



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**GERSON CHAVERRA CASTRO**

**Magistrado Ponente**

**SP628-2026**

**Radicación n° 61562**

Acta No 214

Bogotá D.C., primero (1º) de julio de dos mil veintiséis (2026)

### **ASUNTO**

La Sala, con el fin de garantizar el principio de doble conformidad, examina la sentencia del 20 de octubre de 2021, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, revocó la absolución emitida a favor de **Alejandro Malkum Oyaga** para sancionarlo por el delito de prevaricato por acción.

### **HECHOS**

El Concejo Municipal de Chiriguaná, periodo 2011-2015, autorizó a la mesa directiva para reglamentar el concurso público de méritos para la elección del personero municipal de dicha localidad, para el período constitucional 2016-2020. Con

ese propósito, expidió la Resolución No. 019 de noviembre 4 de 2015, mediante la cual se establecieron las reglas del proceso de selección.

En esa resolución se estableció que la prueba de conocimiento tendría un valor de 60%, la de competencia laboral 15%, análisis de antecedentes 15%, y la entrevista 10%; acto administrativo que fue modificado con Resolución 020 de noviembre 30 de 2015, para disponer, ahora, que la prueba de conocimiento equivaldría al 70%, la de competencia laboral a 15%, análisis de antecedentes 10% y la entrevista 5%. También trazó una nueva hoja de ruta con relación a los tiempos del concurso.

Para el desarrollo de ese proceso, el 30 de noviembre de 2015 el entonces presidente del Concejo de Chiriguaná celebró un convenio interadministrativo de cooperación con la Universidad de Cundinamarca. A la convocatoria pública concurrieron como aspirantes Luzoan Caro Padilla, John Dagil Ramírez y Pedro Miguel Peinado. Al final del concurso, la Universidad de Cundinamarca publicó la lista de elegibles según el puntaje logrado por cada uno de los aspirantes al cargo de personero municipal de Chiriguaná: Pedro Miguel Peinado obtuvo el 1° lugar con 64.67 puntos; Dagil Ramírez el segundo con 64.32 puntos y Luzoan Caro Padilla el tercer puesto con 62.34 puntos.

No obstante, llegado el día de elección, el Concejo de Chiriguaná del periodo 2016-2020, integrado entre otros por **Alejandro Malkum Oyaga**, en sesión de enero 10 de 2016, eligió como personera municipal de Chiriguaná a Luzoan Caro

Padilla. Para ello, previamente se alteró el resultado final publicado por la Universidad de Cundinamarca pretextando que la entidad asesora se había equivocado.

## ANTECEDENTES

1. En audiencia del 13 de diciembre de 2016, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Valledupar, se formuló imputación a Ernesto Javier López Salazar, Walter García Machado, Jaime Enrique Cadena Muñoz, **Alejandro Malkum Oyaga**, Iván Antonio Cadena Muñoz, Alejandro Barragán Galvis y Miguelina Esther Orta Montecristo, por los delitos de prevaricato por acción y fraude a resolución judicial (artículos 413 y 454 del Código Penal). No se impuso medida de aseguramiento.

2. El 28 de febrero de 2017, se radicó escrito de acusación<sup>1</sup> por las referidas conductas en contra de los citados. Este se materializó en audiencia del 3 de noviembre del citado año<sup>2</sup>, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Valledupar<sup>3</sup>.

3. La audiencia preparatoria se realizó el 19 de marzo de 2019<sup>4</sup>, mientras que el juicio oral se desarrolló en sesiones del

---

<sup>1</sup> Archivo «Primera Instancia\_Cuaderno Principal 1\_Cuaderno\_2022122651164.pdf» pág. 146.

<sup>2</sup> Archivo «Primera Instancia\_Cuaderno Principal 1\_Cuaderno\_2022122651164.pdf» pág. 113

<sup>3</sup> Previa manifestación de impedimento del titular del Juzgado Penal del Circuito de Chiriguana, del 28 de febrero de 2017.

<sup>4</sup> Archivo «Primera Instancia\_Cuaderno Principal 1\_Cuaderno\_2022122651164.pdf» pág. 87

25 de julio<sup>5</sup> y 23 de agosto<sup>6</sup> de 2019, 27 de enero<sup>7</sup>, 15 de julio<sup>8</sup>, 12 de agosto<sup>9</sup>, 8 de septiembre<sup>10</sup> y 24 de noviembre de 2020<sup>11</sup>.

En sentencia del 18 de mayo de 2021<sup>12</sup>, el Juzgado cognoscente condenó a Ernesto Javier López Salazar, Jaime Enrique Cadena Muñoz e Iván Antonio Cadena Rivera, como coautores del delito de prevaricato por acción y, a Walter García Machado, Alexander Barragán Galvis y Miguelina Orta Montecristo, como coautores de los comportamientos delictivos de prevaricato por acción y fraude a resolución judicial. A los primeros les impuso pena de 48 meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016, e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 80 meses.

Frente a los segundos, la pena privativa de la libertad fue de 54 meses, multa de 71.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016, e inhabilidad para ejercer cargos públicos por 80 meses. A ninguno se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria por aplicación del artículo 68A del Código Penal.

---

<sup>5</sup> Archivo «Primera Instancia\_Cuaderno Principal 1\_Cuaderno\_2022122651164.pdf» pág. 82. En esta se incorporaron las estipulaciones probatorias.

<sup>6</sup> Archivo «001\_Primera Instancia\_Cuaderno Principal2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 80

<sup>7</sup> Archivo «001\_Primera Instancia\_Cuaderno Principal2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 166

<sup>8</sup> Archivo «001\_Primera Instancia\_Cuaderno Principal2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 200

<sup>9</sup> Archivo «001\_Primera Instancia\_Cuaderno Principal2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 201

<sup>10</sup> Archivo «001\_Primera Instancia\_Cuaderno Principal2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 203

<sup>11</sup> Archivo «001\_Primera Instancia\_Cuaderno Principal2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 208

<sup>12</sup> Archivo «001\_Primera Instancia\_Cuaderno Principal2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 239-275.

Finalmente, se absolvió a Ernesto Javier López Salazar, Jaime Enrique Cadena Muñoz e Iván Antonio Cadena Rivera del cargo por el ilícito de fraude a resolución judicial, y también por este ilícito y el de prevaricato por acción a **Alejandro Malkum Oyaga**.

4. Interpuesto recurso de apelación por la defensa, la Fiscalía y el Ministerio Público, la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar en providencia del 20 de octubre de 2021, (i) declaró la extinción de la acción penal por el delito de fraude a resolución judicial, (ii) revocó el fallo para condenar a **Alejandro Malkum Oyaga** como responsable del punible de prevaricato por acción y, (iii) mantuvo la condena frente a los demás procesados por la conducta tipificada en el artículo 413 del Código Penal. Consecuente con lo anterior, la pena para todos los condenados quedó en 48 meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016, e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 80 meses. A **Alejandro Malkum Oyaga**, se le negó, la suspensión condicional de la ejecución de pena y la prisión domiciliaria, por la misma razón que a los demás procesados.

5. Contra la anterior determinación, los defensores de Ernesto Javier López Salazar, Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera, Walter García Machado y Alexander Barragán Galvis, promovieron recurso de casación<sup>13</sup>,

<sup>13</sup> En el expediente obra memorial a través del cual, la defensa de Miguelina Esther Orta Montecristo, interpone recurso extraordinario de casación -pág. 98, cuaderno "Segunda Instancia\_Cuaderno Principal 1\_Cuaderno\_2022123034734"; no obstante, igualmente se registra memorial del profesional del derecho, en el que manifiesta que retira el recurso -pág. 107, idem-. Conforme con esta situación, por auto del 2 de febrero de 2022, la Sala Penal del Tribunal de Valledupar, aceptó el desistimiento del recurso en comento -pág. 152 y 153 ibidem-.

mientras que el de **Alejandro Malkum Oyaga** impugnación especial.

6. El asunto arribó a la Corte y, encontrándose en turno para la calificación de la demanda, la defensa de Ernesto Javier López Salazar manifestó desistir del recurso extraordinario, tal solicitud se acompañó de memorial suscrito por procesado en el que coadyuvaba tal postulación, en ese orden, en auto AP2835-2022, del 29 de junio de 2022, se admitió el desistimiento.

7. Asimismo, por proveído AP2394-2024, del 30 de abril de 2024, no se admitió la demanda de casación presentada por la defensa de Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera, Walter García Machado y Alexander Barragán Galvis.

Presentada insistencia ante el Ministerio Público, la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal el 2 de julio de 2024 consideró que no existía mérito para acudir ante la Sala de Casación con tal propósito.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>14</sup>**

El 18 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Valledupar absolvió a **Alejandro Malkum Oyaga**.

El Juzgado una vez verificó la identificación e individualización de Ernesto Javier López Salazar, Walter García,

---

<sup>14</sup> La Sala reseña lo atinente a la conducta de prevaricato por acción, al igual que lo concerniente a Alejandro Malkum Oyaga. En ese orden, prescinde del análisis sobre la conducta de fraude a resolución judicial en tanto no se atribuyó al recurrente, además porque el Tribunal, declaró prescrita la acción penal por esa conducta típica.

Machado, Jaime Enrique Cadena Muñoz, **Alejandro Malkum Oyaga**, Iván Antonio Cadena Rivera, Alexander Barragan Galviz y Miguelina Esther Orta Montecristo, dio por demostrada su calidad de servidores públicos para la fecha de los hechos, como concejales del municipio de Chiriguaná, elegidos popularmente para el periodo 2016-2019.

Igualmente encontró probado que, el Concejo Municipal de Chiriguaná, periodo 2012-2015, reglamentó el proceso de convocatoria y proceso de elección de personero municipal para el periodo 2016-2020. En tal sentido, expidió las Resoluciones 019 y 020 de 2015, observó que en la última de ellas se varió el porcentaje de las pruebas para quedar de la siguiente manera: la de conocimiento de un 60% pasó a un 70%, manteniendo su carácter eliminatorio, el 15% se mantendría para la prueba de competencias laborales, mientras que el análisis de antecedentes pasó a un 15% a 10% y la entrevista de 10% a un 5%. Además, que el procedimiento estaría a cargo de la Universidad de Cundinamarca conforme el convenio interadministrativo suscrito el 30 de noviembre de 2015.

Dicho ello, explicó que la Universidad en cita adelantó y desarrolló el concurso de méritos en cada una de sus fases y asignó los puntajes correspondientes a los aspirantes: Pedro Miguel Peinado, Jhon Dagil y Luzoan Caro Padilla, respectivamente, 64.67, 64.32 y 62.32.

Dijo el sentenciador que, a pesar de que ninguno de los aspirantes superó en los términos descritos en las Resoluciones 019 y 020 de 2015 el puntaje necesario en la prueba de

conocimientos<sup>15</sup>, el Concejo Municipal del periodo constitucional 2012-2015, como 2016-2019 y la Universidad de Cundinamarca continuaron con el concurso en contravía de las normas del concurso que eran de obligatorio cumplimiento<sup>16</sup>.

En ese sentido, destacó que la conducta finalmente se cometió al haberse emitido la Resolución 004 del 10 de enero de 2016, con la que se violentaron las resoluciones 019 y 020, que establecían los lineamientos del concurso para modificar «*groseramente*» la lista de elegibles que había emitido la Universidad de Cundinamarca y establecer «*nuevos y amañados parámetros para ubicar a la doctora LUZOAN CARO PADILLA, en el primer lugar de la lista.*»

Sobre este particular, expuso que la Universidad en respuesta a la supuesta existencia de errores en el proceso de consolidación de los resultados al Concejo los descartó, y no obstante ello, la junta directiva conformada por Walter García Machado, Alexander Barragan Galvis y Miguelina Orta Montecristo emitieron la Resolución 005 del 10 de enero de 2016 modificando la lista de elegibles, ubicando en el primer puesto a Luzoan Caro Padilla con un puntaje de 64.94, en el segundo a Pedro Miguel Peinado con 64.74 puntos y, en el tercero a Jhon Jairo Dagil con un puntaje 64.41. Luego de lo cual, ese mismo día, sometieron a consideración del Concejo esa situación, incluso, pese a que esa nueva lista no estaba publicada, conduciendo a que, junto con los demás miembros

<sup>15</sup> Explicó: «*el primer participante obtuvo en la prueba de conocimiento un puntaje de 54.6, el segundo participante obtuvo puntaje de 52.50 y el ultimo de 50.40, cuando la prueba tenía establecido un puntaje mínimo de 70%, según resolución 020 de 2015; incluso, ni siquiera obtuvieron el porcentaje del 60% que había establecido en forma inicial la Resolución 019 de 2015.*».

<sup>16</sup> Por este aspecto, en la sentencia se ordenó enviar copias para que la Fiscalía General de la Nación determine posibles responsabilidades de los miembros del Concejo Municipal de Chiriguaná periodo 2012-2015, Luzoan Caro Padilla y Pedro Miguel Peinado.

de la corporación Ernesto Javier López Salazar, Jaime Enrique Cadena Muñoz, **Alejandro Malkum Oyaga** e Iván Antonio Cadena Rivera, eligieran a persona que no estaba llamada a ocupar el cargo.

En tales términos, sostuvo que la elección era manifiestamente ilegal, al trasgredir de manera evidente los parámetros y lineamientos trazados por el Concejo de Chiriguaná en las Resoluciones 019 y 020 de 2015.

El *a quo* expuso que el «*prevaricato se concretó cuando los concejales modificaron la lista de elegibles, acto que se imputa a los integrantes de la mesa directiva conformada por los concejales WALTER GARCIA MACHADO, ALEXANDER BARRAGAN GALVIS, Y MIGUELINA ORTA MONTECRISTO, y luego todos los acusados incluido ALEJANDRO MALKUM OYAGA, con conocimiento de la modificación ilegal de la lista, porque el presidente explicó en la plenaria la modificación de la lista de elegibles, procedieron a elegir a la doctora LUZOAN CARO PADILLA, desconociendo iteramos la lista de elegibles emitida por quien realizó y desarrolló el concurso.*»

Agregó que los acusados actuaron con conocimiento y voluntad, lo que dedujo del hecho de que desde que los nuevos concejales se apersonaron del concurso se mostró un interés por beneficiar a la elegida. En ese sentido, destacó como se le concedió una calificación en la entrevista muy superior a la de los otros aspirantes.

Además, la conducta se mostraba antijurídica en tanto lesionaba de manera efectiva y real el bien jurídico de la administración pública al mantener en un cargo a una persona

devengando un salario sin que se ganara ese derecho, en detrimento de otros aspirantes.

No obstante sus anteriores razonamientos, el sentenciador emitió fallo absolutorio a favor de **Alejandro Malkum Oyaga** por el delito de prevaricato por acción, debido a que, expuso, *«inducido por un error involuntario, por un lapsus mental del funcionario, que en desarrollo de la verbalización del sentido de fallo, le generó una involuntaria confusión la existencia de otro de los concejales que no participó en los hechos delictivos y que no había votado por la elegida personera, pero que si había participado en el debate, concejal de nombre ALEJANDRO MALKUN PALLARES, a quien el juzgado se refirió inicialmente pero al final del sentido de fallo se absolvió a ALEJANDRO MALKUN (sic) OYAGA, además Malkun Pallares, no había sido acusado. Ese lapsus mental, ese error involuntario, que reconoce el juzgado, no puede ser corregido por el suscrito a pesar que lo hemos advertido, por no poder variar el sentido de fallo, como hoy pacíficamente lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, que no permite variar el sentido de fallo ni siquiera por vía de la Nulidad; ha dicho la Corte que el yerro solo puede ser subsanado por el superior, cuando las partes e intervinientes legitimadas ejerciten los recursos o mecanismos ordinarios.»*

Lo cual refrendó en los precedentes CSJ SP 14 nov. 2012, rad. 36333, SP 2364-2018, rad. 45098 y SP212-2021, rad. 52400.

## DECISIÓN IMPUGNADA

Apelada la decisión absolutoria por la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la defensa de Ernesto Javier López Salazar, Walter García Machado, Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera y Alexander Barragán Galvis, la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar<sup>17</sup> revocó la decisión favorable a **Alejandro Malkum Oyaga** para, en su lugar, condenarlo como autor del delito de prevaricato por acción a la pena principal de 48 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses y multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016.

El *ad quem* inicialmente descartó la nulidad de la actuación por falta de competencia del Juez Segundo Penal del Circuito con función de Conocimiento de Valledupar, al observar que si bien los hechos judicializados se cometieron en el municipio de Chiriguana, el funcionario con jurisdicción en esa comprensión territorial no asumió el asunto, debido a que, el 28 de febrero de 2017 manifestó su impedimento aduciendo que fue uno de los jueces que tramitó una de las acciones de tutela que se invocaron como supuesto fáctico de la acusación, al igual que, fue objeto de quejas disciplinarias y penales. Lo que impuso que se enviara el asunto al juez con sede en Valledupar, autoridad que conoció el proceso. Aspecto que, por demás indicó, las partes e intervinientes no objetaron en la audiencia de formulación de acusación, escenario idóneo para un debate de tales características.

Superado ello, el Tribunal, luego de ocuparse de la revisión del material probatorio practicado -en respuesta a las

---

<sup>17</sup> La Sala se concentra en los argumentos que resultan relevantes para resolver el recurso de impugnación especial propuesto por la defensa de Alejandro Malkum Oyaga.

alegaciones presentadas por los defensores que intentaron desestimar el fundamento de la condena de los procesados condenados- destacó como los acusados procedieron a designar y posesionar a la persona que ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles, esto es, Luzoan Caro Padilla. Acto para el cual, el Concejo Municipal procedió a través de Resolución 004 de 2016 a modificar el listado que fue remitido por parte de la Universidad de Cundinamarca, aduciendo un error en la calificación de la entrevista, según los implicados, por haberse empleado una fórmula equivocada para calcular los porcentajes.

Con ello, los procesados terminaron por contrariar las Resoluciones 019 y 020 de 2015 que contenían las reglas del concurso, modificaron de manera arbitraria los parámetros establecidos en esos actos administrativos para establecer una nueva pauta de calificación dentro del concurso de méritos, con lo que, a su turno, elaboraron una nueva lista de elegibles, facultad que estaba reservada para el operador del proceso de selección.

Expuso la Sala que, ninguna dubitación ofrecía los parámetros de interpretación de las fórmulas de calificación que, entre otras razones, solo le correspondía aplicar al operador del concurso, de allí que, las acciones desplegadas por los concejales terminaran siendo manifiestamente contrarias a las reglas que imponían la escogencia del personero.

El Tribunal aclaró que, no compartía el argumento de la primera instancia de que ninguno de los concursantes había logrado el puntaje mínimo aprobatorio de la prueba de

conocimiento, porque de acuerdo con lo consignado en la Resolución 020 de 2015, se tenía establecido lo siguiente:

| No. | Clase                    | Carácter       | Mínimo Aprobatorio | %  |
|-----|--------------------------|----------------|--------------------|----|
| 1   | Prueba de Conocimiento   | Eliminatorio   | 70/100             | 70 |
| 2   | Competencias Laborales   | Clasificatorio |                    | 15 |
| 3   | Análisis de Antecedentes | Clasificatorio |                    | 10 |
| 4   | Entrevista               | Clasificatorio |                    | 5  |

De allí que, «*el puntaje mínimo para aprobar la prueba de conocimiento en el concurso de méritos era de 70 sobre 100 puntos posibles, destacándose que resulta diferente el porcentaje asignado del valor mínimo aprobatorio; es decir de que los 100 puntos posibles equivalen al 70% siendo este el máximo valor posible de alcanzar en la prueba de conocimiento. Luego entonces, los participantes que obtuvieron un resultado en la prueba igual o superior a 70/100 continuaban en el concurso.*»

Entonces, conforme al resultado y ponderación realizada por la Universidad de Cundinamarca Pedro Miguel Peinado ocupó el primer lugar con un puntaje de 78/100, el cual equivale a 54,60% del 70% asignado a la prueba de conocimiento<sup>18</sup>.

De allí que, insistiera en que el Concejo, en concreto, los acusados de manera arbitraria se apartaron de la normatividad especial, para dirigir su voluntad, a la designación de un aspirante que no estaba a llamada a ello,

$$X = \frac{\text{Puntaje del participante}}{100} \times (70\%)$$

18

en aplicación de las reglas del concurso de méritos previamente establecidas.

Agregó que, el testimonio de Pedro Miguel Peinado permitió conocer las razones que llevaron a los acusados a impedir su selección. Estas fueron, de índole político, puntualmente, pertenecer a corrientes políticas distintas a los acusados, además, de la reticencia que tuvieron a acatar decisiones judiciales en donde se descalificaba su proceder. De hecho, cuando fueron notificados del pronunciamiento del juez administrativo sobre la nulidad del acto de elección, procedieron a declarar la vacancia del cargo y a designar, bajo la modalidad de encargo, a la misma persona que venía de manera irregular en este.

Similar posición adoptaron de cara a los fallos de tutela en donde también se observaron la presencia de falencias en la designación de Luzoan Caro Padilla, se reitera, por contrariar las reglas de obligatorio cumplimiento previstas de manera anterior.

Hizo mención a que, los concejales fueron advertidos por la Universidad que no había tal error en la consolidación de los porcentajes concretados en la Resolución 003 del 8 de enero de 2016, no obstante, la mesa directiva procedió a la modificación de ellos, en la Resolución 004 del 10 de enero de 2016, misma que, se empleó para la designación final del cargo ofertado.

En ese sentido, el juez colegiado sostuvo que era evidente que la única intención de los acusados era la de

mantener en el cargo a Luzoan Caro Padilla, *«para lo cual se orquestó una modificación parcializada de la lista de elegibles pretendiendo impartir legalidad y acierto al acto de elección.»*

De modo que, *«la intención de los integrantes de la Corporación de elección popular del municipio de Chiriguaná se encontraba dirigida inequívocamente a ubicar en el primer orden de la lista, como fuera a la doctora Caro Padilla, como finalmente ocurrió, con el propósito de darle visos de legalidad a su designación y posesión como Personera Municipal de Chiriguaná y dejar al margen de tal opción a quien había ocupado el primer lugar tras agotarse las fases del aludido concurso de méritos.»*

Bajo ese panorama, la Sala Penal del Tribunal de Valledupar encontró acertada la declaratoria de responsabilidad del juez de primer grado, incluida la del procesado **Alejandro Malkum Oyaga**, quien se encontraba en las mismas circunstancias que los demás condenados.

En ese contexto sostuvo que el fallador de primera instancia incurrió en error al momento de señalar que no le asistía responsabilidad, pues **Alejandro Malkum Oyaga** también votó positivamente la elección de la personera municipal, previo a la emisión del acto administrativo que modificó de manera arbitraria el puntaje de los concursantes y la lista de elegibles.

Por consiguiente, estimó que *«resulta procedente revocar el numeral séptimo de la decisión que viene recurrida, para en su lugar, declarar que señor **Alejandro Malkum***

***Oyaga*** es penalmente responsable del delito de Prevaricato Por Acción, pues es evidente que corrió la misma suerte que los demás procesados, evidenciándose que la absolución se fundamentó en un error en el que incurrió el señor Juez de primera instancia al confundirlo con uno de los también Concejales de la época - ALEJANDRO MALKUN PALLARES- quien se abstuvo de votar la elección de la personera municipal.»

Sin que esa situación deviniera en una causal invalidante del proceso a partir del anuncio del sentido del fallo -como lo sugirieron la defensa de los otros procesados-, porque esta situación ni siquiera fue advertida por el defensor de **Malkum Oyaga** y, en rigor, nada afectó la situación de los demás procesados.

Además que, el desacuerdo que pueda subsistir por la decisión condenatoria adoptada puede ser revisada a través del recurso de impugnación especial, mecanismo que se activa en virtud del principio de doble conformidad.

## **DE LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL**

El impugnante, luego de citar en extenso los hechos, la actuación procesal, las sentencias de primera y segunda instancia y los argumentos de los apelantes, solicitó la revocatoria del fallo condenatorio emitido en contra de **Alejandro Malkum Oyaga**.

De lo que se extrae del confuso y largo escrito, la defensa cuestiona el título de participación atribuido, coautor o «autor mediato», en tanto, el delito de prevaricato por

acción es un delito que solo se puede sancionar bajo la figura de la autoría.

De otra parte, al tiempo que reprobó la indefinición del acto prevaricador, expuso que los actos administrativos reprobados estaban revestidos de presunción de legalidad, en tanto, su eficacia no fue abolida en la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por esa razón, sostuvo que *«Los actos administrativos expedidos por los señores concejales, para poder ser investigados penalmente primero el juez natural administrativo, debió anularlos para dejarlos sin efectos, por las acciones u omisiones que imputa la fiscalía, ello está regulada en el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo»*.

También, hizo alusión a la razón por la cual se descartó la nulidad por falta de competencia del juez con sede en la ciudad de Valledupar, esto es, la admisión del impedimento presentado por el funcionario judicial de Chiriguaná, para sostener que habría una infracción a la prohibición de condenar dos veces por los mismos hechos, se infiere, bajo la evaluación que esta autoridad habría realizado previamente, o de otras quejas disciplinarias y acciones penales.

En ese aspecto, el recurrente mencionó la acusación que se hizo por el delito de fraude a resolución judicial o administrativa, para sostener que se realizaron valoraciones previas del caso, donde quedó atribuida la conducta

únicamente a los integrantes de la junta directiva de la corporación, relacionada con el incumplimiento de la sentencia de tutela del 8 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná, con lo cual, indicó *«existió un análisis del caso, se investigó el mismo, y de dicha investigación profunda al trámite respectivo, se impartió una sentencia judicial, que ordenó un mandato a cumplir, con lo referente a las decisiones optadas por el cabildo integral, y la mesa directiva, como ente evaluador del concurso, para que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, procediera a SUSPENDER E INAPLICAR el acta sin fecha No. 005 y la resolución no. 004 del 10 de enero de 2016, expedidos por la mesa directiva de ese cuerpo colegiado, y en su defecto procedieran a retomar la respectiva lista de elegibles de aspirantes a ocupar el cargo de personero municipal publicada por la universidad de Cundinamarca, respetando las reglas del concurso establecidas en la resolución 019 y 020, de noviembre de 2015, y procedan a elegir y posesionar como tal, a quien resulte ocupar el primer lugar de la misma.»*

Finalmente, el recurrente a lo largo de su documento deprecó el desconocimiento de los principios rectores previstos en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley 906 de 2004.

## **NO RECURRENTES**

En el traslado para alegar, guardaron silencio<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Conforme con la constancia de la Secretaría del Tribunal Superior de Valledupar, del 24 de enero de 2022.

## CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por la defensa de **Alejandro Malkum Oyaga**, contra la sentencia emitida el 20 de octubre de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 235 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018 y el criterio plasmado en la decisión CSJ AP1263-2019 del 3 de abril de 2019.

2. Recurso que se resolverá, no obstante observarse que el recurrente incurrió en deficiencias en la sustentación y concreción de sus reproches. Ello, dado que de su escrito se logran identificar que sus inconformidades frente a la sentencia condenatoria están dadas en el título de participación que se le atribuyó al acusado y en la materialidad del delito acusado.

De allí que, para resolver aquellas inquietudes, la Sala reiterará la estructura del delito de prevaricato por acción, para descender al caso concreto.

### 3. El delito de prevaricato por acción.

La conducta de prevaricato por acción se halla descrita en el artículo 413 del Código Penal así:

*ARTÍCULO 413. Prevaricato por acción. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión*

*de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

De acuerdo con lo anterior, el comportamiento punible desde el punto de vista objetivo se descompone en los siguientes elementos:

*(i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”<sup>20, 21</sup>*

Ahora, sobre el ingrediente normativo *manifiestamente contrario a la ley*, se ha precisado lo siguiente:

*(...) [P]ara que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”<sup>22</sup>, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso<sup>23</sup>.*

*Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la*

<sup>20</sup> CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031.

<sup>21</sup> CSJ SP134-2016

<sup>22</sup> CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n° 2424, pág. 438 - 442.

<sup>23</sup> CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n° 2424, pág. 438 - 442.

*carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.*<sup>24</sup>

En tal virtud, la materialidad de la conducta exige que el acto calificado de prevaricador corresponda al capricho y arbitrio del servidor público, que desconoce de manera abierta y se aparta ostensiblemente de los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio que regulan el caso sometido a su conocimiento, y no obedezca a la divergencia de criterios o posiciones distintas frente a lo resuelto en la decisión adoptada.

Por manera que, no encuadrarán en el tipo penal aquellas decisiones que resulten del examen complejo de las distintas disposiciones que regulen el asunto propuesto ante el funcionario, respecto de las cuales exista la posibilidad de interpretaciones discordantes, toda vez que, en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad, por cuanto, se insiste, *«la emisión de una providencia “manifiestamente contraria a la ley” solamente es compatible con un conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico, ese propósito no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, tiene que ser evidente, grosero y advertible de inmediato en relación con el problema jurídico identificado por el funcionario judicial en el momento en cuya conducta se juzga y no a posteriori»*.<sup>25</sup>

Este comportamiento delictivo solo admite la modalidad dolosa, por lo cual su configuración está condicionada a que la contrariedad entre la providencia o el acto administrativo objeto de reproche y la ley haya sido conocida y querida por el

---

<sup>24</sup> CSJ SP4620-2016

<sup>25</sup> CSJ SP14999-2014

servidor público, quien estando en la capacidad de proferir una decisión conforme a derecho, de manera consciente se determina a lesionar el bien jurídico de la administración pública.

El bien jurídico tutelado, es la administración pública, sometida al imperio de la ley en sus relaciones interinstitucionales y con los particulares y su finalidad es amparar la vigencia del ordenamiento y asegurar la convivencia pacífica de los asociados.

#### **4. Del caso concreto.**

##### **Cuestión previa.**

En este caso la Sala no encuentra obstáculo para decidir la impugnación presentada por el defensor de **Alejandro Malkum Oyaga**, no obstante que al momento de anunciarse el sentido del fallo fuera declarado inocente. Ello porque, como lo expuso el juez de primer grado al momento de emitir la sentencia escrita, esa situación obedeció a una incorrección en el nombre del procesado que lo llevó a indicar en la primera oportunidad que el acusado no estaría involucrado en la ejecución del delito por la sencilla razón de que no habría votado la elección de Caro Padilla, por lo que decidió mantener esa determinación en el proveído del 18 de mayo de 2021.

Lo cual no significó, como se puede constatar en la reseña que se hizo de la sentencia de primera instancia, que no se efectuara un juicio sobre la materialidad de la conducta de prevaricato por acción y responsabilidad **Alejandro Malkum**

**Oyaga.** Por el contrario, allí se refirió que él participó de la elección reprobada como prevaricadora y que estaba en igualdad de condiciones que los demás procesados, lo cual descarta que haya un déficit en la definición de su situación jurídica por el *a quo*.

### **De la resolución del recurso.**

La Fiscalía General de la Nación convocó a juicio a **Alejandro Malkum Oyaga** como miembro del Concejo Municipal de Chiriguaná -elegido para el periodo 2016-2020-<sup>26</sup>, por haber participado en la elección en el cargo de personera municipal a Luzuan Caro Padilla. Designación que se hizo, no obstante los resultados del concurso de méritos y contrariando lo dispuesto en Resolución 019 de 2015, modificada por Resolución 020 del mismo año, emitida por la referida Corporación.

En ese sentido destacó el ente investigador que, luego de que la mesa directiva del Concejo Municipal resolviera modificar de manera arbitraria los resultados consolidados por la Universidad de Cundinamarca para favorecer a Caro Padilla, esto, mediante Resolución 004 de 2016, se sometió a votación su designación por la plenaria de la corporación municipal, la cual, con participación de **Alejandro Malkum Oyaga**, procedió a su elección según se consignó en el Acta 06 del 10 de enero de 2016.

Conforme lo anterior, señaló que **Malkum Oyaga**, como miembro de la corporación «*no acató la voluntad de la ley y en forma caprichosa y arbitraria por lo demás, birló los derechos*

<sup>26</sup> Su plena identidad y calidad de servidor público fueron hechos objeto de estipulación.

*del concursante que ocupó el primer lugar, e impuso y posesionó a Caro Padilla, quien como está probado quedó rezagada al último lugar». Por consiguiente, se dijo en el escrito de acusación, fue convocado a juicio para que «respondan en juicio a título de coautores (...) de la conducta[s] punible[s] prevista[s] en los artículos 413 ...»*

Sobre este particular, se tiene que el artículo 313 de la Constitución Política de Colombia, numeral 8, faculta a los concejos municipales a «elegir Personero para el período que fije la ley». Facultad que a su vez, se encuentra regulada en la Ley 136 de 1994, «por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios», y que en su artículo 170 señala:

*ARTÍCULO 170. Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012<sup>27</sup>. Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos que (...), de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.*

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 2013, sobre la elección de esa dignidad por concurso público de méritos, destacó que era el mecanismo idóneo por el cual se cumplían postulados de la democracia. En ese sentido, expuso:

*... En consonancia con los postulados de la democracia participativa, el concurso público de méritos materializa la intervención ciudadana en distintos sentidos: de un lado, porque cualquier persona que cumpla los requisitos y condiciones para*

<sup>27</sup> Se cita la norma vigente para el momento de los hechos. De igual manera se prescinde de los apartes declarados inexecutable en sentencia C-105 de 2013.

*ejercer el cargo de personero, puede tomar parte en el respectivo proceso de selección; esta apertura no es propia ni característica de las dinámicas informales en las que discrecionalmente los concejos conforman su repertorio de candidatos. Y de otro lado, porque como se trata de un procedimiento público y altamente formalizado, cualquier persona puede hacer el seguimiento respectivo, y detectar, informar y controvertir las eventuales irregularidades. En definitiva, la publicidad, transparencia y formalización del proceso incentivan la participación ciudadana. Se trata de un proceso democrático, no en tanto se delega en los representantes de la ciudadanía la conducción política, sino en tanto la ciudadanía interviene activamente y controla la actividad estatal.*

*Además, el concurso es coherente con los postulados de la democracia sustancial, pues las determinaciones en torno a la integración de las entidades estatales se estructuran alrededor de los derechos fundamentales a la igualdad, a la participación en la función pública y al debido proceso. La garantía de estos derechos no se deja librada al juego de las mayorías, sino que constituye el presupuesto fundamental, el referente y la finalidad de la actividad estatal.*

(...)

Decisión en la cual, el Tribunal constitucional precisó el carácter vinculante de sus resultados:

*En primer lugar, aunque la elección de servidores públicos supone la realización de un procedimiento complejo que comprende distintas instancias de diversa índole, el concurso público de méritos constituye la fase medular de todo el proceso. Esto se explica por su carácter vinculante, en la medida en que por regla general, quien obtiene la mejor calificación y ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, tiene derecho a acceder al respectivo cargo, de modo que el ente nominador debe atenerse al orden de prelación allí previsto. En otras palabras, se trata de la etapa vertebral de la selección, en cuanto el contenido de las decisiones en torno a la designación, están en función de sus resultados.*

Y sobre la importancia de que este tipo de procesos fueran acompañados por personal capacitado o con experiencia en el desarrollo de procesos de selección, expuso:

*No escapa a la Corte que los concejos pueden enfrentar limitaciones de diversa índole para llevar a cabo la tarea encomendada por el legislador. En efecto, el concurso de méritos tiene un alto nivel de complejidad, en la medida en que supone, por un lado, la identificación y utilización de pautas, criterios e indicadores objetivos, y, por otro, imparcialidad para evaluar, cuantificar y contrastar la preparación, la experiencia, las habilidades y las destrezas de los participantes. Se requiere, así mismo, el procesamiento y la sistematización de una gran cantidad de información y la disposición de una amplia y compleja infraestructura y logística administrativa, en un contexto conflictivo en el que, por la dinámica natural de la contienda y la competencia, las decisiones son cuestionadas y controvertidas de manera sistemática y reiterada. En otras palabras, las dificultades de los concursos hacen imperativa la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras, de las que en principio carecen los concejos municipales y distritales.*

*No obstante, debe tenerse en cuenta que la previsión legislativa en torno al concurso, y las condiciones que de la jurisprudencia constitucional se derivan para el mismo, no implican que estas corporaciones tengan que ejecutar e intervenir directa y materialmente en los concursos y en cada una de sus etapas, sino que estas entidades tienen la responsabilidad de dirigirlos y conducirlos. Es decir deben trazar los lineamientos generales del procedimiento, pero pueden entregar su realización parcial a terceras instancias que cuenten con las herramientas humanas y técnicas para este efecto. Así por ejemplo, pueden realizar convenios con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para que sean éstos quienes materialicen estas directrices bajo su supervisión, tal como ha ocurrido con los concursos realizados por la ESAP. Podrían, incluso, organizarse pruebas de oposición de manera simultánea para varios municipios de un mismo departamento que se encuentren dentro de la misma categoría, y unificarse los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, y centralizar su evaluación en una única instancia. En este contexto, la Procuraduría General de la Nación podría intervenir en la vigilancia de los concursos, pero no sustituir a los propios concejos.*

En este sentido, se tiene que mediante Decreto 2485 de 2014, se permitió a los concejos municipales la gestión del trámite pertinente «a través de universidades o instituciones

*de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal»<sup>28</sup>. De hecho, en esta misma normatividad se establecieron pautas generales acerca de sus etapas: convocatoria, reclutamiento, pruebas y mecanismos de publicidad<sup>29</sup>. Indicándose, además, que la lista de elegibles, conformada con los resultados de las pruebas, sería elaborada en estricto orden de mérito, y el cargo de personero debía ser cubierto con la persona que ocupe el primer puesto de la lista<sup>30</sup>.*

Bajo ese panorama, quedó demostrado que el Concejo Municipal de Chiriguaná que antecedió al conformado por los procesados<sup>31</sup>, emitió la Resolución 019 de 4 de noviembre de 2015<sup>32</sup>, por la cual se convocó y reglamentó el concurso de méritos para proveer el cargo de personero municipal de esa localidad para el periodo 2016-2020 (entre el día uno de marzo de 2016 hasta el último día del mes de febrero de 2020).

En el acto administrativo se dispuso los términos de la convocatoria: cargo, periodo, salario, responsable del proceso, estructura de este, cronograma, requisitos de participación, causales de inadmisión o exclusión, naturaleza del cargo y funciones a desempeñar, entre otros aspectos. Entre estos se destacan, las pruebas a aplicar, su carácter y ponderación de la siguiente forma:

<sup>28</sup> Artículo 1. Este Decreto en todo caso, fue derogado por el Decreto 1083 de 2015 -Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública- para establecer norma con igual contenido, cfr. Artículo 2.2.27.1

<sup>29</sup> Artículos 2 y 3.

<sup>30</sup> Artículo 4.

<sup>31</sup> La Mesa directiva del anterior Concejo Municipal estuvo integrada por: Roberto Antonio García Peña, Javier E. Díaz Meza y José Joaquín Coronel Martínez. Este a su turno, actuó validado por la proposición No. 01 de 2015, del Concejo Municipal de Chiriguaná. Cfr. Archivo «001\_Primer Instancia\_Cuaderno Principal 2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 79

<sup>32</sup> Archivo «001\_Primer Instancia\_Cuaderno Principal 2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 73

*ARTÍCULO 18 PRUEBAS A APLICAR, CARÁCTER Y PONDERACIÓN. Las pruebas o Instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación del aspirante y establecer una clasificación de los mismos, respecto de las competencias y cualidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo. La valoración de estos factores se efectuara a través de medios técnicos que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos.*

| Nº | Clase                    | Carácter       | Mínimo aprobatorio | %  |
|----|--------------------------|----------------|--------------------|----|
| 1  | Prueba de conocimiento   | Eliminatoria   | 6'/100             | 60 |
| 2  | Competencia laborales    | Clasificatoria |                    | 15 |
| 3  | Análisis de Antecedentes | Clasificatoria |                    | 15 |
| 4  | Entrevista               | Clasificatoria |                    | 10 |

(...)

*ARTÍCULO 22. CARÁCTER ELIMINATORIO DE LA PRUEBA. Para continuar con el proceso el aspirante debe obtener un puntaje mínimo de sesenta (60) puntos en la prueba de conocimientos.*

(...)

*ARTÍCULO 30. PRUEBA DE ENTREVISTA. La entrevista por competencias será aplicada con el propósito de analizar y valorar las habilidades y actitudes específicas relacionadas con el cargo a desempeñar, y la coincidencia con los principios y valores organizacionales, las habilidades frente a la visión y misión organizacional, el compromiso institucional y laboral, trabajo en equipo, relaciones interpersonales, si es adecuado o idóneo y si es adecuado o idóneo y si se puede y quiere ocupar el cargo.*

Esta última prueba, conforme con lo establecido en el artículo 31, únicamente podría presentarse si el aspirante superó la prueba de conocimiento.

A su vez, el artículo 49, indicó:

*ARTÍCULO 49 PUBLICACIONES DE RESULTADOS CONSOLIDADOS DE CADA UNA DE LAS PRUEBAS. El resultado final será publicado en los tiempos establecidos en el cronograma de la Convocatoria en la página web de la Alcaldía Municipal de Chiriguana- Cesar [www.chiriguana-cesar.gov.co](http://www.chiriguana-cesar.gov.co).*

*PARÁGRAFO ÚNICO. El consolidado de resultados obtenidos por los aspirantes únicamente podrá ser modificado por el Concejo Municipal de Chiriguana-Cesar, de oficio, a petición de parte o como producto de las solicitudes de corrección de resultados cuando se compruebe que hubo error en el procesamiento de datos, caso en el cual deberá incluirse ajustarse el puntaje obtenido por el aspirante.*

*ARTÍCULO 50. CONFIRMACIONES DE LISTAS DE ELEGIBLES. El Concejo Municipal de Chiriguana-Cesar, consolidara los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total del Concurso público de méritos y conformará, en estricto orden de mérito, la lista de elegibles para el cargo de Personero Municipal de Chiriguana- Cesar objeto de la presente convocatoria.*

Resolución que fue modificada por la 020 del 30 de noviembre 2015<sup>33</sup>, en particular, se reformó el artículo 18 citado, para establecer ahora:

*PRUEBAS A APLICAR, CARÁCTER Y PONDERACION. Las pruebas o Instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, Idoneidad y educación del aspirante y establecer una clasificación de los mismos, respecto de las competencias y cualidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos; que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos.*

| N° | Clase                    | Carácter       | Mínimo Aprobatorio | %  |
|----|--------------------------|----------------|--------------------|----|
| 1  | Prueba de conocimiento   | Eliminatoria   | 77/100             | 70 |
| 2  | Competencia Laborales    | Clasificatoria |                    | 15 |
| 3  | Análisis de Antecedentes | Clasificatoria |                    | 10 |
| 4  | Entrevista               | Clasificatoria |                    | 5  |

Además, varió el cronograma del proceso.

Se demostró que para el desarrollo de este proceso, el 30 de noviembre de 2015, mediante convenio interadministrativo de cooperación suscrito entre la Universidad de Cundinamarca y el Concejo de Chiriguaná<sup>34</sup>, el ente educativo se obligó a *«Adelantar, Desarrollar y Asesorar el Concurso Público de Méritos para seleccionar el Personero del Municipio de CHIRIGUANÁ - CESAR para que el Concejo Municipal proceda a su elección»*. Debiendo, entre otras cosas, realizar la proyección de los actos que comprenden el Concurso de Méritos a saber; adoptar formatos de inscripción, convocatoria, requisitos, términos, cronograma, reclamaciones, publicaciones, revisiones y, demás actividades necesarias para la correcta ejecución de la convocatoria; estudiar, evaluar y presentar los resultados de la verificación de requisitos mínimos; realizar las pruebas de conocimiento, competencias laborales y entrevista a los aspirantes habilitados, siempre y cuando, esté autorizado por el concejo y realizar la valoración de antecedentes (formación académica y experiencia) a cada uno de los aspirantes para ser admitido o inadmitido en el concurso público de méritos para la elección de Personero del Municipio.

En acatamiento de ello, se desarrollaron las diferentes fases contempladas, habiéndose postulado para el cargo Luzoan Caro Padilla -con cédula de ciudadanía 53.125.556-, John Dagil Ramírez -su documento de identidad es CC 77.104.805- y Pedro Miguel Peinado -identificado con cédula 5.013.635-, quienes

<sup>34</sup> Archivo «001\_Primer  
2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 47

superaron todo el proceso de selección y, conforme con los puntajes obtenidos y tabulados por la Universidad de Cundinamarca, conformaron la lista de elegibles de la siguiente manera:

| CHIRIGUANA - CESAR     |                                    |       |                                  |       |                                            |                         |                      |                         |         |                                |            |      |                       |
|------------------------|------------------------------------|-------|----------------------------------|-------|--------------------------------------------|-------------------------|----------------------|-------------------------|---------|--------------------------------|------------|------|-----------------------|
| DOCUMENTO DE IDENTIDAD | PRUEBA DE CONOCIMIENTOS ACADEMICOS |       | PRUEBA DE COMPETENCIAS LABORALES |       | TOTAL PRUEBAS CONOCIMIENTOS Y COMPETENCIAS | VALORACION HOJA DE VIDA |                      |                         |         | TOTAL VALORACION HOJAS DE VIDA | ENTREVISTA |      | PUNTAJE TOTAL PROCESO |
|                        | ELIMINATORIO 70                    |       | CLASIFICATORIO                   |       |                                            | ESTUDIOS FORMALES       | ESTUDIOS NO FORMALES | EXPERIENCIA PROFESIONAL | PUNTAJE | 10%                            | PUNTAJE    | 5%   | 100%                  |
|                        | PUNTAJE                            | 70%   | PUNTAJE                          | 15%   |                                            |                         |                      |                         |         |                                |            |      |                       |
| 5.013.635              | 78                                 | 54,60 | 50,68                            | 7,60  | 62,20                                      | 5                       | 10                   | 9                       | 24      | 2,4                            | 1,30       | 0,07 | 64,67                 |
| 77.104.805             | 75                                 | 52,50 | 70,31                            | 10,55 | 63,05                                      | 0                       | 9                    | 3                       | 12      | 1,2                            | 1,50       | 0,08 | 64,32                 |
| 53.125.556             | 72                                 | 50,40 | 56,69                            | 8,50  | 58,90                                      | 5                       | 5                    | 3                       | 13      | 1,3                            | 42,70      | 2,14 | 62,34                 |

No obstante, como se probó en el juicio, no solo a partir de la prueba documental sino de los testigos Pedro Peinado, Walter García Machado y Miguelina Esther Orta Montecristo, incluso, del mismo procesado **Malkum Oyaga**, estos resultados no fueron acatados por el Concejo Municipal de Chiriguana. Así, mediante Resolución 004 del 10 de enero de 2016 la Corporación, a través de su mesa directiva - Walter García Machado (Presidente), Alexander Barragan Galvis (Primer Vicepresidente) y Miguelina Orta Montecristo (Segunda Vicepresidente)-, decidió corregir el *«resultado final del concurso de méritos para la elección de personero del municipio de Chiriguana-Cesar»*<sup>35</sup> publicado por la Universidad de Cundinamarca, entidad asesora dentro del concurso público y abierto de méritos y, por consiguiente, publica una lista de elegibles, de la siguiente manera:

|   | Identidad  |                      |
|---|------------|----------------------|
| 1 | 53.125.556 | Luzoan Caro          |
| 2 | 5.013.635  | Pedro Miguel Peinado |

<sup>35</sup> Archivo «001\_Primer Instancia\_Cuaderno Principal 2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 32

|   |            |                  |
|---|------------|------------------|
| 3 | 77.104.805 | Jhon Jairo Dajil |
|---|------------|------------------|

Según se expuso en el documento, ello obedeció a las siguientes razones:

*i) Que una vez publicada la Resolución No. 03 de 2016, la Universidad de Cundinamarca realiza la publicación los Resultados Finales el día 9 de enero de 2016, se elevó una solicitud por parte de uno de los aspirantes con el fin de que se corrija errores de tipo aritmético que afecta el puntaje obtenido por la aspirante en la entrevista, la cual referencia inconsistencia entre la Resolución No. 03 y la publicación de la Universidad de Cundinamarca toda vez que los porcentajes de la entrevista no son concordantes.*

*j) Que una vez analizada la fórmula utilizada por la Universidad de Cundinamarca para calcular el porcentaje equivalente al total del concurso, procede de la siguiente manera:*

*si el aspirante obtuvo 1.30 puntos este puntaje equivale al 100%, para proceder a calcular que porcentaje resulta el 5%*

*$1,30 \times 100\% = 0.07$  (Resultado equivalente al 5%, del total del concurso) 5% .*

*La anterior formula yerra al apreciar el puntaje como el 100%, toda vez que en el instructivo de calificación indica que el mayor puntaje a obtener en la entrevista es de 45 puntos, el cual equivaldría al 5% del total del Concurso, el cálculo correcto debe hacerse de la siguiente manera:*

*Si el aspirante podía obtener 45 puntos que equivale al 5%, y en la prueba obtuvo 1.30 puntos, se debe proceder de la siguiente manera para proceder a calcular el porcentaje que le corresponde:*

*$1,30 \times 5 = 0.14$  (Resultado equivalente al 5% del total del concurso)*

*45*

*k) Que de acuerdo al PARAGRAFO UNICO del artículo 49 de la Resolución No. 20 de 2015, "El consolidado de resultados obtenidos por los aspirantes únicamente podrá ser modificado por el Concejo Municipal de Chiriguaná Cesar, de oficio, a petición de parte o como producto de solicitudes de corrección de resultados cuando se compruebe que hubo error en el procesamiento de datos, caso en el cual deberá incluirse ajustarse el puntaje obtenido por el aspirante."*

*i) Que una vez verificados los Resultados finales publicados, se constata el error aritmético referente a la prueba de entrevista el cual modifica el puntaje de todos los aspirantes. Dicho error*

consiste en que la UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA utiliza una formula errónea para el cálculo del porcentaje equivalente dentro del concurso, arrojando una diferencia con los puntajes y porcentajes dados en la prueba de entrevista por el H. Concejo Municipal, puntajes que fueron debidamente certificados mediante los formatos de Calificación para cada uno de los aspirantes y los cuales se encuentran debidamente suscritos por los calificadores facultados por el Concejo Municipal de Chiriguaná.

(...)

Por lo anteriormente expuesto

| CHIRIGUANA – CESAR     |                                    |       |                                  |       |                                               |                         |                      |                         |         |                         |            |         |                       |    |
|------------------------|------------------------------------|-------|----------------------------------|-------|-----------------------------------------------|-------------------------|----------------------|-------------------------|---------|-------------------------|------------|---------|-----------------------|----|
| DOCUMENTO DE IDENTIDAD | PRUEBA DE CONOCIMIENTOS ACADEMICOS |       | PRUEBA DE COMPETENCIAS LABORALES |       | TOTAL PRUEBAS DE CONOCIMIENTOS Y COMPETENCIAS | VALORACION HOJA DE VIDA |                      |                         |         | VALORACION HOJA DE VIDA | ENTREVISTA |         | PUNTAJE TOTAL PROCESO |    |
|                        | ELIMINATORIO                       |       | CLASIFICATORIO                   |       |                                               | ESTUDIOS FORMALES       | ESTUDIOS NO FORMALES | EXPERIENCIA PROFESIONAL | PUNTAJE |                         | 10 %       | PUNTAJE |                       | 5% |
|                        | PUNTAJE                            | 70%   | PUNTAJE                          | 15%   |                                               |                         |                      |                         |         |                         |            |         |                       |    |
| 53125556               | 72                                 | 50.40 | 56.69                            | 8.50  | 58.90                                         | 5                       | 5                    | 3                       | 13      | 1.3                     | 42.7       | 4.7     | 64.94                 |    |
| 5013635                | 78                                 | 54.60 | 50.68                            | 7.60  | 62.20                                         | 5                       | 10                   | 9                       | 24      | 2.4                     | 13.0       | 0.14    | 64.74                 |    |
| 77104805               | 75                                 | 52.50 | 70.31                            | 10.55 | 63.05                                         | 0                       | 9                    | 3                       | 12      | 1.2                     | 15.0       | 0.16    | 64.41                 |    |

RESUELVE

ARTÍCULO 1º. No adoptar el contenido del documento “RESULTADO FINAL CONCURSO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DE PERSONERO DEL MUNICIPIO DE CHIRIGUANÁ-CESAR” publicado por la UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA el día 9 de enero de 2016.

ARTÍCULO 2º. Establecer el Resultado Final del CONCURSO PÚBLICO Y ABIERTO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DE PERSONERO DEL MUNICIPIO DE CHIRIGUANÁ- CESAR, el cual quedara así:

| LISTA DE ELEGIBLES |            |                      |
|--------------------|------------|----------------------|
| 1                  | 53.125.556 | Luzuan Caro          |
| 2                  | 5.013.635  | Pedro Miguel Peinado |
| 3                  | 77.104.805 | Jhon Jairo Dajil     |

(...)

Incluso, se procedió a ello, no obstante la Universidad de Cundinamarca no admitió la presencia de error alguno en la consolidación de los resultados. El ente educativo en documento denominado «*contestación Chiriguaná*»<sup>36</sup> suscrito por la Directora de la Universidad, Claudia Cecilia Acosta Solano, expuso que, una vez se recibió el puntaje de la entrevista el 8 de enero de 2016 -Resolución No. 003 de enero 8 de 2016, por medio de la cual se hace la publicación de los resultados de la entrevista del concurso público y abierto para la elección de personero municipal de Chiriguaná- se procedió a analizar los puntajes obtenidos y el equivalente al 5%. Con el consolidado, la Universidad realizó la publicación del resultado con el 100 % del proceso para el concurso de méritos para proveer el cargo de personero municipal de Chiriguaná - Cesar, el viernes 8 de enero en la página web dispuesta para tal fin.

Se explicó que el sábado 9 de enero de 2016, el presidente del Concejo Municipal de Chiriguaná, Walter García Machado, desde su correo personal remitió como asunto *“FORMATO DE CALIFICACION ENTREVISTA”*, adjuntando documentos según los cuales, debía cuantificarse de manera diversa ese 5% resultante de la entrevista. Con ello, explicó la firmante, que el *«Concejo Municipal de Chiriguaná - Cesar indujo al error a la Universidad; al no informar antes de la publicación de los resultados de la entrevista; que este Concejo había establecido unos parámetros diferentes a los trabajados durante las otras etapas del proceso y/o las recomendadas en el documento “GUIA PARA ENTREVISTAS”»*

<sup>36</sup> Archivo «001\_Primer  
2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 43

A tal punto que, sostuvo que esa Universidad desconocía el acuerdo al que llegó la Mesa Directiva y sobre el cual se estableció el 5% restante, y por lo mismo «se veía imposibilitada para entender dichos resultados, es decir, se hacía necesario conocer la ecuación que planteó la Mesa Directiva para sacar el porcentaje, toda vez que, la Universidad no contaba con los conceptos manejados para la calificación de la entrevista concertados por la Mesa Directiva del Concejo del municipio de Chiriguaná - Cesar.»

Incluso hizo ver, que esa modificación plantea una fórmula notoriamente errada para cuantificar los resultados de la entrevista:

*...puesto que advierten que tiene claridad, que calificarán **de 0 a 5 puntos** y luego dicen que cada concejal podrá dar un **máximo de 15 puntos**; y por tanto cada participante podrá obtener en esta parte del proceso **un máximo de 45 puntos**, (negrilla y subrayado fuera de texto), creando confusión en la parte que advierten hay claridad.*

*El Concejo Municipal de Chiriguaná Cesar hace uso, en varias partes de los documentos denominados Acta e Instructivo, de las palabras punto y porcentaje como si estos fuesen sinónimos; puesto que si el máximo valor obtenido por cada candidato es 15 puntos; entonces el candidato que obtiene 1,50 puntos de 15 puntos, su porcentaje es de 0,5% y no de 0,16% como se registró en la Resolución No. 003 de enero 8 de 2016.*

*El candidato que obtuvo 42,7 puntos de 15 puntos, su porcentaje es 14,23% y no 4.74%, como se registró en la Resolución No. 003 de enero 8 de 2016.*

*El candidato que obtuvo 1,30 puntos de 15 puntos, su porcentaje es 0,43 % y no 0.14%, como se registró en la Resolución No. 003 de enero 8 de 2016.*

*Nótese; que 14,23% es superior al valor máximo de la prueba de entrevista el cual estaba establecido en un 5 %. La ecuación planteada, en el informe técnico de puntuación, utilizada para el entrevistado 53.125.556 de Bogotá, la puntuación esta errada al*

*referirse que se multiplique por el 100 %, puesto que si se resuelve tal y como lo indica el planteamiento allí establecido el resultado no es 4.74 %, toda vez que no es igual multiplicar por cien (100) que multiplicar por cien por ciento (100%).*

*$(42,7 \times 5\%) \times (100\%) = 4.74\%$*

*45*

*De manera similar sucede con las ecuaciones planteadas para los otros dos candidatos.*

*En el acta 005 sin fecha, y cuyo encabezado dice “Concejo Municipal de Chiriguaná - Cesar” se registra que: **“Queda claro que la mesa directiva (Sic) calificara de forma subjetiva basada en una puntuación de 0 a 5 puntos, según la respuesta que el aspirante de a la pregunta, siendo 0 el puntaje más bajo y 5 el puntaje más alto”** (negrilla y subrayado fuera de texto), en este texto se entiende que la Mesa Directiva es un conjunto o un todo, por lo tanto debía dar un resultado de 0 a 5 puntos y nunca un valor superior a este. (...)*

Con lo cual, queda expuesto que los integrantes de la mesa directiva decidieron de manera unilateral, arbitraria e intempestiva modular los criterios de calificación de la entrevista, para sostener que, bajo un mayor puntaje a considerar (cada uno de los integrantes podía dar hasta un tanto de 15 puntos, los que sumados llegarían a 45, que a su vez sería el 100 del puntaje sobre el cual se extraería el 5% de la entrevista) era errada la cuantificación que realizó la Universidad encargada de tabular y consolidar los datos de las pruebas obtenidas en cada una de las fases del concurso de méritos, bajo las pautas de calificación que, ya se venían aplicando (sobre el puntaje obtenido se calculaba el porcentaje destinado a la prueba, para proceder a su suma con los demás factores establecidos en la convocatoria).

En este contexto, quedó en evidencia cómo de manera abrupta, se decidió modificar las reglas de validación de resultados, en el único componente que estaba a cargo del

Concejo, esto es, la entrevista, no obstante había sido calificada y consolidada por la universidad encargada de tal labor; expresando con ello, el órgano colegiado, sin compunción alguna, que los resultados no eran de su agrado y por ello, procedían a desconocerlos.

Para ello, procuraron dotar de legalidad su actuación pretextando de manera extemporánea una falta de corrección de los criterios considerados al momento de calificar, en los que, modificaban los criterios de calificación para asumir que se podía fijar un mayor valor a esa prueba. Esto, además lo hicieron sin la debida publicidad para que todos los participantes y entes involucrados pudieran estar al tanto y brindar transparencia al proceso de selección. Por ello, fue que la Universidad ante la manifestada objeción a su proceder no admitió defecto en su determinación.

Esta situación, fue sometida a discusión y aprobación al Concejo Municipal en pleno, en sesión del 10 de enero de 2016. En ese sentido se dejó constancia en el Acta 006 de la misma fecha<sup>37</sup>.

En esa sesión participaron 12 concejales a saber: Alexander Barragán Galviz, Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera, José Joaquín Coronel Martínez, Gustavo Floréz Vargas, Walter García Machado, Diego Mario García Infante, Ernesto López Salazar, Alejandro Malkum Payares, **Alejandro Malkum Oyaga**, Miguelina Orta Montecristo y José Oiden Pérez Batista.

<sup>37</sup> Archivo «001\_Primer  
2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 31

Allí, el presidente de la Corporación anunció el deber que les asistía de elegir el cargo de personero, hizo una referencia al proceso que estuvo a cargo de la Universidad de Cundinamarca, recordando, los ítems evaluados y su porcentaje. Aludió que, se realizó la entrevista encomendada a la mesa directiva, con especial énfasis en su carácter subjetivo, luego de lo cual, expresó que se debía desatender el resultado final entregado por el ente universitario -aspecto en el que insistió en que la Universidad fue contratada para apoyar a la Corporación, pero que la Corporación tiene autonomía de elegir Personero-, por defectos en su confección, en lo que correspondía a la tabulación de la última prueba. Con ese propósito, puso de presente la nueva resolución que fuera confeccionada por la mesa directiva, a través de la cual se presentaron nuevos valores de calificación, admitiendo, incluso que, hasta ahora sería publicada, no obstante, debía ser votada la elección de manera inmediata al fenecer el plazo establecido para ello. En esa sesión, se hizo lectura del acto administrativo que reconfiguraba la lista de elegibles y anunció su entrega para conocimiento de todos los asistentes y quienes, prevalidos de ese enteramiento procedieron a la elección de Luzoan Caro Padilla, para ocupar el cargo de personero municipal para el periodo Constitucional del 2016 a 2020, por 7 votos, uno de los cuales fue el del acusado **Alejandro Malkum Oyaga** y los restantes de los demás acusados.

A partir de lo anterior, como lo encontraron las instancias, resultó acomodada la elección del cargo de Personero Municipal, puesto que se variaron las reglas

previamente establecidas para desconocer el resultado entregado por la Universidad de Cundinamarca en el que, de manera objetiva, Pedro Miguel Peinado ocupaba el primer lugar y, por consiguiente, era el convocado a ocupar el cargo de personero municipal.

Ello debido a que, a partir de las reglas fijadas en las Resoluciones 019 y 020 de 2015, el resultado que se iba obteniendo en cada una de las pruebas: conocimientos, competencias laborales, valoración de hojas de vida y entrevista, debía ser convertido en la escala porcentual determinada para cada fase hasta alcanzar el total del 100%. Así se constata de la simple operación matemática que se puede realizar, si se toma el puntaje asignado para cada prueba, para después tomar el porcentaje determinado en el proceso de selección, cuyas sumatorias darían el 100% del puntaje correspondiente a cada ciudadano postulado al cargo.

Resoluciones que sea del caso indicar, conocía y estudió el acusado **Malkum Oyaga** como lo admitió en su testimonio, al igual que, participó en el mencionado proceso de elección<sup>38</sup>.

En eso consistió el juicio de reproche por la conducta de prevaricato por acción, en tanto, integrantes del Concejo Municipal de Chiriguaná, entre ellos, **Alejandro Malkum Oyaga**, se apartaron de manera tozuda de los resultados entregados por el ente universitario, para, de una manera ajena a los parámetros del proceso de selección, elegir a persona diversa de quien ocupó el primer cargo en la lista de elegibles una vez culminado el proceso de selección

<sup>38</sup> Cfr. Audiencia del 12 de agosto de 2020.

determinado de manera previa, con lo cual, se materializó un acto manifiestamente contrario a la ley.

Bajo tales consideraciones, el acto prevaricador consistió en la elección como Personera Municipal de Chiriguaná a Luzuan Caro Padilla, de la que quedó constancia en el Acta 006 del 2016, al haberse desconocido las pautas fijadas en las Resoluciones 019 y 020 de 2015. Acto de designación en el que participó **Alejandro Malkum Oyaga**, quien, como Concejal del municipio favoreció con su voto a la candidata que, en contravía de las reglas del concurso público y de méritos, se dijo ocupaba el primer puesto, cuando, se reitera, la lista de eligibles empleada fue el resultado del desconocimiento manifiesto de la elaborada por la Universidad de Cundinamarca en aplicación irrestricta de los parámetros previamente definidos.

En ese orden de ideas, no hay ninguna indefinición del acto prevaricador, como aludió el recurrente. Desde los albores de la actuación y principalmente en los actos de comunicación y acusación se fijaron los supuestos fácticos por los cuales se ejercía la acción penal en contra de **Alejandro Malkum Oyaga** -y demás procesados-, en especial, el acto de elección del que quedó constancia en el Acta 006 del 10 de enero de 2016.

Sin que, lo anterior, de manera alguna haya quedado rebatido al interior del proceso penal. Por el contrario, en las sentencias, en unidad de criterio, quedaron expuestas similares razones de cara a la configuración del delito de prevaricato por acción por ese acto electoral, la única

diferenciación al momento de dictar sentencia en primera instancia estuvo dada en aquella confusión que el juez de primera instancia calificó como *lapsus* al momento de emitir sentido del fallo, por cuanto, se refirió a Alejandro Malkum Pallares, persona que no fue vinculada a este proceso por no haber votado la designación de Caro Padilla y por la misma razón, desestimó la atribución de responsabilidad penal en su disfavor.

No obstante, como quedó explícito en la sentencia, la persona vinculada al procedimiento penal por haber votado favorablemente la elección de Luzuan Caro fue **Alejandro Malkum Oyaga**, quien, como con tino lo advirtió el *ad quem* y se ha relevado en esta decisión, estaba en igualdad de condiciones de los demás miembros del concejo que fueron llamados a juicio, de modo que, la incorrección en la que incurrió el sentenciador de primer grado quedó superada con el análisis sobre la materialidad del delito acusado y el juicio de responsabilidad que sobre los miembros del concejo desarrolló en punto de la determinación manifiesta de apartarse de la normatividad que regulaba el concurso, para elegir a quien no tenía derecho a ocupar el cargo, entre ellos, se insiste, **Malkum Oyaga**.

Ahora bien, sobre el título de participación, se tiene que la Fiscalía en la acusación lo hizo bajo la categoría de coautor y fue, en la sentencia de segundo grado que, al revocar la de primera, se termina sancionando como autor. La Sala dista de esta última atribución de responsabilidad, en tanto, si bien el delito de prevaricato por acción es de mera conducta y lo ejecuta un sujeto activo calificado, esto es, un servidor

público, la Corte ya ha expuesto que tratándose de órganos colegiados *«el acto de proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley no se materializa con el voto favorable de uno de sus integrantes, sino que necesariamente tiene lugar por votación plural: por mayoría o por unanimidad»*<sup>39</sup>, de allí que, al demandarse esa participación múltiple de los miembros del concejo, el título de participación corresponde es al coautor. Es más, ese fue el título de participación que se atribuyó a los demás acusados al momento de ser declarados responsables por parte del Juez Penal del Circuito de Valledupar.

Y es que, a partir del contenido de los artículos 148 de la Constitución Política de Colombia y 29 y 30 de la Ley 136 de 1994, las decisiones, como la anunciada, pueden tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación y, a su vez, por la mayoría de los votos de los asistentes.

En este caso, como quedó establecido en el Acta 006 del 10 de enero de 2016, de los 12 asistentes a la sesión, resultó elegida Luzoan Caro Padilla con la concurrencia de 7 votos, incluido, el de **Alejandro Malkum Oyaga**.

Sin embargo, esta situación -que el Tribunal haya atribuido la calidad de autor- no lleva a revocar la condena que se examina, de hecho, la Sala puede modificarlo en tanto esa variación del título de imputación no vulnera el debido proceso, en atención a que se trata de un aspecto de la acusación que admite flexibilidad y no comporta la alteración de aquellos elementos

<sup>39</sup> CSJ SP2491-2024, rad. 62354

que exigen plena congruencia entre acusación y sentencia<sup>40</sup> al igual que, no implica una desmejora en la situación del procesado.

Tampoco lo impone la alegación según la cual, para tipificar el delito de prevaricato por acción, era necesario que, de manera previa, ante la jurisdicción contenciosa administrativa se determinara la ilegalidad del acto.

Ello, porque no hay ninguna exigencia sobre el particular para la configuración del delito. Por el contrario, es al juez en sede de justicia penal ordinaria al que le compete verificar la manifiesta contrariedad de acto objeto de reproche con el ordenamiento jurídico. De allí que, no dependa, la configuración del delito descrito en el artículo 413 del Código Penal de que en la jurisdicción contenciosa administrativa haya emitido pronunciamiento dando cuenta de su ilegalidad o para el ejercicio de la acción penal.

Sobre este aspecto, bien puede recordarse lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C- 917 de 2001.

*Volviendo al cargo inicial contra estos artículos, lo que acusa el demandante consiste en que el juez ordinario penal, fiscal o juez, sólo adquiere competencia para iniciar las investigaciones penales correspondientes contra el servidor público, al que se le acusa de haber incurrido en esta clase de conductas, cuando la jurisdicción contenciosa administrativa ha declarado la ilegalidad, nulidad absoluta o ilicitud del contrato, resolución, dictamen o concepto, pues, según su argumento, es la única jurisdicción a la que la Constitución le atribuye tal facultad. Realmente, tal como lo afirma el actor en uno de los apartes de la demanda, lo que pretende, es que la Corte determine que se está frente a una verdadera circunstancia de prejudicialidad, ya que los delitos demandados no son autónomos.*

<sup>40</sup> Cfr. CSJ SP194-2026, rad. 60213

*La Corte no duda en afirmar que no le asiste razón al actor en su acusación. Tal como se dijo, las ópticas en que la jurisdicción contencioso administrativa y la penal examinan esta clase de asuntos, es distinta, y sus decisiones son, también, distintas. El juez contencioso examinará los documentos correspondientes y hará las declaraciones del caso, de nulidad, ilegalidad, ilicitud. La jurisdicción ordinaria penal, en esencia, realiza un juicio de responsabilidad del servidor público, y en la sentencia declara la responsabilidad penal del investigado o acusado. Las conclusiones en uno y en otro caso pueden finalizar en forma armónica o complementaria, o en forma totalmente diferente. Por ejemplo, cuando el juez contencioso declara la nulidad de un contrato por no contener los requisitos esenciales, pero el juez penal decide en la sentencia que no hay responsabilidad penal del sujeto activo calificado (el servidor público), porque no se probó que existiera el ánimo de obtener un provecho para sí, para el contratista o para un tercero, como lo exige el artículo 146 del Decreto 100 de 1984.*

*Otro ejemplo sencillo, que prueba la independencia de las decisiones en una y otra jurisdicción, está en el examen de que los términos de caducidad con los que trabaja la jurisdicción contenciosa administrativa y el término de prescripción, en materia penal. Esta diferencia puede conducir a que si bien la jurisdicción contenciosa administrativa se inhiba de pronunciarse sobre la legalidad o nulidad de un determinado acto o contrato administrativo, por haber operado el fenómeno de la caducidad, la jurisdicción ordinaria penal tiene un término de prescripción de la acción mucho más amplio que, en el caso del servidor público adquiere importancia, pues frente a esta clase de sujetos, el artículo 82 del Código Penal establece que el término de prescripción se aumentará en una tercera parte al señalado para las infracciones perpetradas por los particulares.*

*Es por ello que, una interpretación como la que pretende el actor, conduciría, en la mayoría de los casos, a la impunidad de los tipos penales examinados, y desconocería la cláusula general de competencia del legislador, que se expresa en plasmar en leyes lo que en un momento determinado considera que adquiere importancia en el cumplimiento de los fines del Estado, siempre y cuando estas leyes no vulneren por sí mismas la Constitución. En los casos bajo estudio, se observa que el legislador ha querido impedir el crecimiento del fenómeno conocido en el lenguaje común como corrupción, y ha optado por establecerlo como delito autónomo, es decir, sin que se requiera un pronunciamiento previo de otra jurisdicción, y ha señalado unas penas determinadas. En los casos concretos, en nada viola la Constitución el ejercicio de esta competencia por parte del*

*Congreso, y más bien, entender los artículos de otra forma, sería ni más ni menos, la patente de corso para que el servidor público, responsable del delito, esgrimiera a su favor el argumento de la prescripción para evadir las consecuencias penales de su actuación.*

Por modo que, infundado se observa el intento del recurrente de desestimar la acusación bajo la alegada tesis.

Pero, para redundar en argumentos, en este específico caso, se tiene que la jurisdicción contenciosa administrativa se pronunció y, de hecho, declaró la nulidad del acto de elección.

Así quedó expuesto en la testificación de Pedro Miguel Peinado, quien, a su vez, fue el promotor del mecanismo de control de nulidad electoral contra el acto de elección. En la sentencia del 1º de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, bajo el radicado 20-001-33-33-008-2016-00167-00<sup>41</sup>. En esa actuación, precisamente, se declaró la nulidad de la Resolución No. 004 del 10 de enero de 2016 por medio de la cual el Concejo de Chiriguaná corrigió el resultado final del concurso de méritos y, del acto administrativo contenido en el Acta 006 de la misma fecha en el que se eligió a Luzoan Caro Padilla.

Esto, una vez advirtió que la mesa directiva del Concejo Municipal de Chiriguaná, con la Resolución 004 de 2016, *«incurrió en una falsa motivación al fundamentar la expedición de la misma, en un error inexistente de parte de la Universidad de Cundinamarca al haber aplicado las escalas de puntuación fijada en las Resoluciones No. 019 y 020 de 2015*

<sup>41</sup> Archivo «001\_Primer Instancia\_Cuaderno Principal 2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 164 -184

*(escala de 0 a 100 puntos) al momento de hacer la ponderación y posterior publicación del resultado final del Concurso de Méritos para la elección de Personero Municipal de Chiriguaná, Cesar; y al ser además violatoria de las Resoluciones No 019 y 020 de 2015 que reglamentan el concurso de méritos, al aplicar en forma desatinada unas escalas de puntuación (de 0 a 45 puntos) fijadas de manera irregular a través del Acta 005 sin fecha y sin publicación, vulnerando el debido proceso, y los principios de buena fe y confianza legítima de los participantes de dicho proceso de selección.»*

Lo que, conllevaba, a su turno, la ilegalidad del acto de elección de Caro Padilla en el cargo de Personero Municipal de Chiriguaná, periodo 2016-2020, a través del acta 006, debido a que fue basada en los resultados y en una nueva lista de elegibles viciada de nulidad.

Proveído judicial que, incluso, fue puesto a consideración en el escrito de acusación al momento de fijarse los hechos jurídicamente relevantes relacionados con el delito de fraude a resolución judicial que también se atribuía en este diligenciamiento, el cual tuvo como eje no solo la referida sentencia, sino el apartamiento que tuvieron los miembros de la mesa directiva de no acatar mandatos emitidos en dos acciones de tutela por las cuales se definió la trasgresión de derechos fundamentales de Pedro Peinado, al no ser elegido como Personero en virtud del proceso de selección habilitado para proveer la vacante.

De otra parte, resulta por demás, equivocado sostener - como se deduce de la impugnación- que por cuenta de la existencia no solo de esa sentencia, como de las acciones de tutela que promovió Pedro Miguel Peinado, se haya infringido la garantía del *non bis in ídem*.

Acerca de este principio, la Corte tiene definido que:

*Doctrinal y jurisprudencialmente se tiene dicho que el principio non bis in ídem envuelve tres presupuestos, a saber: identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa<sup>42</sup>. La significación de estos elementos ha sido comentada por la Sala, así:*

*La **identidad en la persona** significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.*

*La **identidad del objeto** está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.*

*La **identidad en la causa** se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos. (Énfasis fuera de texto).*

Además, en desarrollo de lo anterior, se tiene:

*i) Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el **mismo hecho**, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple inculcación.*

*ii) De una **misma circunstancia** no se pueden extraer dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.*

*iii) **Ejecutoriada una sentencia** dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo **por el mismo hecho** que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el*

<sup>42</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto: Buenos aires, 2ª edición, 2ª reimpresión, 2002, página 603.

*principio de cosa juzgada.*

*iv) Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena **por ese mismo comportamiento**. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.*

*v) Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente **por un hecho** que en estricto sentido es **único**. Se le denomina non bis in ídem material. (Énfasis fuera de texto).<sup>43</sup>*

Sin embargo, esa garantía está dada respecto de procesos de igual naturaleza, de allí que, no hay imposibilidad de que unos hechos sean reprobados por autoridades de distinto orden y bajo perspectivas distintas.

Así, por ejemplo, se ha dejado en claro al analizarse la sanción simultánea de un hecho por la justicia penal ordinaria y la disciplinaria:

*En efecto, es posible que un mismo hecho pueda ser objeto de investigación y punición en forma independiente por parte de autoridades diferentes, puesto que la potestad sancionadora del Estado que se despliega en esos campos obedece a la necesidad de proteger bienes jurídicos de distinta naturaleza. Así, mientras la prohibición legal de la conducta delictiva tiene por objetivo la defensa de la sociedad, la falta disciplinaria persigue proteger el desempeño diligente y eficiente de la función pública; igualmente, mientras que las sanciones penales persiguen reprimir el reato, principalmente a través de medidas que comportan la privación de la libertad física, con la finalidad de obtener la reinserción del delincuente a la vida social, las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio oficial mediante llamados de atención, suspensiones o separación del cargo, todo lo cual le otorga al acto sancionatorio un carácter independiente. Por esta razón se admite que la sanción disciplinaria se imponga sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.<sup>44</sup>*

<sup>43</sup> CSJ SP11897-2016, rad. 42400

<sup>44</sup> CC C-554-01

Y en este evento, lo que sucedió no fue que se sancionara dos veces al acusado por los mismos hechos, sino que, a través de acciones legales y constitucionales se procuró el respecto del mérito infringido en el proceso de selección para la designación del cargo de personero municipal y se adoptaron medidas tendientes a superar la situación irregular.

No hay otra actuación penal donde se haya examinado la situación en que incurrió **Alejandro Malkum Oyaga**. Los trámites que se adelantaron a petición de Pedro Peinado fueron el medio de control de nulidad de electoral y dos acciones de tutela que, de hecho, hicieron parte de la adecuación fáctica por la cual en su momento se imputó el delito de fraude a resolución judicial.

A saber, la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Chiriguaná del 29 de febrero de 2016<sup>45</sup>, por la que se desató la impugnación al fallo del Juzgado Primero Promiscuo Municipal del mismo municipio del 28 de enero de 2016, y se revocó la negativa al amparo solicitado por Pedro Miguel Peinado, para, en su lugar, concederlo, al advertir que el Concejo Municipal de Chiriguaná trasgredió los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la función pública e igualdad del libelista *«al desconocer reglas básicas del concurso con vulneración del debido proceso, y los principios contenidos en el artículo 4 de la Resolución 019 y 020 de noviembre de 2015, entre ellos el de PUBLICIDAD, TRANSPARENCIA, hasta*

*tanto la Jurisdicción contenciosa Administrativa se pronuncie de fondo en la acción de nulidad electoral» (...)»<sup>46</sup>*

Y el fallo de tutela de segunda instancia del 8 de junio de 2016 emitido por el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná-César<sup>47</sup>. En esta acción se resolvió la impugnación al fallo del Juzgado Primero Civil Municipal de esa localidad de 13 de abril de 2016, que desató la acción de amparo propuesta por Pedro Miguel Peinado contra el Concejo Municipal de Chiriguaná. En esta se resolvió revocar también el proveído recurrido para, en su lugar tutelar en forma transitoria y provisional los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de Pedro Miguel Peinado trasgredido por el concejo Municipal de Chiriguaná, y se ordenó al Concejo Municipal de Chiriguaná que suspendiera e inaplicara el acta sin fecha No.005 y la Resolución No.004 del 10 de enero de 2016 expedidos por la mesa directiva de ese cuerpo colegiado y en su defecto procedan a retomar la respectiva lista de elegibles publicada por la Universidad de Cundinamarca, respetando las reglas del concurso establecidas en las resoluciones 019 y 020 de noviembre de 2015 y procedan a elegir y posesionar como tal a quien resulte como primero de la lista.

<sup>46</sup> Fallo que fue aclarado el 2 de marzo de 2016, en el sentido de disponer que dentro de las 48 horas siguientes debía el accionado:  
Conformar la lista de elegibles conforme a los resultados entregados por la Universidad Cundinamarca, conforme e al siguiente cuadro (...)  
Enviar dicha lista por el medio que ellos consideren prudentes al concejo Municipal en pleno para que haga la designación de acuerdo al orden de la elegibilidad de los candidatos.

El Concejo Municipal de Chiriguaná deberá convocar a sesiones para tales efectos si está reunido, sino deberá reunirse de manera extraordinaria para hacer la designación del nuevo personero Municipal de Chiriguaná - Cesar para el periodo 2016 - 2020. Cfr. Archivo «001\_Primer Instancia\_Cuaderno Principal 2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 105 a 108.

<sup>47</sup> Archivo «001\_Primer Instancia\_Cuaderno Principal 2\_Cuaderno\_2022123213491.pdf» pág. 109 a 129

De modo que, el análisis jurisdiccional efectuado fue dado en actuaciones de diversa naturaleza, por lo que, que no implicaron un juicio de responsabilidad del acusado por el delito de prevaricato por acción, pues, este estuvo circunscrito al presente proceso. Con ello, queda descartada la infracción al principio del *non bis in idem* invocado.

Bajo ese panorama, en el caso en estudio, examinados los planteamientos del impugnante, estos no se muestran eficientes para revocar la declaratoria de responsabilidad de **Alejandro Malkum Oyaga** por el delito de prevaricato por acción, de allí que, al mantenerse indemne la determinación adoptada, como quiera que ningún otro aspecto fue objeto de debate, se impone la confirmación de la sentencia impugnada.

Como quiera que contra esta sentencia no procede ningún recurso, se dispondrá que, por la secretaría, una vez notificadas las partes e intervinientes, se devuelva la actuación al despacho de origen.

Por lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la sentencia proferida 20 de octubre de 2021, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, revocó la absolución emitida a favor de **Alejandro Malkum Oyaga**, para sancionarlo por el delito de prevaricato por acción.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

**CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO**  
**Presidente**

**MYRIAM ÁVILA ROLDAN**

**GERARDO BARBOSA CASTILLO**

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**GERSON CHAVERRA CASTRO**

**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

Con premiso

**JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO**

 Sala Casación Penal@ 2026

**HUGO QUINTERO BERNATE**

Impedido

**JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ**

**Nubia Yolanda Nova García**

**Secretaria**