



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Penal  
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**  
**Magistrado Ponente**

Radicación n.º 120757

ATP1896-2021

(Aprobado Acta n.º 318)

Bogotá, D.C., dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

**ASUNTO**

Se resuelve la acción de tutela promovida por **IVÁN ANTONIO CADENA RIVERA**, **ALEXANDER BARRAGÁN GALVIZ**, **WALTER GARCÍA MACHADO** y **JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ**, quienes acuden a través de apoderado judicial, contra la Sala Penal del Tribunal Superior y el Juzgado 2º Penal del Circuito con funciones de conocimiento, juntos de

Valledupar, por la presunta vulneración del derecho al debido proceso.

Al presente trámite fueron enteradas las partes e intervinientes dentro del proceso penal adelantado en adversidad de los accionantes [radicación n.º rad. 200016101231201601161].

## **ANTECEDENTES**

### **1. Hechos y fundamentos de la acción**

1.1. De acuerdo con la información obrante en el expediente se extrae que, el 18 de mayo de 2021 el Juzgado 2º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Valledupar, resolvió, entre otros:

*[...] Declarar penalmente responsable en calidad de coautores del Delito de PREVARICATO POR ACCION a ERNESTO JAVIER LOPEZ SALAZAR, JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ e IVAN ANTONIO CADENA RIVERA de condiciones personales y civiles conocidas en la actuación, de conformidad con lo esbozado en esta sentencia.*

*SEGUNDO: Declarar a WALTER GARCIA MACHADO, ALEXANDER BARRAGAN GALVIS Y MIGUELINA ORTA MONTECRISTO, de condiciones personales y civiles conocidas en la actuación, penalmente responsable en calidad de coautores del Delito de PREVARICATO POR ACCION en concurso con el delito de FRAUDE A RESOLUCION JUDICIAL O ADMINISTRATIVA DE POLICIA, de conformidad con lo esbozado en esta sentencia.*

*TERCERO: CONDENAR A ERNESTO JAVIER LOPEZ SALAZAR, JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ e IVAN ANTONIO CADENA RIVERA, a la pena principal de CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE SESENTA Y SEIS punto SESENTA Y SEIS (66.66) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016, e INHABILIDAD PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS POR EL TÉRMINO DE OCHENTA (80) MESES.*

**CUARTO:** CONDENAR A WALTER GARCIA MACHADO, ALEXANDER BARRAGAN GALVIS Y MIGUELINA ORTA MONTECRISTO, a la pena principal de CINCUENTA Y CUATRO (54) MESES DE PRISION, MULTA DE SETENTA Y UNO punto SESENTA Y SEIS (71.66) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para el año 2016, e INHABILIDAD PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS POR EL TÉRMINO DE OCHENTA (80) MESES.

**QUINTO:** Declarar que los condenados, No tienen derecho a gozar de los mecanismos sustitutivos de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, ni la prisión domiciliaria, conforme a las motivaciones expuestas en esta sentencia; librese la correspondiente orden de captura para que purguen la pena impuesta.

**SEXTO:** Absolver a los acusados ERNESTO JAVIER LOPEZ SALAZAR, JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ, IVAN ANTONIO CADENA RIVERA y ALEJANDRO MALKUN OYAGA, de los cargos por el delito de Fraude a Resolución judicial.

**SEPTIMO:** Acatando el sentido de fallo absolver a ALEJANDRO MALKUN OYAGA, de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación, del delito de Prevaricato por Acción, por las razones anotadas en la parte considerativa de esta sentencia<sup>1</sup>.

En lo que respecta al numeral 7º el referido despacho indicó:

[...] Ahora, de otro lado, el Juzgado se ve obligado a mantener el sentido de FALLO ABSOLUTORIO en favor de ALEJANDRO MALKUN OYAGA, por el delito de Prevaricato, indicado al término del juicio oral, 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 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

---

<sup>1</sup> Cfr. Archivo digital: ANEXOS\_16\_11\_2021 14\_08\_34.pdf.

*puede ser subsanado por el superior, cuando las partes e intervinientes legitimadas ejerciten los recursos o mecanismos ordinarios.*

[...]

*Luego entonces, la única forma de subsanar el yerro involuntariamente cometido, es por vía de los recursos para que el superior en su sabiduría corrija y emita la sentencia que en derecho corresponde frente a este acusado Alejandro Malkun Oyaga<sup>2</sup>.*

1.2. Contra esa determinación el sentenciado presentó recurso de apelación y el 5 de noviembre del presente año, la Sala Penal del Tribunal Superior de la capital del Cesar, dispuso, entre otros:

[...] *DECLARAR la extinción de la acción penal por prescripción, por la conducta de Fraude a Resolución Judicial o Administrativa de Policía, para los condenados por este delito, Walter García Machado, Alexander Barragán Gálvis y Miguelina Orta Montecristo, conforme a las razones dadas en precedencia.*

[...]

*TERCERO.- REVOCAR el numeral séptimo de la sentencia que viene recurrida, para en su lugar declarar al señor ALEJANDRO MALKUN OYAGA de condiciones sociales y civiles conocidas, autor penalmente responsable de la conducta punible de PREVARICATO POR ACCIÓN, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, antes vistas.*

*CUARTO.- Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, se impone al señor ALEJANDRO MALKUN OYAGA la pena de 48 meses de prisión, multa de 66,66 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para el año 2016, y 80 meses de Inhabilitación para el Ejercicio de Derechos y Funciones Públicas.*

[...]

*SEXTO.- CONFIRMAR parcialmente y por las razones dadas en la parte considerativa de esta decisión, la sentencia de fecha 18 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento a través de la cual*

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

*condenó a los señores Ernesto Javier López Salazar, Walter García Machado, Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera, Alexander Barragán Galvis y Miguelina Esther Orta Montecristo por el delito de Prevaricato por acción. En consecuencia, declárese que la sanción a imponer se establece en 48 meses de prisión, multa de 66,66 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para el año 2016 y 80 meses de Inhabilitación para el Ejercicio de Derechos y Funciones Públicas.*

[...]

*OCTAVO.- Contra la decisión confirmatoria de la sentencia la sentencia de fecha 18 de mayo de 2021 con la que se condenó a los señores Ernesto Javier López Salazar, Walter García Machado, Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera, Alexander Barragán Galvis y Miguelina Esther Orta Montecristo por el delito de Prevaricato por acción, procede el recurso extraordinario de casación, que deberá ser interpuesto en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 y normas concordantes.*

*En relación al señor ALEJANDRO MALKUN OYAGA, podrá hacer uso, a elección, del recurso de casación, o también podrá hacer uso de la impugnación especial, por tratarse de la primera sentencia condenatoria proferida en su contra<sup>3</sup>.*

En cuanto a la condena en contra de ALEJANDRO MALKUN OYAGA, referenció:

*[...] El representante de la Fiscalía 5ta Seccional y el Procurador 177 Penal Judicial, también presentaron recurso en contra de la sentencia objeto de análisis por esta Sala de decisión, pretendiendo la revocatoria de la misma en lo que respecta a la determinación del señor Juez de primera instancia al momento de absolver al procesado Alejandro Malkun Oyaga.*

*6.4.1. Señaló el delegado de la Fiscalía General de la Nación que el procesado ALEJANDRO MALKUN OYAGA también participó del acto de elección de la personera municipal Luzoan Caro Padilla, situación que estima acreditada con el acta No. 006 del 10 de enero de 2016 y en donde se consignó que el concejal ALEJANDRO MALKUN PALLARES se abstuvo de votar.*

*Al respecto, la Sala considera que es evidente el error del Fallador de primera instancia, al momento de señalar que no le asiste responsabilidad al procesado Alejandro Malkun Oyaga,*

---

<sup>3</sup> Cfr. Archivo digital: ANEXOS\_16\_11\_2021 14\_09\_37.pdf.

*pues esta persona corrió la misma suerte que los demás concejales que votaron positivamente para la elección de la personera municipal, estableciéndose que previo a ello, a través de un acto administrativo procedieron a modificar el parámetro de calificación que la Universidad de Cundinamarca había realizado. Lo cual deja en evidencia la total determinación de los concejales en elegir a la señora Luzoan Caro Padilla en el cargo de Personera Municipal.*

*Ahora, otro aspecto que debe resaltarse es lo advertido por el señor Fiscal, cuando adujo que también el señor Juez de primera instancia, incurrió en un error al momento de consignar en la sentencia que ninguno de los participantes Pedro Miguel Peinado, Jhon Dagil y Luzoan Caro Padilla, habían aprobado el concurso de méritos. [...]*

*En suma, resulta procedente revocar el numeral séptimo de la decisión que viene recurrida, para en su lugar, declarar que señor Alejandro Malkun 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.*

*En todos los demás apartes, se mantiene incólume la decisión proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, con la aclaración que los participantes Pedro Miguel Peinado, Jhon Dagil y Luzoan Caro Padilla, sí aprobaron las etapas del concurso de méritos para la elección del cargo de personero municipal de Chiriguaná- Cesar. –*

*Finalmente y en relación a la situación del señor Alejandro Malkun Oyaga, para la Sala, no habría lugar a analizar la situación planteada por el defensor de los señores Ernesto Javier López Salazar, Walter García Machado, Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera y Alexander Barragán Galvis, cuando adujo que en virtud del error en el que incurrió el señor Juez de primera instancia, resultaba necesario invalidar la actuación a partir del sentido del fallo, con la finalidad que el señor ALEJANDRO MALKUN OYAGA pudiera recurrir la sentencia condenatoria en su contra.*

*Lo anterior, por cuanto, tal situación no fue advertida por el defensor del procesado, lo que permite afirmar que el proponente no se encuentra legitimado para demandar la situación planteada, habida consideración que no afecta de ninguna manera a sus representados.*

*Ahora, en gracia de discusión de aceptarse el interés y legitimidad del defensor en el hecho antes descrito, este*

*argumento es inadmisibile, entre otras cosas porque al tratarse de la primera sentencia condenatoria proferida por un Tribunal Superior, podrá el defensor o el sentenciado Alejandro Malkun Oyaga, acudir a la impugnación especial, en virtud del principio de doble conformidad, si a bien lo consideran, o en su lugar también optar por la alternativa del recurso extraordinario de casación, lo cual ya queda a su elección, con lo que se le hace efectiva su garantía procesal a la segunda instancia<sup>4</sup>.*

1.4. **IVÁN ANTONIO CADENA RIVERA, ALEXANDER BARRAGÁN GALVIZ, WALTER GARCÍA MACHADO y JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ**, por conducto de abogado, presentaron tutela en contra de los despachos judiciales accionados por la vulneración de su derecho al debido proceso, al haber sido condenados dentro de una causa que se encuentra viciada de nulidad.

Resaltaron que la irregularidad cometida por el juzgado cognoscente no tiene alternativa diferente a la de invalidar la actuación, por lo que consideran que el amparo es procedente el amparo para salvaguardar sus garantías fundamentales.

Solicitaron dejar sin efecto la actuación desde la audiencia de lectura de fallo.

## **2. Las respuestas**

2.1. El Magistrado Ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, realizó un recuento de las actuaciones desplegadas en sede de apelación, resaltando que contra el fallo emitido en sede de segunda instancia, los

---

<sup>4</sup> *Ibídem.*

accionantes formularon recurso extraordinario de casación, el cual está surtiendo el respectivo traslado para sustentar la demanda, el cual vence el 19 de enero de 2022.

Resaltó que se trata de un proceso que se encuentra en curso, por lo que el amparo es improcedente por incumplimiento del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela.

2.2. El Procurador 177 Penal Judicial II de Valledupar, manifestó que al interior del proceso seguido en adversidad de los actores no se vulneraron sus derechos fundamentales e indicó que el amparo es improcedente debido a que en la actualidad se encuentra en trámite el recurso extraordinario de casación o la impugnación especial en lo que respecta al procesado ALEJANDRO MALKUN OYAGA.

## **CONSIDERACIONES**

1. La Corte es competente para conocer de la petición de amparo al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, toda vez que el ataque involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, respecto del cual ostenta la calidad de superior funcional.

2. Corresponde a la Sala determinar si las autoridades judiciales accionadas vulneraron el derecho al debido



proceso de los interesados, dentro del proceso penal que se adelanta en su contra por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

Para tal fin, se verificarán las causales de procedibilidad.

3. En repetidas ocasiones la jurisprudencia ha reiterado que el amparo constitucional contra providencias judiciales es no sólo excepcional, sino **excepcionalísimo**. Ello para no afectar la seguridad jurídica y como amplio respeto por la autonomía judicial garantizada en la Carta Política.

Para que lo anterior tenga lugar se deben cumplir una serie de requisitos de procedibilidad, unos de carácter general, que habilitan su interposición, y otros específicos, que apuntan a la procedencia misma del amparo<sup>5</sup>. De manera que quien acude a él tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

Dentro de los primeros se encuentran:

a) Que el asunto discutido resulte de relevancia constitucional.

**b) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.**

---

<sup>5</sup> Fallo .C-590 de 08 de junio de 2005 y T-332 de 2006.

c) Que se esté ante un perjuicio *iusfundamental* irremediable.

d) Que se cumpla con el requisito de inmediatez, esto es, que se interponga dentro de un término razonable y justo.

e) Que se trate de una irregularidad procesal, y la misma tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora.

f) Que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la transgresión y los derechos vulnerados, y, además, que esa violación haya sido alegada dentro del proceso, siempre que hubiese sido posible.

g) Que no se trate de sentencias de tutela.

Los segundos, por su parte, apuntan a que se demuestre que la providencia adolece de algún defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, un error inducido, o carece por completo de motivación, desconoce el precedente o viola directamente la Constitución.

3.1. En el presente evento **IVÁN ANTONIO CADENA RIVERA, ALEXANDER BARRAGÁN GALVIZ, WALTER GARCÍA MACHADO y JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ**, traen a esta sede excepcional, la inconformidad que tiene con las decisiones

adoptadas el 18 de mayo y 5 de noviembre de 2021, mediante las cuales el Juzgado 2º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Valledupar y la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, resolvieron condenarlos por la comisión del delito de prevaricato por acción.

Conforme con lo señalado el Magistrado Ponente del Tribunal demandado, se tiene que el referido proceso se encuentra surtiendo el traslado para sustentar el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de los accionantes contra el fallo de segundo grado.

Esto significa que los accionantes todavía tienen a su alcance este mecanismo extraordinario de defensa judicial, idóneo para preservar o recuperar los derechos supuestamente amenazados o quebrantados. Ese supuesto torna inviable la posibilidad de acudir a la solicitud de amparo como un mecanismo alternativo o coetáneo al recurso de casación.

La existencia de otro medio de defensa apto para garantizar la protección de que se trata, hace improcedente la tutela solicitada. En efecto, de conformidad con el inciso 4 del artículo 86 de la Constitución Política, la tutela:

*[...] Solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

En el mismo sentido, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 «*Por el cual se reglamenta la acción*

*de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política»*, dispuso:

*[...] La acción de tutela no procederá [...] Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

En virtud de las disposiciones indicadas, se ha sostenido en repetidas ocasiones<sup>6</sup> que la acción se funda en el principio de subsidiariedad, es decir, por regla general, la tutela sólo procede cuando la parte accionante haya agotado oportunamente todos y cada uno de los recursos o medios de defensa judiciales previstos por el legislador para obtener la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

De otra parte, tampoco es posible conceder la tutela como mecanismo transitorio, toda vez que, de las diligencias obrantes en el expediente, no se evidencia un perjuicio irremediable<sup>7</sup> que permita la intervención urgente del juez constitucional.

---

<sup>6</sup> Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49.752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

<sup>7</sup> De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, en sentencia CC T-375-2018, se para determinar si se está en presencia de un perjuicio irremediable, es necesario verificar:

[...] (i) una afectación *inminente* del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la *urgencia* de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la *gravedad* del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter *impostergable* de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

Por las anteriores consideraciones, se declarará improcedente el amparo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**Primero. Declarar improcedente** la tutela instaurada por **IVÁN ANTONIO CADENA RIVERA, ALEXANDER BARRAGÁN GALVIZ, WALTER GARCÍA MACHADO y JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ**, quienes acuden a través de apoderado judicial.

**Segundo. Ordenar** que, si la decisión no es impugnada ante la Sala de Casación Civil de esta Corporación, se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

CUI: 11001020400020210241800  
Tutela de 1ª Instancia n.º 120757  
IVÁN ANTONIO CADENA RIVERA y otros.



**GERSON CHAVERRA CASTRO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**  
Secretaria

Sala Casación Penal 2021