pública o concurso alguno de méritos por ejemplo, por cuanto harían mucho más engorrosa y dilatoria la designación en detrimento de la administración misma, pues la Secretaría de Hacienda y Tesorería es columna central de la administración”.*



(x) “...el municipio logró recuperar su escalafón en el desempeño integral a nivel departamental, al punto que se lograron pagar las deudas que se tenían con la DIAN, COSALUD, CAPRECOM y FINDETER”.

Como lo alegó la libelista, en la formulación de las proposiciones antes reseñadas el Tribunal incurrió en yerros de hecho en la valoración probatoria, como son: falso raciocinio, falsos juicios de existencia tanto por omisión como por suposición, y falso juicio de identidad por cercenamiento, por lo cual la Corte se detendrá en cada una de ellas, para confrontarlas con los argumentos de la recurrente y con lo que objetivamente dicen los medios de prueba allegados.

2.2.2.1. Frente al primer planteamiento del Tribunal, según el cual quedó suficientemente ilustrado en el proceso que para fungir como secretario de hacienda y tesorero el ordenamiento jurídico exige unos requisitos mínimos (profesional universitario en áreas afines y experiencia laboral de dos años), y que con anterioridad al nombramiento **Miguel Enrique Franco Menco** supo que Everilda Liseth Osorio Martínez no los cumplía, pese a lo cual el juzgador concluyó la ausencia del elemento subjetivo, la actora le atribuye un falso raciocinio por violación al principio lógico de no contradicción.

Acierta la libelista en su reparo, porque si -como lo admite el juez colegiado-, el procesado contaba con el conocimiento mínimo necesario para tomar una decisión que se ajustara al

ordenamiento jurídico, la única viable era la de abstenerse de hacer la designación hoy cuestionada. Sin embargo, optó, de manera libre y voluntaria, por emitir el acto administrativo de nombramiento, de donde deviene evidente que se configuraron los dos elementos del dolo (conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y querer su realización), por lo cual es un contrasentido predicar la ausencia del mismo.

2.2.2.2. Para la censora el argumento del juez colegiado, en el sentido que el concepto del asesor jurídico respecto de la satisfacción de los requisitos por parte de los candidatos a ocupar los cargos de dirección del municipio, descarta el dolo en el actuar del procesado, desconoce el principio lógico de no contradicción, porque eso sería tanto como admitir que cuando un tercero emite conceptos jurídicos para el ejercicio de la función pública, el funcionario asesorado queda relevado de responder penalmente por los errores en la selección del personal.

No acierta la casacionista en su reparo, toda vez que los conceptos emitidos por profesionales del derecho a un funcionario que no es abogado, en un momento dado pueden llevarlo a incurrir en un error de tipo (cuando obra con la convicción errada e invencible de que en su conducta no concurre un hecho constitutivo de la descripción típica, o que concurren los presupuestos objetivos de una causal eximente de responsabilidad, de acuerdo con el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal), o en uno de prohibición (cuando conoce la ilicitud de su comportamiento, pero erradamente asume que el mismo le está permitido, numeral 11 ejusdem), los cuales, de ser

invencibles eliminan la tipicidad subjetiva.

No obstante el desacierto de la libelista, superado al admitirse la demanda, en el caso concreto se advierte, que el Tribunal incurre en protuberantes yerros constitutivos de: (i) falsos juicios de identidad por adición del concepto rendido por el abogado Rodrigo Benavides Castillo, y (ii) falso juicio de identidad por cercenamiento de dicho documento.

En cuanto al primer dislate, advierte la Corte que en parte alguna del concepto se pone de manifiesto que el alcalde se vio “*compelido*” a consultar el nombramiento de Osorio Martínez al abogado Benavides Castillo³⁵. En el documento simplemente se aduce que el burgomaestre le pidió “*estudiar las hojas de vida de los señores Jaime David Castañeda Tapias, Everilda Liseth Osorio Martínez y Jorge Luis Contreras, indicadas por usted para ocupar los cargos de Secretarios de los despachos de Gobierno, Hacienda y Planeación, respectivamente*”, como un acto protocolario, pues no manifestó sus dudas sobre la procedencia de los nombramientos.

Así mismo, se adicionó el medio suasorio, por cuanto el abogado jamás conceptuó como procedente el nombramiento de Everilda Liseth Osorio Martínez -ni de ningún otro funcionario-,

³⁵ Quien, como se sostuvo en el fallo, para el dos de enero de 2008 ni siquiera tenía la calidad de asesor jurídico del municipio, porque no había sido ni nombrado por acto administrativo legal y reglamentario, ni contratado mediante prestación de servicios.

sin el lleno de los requisitos legales. Todo lo contrario, lo que se afirma en el documento es que los aspirantes a ocupar los cargos de secretarios de despachos debían cumplir un perfil determinado, por lo cual se sugiere la modificación del manual específico de funciones y requisitos, a fin de que el aspirante Jaime Castañeda pudiera ser designado como secretario de gobierno.

El falso juicio de identidad por cercenamiento se configuró por cuanto el fallador omitió valorar en algunos de los apartes del referido documento, pues si bien el asesor jurídico manifestó que Jorge Luis Contreras y Everilda Liseth Osorio Martínez cumplían los requisitos, “*el uno por ser uno profesional y la otra **técnica***”, en ninguna parte del mismo se consignó que la referida señora tenía título **profesional** en economía, contaduría pública, administración y finanzas, administración financiera o ingeniería financiera, o el de **tecnóloga** en **áreas afines con dichas profesiones**³⁶, como tampoco que había acreditado la terminación y aprobación de estudios de formación tecnológica o de formación técnica profesional en la respectiva modalidad³⁷. Tampoco se hizo alusión, así fuere tácita, a que la candidata había demostrado tener experiencia de alguna índole (profesional, docente, relacionada, laboral³⁸).

Del mismo documento emerge, sin dificultad alguna, que la

³⁶ Como lo exige el artículo 13, numeral 13.2.1.2., del Decreto 785 de 2008.

³⁷ Como el mismo procesado lo dispuso en el numeral 5° de la Resolución 001 de 2008

³⁸ Según el numeral 6° de la Resolución 001, se exigía experiencia relacionada durante tres años.

postulada no tenía el perfil para el cargo al que aspiraba, porque no era tecnóloga ni acreditó el mínimo de la experiencia laboral requerida (2 años), situación que podía ser advertida por cualquier persona de mediana preparación, así no tuviera estudios jurídicos, mucho más por una persona de las calidades personales e intelectuales del enjuiciado.

Corroborara el anterior aserto la declaración del señor Luis Alfonso García Medina, quien hizo estudios hasta **segundo de primaria**, cuando manifestó que le “*causó pues como risa que la señora tesorera, que iba a manejar un presupuesto... de alrededor de los diez mil pesos (sic)³⁹ y la experiencia que manifestaba dentro de la hoja de vida era que trabajaba en un granero, Granero Tres Esquinas, recuerdo perfectamente que decía, en Caucasia Antioquia*” (destaca la Sala). Es decir que si a una persona que ni siquiera terminó la primaria le era claro que la funcionaria no cumplía requisitos para ocupar el cargo para el que fue designada, mucho más lo era para un profesional de las condiciones intelectuales y personales del encausado.

De lo expuesto se concluye que la decisión de expedir el Decreto 002 de 2008 no obedeció a que **Miguel Enrique Franco Menco** fue mal asesorado por su abogado de confianza, sino a su voluntad, libre de todo vicio, encaminada a vincular a Everilda Liseth Osorio Martínez a la administración en un cargo directivo, pese a tener conocimiento de que ella no reunía los requisitos

³⁹ Al ser interrogado por la Fiscalía corrigió esta parte de la respuesta, señalando que el presupuesto de Nechí, manejado por la señorita Osorio Martínez, era superior a los diez mil millones de pesos.

legalmente previstos, respecto de los cuales también tenía, de antemano, suficiente ilustración⁴⁰

2.2.2.3. Concluye el juez plural la carencia del elemento subjetivo, porque “... *la falta de los requisitos de la señora Everilda Liseth Osorio Martínez hubo de ser subsanada con la falsificación de documentos de su nivel académico requerido para el cargo*”, sin que a aquél “*se le imputara el delito contra la fe pública*”.

La demandante postula su reparo por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial originada en error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, toda vez que, en su sentir, la premisa bajo análisis se funda en el desconocimiento de la prueba testimonial, con la cual la Fiscalía demostró que los delitos contra la fe pública se cometieron luego de que se iniciara la investigación de las conductas punibles de prevaricato por acción, atribuidas al encausado.

Acierta la censora en su crítica, habida consideración que el Tribunal desconoció los testimonios de Luis Albeiro Tapias López, Fernando Manuel Rodelo Mármol y Luis Aníbal Granada Granda, quienes fueron contestes en señalar que los documentos falsos fueron elaborados en el primer trimestre de 2009, en tanto que los hechos constitutivos de prevaricato por acción ocurrieron el 2 de enero de 2008.

⁴⁰ Recuérdese que él mismo los citó en la Resolución 001 de 2008.

En consecuencia, ninguna incidencia tiene en este caso el que se haya llevado a cabo una prolija actividad falsaria, pues, como lo arguye la censora, es evidente que con ella no se pretendió engañar al burgomaestre haciéndole creer que para la fecha de los hechos (2 de enero de 2008), la señora Osorio Martínez cumplía los requisitos legales, sino que tuvo como objetivo enervar los efectos de la investigación que venía adelantando la Fiscalía desde el año anterior en contra de **Miguel Enrique Franco Menco**, para desviar de este modo la atención de la administración de Justicia, lo que ameritó la compulsación de copias para investigar por separado la presunta participación del aquí encausado en la comisión de los delitos contra la fe pública.

Se hace patente, entonces, que no existe ninguna conexión causal entre la actividad falsaria y la expedición del Decreto 002 de 2008, por lo cual el planteamiento del fallador de segundo grado no pasa de ser un sofisma en el que no se puede soportar la decisión absolutoria.

2.2.2.4. Para el Tribunal la ausencia del elemento subjetivo en el actuar del procesado se hace evidente, porque antes de proferir el decreto prevaricador ofreció el cargo a Héctor Rivera, Gloria Martínez, Yesenia María Menco Menco y Luis Alberto Regino Villera.

En relación con este planteamiento, la actora denuncia un falso juicio de existencia por omisión, señalando que el juzgador de segundo grado no valoró los documentos con los cuales la Fiscalía demostró que **Franco Menco** designó a Everilda Liseth el primer día hábil de su mandato, lo que significa que procedió a efectuar el irregular nombramiento de manera directa e inmediata, desvirtuando así la postura del ad quem, en el sentido que el cargo fue ofrecido de primera mano a otras personas.

No acierta la censora en su crítica, por cuanto, como lo sostuvo el Tribunal, con los testimonios de Héctor Rivera, Gloria Martínez, Yesenia María Menco Menco y Luis Alberto Regino Villera, se demostró que antes de posesionarse como alcalde de Nechí, **Franco Menco** les pidió que lo acompañaran desde la secretaría de hacienda y la tesorería, pero todos se excusaron por distintas razones, sin que el hecho de hacer el nombramiento el primer día hábil de su mandato desvirtúe lo dicho por los deponentes.

Sin embargo, habiendo sido admitida la demanda superando sus defectos, la Corte advierte un yerro de hecho en la modalidad de falso raciocinio, toda vez que el Tribunal invocó como causa de la expedición del Decreto 002 de 2008 un hecho que no guarda ninguna relación (falacia de causa falsa, que origina un falso raciocinio), habida consideración que el hecho de que la invitación del procesado haya sido rechazada por algunos integrantes de su círculo íntimo, no lo facultaba para nombrar a una cualquier persona, así no tuviera los méritos para ingresar



al cargo de dirección, como ocurrió en este caso.

Lo que el ordenamiento jurídico positivo exige es que se designe como servidores públicos solo a quienes acrediten ciertas calidades profesionales y de experiencia y no que el nominador haga el ofrecimiento a varias personas, tengan o no el perfil requerido.

Las mismas declaraciones que se citan en el fallo permiten afirmar que desde que **Franco Menco** empezó a escoger a la persona que habría de acompañarlo en la secretaría de hacienda y la tesorería, no mostró ningún interés por acatar las disposiciones legales y reglamentarias que señalan los requisitos a observar por parte de los aspirantes a ocupar dicho cargo en Nechí. Primero, porque solo hizo el ofrecimiento a personas de su grupo político, en lugar de hacer una convocatoria pública y abierta, a la que pudieran concurrir todas las personas interesadas que reunieran el perfil requerido, así no militaran en el partido político Alas Equipo Colombia. Ello máxime si acababa de emitir la Resolución 001 del 2 de enero de 2008, modificando los requisitos para acceder a los cargos de secretarios de despacho, luego es evidente que al emitir el Decreto en la misma calenda, no permitió que se postularan otras personas que pudieran tener interés y acreditar el cumplimiento de los requisitos.

Segundo, porque como lo adujo el mismo procesado en la

audiencia pública⁴¹, de primera mano hizo el llamado a dos de sus allegados que, al igual que Everilda Liseth, tampoco reunían los requisitos para ocupar el cargo. Es el caso de Héctor Hernando Rivera Martínez, quien manifestó ser bachiller y auxiliar de higiene oral, y de Gloria María Pérez Agudelo, también bachiller, comerciante y misionera, lo que significa que ninguno de ellos tenía título profesional en economía, contaduría pública, administración, finanzas, administración financiera o ingeniería financiera, ni el de tecnólogo en disciplinas afines. Por tanto, aun en el evento en que alguno ellos hubiera aceptado la postulación, el procesado también habría desconocido las normas que rigen la función pública, lo que devela que su intención no fue precisamente la de someterse al imperio de las mismas.

Ahora, es cierto que también ofreció el cargo a Yesenia María Menco Menco, funcionaria que venía desde la administración anterior y cumplía los requisitos legales y reglamentarios, pero no habría aceptado porque aspiraba a ingresar a la carrera administrativa, dado que para la época se tramitaba una norma que permitía la inscripción en carrera de funcionarios que estuvieran en provisionalidad. Empero, ninguna explicación se ofreció en el debate público sobre el motivo por el cual el acusado no nombró a la señorita Menco Menco en encargo, hasta que se resolviera el tema de la carrera administrativa o hasta que se adelantaran, por parte de la alcaldía, todos los trámites necesarios para vincular a la persona que sí cumpliera el perfil, pues ninguna norma legal le exigía hacer los nombramientos en

⁴¹ Y lo confirmaron Héctor Hernando Rivera y Gloria María Pérez Agudelo.



propiedad desde el primer día de su mandato.

2.2.2.5. Para el juez de segunda instancia, de acuerdo con el acervo testimonial, el nombramiento de Everilda Liseth Osorio Martínez como secretaria de hacienda y tesorera no obedeció a intereses personales del enjuiciado (amistad o simpatía), o políticos (conveniencia o acuerdo previo), pues el cargo fue ofrecido a varias personas, no observándose una postura determinada respecto de un candidato en especial.

Al respecto la recurrente atribuye al Tribunal la comisión de un falso juicio de existencia por omisión, toda vez que no tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos de la Fiscalía, con los cuales acreditó que al nombrar a Everilda Liseth como miembro de su gabinete **Franco Menco** actuó motivado por razones afectivas y políticas.

Frente a tal reparo, la Corte debe precisar que la modalidad dolosa del delito de prevaricato por acción se concreta en **la conciencia de proferir una decisión contraria al ordenamiento jurídico**, sin que exija para su demostración que medie amistad o animadversión, ni la existencia de un interés específico de contradecir abiertamente el derecho, al punto que no es necesario confrontar los argumentos expuestos en la decisión que se acusa de prevaricadora, con las razones dadas por el procesado al ser interrogado, dirigidas a justificar su conducta. Lo que debe tenerse en cuenta es el criterio que en ese caso fue prevalente para la definición del asunto y las

circunstancias específicas que rodearon su proferimiento (sentencias del 1° de abril de 2006, Rad. 31386, 16 de junio del mismo año, Rad. 23954; 16 de marzo de 2011, Rad. 34849, 1° de febrero de 2012, Rad. 35046; 6 de mayo de 2015, Rad. 44850 y 17 de junio ibídem, entre otras).

Sin embargo, como lo aduce la recurrente, en este caso se demostró la existencia de un interés particular en el actuar del procesado, no advertido por el juez colegiado porque no apreció la declaración de Eduardo Enrique Páez Hernández⁴², cuando sostuvo que **Miguel Enrique Franco Menco** “... hizo una campaña muy intensa durante el año 2005-2006, lo que atrajo bastante apoyo de base de líderes comunales ...”, entre los que estaba Everilda Liseth Osorio Martínez⁴³, militante -al igual que el candidato- del partido Equipo Alas Colombia⁴⁴; quien “efectivamente se convirtió en una de las cuatro puntas de lanza de la campaña del ingeniero **Miguel Enrique Franco Menco** ...”. Añadió que en 2009 le preguntó “al alcalde directamente que por qué había nombrado a Liseth, inexperta y tan joven en un cargo tan encumbrado. La respuesta de él es que **en el equipo político** no encontró a ninguno que quisiera asumir el riesgo de ser tesorero del municipio”, lo que significa que para el nombramiento de la señora Osorio Martínez fue determinante su pertenencia al grupo político del encausado.

Era tanto su interés por vincular a Everilda Liseth, que como lo admitió el mismo Tribunal, **Franco Menco** profirió la Resolución 001 de 2008 para “ajustar la falta del nivel académico de la candidata con su experiencia”, en lugar de adelantar todas las gestiones

⁴² El encausado pretendió desacreditar al testigo Páez Hernández acusándolo de mal comportamiento en las redes sociales, lo que no le resta credibilidad a sus afirmaciones, máxime cuando no alegó que lo dicho por el testigo fuera contrario a la verdad.

⁴³ Quien fue compañera sentimental del testigo Peláez Hernández hasta enero de 2007.

⁴⁴ En el mismo sentido declararon Manuel Escobar Puche, Edwin del Cristo Madera Rodelo y Cirstóbal de Jesús Muentes Pastrana.

administrativas necesarias para identificar a la persona idónea para desempeñar el cargo directivo.

Así mismo, prueba del interés personal en nombrar a Everilda Liseth, es que el señor Luis Alberto Regino Villera, ciudadano que cumplía a cabalidad los requisitos legales y reglamentarios y que inicialmente rechazó el ofrecimiento que le hiciera el ingeniero **Franco Menco**, porque iba a laborar en una empresa privada, fue vinculado a la administración municipal mediante contrato de prestación de servicios, a partir del 1° de julio de 2008, desempeñándose como **jefe de impuestos**. En 2010 lo llamaron a ocupar el cargo de **coordinador de presupuesto**, en ambos casos bajo la subordinación de Everilda Liseth Osorio Martínez, y en noviembre de 2011 fue **encargado** como **secretario de hacienda y tesorero**, cumpliendo sus funciones hasta el 3 de enero de 2012 (con el cambio de administración). Pese a ello, el sindicato nunca removió a Osorio Martínez del cargo para remplazarla por Regino Villera.

Así lo dio a conocer el señor Luis Alfonso García Medina, concejal de Nechí, quien sostuvo que en marzo de 2008 advirtió el ilícito nombramiento, por lo cual en varias oportunidades convocó al alcalde a debates en el cabildo, para discutir públicamente dicha decisión, pero éste contestaba que *“... que lo denunciara, que era más fácil irse él que la señorita Liseth Osorio”, “que primero se iba él que la señora tesorera”* y, efectivamente, ella permaneció en el cargo *“hasta que un juez determinó sancionarla, la fecha no la recuerdo exactamente, pero sí duró como dos o tres años dentro de ese cargo, si me equivoco ..., pero ella fue secretaria de hacienda por mucho*

tiempo ...”.

Es decir, pese a que en marzo de 2008 el otrora primer mandatario de Nechí fue advertido por el concejal García Medina⁴⁵, sobre la ilicitud del nombramiento, no dio aplicación al artículo 5° de la Ley 190 de 1995, “*por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de **erradicar la corrupción administrativa***”, que dispone que “[e]n caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se **procederá a solicitar su revocación o terminación**, según el caso, **inmediatamente se advierta la infracción**” (resalta la Corte), sino que la mantuvo en el cargo hasta que se le imputaron los delitos contra la fe pública, lo que devela que no incurrió en un error al designarla, sino que su interés era el de tenerla en su gabinete.

No puede predicarse lo mismo respecto del otro móvil al que alude la demandante, esto es, la presunta relación sentimental entre Everilda Liseth Osorio Martínez y **Miguel Enrique Franco Menco**, pues su existencia para el 2 de enero de 2008 no se demostró.

Si bien es cierto que el señor Luis Alforiso García Medina manifestó que “*eso estaba dentro del contexto del municipio, todo el mundo sabía*”, y que “*un día, cuando me transportaba de Medellín para Caucasia me cogió el día y el carro paró, para que almorzara en Yarumal, automáticamente*

⁴⁵ El cual formuló la denuncia el 6 de octubre de 2008.

cuando yo me bajé del carro, me bajé hacia el baño para orinar, **cuanto yo vi al señor alcalde en tremendo romance con su... señora o su amiga**, yo no sé qué, pero esa parte me vuelvo y digo, me siento incómodo tener que manifestar que es una verdad, es una verdad, que es verdad, pero yo no puedo de decirle al señor alcalde que lo haga, que no lo haga, porque él es libre, él es libre de sus actos y de sus hechos, pero **considero que es contraproducente, el señor alcalde ser amigo íntimo de la tesorera**. Eso es la verdad y yo no la puedo ocultar"; y que los testigos Páez Hernández y Edwin del Cristo Madera Rodelo hicieron mención a las escenas de celotipia por parte de la compañera permanente del procesado (Maricel Requena Álvarez) a Everilda Liseth Osorio (discusiones que éste último admite⁴⁶), no lo es menos que tales declaraciones ubican la existencia de la relación cuando Osorio Martínez estaba desempeñándose como secretaria del despacho del burgomaestre y no para la fecha de expedición del decreto de nombramiento.

2.2.2.6. Según el Tribunal **Franco Menco**, como primer mandatario, no se ocupaba de "cuestiones operativas", de modo que no le correspondió examinar las hojas de vida de los candidatos, labor que fue cumplida por el secretario de gobierno, Jaime David Castañeda Tapias, y por el asesor jurídico, Rodrigo Benavides Castillo.

Respecto de este planteamiento, la casacionista atribuye al Tribunal un falso juicio de existencia por omisión, porque no tuvo

⁴⁶ Después de dar una extensa explicación sobre su causa, pero sin aportar elementos de persuasión que la respalden.

en cuenta la hoja de vida de David Castañeda Tapias, en la que consta que fue nombrado por **Franco Menco** como secretario de gobierno el 2 de enero de 2008, luego no pudo examinar el currículum vitae de Everida Liseth Osorio Martínez.

Es cierto, como de aduce en la demanda, que no hay ninguna evidencia de que la hoja de vida de Osorio Martínez fue examinada por Castañeda Tapias, quien se posesionó al mismo tiempo que esta última. A ello se añade que dicho ciudadano fue citado por la defensa al juicio oral, pero no hizo ninguna mención a que en su primer día de trabajo le hubieran atribuido esa tarea, en tanto que al anterior secretario de gobierno no se le convocó a declarar, luego esa hipótesis fáctica no fue verificada.

Encuentra la Corte, así mismo, que la aserción del Tribunal desconoce otras consideraciones suyas, pues ya antes había admitido que **Franco Menco** sabía que la postulada era bachiller, y, por ende, carecía del requisito académico, de modo que no tenía la necesidad de ocuparse, ese 2 de enero, de “*cuestiones operativas*”, como la de escrutar, en su condición de alcalde, las hojas de vida de los aspirantes a ocupar cargos directivos.

Y es que la postura del juez colegiado encuentra respaldo en los testimonios de Eduardo Enrique Páez Hernández, Luis Manuel Escobar Puche, Luis Antonio García Medina⁴⁷, Cristóbal

⁴⁷ De quien no se evidenció ningún motivo para perjudicar injustamente al procesado, pese a que éste quiso impugnar su credibilidad al señalarlo como paramilitar y testaferro de Ramón Mojana, sin

de Jesús Muentes Pastrana (convocados por la Fiscalía), William José Álvarez Choperena Jorge Luis Contreras Torres, Jaime David Castañeda Tapias, Rodrigo Benavides Castillo y el mismo **Franco Menco** (testigos de descargo), quienes fueron contestes en afirmar que Nechí es un municipio pequeño en donde “*todo el mundo se conoce*” y que era de público conocimiento que Everilda Liseth no había hecho estudios superiores, siendo su último grado de instrucción el de bachiller.

Sobre el particular importa citar la declaración de Eduardo Enrique Páez Hernández⁴⁸, quien, se itera, fungió como coordinador de la campaña de **Franco Menco** a la alcaldía, cuando manifestó que a una gesta política llega mucha gente, por lo cual el candidato le encargó la tarea de ver quiénes se adherían al grupo y de presentarle un resumen acerca de la edad de los nuevos copartidarios, de sus capacidades intelectuales y de comunicación comunitaria, del radio de acción que cada uno de ellos tenía, quiénes eran líderes de votos, a cuántos votos podían acceder, “*qué personas tienen capacidad para trabajar en la campaña y en la futura administración*”, lo que incluye conocer “*el perfil académico, la capacidad humana para tratar con las personas, lo técnico, lo tecnológico para trabajar en un futuro empleo con la administración*”.

Por ello, afirma Páez Hernández, luego de que Everilda Liseth⁴⁹ se vinculó a la campaña política a la alcaldía, él mismo

incorporar al juicio algún elemento demostrativo de su dicho. Es más, al ser contrainterrogado sobre si había formulado la respectiva denuncia, contestó negativamente.

⁴⁸ Ciudadano que profesa admiración por el procesado y en el cual no se advierte siquiera un signo de animadversión.

⁴⁹ Con quien, para esa época, tenía una relación sentimental, por lo cual la conocía muy bien.

informó al candidato sobre el perfil académico de la nueva militante, precisándole que “... *era una chica joven, activa, de un corregimiento, hija de un antiguo líder político, y que era bachiller y que estaba interesada en cursar estudios superiores, pero que para la época no había podido*” (negrilla fuera de texto).

Lo dicho por este testigo tiene asidero en las reglas de la experiencia⁵⁰, plasmadas en el juicio oral por Rodrigo Benavides Castillo, en cuanto afirmó: “*en estos periodos de campaña se vislumbran las personas que van a ocupar cargos en la administración pública en el momento que salga elegido ese candidato, es costumbre al nivel nacional de que eso sea así y que se nombra esas (sic) personas, esos cargos de responsabilidad de la alcaldía*”.

Por tal razón, resulta apenas obvio que, como lo dijo Páez Hernández, en desarrollo de la gesta política a la alcaldía de Nechí, **Franco Menco** se interesara por conocer el perfil de sus adeptos, como es el caso de Everilda Liseth⁵¹, para determinar si algunos de ellos (incluyéndola), podían acompañarlo en su administración, como efectivamente lo hizo.

Así mismo, el fallador incurrió en falso raciocinio al desconocer la regla de experiencia que enseña que en el proceso de selección y consecuente nombramiento del personal **directivo**, encargado del manejo, conducción u orientación

⁵⁰Como lo sostuvo el Procurador delegado en su intervención ante la Corte

⁵¹ Quien, según Páez Hernández, “*Estuvo en la gran mayoría en todas las actividades de campaña del ingeniero*”, aserto que no fue desmentido por el acusado en su larga intervención en el debate público.

institucional y adopción de planes, programas y proyectos⁵², el nominador, en este caso el alcalde⁵³, interviene de manera activa y directa, ya que “[e]ste **tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza** de modo que ‘el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación’” (C.C., sentencia T-686 de 2014, en la que reitera los pronunciamientos contenidos en las sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001), por lo cual los designados son de su libre nombramiento y remoción⁵⁴.

Lo anterior máxime cuando en el caso bajo análisis no se trataba de la selección de cualquier funcionario del municipio, sino de la persona que tendría a su cargo la delicada misión de manejar un presupuesto superior a los once mil millones de pesos anuales⁵⁵, como lo reconoció el acusado en su testimonio vertido en el juicio público.

2.2.2.7. Sustenta el Tribunal la ausencia del elemento subjetivo en el actuar del enjuiciado sobre la base de que su comportamiento se encuentra acompañado de razones justificadoras, por cuanto “no obedeció a su simple capricho sino que su intención apuntaba a buscar los mejores servidores públicos para su municipio, teniendo en cuenta el grado de corrupción y el deterioro de gestión a que se había llegado en anteriores administraciones”.

⁵²Al tenor de lo dispuesto en literal a) del numeral 2° del artículo 5° de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el numeral 4.1. del artículo 4° del Decreto Ley 785 de 2005.

⁵³Numeral 2°, del literal D) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el literal a) del artículo 92 del mismo ordenamiento.

⁵⁴Literal a) del numeral segundo del artículo 5° de la Ley 909 de 2004.

⁵⁵Declaraciones de Luis Manuel Puche y Edwin del Cristo Madera Rodelo.

Concluye sus consideraciones señalando: *“es precisamente hacia la necesidad del servicio a donde apuntaba la voluntad del procesado en congruencia con los fines de la administración pública y del bien común, valores éstos que nunca fueron menoscabados con el nombramiento en censura”*.

Con dicha argumentación el Tribunal incurre en violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los principios que rigen la función pública, consagrados en la Carta Política, entre otros, en los artículos 125 y 209 de la Constitución Política. El primero establece que el ingreso a los cargos de carrera (regla general de vinculación a la función pública), se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, regla que, en virtud del principio de legalidad (artículo 6° de la Carta Política), es aplicable a todos los servidores públicos, en el sentido de que, **en cualquier caso, deberán cumplirse los requisitos constitucionales o legales para ocupar el cargo**⁵⁶.

Por su parte, el artículo 209 prevé que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrollará con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad, precepto éste que encuentra desarrollo legal en el artículo 3° de

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 2010-2036, 10 de septiembre de 2010

la Ley 489 de 1998, según el cual la *“función pública se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia”*.

En el marco precedente, el derecho que tienen los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, reconocido en el numeral 7° del artículo 40 Superior, se encuentra limitado por el cumplimiento de requisitos constitucional y/o legalmente exigidos, lo cual tiene por finalidad efectivizar los principios que orientan la función pública y consolidar el principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos, como principios basilares de la función pública.

En este sentido, de antaño ha sostenido la Corte Constitucional que *“[n]o obstante, de la existencia de tal derecho⁵⁷ no puede colegirse que el ejercicio de funciones públicas esté libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a los cargos de mayor responsabilidad. Por el contrario, el buen éxito de la gestión estatal y, por ende, el bien común, dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas a las que se confía la delicada responsabilidad de alcanzar las metas señaladas por la Constitución. Ello se expresa no solamente en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, lo cual asegura la legitimidad de la investidura (elección o nombramiento), sino la previsión de las calidades y requisitos que debe*

⁵⁷ A acceder a cargos y funciones públicas.

*reunir aquel en quien recaiga la designación, las cuales pueden ser señaladas directamente por la Constitución o, en sustitución de ella, por la ley, **ya que es al legislador a quien corresponde establecer las normas generales aplicables al ejercicio de la función pública**, sujetando eso sí todos sus mandatos a la preceptiva fundamental⁵⁸ (negrillas fuera de texto).*

Acorde con lo expuesto, para la designación de un funcionario público de libre nombramiento y remoción no basta con el examen de las calidades morales y menos aún con la aceptación social que la persona pueda tener en la comunidad⁵⁹, sino que es indispensable que el candidato demuestre su idoneidad profesional y técnica, a través del cumplimiento de requisitos objetivos de trabajo y estudio exigidos como mínimo, pues solo así se puede garantizar el cabal cumplimiento de los cometidos estatales y la confiabilidad o la confianza de que el erario público se administrará conforme al ordenamiento jurídico.

Lo anterior significa que en el ejercicio de la potestad de designar y remover servidores públicos, los nominadores no pueden actuar de manera arbitraria o caprichosa, sino que están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, aun cuando se trate del ejercicio de facultades discrecionales (como la de designar funcionarios de libre nombramiento y remoción), pues

⁵⁸ Sentencia C-487 de 1993, reiterada, entre otras, en la sentencia C-952 de 2001, en la que sostuvo que el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos no se opone a la fijación de requisitos y calidades para su ejercicio, siempre y cuando éstos no excedan los límites de razonabilidad y proporcionalidad en relación con la labor que a ese empleo le corresponde cumplir y la finalidad de la función pública en general, así como en la sentencia, y en la sentencia C-457 de 2002.

⁵⁹ La prueba testimonial practicada a instancias de la defensa se enfocó a demostrar que el nombramiento de Everilda Liseth fue bien recibido por la comunidad de Nechí y no a verificar que cuando se le designó cumplía los requisitos para ocupar el cargo.

en un Estado Social y Democrático de Derecho, el ejercicio de este tipo de atribuciones no es absoluto o completamente libre, sino que siempre tiene un componente reglado, como se infiere claramente de los artículos 6⁶⁰, 122⁶¹ y 123, inciso segundo⁶², de la Carta Política.

Ahora bien, como lo ha sostenido el Consejo de Estado⁶³, la Ley 909 de 2004, “*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, adopta como ejes centrales de la función pública los principios de mérito y profesionalización de los servidores del Estado, al establecer:

- Que la función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de **igualdad, mérito**, moralidad, eficacia, economía, **imparcialidad, transparencia**, celeridad y publicidad (art. 2.1).

- Que **el criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección** del personal que integra la función pública (art. 2.2).

⁶⁰ “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”

⁶¹ “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”.

⁶² “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”.

⁶³ Pronunciamiento antes citado.

- Que el objetivo de las normas de la función pública es la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, uno de cuyos tres pilares es "**la profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos**" (art.2.3, resalta la Corte).

Con fundamento en lo anterior, la misma ley define el empleo público como "*el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado*" (art.19.1); y establece que el diseño de cada empleo debe contener, entre otros aspectos, "*el perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio*" (Art.19-b).

La profesionalización de la función pública, significa que la exigencia de títulos académicos está directamente relacionada con el conocimiento de un saber que habilita a quien lo tiene para asumir las responsabilidades inherentes al ejercicio de una tarea pública, especialmente en determinados niveles de la Administración, en los que se asumen funciones de especial importancia para la sociedad. Ya sea en la construcción de obras, prestación de servicios, **administración de recursos públicos**, planeación, gestión de personal, etc., la acreditación del título profesional en los casos en que se exija, permite al Estado tener la certeza de que quienes ejercerán esa función, tienen

competencias académicas suficientes para ello, con las cuales se garantizan niveles mínimos de atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

En el marco precedente, erró el Tribunal al sugerir que la selección de los “*mejores servidores*” es un asunto que puede quedar al juicio subjetivo o caprichoso de cada nominador, sin someterse a los criterios objetivos señalados en la Constitución y en la ley, con los cuales se garantiza la efectividad de los principios que rigen la función pública, en especial los de acceso a la misma por mérito, profesionalización de los servidores públicos, moralidad, imparcialidad, igualdad y publicidad.

Precisamente si, como lo sentenció el Tribunal, la intención de **Franco Menco** era la lucha contra la corrupción arraigada en el municipio, para lograr dicho propósito debía someterse al imperio de las normas constitucionales y legales que rigen la actuación de **todos** los servidores del Estado, sin excepción alguna, pues es claro que ninguna norma lo habilitaba para nombrar a una persona que no cumplía **ninguno** de los requisitos para ocupar un cargo de nivel directivo (y de vital importancia para el municipio, dado que era la encargada del manejo de los recursos públicos), teniendo en cuenta simplemente criterios subjetivos como el de la presunta moralidad y honestidad de la candidata, su buena posición en la sociedad, o su lealtad hacia él, soslayando las normas que le imponían el deber de exigir el cumplimiento de los requisitos objetivos que garantizaban el cumplimiento de los objetivos estatales, máxime cuando en este caso la designada.

2.2.2.8. Se dijo en la decisión impugnada que el acusado hubo de nombrar a Everilda Liseth ante la falta de personal idóneo para ejercer el cargo de secretaria de hacienda y tesorera, toda vez que, como lo dijo el procesado Nechí es *“en un municipio del Bajo Cauca con **población pobre física, intelectual y espiritualmente, lo dice el acusado, amén de la falta de profesionales honestos**”*, por lo cual *“la intención del ahora procesado buscaba tan solo procurar un mejoramiento para el municipio, que en anteriores administraciones había llegado a la postración como consecuencia de la corrupción misma. Y fue con ese ideal, con esa clara intención y voluntad, **que llevó en último recurso a disponer el nombramiento de Everilda Liseth, no tomando en mayor consideración tal vez su falta de preparación académica ...**”*. Añade que *“la administración de FRANCO, como cualquiera otra, no podía quedar paralizada totalmente, hasta tanto no se surtiera el nombramiento de marras, que no podía entonces someterse a convocatoria pública o concurso alguno de méritos por ejemplo, por cuanto harían mucho más engorrosa y dilatoria la designación en detrimento de la administración misma, pues la Secretaría de Hacienda y Tesorería es columna central de la administración”*.

La demandante denuncia la sentencia del Tribunal, señalando que incurrió en falso juicio de existencia por omisión, porque no tuvo en cuenta las declaraciones de Luis Alfonso García, Cristóbal de Jesús Muentes Pastrana y Luis Eduardo Páez Hernández, con las que se desdibujó la tesis defensiva según la cual en Nechí no había profesionales idóneos, que estuvieran en capacidad de fungir como secretario de hacienda y tesorero. Igualmente soslayó el estudio de las hojas de vida de personas que fueron vinculadas por el mismo encausado a su gabinete, así como declaraciones que develaban el nivel académico de los

testigos y su consecuente idoneidad para fungir como secretario de hacienda y tesorero.

En ese aspecto asiste razón a la actora, en cuanto es cierto que el juez colegiado no apreció los testimonios de Luis Alfonso García Medina, Luis Manuel Puche Escobar, Edwin del Cristo Madera Rodelo y Cristóbal de Jesús Muentes Pastrana, quienes fueron contestes en señalar que en Nechí sí había profesionales que tenían el perfil para desempeñarse como secretario de hacienda y tesorero, a los cuales ni siquiera se les hizo el ofrecimiento de incorporarse al gabinete municipal, por lo cual no era imperioso para el acusado nombrar a la señorita Osorio Martínez.

Corrobora el aserto de la demandante lo afirmado por Muentes Patrana, quien al ser interrogado por sus generales de ley dijo ser administrador financiero (carrera afín con las funciones del cargo de secretario de hacienda y tesorero). En el mismo sentido, la señora Martha Isabel Vega Martínez, para entonces secretaria del concejo de Nechí, afirmó que hizo estudios de contaduría sistematizada y administración de empresas, el primero de ellos en el Instituto Ferrini, donde obtuvo el grado de técnica

Así las cosas, al acoger la afirmación del sindicato, en el sentido que la población de Nechí es "*física, intelectual y espiritualmente pobre*", el Tribunal no reparó en que la misma no pasó de ser una postura defensiva, por lo demás peyorativa, que

no encontró asidero en el acervo probatorio.

No huelga señalar que el Tribunal incurrió en falso raciocinio al sostener que la administración de **Franco Menco**, como cualquier otra, hubiera quedado totalmente paralizada si no hacía el nombramiento, pues *“no podía entonces someterse a convocatoria pública o concurso alguno de méritos por ejemplo, por cuanto harían mucho más engorrosa y dilatoria la designación en detrimento de la administración misma, pues la Secretaría de Hacienda y Tesorería es columna central de la administración”*.

En primer término, la experiencia enseña que no se paraliza la administración pública si en su primer día hábil como gobernante, el respectivo funcionario no designa en propiedad a todos los integrantes de su gabinete, aun en tratándose de un cargo como el de secretario de hacienda y tesorero, pues la ley le otorga la facultad de nombrar en provisionalidad o de encargar a un funcionario de su administración, siempre y cuando, en ambos casos, el designado o encargado cumpla los requisitos legales.

Para el caso, **Miguel Enrique Franco Menco** se abstuvo de encargar a Yesenia Menco, pese a que sabía que ella cumplía los requisitos legales para desempeñar el cargo directivo y solo la vino a nombrar como secretaria de hacienda y tesorera en remplazo de Everilda Liseth Osorio Martínez, cuando ésta hubo de dimitir para afrontar el proceso penal.

En segundo término, si, como se dice en el fallo, el querer del procesado era el de garantizar “*los fines de la administración pública y del bien común*”, para lograr ese objetivo al nombrar a sus inmediatos colaboradores estaba obligado a examinar los méritos de cada uno de los candidatos, acudiendo para ello a los criterios objetivos previstos en la ley (estudios y experiencia exigidos en cada caso), pues solo así se garantiza a la comunidad que sus servidores están en capacidad de satisfacer sus necesidades, en el marco de la Constitución y de la Ley.

Por ende, si el primer día hábil como alcalde de Nechí, **Franco Menco** no tenía una baraja de candidatos idóneos para desempeñar el referido cargo, estaba obligado, indiscutiblemente, a hacer un proceso de selección objetiva, ya sea, sondeando entre los habitantes del municipio o de otras partes del país, de cualquier credo político, y en últimas, a hacer una convocatoria pública, que le permitiera hacer una designación que se ajustara a las previsiones contenidas en el Decreto Ley 785 de 2005, o al menos al Decreto municipal 011 de 2004 o, en últimas, a la Resolución 001 de 2008, proferida por el mismo encausado).

2.2.2.9. Adveró el Tribunal que en administraciones anteriores se habían nombrado bachilleres para el cargo de secretario de hacienda y tesorero, sugiriendo que por ello **Franco Menco** estaba autorizado para en designar a Everilda Liseth tras haber demostrado el mismo grado de estudios.

Con dicho aserto el Tribunal olvidó que, como lo dijo el

testigo de la defensa, el *bachiller* Jader de Jesús Arco Valle, “*las leyes cambian*”, y de paso incurrió en un error de derecho por falta de aplicación del Decreto 785 “*por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y **requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales** que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004*”, expedido el 17 de marzo de 2005, lo que significa que a partir de esta fecha los mandatarios regionales no podían designar a bachilleres como integrantes del gabinete en el nivel directivo. De ahí que el anterior secretario de hacienda de Nechí, Evaristo Manuel Márquez Tejada, era economista⁶⁴.

2.2.2.10. Consideró el fallador de segundo grado, que en este caso no se configuró el delito de prevaricato por acción, porque “*el municipio logró recuperar su escalafón en el desempeño integral a nivel departamental, al punto que se lograron pagar las deudas que se tenían con la DIAN, COSALUD, CAPRECOM y FINDETER*”. En criterio de la actora, el Tribunal no tuvo en cuenta los medios suasorios conforme a los cuales la Fiscalía demostró que en el mandato de **Franco Menco** aumentó el grado de pobreza en la población de Nechí.

Si bien es cierto que en el asunto examinado tanto el ente acusador como la defensa se ocuparon de discutir ampliamente acerca de los presuntos logros alcanzados por el encausado como gobernante de Nechí, en el período 2008 – 2011, tal debate fue completamente estéril, pues no estaba encaminado a comprobar

⁶⁴ Según hoja de vida introducida al juicio por el investigador Luis Albeiro López Tapias.

ni a desvirtuar, según el caso, si para el 2 de enero de 2008 el procesado tenía o no conciencia de que con su conducta contrariaba, de bulto, el ordenamiento jurídico, y si quería o no su realización.

En el contexto anterior, no existe ninguna relación causal entre la expedición del Decreto 002 de 2008 (2 de enero de 2008), y los resultados de la gestión administrativa del procesado al término de su período constitucional como alcalde (31 de diciembre de 2011), porque no fue precisamente ésta la que lo llevó a proferir el acto administrativo ilícito el primer día hábil de su mandato.

Admitir un planteamiento de dicho talante es tanto como decir que si **Franco Menco** hubiese sido separado del cargo de manera inmediata, por ejemplo, por la imposición de una medida cautelar por parte de la judicatura o de la Procuraduría⁶⁵ y, por ende, no hubiera alcanzado a adelantar los trámites necesarios para cancelar las deudas a cargo del municipio, entonces sí se habrían configurado los delitos contra la administración pública y en caso contrario no.

Por tanto, ninguna relevancia tiene en este caso el que durante el periodo en que fungió como gobernante de Nechí el enjuiciado hubiese posicionado o no al municipio dentro del ranking departamental (aspecto que fue objeto de álgido debate,

⁶⁵ Por ejemplo, suspensión provisional del cargo.

sin que se haya esclarecido y menos corroborado la postura del procesado⁶⁶), o que hubiese cancelado, como era su deber, las obligaciones a cargo del ente territorial⁶⁷, como lo adujo el fallador de segundo grado, incurriendo de este modo en falso raciocinio, en la modalidad de falacia non causa pro causa.

No sobra precisar que de manera reiterada ha sostenido esta Colegiatura que en el delito de prevaricato por acción, el estudio de la contradicción entre lo decidido y la ley debe hacerse mediante un juicio *ex ante*, es decir, a partir del escrutinio de las circunstancias en las que el operador jurídico se encontraba **al momento en que emitió la resolución**, el dictamen o el concepto reputado contrario a derecho, y no a través de un examen de verificación *ex post*, con nuevos elementos y conocimientos:

“...la dirección típica de la norma sobre el prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se

⁶⁶ Si bien los testigos Yesenia María Menco Menco y Fernando José Indaguro (con quien Franco Menco tenía tanta amistad, que incluso, según el deponente, dormían “*casi en la misma cama*”), manifestaron que durante la gestión del procesado el municipio ascendió en el ranking departamental, al ser contrainterrogados por la Fiscalía sobre si conocían el informe dado por Planeación Departamental el 12 de junio de 2012, suscrito por la directora, María Eugenia Ramos, en el que se dice que en 2009 Nechí ocupó el puesto 122 entre 126 municipios, la primera contestó: “*Sí, pero no [s]e acordaba*”, en tanto que el segundo guardó silencio.

⁶⁷ Lo cual no obedeció a la gestión de Everilda Liseth, pues como lo aceptó el procesado, fue gracias al trabajo de un equipo interdisciplinario vinculado por él mediante contrato de prestación de servicios, compuesto, por una parte, por una auditoría externa dirigida por la señora Jaqueline Pinto, quien con la ayuda de un contador, un administrador de empresas y un experto en materia de legislación presupuestal se encargaron de buscar la información sobre la realidad financiera del municipio, identificando la cartera a cargo del mismo. Y por la otra, por Luis Alberto Regino Villera, encargado de adelantar una política agresiva para el recaudo de impuestos predial y de industria y comercio, lo que le dio suficiente liquidez a las finanzas públicas. Así mismo, con el apoyo de Yesenia María Menco Menco, quien inicialmente como auxiliar y posteriormente coordinadora de presupuesto, se encargó de velar por el buen manejo del mismo, dándole apoyo a la secretaria.

edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculpado en la resolución redargüida de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia pública, oportunidades estas en las cuales se producen los descargos o explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado” (CSJ SP, 27 jun 2012, Rad. 37733. En el mismo sentido, CSJ SP, 25 jun. 2014, rad. 41739, CSJ SP, jul. 2014, rad. 40692, entre otras).

En otras palabras, el juzgador debe ubicarse en la época en que se dictó la decisión tachada de manifiestamente ilegal (**2 de enero de 2008**), para establecer cuáles eran las reglas jurídicas aplicables al caso, sin que tenga lugar, para dicha valoración, efectuar un análisis ex post y menos aún si el mismo versa sobre aspectos completamente ajenos, como el referente al buen o mal desempeño posterior del procesado o de la persona ilícitamente nombrada, como servidores públicos.

Por las razones expuestas, el cargo postulado por la Fiscalía prospera y, en consecuencia, la Corte debe emitir fallo de remplazo, en lo que respecta al prevaricato por acción configurado con la expedición del Decreto 002 de 2008.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

El artículo 60 del Estatuto Punitivo dispone que para efectos de individualización de la pena se debe, en primer lugar, fijar los límites mínimos y máximos de movilidad, los que tratándose del delito de prevaricato por acción oscilan entre cuarenta y ocho (48) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, multa de

sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2008 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses⁶⁸.

Ahora, de acuerdo con el artículo 61 ibídem, el ámbito punitivo anterior se divide en cuartos, los que para la pena de prisión quedan así: primer cuarto de 48 a 72 meses, los cuartos medios de 72 meses y un día a 120 meses y el último de 120 meses y un día a 144 meses. Los de la multa quedan así: el primer cuarto de 66.66 a 124.995, los cuartos medios son de 124.996 a 241.665 y el último cuarto de 241.666 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2008, y para la inhabilitación de derechos y funciones públicas son: el primer cuarto de 80 a 96 meses, los cuartos medios de 96 meses y un día a 128 meses y el último cuarto de 128 meses y un día a 144 meses.

En el presente asunto no se endilgaron al procesado causales genéricas de mayor punibilidad previstas en el artículo 58 de la codificación en cita y concurre la causal de menor punibilidad consagrada en el artículo 55, numeral 1°, ibídem, consistente en la carencia de antecedentes penales, por lo que la sanción ha de ubicarse en el primer cuarto.

⁶⁸ Artículo 413 del Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, vigente para la época de los hechos.

En consideración a la gravedad de la conducta y el daño efectivo que genera ese tipo de comportamientos frente a la imagen de la Administración Pública, cuando uno de sus operadores, amparado en esa condición, comete desafueros como los que aquí se juzgan, acentuándose en consecuencia la pérdida de credibilidad del conglomerado social en los órganos que detentan esa función, con fundamento en la previsión contenida en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, encuentra la Sala razonable fijar las penas principales en cincuenta y dos (52) meses de prisión, multa de setenta y dos punto doscientos quince (72.215) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de los hechos y ochenta y cuatro (84) meses, equivalentes a siete (7) años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, todo dentro del cuarto mínimo.

Ahora, al tratarse de un concurso homogéneo de delitos, el artículo 31 del Código Penal refiere que la sanción imponible se aumentará hasta en otro tanto, sin que fuese superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas; razones por las cuales se incrementará el quantum fijado en ocho (8) meses la pena de prisión, ochenta y seis punto mil veinticinco (86.1025) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de los hechos y diez (10) meses de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

Así las cosas, las penas definitivas a imponer son: **sesenta (60) meses de prisión, ochenta y seis punto mil veinticinco (86.1025) salarios mínimos legales mensuales vigentes** y

noventa (94) meses de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, lo que se compagina con la conculcación que sufrió el bien jurídico tutelado y el menoscabo a la imagen pública que permite transmitir a la sociedad confianza en sus instituciones.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el presente asunto no se acreditaron los perjuicios materiales ocasionados con el concurso de delitos de prevaricato por acción, razón suficiente para no realizar pronunciamiento sobre el particular. Tampoco procede hacerlo respecto del daño inmaterial, teniendo en cuenta la naturaleza del bien jurídico trasgredido.

DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

1. La condena de ejecución condicional

El factor objetivo, exigido en el artículo 63 original del Código Penal, no se cumple en este proceso, dado que el monto de la pena a imponer supera los 3 años de prisión. Tampoco se satisfacen los presupuestos del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, por cuanto la pena a imponer es superior a los 4 años y se trata de un delito contra la administración pública, razón suficiente para negar este subrogado, sin que sea necesario entrar en el análisis del factor subjetivo.

2. La prisión domiciliaria.

Tampoco se concederá a **Miguel Enrique Franco Menco** el mecanismo sustitutivo de la pena citado en el epígrafe, pues aunque no se discute que éste reúne el requisito objetivo demandado en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, vigente al momento de los hechos, la Sala ha referido que en esta clase de comportamientos no procede un diagnóstico favorable del factor subjetivo⁶⁹, como quiera que la defraudación de la expectativa social en cuanto se ha confiado a determinados servidores públicos el correcto desempeño de la función pública, genera recelo en la comunidad y, en particular, por el rol derivado del cargo de alcalde municipal.

Se busca difundir confianza en la colectividad haciéndole ver que conductas de esta entidad tienen tratamiento penitenciario, con el fin de disuadir el quebranto de los postulados normativos precisamente encaminados a velar por su protección. De ahí que no haya lugar a la concesión del instituto, pues la laxitud en este tipo de eventos propagaría un estado de peligro en la ciudadanía.

OTRAS DISPOSICIONES

1. Teniendo en cuenta que el procesado **Miguel Enrique Franco Menco** se encuentra en libertad, por Secretaría líbrese la respectiva orden de aprehensión para ante las autoridades

⁶⁹ CSJ, SP 29 de ago. de 2002, rad. 16519, SP. de 30 de mar. de 2006, rad. 23972; SP. 7 de julio de 2008, Rad. 23933; SP. 31 de ago. de 2011, Rad. 35153, sentencia del 17 de abril de 2013, radicado 40159, entre otras.

competentes, a fin de que se haga efectiva intramuralmente la pena impuesta.

2. Se ordena compulsar copias de la actuación:

2.1. Para ante la Fiscalía Seccional de Antioquia, a fin de que se investiguen los siguientes hechos:

2.1.1. El presunto prevaricato por acción que se habría configurado con la expedición del Decreto 001 de 2008, mediante el cual fue nombrado Jaime David Castañeda Tapias como secretario de gobierno, pese a no cumplir los requisitos legales exigidos para ocupar dicho cargo.

2.1.2. Los relacionados con la celebración del convenio de cooperación N° 2008-2009, entre el municipio de Nechí y el Instituto Unión Profesional para la Educación y el Trabajo, Instituto UPET, entidad que no estaba autorizada por las autoridades competentes para prestar sus servicios en el citado municipio, lo que ocasionó la pérdida de los recursos aportados por el ente territorial para apoyar económicamente a 120 estudiantes.

2.1.3. Las presuntas exigencias hechas por **Miguel Enrique Franco Menco** al señor Martín Fabiano Menco Martínez, puestas de presente por este último ante la Fiscalía

046 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Antioquia.

2.1.4. El presunto fraude procesal en que habrían incurrido los funcionarios de la Alcaldía de Nechí que entregaron al investigador Luis Albeiro Tapias López, los documentos falsos con lo que se demostraría que Everilda Liseth Osorio Martínez cumplía los requisitos para fungir como secretaria de hacienda y tesorera del citado municipio.

2.2. Para ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, a fin de que se investiguen las posibles faltas disciplinarias en que pudo incurrir el abogado Rodrigo Benavides Castillo.

**PROCEDENCIA DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL PARA
GARANTIZAR LA DOBLE CONFORMIDAD DE LA CONDENA
IMPUESTA, POR PRIMERA VEZ, EN CASACIÓN**

Por mandato del artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2018, **Miguel Enrique Franco Menco** tiene derecho a impugnar la presente sentencia, por ser la primera de carácter condenatorio, como lo ha sostenido esta Corporación en recientes decisiones (SP4883-2017, nov. 14, rad. 48820, SP 5290-2018, dic. 5, rad. 44564).

En las referidas providencias se determinó que el derecho a impugnar la primera condena, emitida en sede de casación, se garantizaría mediante la aplicación analógica de las reglas procesales del recurso de apelación, según el procedimiento aplicable en cada caso, por lo cual la remisión normativa se hará a las disposiciones establecidas en la Ley 906 de 2004, especialmente en su artículo 179 –modificado por L. 1395/2010–, por ser ésta la que rigió la actuación.

En consecuencia, el trámite que garantizará la impugnación especial contra sentencias condenatorias, dictadas por primera vez al resolver el recurso extraordinario de casación, será el que se pasa a describir:

- a) La impugnación especial de la condena, deberá formularse en la audiencia de lectura del fallo de casación.
- b) La respectiva sustentación tendrá lugar, a elección del impugnante, en la misma audiencia de lectura, de manera oral, o dentro de los cinco (5) días siguientes, por escrito.
- c) Si ocurre lo primero, se concederá la palabra a la Fiscalía y a los demás intervinientes, que comparezcan a la audiencia, para que ejerzan el derecho a la contradicción.
- d) En caso de sustentación escrita, se correrá traslado de la misma a la Fiscalía y a los demás intervinientes, por el término de cinco (5) días.

e) Surtido el trámite anterior, inmediatamente, se remitirá el proceso al despacho del magistrado que sigue en turno al último que suscribió la sentencia, para que conforme sala con los dos magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de que decidan la solicitud de doble conformidad.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

I. RESUELVE

Primero: Casar la sentencia impugnada.

Segundo: Declarar responsable a Miguel Enrique Franco Menco, identificado con la C.C. N° 70.505.918, como autor de los delitos de prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo. Como consecuencia, imponerle las siguientes penas: sesenta (60) meses de prisión, ochenta y seis punto mil veinticinco (86.1025) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos (2008) y noventa y cuatro (94) meses de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, según lo precisado en la parte motiva.

Tercero: Negar al sentenciado los sustitutos de suspensión condicional de la ejecución de la pena, como también la prisión domiciliaria. En consecuencia, líbrese orden de captura.

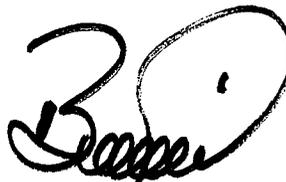
Cuarto: Declarar que no hay lugar a condena en perjuicios.

Quinto: Comuníquese esta sentencia a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Procuraduría General de la Nación y a la Policía Nacional.

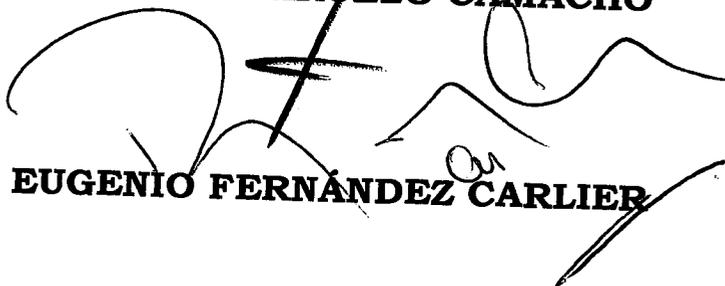
Sexto: Compúlsense las copias dispuestas en la parte motiva de este proveído.

Séptimo: Advertir que por haberse condenado al acusado por primera vez en casación, la defensa está en posibilidad de activar el mecanismo especial de impugnación previsto en el Acto Legislativo n° 01 de 2018, en los términos señalados en la parte motiva de esta decisión.

Cópiese, notifíquese y, una vez resuelta la solicitud de doble conformidad de la sentencia condenatoria, si llegare a activarse tal mecanismo de impugnación, devuélvase al tribunal de origen, cúmplase.



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~


~~EYDER PATIÑO CABRERA~~


~~PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR~~


~~LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO~~


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

15 MAR. 2019

2.15pm

