



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Magistrado Ponente

AP2420-2024

Segunda Instancia No. 57084

Acta No. 107

Bogotá, D.C., ocho (08) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Tercera delegada ante el Tribunal Superior de Cali contra la decisión proferida el 30 de enero de 2020 por la Sala Penal de esa Corporación, mediante la cual negó la preclusión solicitada en favor de **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA**, entonces Juez Segundo Civil del Circuito del mismo distrito judicial, con relación a la investigación preliminar que se sigue en su contra por el punible de prevaricato por acción.

II. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

El 12 de enero de 2016, Reinert Montoya López presentó demanda de tutela contra las determinaciones adoptadas por la Unión Sindical Emcali (USE), consistentes en: (i) retirarlo del cargo que ocupaba en la Junta Directiva de ese sindicato para el periodo 2015-2020, y (ii) convocar a elecciones para suplir el cargo que ocupaba en esa organización, con fundamento en lo decidido en la Asamblea General de Afiliados del sindicato del 29 de septiembre de 2015.

La acción correspondió al Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, autoridad que, mediante fallo del 25 de enero de 2016, declaró la improcedencia de la acción por incumplir el requisito de subsidiariedad.

El doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA**, entonces Juez Segundo Civil del Circuito de Cali, por medio de decisión del 19 de febrero siguiente, **revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, amparó de manera transitoria los derechos fundamentales del accionante.**

En consecuencia, dispuso: (i) ordenar al sindicato USE que en el término de 48 horas, contados desde el día siguiente a la notificación del fallo, devolviera a Reinert Montoya López las garantías que venía disfrutando como afiliado y directivo sindical nombrado para el periodo 2015-2020, para lo cual la agremiación sindical debía revertir todas aquellas actuaciones que hubiesen conculcado los

derechos del tutelante, y (ii) otorgar al accionante un término de 2 meses para que acudiera a la jurisdicción ordinaria, con el fin de que fuera el juez natural quien dilucidara de fondo el conflicto planteado, haciéndole saber que transcurrido este tiempo quedaría sin efecto el amparo constitucional.

Notificado el fallo de segunda instancia y previo a que el proceso de tutela fuera remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión, José Joaquín Arroyo Angulo, mediante memorial del 25 de febrero de 2016, solicitó al juzgado de segunda instancia la nulidad de lo actuado dentro de la acción de tutela, por haberse omitido su vinculación como tercero con interés en el asunto, lo cual impidió que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción a pesar de ser la persona elegida mediante el proceso electoral convocado por el sindicato para ocupar el cargo dejado vacante por el accionante.

Mediante auto del 10 de marzo de 2016, el otrora juez **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** decretó la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la acción de tutela y ordenó devolver el expediente al Juzgado Trece Civil Municipal de Cali, con el fin de que notificara en debida forma a José Joaquín Arroyo Angulo y a todos aquellos que pudieran verse afectados con la decisión.

Por medio de fallo del 29 de marzo de 2016, el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, después de rehacer el trámite constitucional con la vinculación del tercero con interés, resolvió amparar los derechos fundamentales del accionante.

Por estar inconformes con esa decisión, impugnaron la organización sindical USE y el tercero vinculado Joaquín Arrojo Angulo. Con acta de reparto del 7 de abril de 2016, el asunto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito, por conocimiento previo.

En fallo del 21 de abril de 2016, el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA**, en su condición de juez constitucional de segunda instancia, revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, negó la acción de tutela.

Las diligencias fueron remitidas a la Corte Constitucional, autoridad que, mediante auto del 11 de agosto de 2016, las excluyó de revisión.

Reinert Montoya López interpuso denuncia penal por estimar que el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** incurrió en el delito de prevaricato por acción al resolver en segunda instancia la acción de tutela promovida contra la organización sindical USE, puntualmente al emitir las siguientes providencias:

(i) El auto del 10 de marzo de 2016, por medio del cual decretó la nulidad del trámite constitucional por indebida integración del contradictorio. Para el denunciante, esta decisión es manifiestamente contraria a la legalidad porque: (a) se emitió cuando el fallo de segunda instancia, mediante el cual se amparaban sus derechos fundamentales, ya se encontraba ejecutoriado. Por tanto, el indiciado, además de que no estaba autorizado para invalidar su propia sentencia, no podía emitir algún pronunciamiento por haber

perdido competencia, (b) se adoptó sin que le corrieran traslado en su condición de accionante de la solicitud de nulidad, y (c) no había lugar a invalidar el trámite porque José Joaquín Arroyo no era tercero con interés para intervenir en la actuación.

(ii) La sentencia del 21 de abril de 2016, mediante la cual revocó la protección constitucional ordenada en primera instancia y, en su lugar, negó la acción de tutela. De acuerdo con el denunciante, esta decisión es prevaricadora porque el indiciado sin explicación justificable presentó argumentos contradictorios con los consignados en el primer fallo de segunda instancia, por medio del cual había amparado sus derechos antes de decretar la nulidad.

2.2 Procesales

Luego de agotado el programa metodológico de rigor, la Fiscalía Tercera delegada ante el Tribunal Superior de Cali, al amparo de la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, solicitó ante la Sala Penal de esa Corporación audiencia de preclusión de la investigación por atipicidad del delito de prevaricato por acción.

Mediante providencia del 30 de enero de 2020, el *a quo* negó la preclusión solicitada. Esta decisión se apeló por el delegado del ente instructor.

III. DE LA AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN

3.1. De la intervención de la Fiscalía

Para el delegado de la Fiscalía las decisiones denunciadas por Reinert Montoya López como prevaricadoras, realmente no lo son.

En cuanto al auto del 10 de marzo de 2016, sostuvo que esta decisión no es manifiestamente contraria a derecho por cuanto (i) responde a la solicitud de nulidad presentada el 25 de febrero de 2016 por José Joaquín Arroyo, (ii) fue adoptada el 10 de marzo de esa anualidad, pocos días después de emitirse el primer el fallo de segunda instancia y antes de que las diligencias fueran remitidas a la Corte Constitucional para su eventual revisión, (iii) estuvo soportada en una interpretación razonable del marco legal que regula la acción de tutela y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual el trámite de tutela adelantado sin la debida integración del contradictorio está viciado de nulidad y, por ello, debe rehacerse.

Manifestó que el indiciado, aun cuando aparentemente ya había perdido competencia por definir el asunto al dictar y notificar la sentencia de segunda instancia, adoptó la decisión cuestionada en aras de que el tercero pudiera intervenir en el trámite constitucional y ejerciera sus derechos de defensa y contradicción, toda vez que la actuación que estaba conociendo no se trataba de un proceso ordinario, sino constitucional en el que quiso privilegiar lo sustancial sobre lo formal.

Agregó que en el evento de considerarse que esta decisión es manifiestamente contraria a la ley, al haberse

adoptado después de definirse la controversia propuesta mediante la sentencia de segunda instancia, en todo caso sería atípica por ausencia de dolo. Esto, porque estuvo sustentada en una interpretación razonable de los autos de la Corte Constitucional y los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del tercero con interés en el asunto, lo cual descarta la intención del indiciado de querer vulnerar el bien jurídico de la administración pública.

En relación con la sentencia del 21 de abril de 2016, refirió que si bien el indiciado inicialmente amparó de manera transitoria los intereses constitucionales del accionante y luego, cuando volvió a conocer de la tutela en virtud de la nulidad decretada, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó la acción, ese cambio de postura no configuraba, *per se*, el delito de prevaricato por acción, en la medida en que el indiciado cada vez que asumió el conocimiento del asunto tomó la decisión con los elementos probatorios con los que contaba la actuación y con fundamento en ellos resolvió.

Precisó que el exjuez en la segunda oportunidad en que conoció de la acción de tutela encontró probado, a partir de la valoración de las pruebas aportadas por las partes y el tercero vinculado: (i) que el accionante pidió licencia en el cargo que ocupaba como directivo del sindicato USE, (ii) que luego renunció al cargo que desempeñaba como trabajador oficial en EMCALI para aspirar al Concejo Municipal de esa ciudad, y (iii) que la asamblea del sindicato decidió adelantar un proceso electoral para ocupar la vacante dejada por el accionante, en tanto se había vencido el periodo de licencia

sin que se reintegrara al sindicato y tampoco había asistido a cuatro reuniones de Junta Directiva.

Sostuvo que el indiciado, después de analizar estas circunstancias, concluyó que existían otros mecanismos de defensa judicial para atacar la decisión del sindicato de convocar a elecciones para suplir el cargo que ocupaba el accionante y nombrar en su reemplazo a quien había sido elegido mediante el proceso electoral, sin que avizorara la vulneración de sus derechos fundamentales, ni la configuración de un perjuicio irremediable para que la tutela procediera como mecanismo transitorio.

Para la Fiscalía, la conclusión a la que arribó el indiciado es razonable en tanto se adoptó con fundamento en una valoración ponderada del material probatorio existente en el expediente constitucional, situación que demostraba que la decisión cuestionada no es manifiestamente contraria a la ley y, por ende, la atipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción.

3.2. De la intervención en condición de víctima de Reinert Montoya López

Sostuvo que el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** sí incurrió en el delito de prevaricato por acción. En sustento de su manifestación, además de reiterar lo expuesto en la denuncia, dijo que la sentencia del 21 de abril de 2016 es abiertamente contraria a la legalidad, porque el indiciado volvió a conocer en segunda instancia la tutela, sin que el

asunto haya sido sometido a reparto, lo cual considero extraño.

Además, porque los argumentos que allí se presentaron se contradicen con los que sirvieron para conceder la tutela en la primera oportunidad. Explicó que el exjuez en el inicial fallo amparó sus derechos fundamentales al considerar que la renuncia a la empresa no equivalía a renunciar al sindicato, lo cual estimó acertado y ajustado a derecho, no solo porque la organización USE es un sindicato de industria, sino porque el Decreto 1072 de 2015¹, en su artículo 2.2.2.2.2, establece que *“la terminación del contrato de trabajo no extingue, por ese solo hecho, el vínculo sindical del trabajador”*.

En la segunda decisión el indiciado, para negarle el derecho, además de desconocer la aludida norma, argumentó que si él, en su condición de afiliado y miembro de la junta directiva, consideraba que el actuar del sindicato afectaba sus intereses, debía impugnar las decisiones que se emitieron en la asamblea del 29 de septiembre de 2015. Argumento que, en su criterio, es equivocado, porque las determinaciones allí adoptadas son inexistentes al no haber existió el quórum requerido para deliberar y decidir convocar a elecciones para suplir el cargo que nunca dejó vacante.

3.3. De la intervención del representante de víctimas

Reiteró los argumentos de su representado y agregó que el prevaricato se configura en la segunda decisión

¹Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo

reprochada cuando el indiciado de manera caprichosa abandonó su tesis inicial y el análisis integral de las pruebas, acogiendo únicamente las allegadas por el supuesto tercero con interés.

3.4. De la intervención del Ministerio Público

En cuanto al auto del 10 de marzo de 2016, el delegado del Ministerio Público consideró que el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** se equivocó al decretar la nulidad del trámite constitucional con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, pero que ese error no puede llevarse al extremo de afirmar que se cometió la conducta delictiva de prevaricato con la intención de afectar a la administración de justicia, en tanto lo pretendido por el indiciado era proteger un derecho fundamental de un tercero al advertir que no se integró debidamente el contradictorio por vía pasiva.

Respecto de la sentencia del 21 de abril de 2016, el delegado del Ministerio Público señaló que la acción de tutela la volvió a conocer en segunda instancia el indiciado puesto que el trámite debía asumirse necesariamente por el juez que inicialmente lo invalidó.

Luego, indicó que esta decisión no es manifiestamente contraria a la legalidad, porque a raíz de la nulidad del trámite de tutela dejaron de existir los fallos adoptados con anterioridad a que se invalidara la actuación. Por tanto, en su criterio, realmente no existen dos decisiones contradictorias, pues la nulidad, bien o mal decretada, eliminó del mundo jurídico la primera decisión.

3.5. De la intervención del indiciado

El doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** sostuvo que las providencias reprochadas las adoptó en apego al ordenamiento jurídico, siempre aplicando la justicia y siendo equitativo con lo que estaba resolviendo. Nunca tuvo algún interés en beneficiar o perjudicar a alguien con sus decisiones, su única intención era fallar en derecho.

En lo atinente al auto del 10 de marzo de 2016, refirió que decretó la nulidad del trámite constitucional tras advertir que Arroyo Angulo no tuvo la oportunidad de intervenir en la actuación a pesar de ser un tercero con interés, pues sería desplazado del cargo reclamado por el accionante ante el amparo ordenado en el inicial fallo de segunda instancia.

Indicó que la acción de tutela no se resuelve mediante un proceso ordinario en el que deben cumplirse todas las ritualidades previstas en los diferentes estatutos procesales para su resolución, sino a través de un trámite constitucional que debe evacuarse de manera rápida, en cumplimiento de unos términos.

Frente a la sentencia del 21 de abril de 2016, argumentó que cambió su postura inicial al advertir que en el fondo las partes y el tercero vinculado discutían aspectos de orden legal, que debían debatirse mediante los mecanismos judiciales ordinarios, no a través de la acción de tutela.

IV. DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Sala Mayoritaria del Tribunal hizo un recuento de lo acontecido en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Reinert Montoya López y luego entró a determinar si había lugar a decretar la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta de prevaricato por acción respecto de las decisiones cuestionadas por el denunciante.

En lo atinente al auto interlocutorio del 10 de marzo del 2016, por medio del cual se declaró la nulidad de lo actuado dentro del trámite constitucional, indicó que compartía la postura del denunciante cuando tildaba de irregular esa decisión, por cuanto fue proferida por el indiciado después de que emitió la sentencia de segunda instancia del 19 de febrero de 2016, es decir, cuando ya había agotado su competencia funcional de juzgador de tutela y solo tenía la facultad de remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, autoridad llamada a corregir cualquier yerro en el trámite.

Precisó que el indiciado, pese a su larga trayectoria en la Rama Judicial como juez civil, al declarar la nulidad de todo lo actuado y, por ende, revocar su propia sentencia, desconoció flagrantemente el artículo 285 del Código General del Proceso, según el cual *"La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció"*.

En cuanto a la sentencia de segunda instancia del 21 de abril de 2016, por medio de la cual el indiciado negó el amparo invocado por Reinert Montoya López, la Sala Mayoritaria del Tribunal indicó que no surgía claro el

fundamento para el cambio de criterio del indiciado con respecto al sostenido en la sentencia del 19 de febrero de ese año, dictada antes de decretar la nulidad de lo actuado, donde sí accedió a la protección de los derechos del accionante, siendo que, «*al parecer*», el material probatorio recaudado era el mismo.

Refirió que, hasta el momento, no encontraba una explicación clara acerca de por qué el indiciado tomó decisiones tan diametralmente opuestas, pese a los argumentos tan radicales plasmados en la sentencia inicial para tomar una decisión de fondo en el asunto puesto a su consideración, tales como la imposibilidad de aceptar una «*renuncia tácita*», que una licencia no equivale a una renuncia y que era un desatino pensar que el accionante había perdido su condición de afiliado al sindicato por no tener vínculo laboral con EMCALI.

Indicó que el exjuez en la decisión cuestionada, sosteniendo que había prueba nueva, que en esencia consistió en un concepto del Ministerio del Trabajo, ya no había actuado con tanta contundencia y énfasis respecto a los derechos fundamentales del actor.

Por tanto, negó la solicitud de preclusión y señaló que era necesario que la Fiscalía ahondara en la indagación para establecer con certeza la existencia o no de un actuar doloso.

V. DE LA IMPUGNACIÓN Y DE LA INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE

5.1 Fiscalía

En cuanto a la primera decisión, refirió que el indiciado no desconoció el artículo 285 del C.G.P., pues el auto que decretó la nulidad de todo lo actuado no se emitió al interior de un proceso ordinario, caso en el cual sería aplicable la norma citada por la Sala Mayoritaria del Tribunal, sino que se profirió dentro de un trámite constitucional de tutela.

Indicó que la sentencia dictada por el indiciado en segunda instancia aún no había hecho tránsito a cosa juzgada material, toda vez que el trámite de tutela se agota con la revisión de la Corte Constitucional y en el momento en que estaba pendiente de remitirse las diligencias a esa Corporación es que el tercero elegido en reemplazo del accionante pone en conocimiento del juez que no fue vinculado a la actuación.

Consideró, entonces, que era viable jurídicamente la decisión de nulidad del trámite constitucional, por cuanto se adoptó por el indiciado no con la intención de vulnerar el bien jurídico de la administración pública y su deber funcional de administrar justicia, sino con el propósito de privilegiar lo sustancial sobre lo formal, después de advertir que la decisión de segunda instancia afectaba el debido proceso de un tercero con interés por una indebida integración del contradictorio y teniendo en cuenta que el trámite constitucional no se había agotado en debida forma.

Respecto de la sentencia de segunda instancia, por medio de la cual el indiciado revocó la de primer orden y, en

su lugar, negó el amparo constitucional solicitado, el delegado de la Fiscalía indicó que si bien esa decisión aparentemente sería contradictoria con respecto al inicial fallo en el que se había concedido la acción de tutela, lo cierto era que esas diferencias de criterio no alcanzaban a configurar una conducta prevaricadora, máxime cuando del examen de la sentencia tildada de ilegal se podía evidenciar que estuvo soportada no solo con nuevas respuestas como la del tercero, sino con nuevos elementos de prueba que no habían sido aportados en el trámite viciado de nulidad y, por ende, que no habían sido valorados por el indiciado para adoptar la primera decisión de tutela.

Sostuvo que el indiciado en la segunda sentencia de tutela de manera razonable negó el amparo constitucional, no porque avalara una renuncia tácita, sino porque el expediente de tutela, como lo destacó en la audiencia en la que solicitó la preclusión, informaba sobre varios datos que conducían a pensar que el accionante dejó acéfalo el cargo que ocupaba en la junta directiva.

Por estas razones, insistió en señalar que la decisión cuestionada no es manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, que el delito de prevaricato por acción es atípico objetivamente. Con todo, refirió que en el caso hipotético de aceptarse que esa decisión no era viable jurídicamente porque, como lo consideró la Sala Mayoritaria del Tribunal, se fundamentó en un concepto del Ministerio del Trabajo que no era vinculante, en todo caso la conducta sería atípica subjetivamente, porque en ese evento lo que existiría es un problema de culpa, consistente en que

el juez se equivocó al valorar las pruebas por darle un alcance más allá del permitido a un concepto.

Con fundamento en los argumentos presentados, solicitó a la Corte que revoque la providencia impugnada y, en su lugar, acceda a la solicitud de preclusión en el entendido que no existió alguna decisión que contraríe el ordenamiento jurídico.

5.2 El Ministerio Público y la Defensa material

Solicitaron que se revoque la providencia de la Sala Mayoritaria del Tribunal para, en su lugar, acceder a la solicitud de preclusión del delegado de la Fiscalía al compartir sus planteamientos.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1 Competencia

De conformidad con el numeral 2° del artículo 235 de la Constitución Política², la Corte es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por la Sala Mayoritaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en virtud de la calidad foral que le asiste a **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA**, por cuanto su condición de Juez Segundo Civil del Circuito de esa ciudad para la época de los hechos fue acreditada en la actuación, sin que exista controversia al respecto.

² Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2018.

6.2 Aspectos generales de la preclusión y de la causal invocada

De conformidad con los artículos 250 de la Carta Política³ y 200 de la Ley 906 de 2004, el ejercicio de la acción penal y la prosecución de la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. En el marco de esta función, el legislador la facultó para solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, con arreglo a la ley, no hubiere mérito para acusar.

La fase de la indagación tiene como propósitos, (i) establecer la ocurrencia de los hechos llegados al conocimiento del ente persecutor, (ii) determinar si constituyen o no infracción a la ley penal, (iii) identificar o individualizar a los presuntos autores o partícipes de la conducta punible, y (iv) asegurar los medios de convicción que permitan ejercer debidamente la acción punitiva del Estado.

Si la Fiscalía, al sopesar los resultados obtenidos, deduce de las evidencias físicas, o de los elementos materiales de prueba, o de la información acopiada legalmente, la realización de la conducta punible e identifica o individualiza en términos de inferencia razonable al posible autor o partícipe, debe formular la imputación ante el juez de control de garantías.

³ Artículo modificado por el canon 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

Pero si encuentra configurada alguna de las causales previstas en el canon 332 del Código Procesal Penal, o de extinción de la acción contempladas en el precepto 77 ibidem, se impone solicitar la preclusión de la investigación al juez de conocimiento, decisión que puede ser adoptada en la indagación, en la investigación y en el juzgamiento, aunque en este último caso por causales objetivas.

La preclusión de la investigación es una institución que permite la terminación del proceso sin el agotamiento de todas sus etapas, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva por parte del juzgador cognoscente, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el implicado respecto de los hechos objeto de investigación, por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada.

Lo anterior significa que la solicitud de preclusión no sólo debe precisar con rigor la causal a la cual se acude, sino que ha de ofrecer suficientes elementos argumentales y probatorios que permitan al juez de conocimiento llegar a un estado de convicción tal, que no admitan algún resquicio de duda sobre la efectiva ocurrencia de la causal invocada. Dicho de otra manera, que respecto de ella no *«exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo»* (Cfr. CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604; CSJ AP3288-2014, 18 jun. 2014, rad. 43797; CSJ AP4388-2018, 3 oct. 2018, rad. 53564; CSJ AP1718-2019, 30 abr. 2019, rad. 48492 y CSJ AP242-2020, 29 en. 2020, rad. 55753).

En cuanto al evento invocado en este asunto por la Fiscalía, esto es, el previsto en el numeral cuarto del artículo

332 del Estatuto Procesal Penal, **el legislador estableció como causal de preclusión de la investigación la «atipicidad del hecho investigado» sin distinguir entre las dos aristas que componen el tipo penal, de ahí que la Sala haya sostenido en forma reiterada y uniforme que ambas categorías –la atipicidad objetiva y la subjetiva– pueden ser alegadas como soporte de preclusión.**

6.3. De la tipicidad del delito de prevaricato por acción

Sobre el elemento objetivo de la conducta

El artículo 413 de la Ley 599 de 2000 consagra el tipo penal de prevaricato por acción, en los siguientes términos:

«El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.»

Por tanto, son elementos objetivos del tipo penal: (i) un sujeto activo calificado, *servidor público*, (ii) que profiera una resolución, dictamen o concepto, y **(iii) que la decisión tomada sea manifiestamente contraria a la ley.**

El alcance del ingrediente normativo de la conducta (*que sea manifiestamente contraria a la ley*), ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte de la siguiente manera (CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303, SP, 3 jul. 2013, rad. 40226, SP4620-2016, rad. 44697 y SP5394-2017, rad. 47920):

(...) para 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”, 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.”

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 carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.

En torno a su determinación y comprobación, la Sala ha considerado que en esta labor deben tenerse en cuenta no solo los fundamentos jurídicos o procesales consignados por el funcionario judicial en la decisión tildada de prevaricadora, o la ausencia de estos, sino también las circunstancias en las cuales fueron proferidas y los elementos de juicio con los que contaba para ese momento el servidor público (CSJ SP, 3 jul. 2013, rad. 38005, SP4620-2016, rad. 44697, y SP467-2020, rad. 55368).

Sobre el elemento subjetivo de la conducta

El aspecto subjetivo alude a que la decisión haya sido proferida con conocimiento actual y efectivo de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de realización, es decir, que quien emite la decisión conoce el ámbito normativo que regula el caso y se aparte del mismo deliberadamente, de manera arbitraria y caprichosa. En otras palabras, con voluntad de obrar contra el ordenamiento jurídico (CSJ SP668-2021, radicado 51652 y SP1310-2021, radicado 55780).

6.4 De las decisiones denunciadas como prevaricadoras

De los antecedentes procesales queda claro que el prevaricato por acción se predica respecto de dos decisiones adoptadas por el otrora juez **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** en el trámite constitucional adelantado a raíz de la tutela interpuesta por Reinert Montoya López contra la organización Unión Sindical Emcali (USE). En concreto, se censura (i) el auto del 10 de marzo de 2016, por medio del cual decretó la nulidad de todas las actuaciones adelantadas en esa actuación, y (ii) la sentencia del 21 de abril de 2016, mediante la cual revocó la protección constitucional ordenada en primera instancia y, en su lugar, negó la acción de tutela.

Por razones metodológicas, la Corte analizará de manera separada las decisiones cuestionadas con el fin de determinar si, como lo sostuvo la Fiscalía, hay lugar a decretar la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta de prevaricato por acción o si, por el contrario, hay lugar a confirmar la providencia impugnada por las razones consideraras por el *a quo*.

6.4.1. Del auto del 10 de marzo de 2016, por medio del cual el indiciado decretó la nulidad de todas las actuaciones adelantadas en el trámite de tutela

Se recuerda que para el Tribunal esta decisión es manifiestamente contraria al artículo 285 del C.G.P., que prevé que «*La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció*», en tanto fue proferida por el entonces Juez cuando la tutela de segunda instancia del 19 de febrero de 2016 ya había sido emitida, lo que quiere decir, a juicio del *a quo*, que el indiciado, además de revocar su propia sentencia, lo hizo cuando ya había agotado su competencia funcional de juzgador de tutela y, en consecuencia, solo tenía la facultad de remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, por ser esta la autoridad competente para corregir cualquier yerro en el trámite.

Para el delegado de la Fiscalía, por el contrario, esta decisión no desconoce el ordenamiento jurídico, por cuanto no fue adoptada en un proceso ordinario, sino en una actuación constitucional de tutela que no había surtido el trámite de revisión y, además, porque obedece a una interpretación razonable de las normas que regulan la acción de tutela y los autos de la Corte Constitucional sobre la consecuencia jurídica de adelantar el trámite sin la debida integración del contradictorio, esto es, la nulidad de lo actuado para que se rehaga la actuación judicial en debida forma.

Con el propósito de resolver lo que fue objeto de apelación, la Sala estudiará en primer lugar el marco jurídico que regula la acción de tutela, de cara a los cuestionamientos planteados contra la providencia señalada de ilegal. Luego, analizará si esta decisión, como lo refirió la Fiscalía, no es contraria a la legalidad, lo que, de ser así, conduciría a

precluir la investigación por atipicidad del delito de prevaricato por acción.

En ese orden, resulta necesario traer a colación *in extenso* lo expuesto por la Corte Constitucional en la decisión **A402 del 8 de septiembre de 2015**, en la cual se despeja cualquier duda sobre la autoridad judicial competente para decidir sobre las solicitudes de nulidad elevadas por irregularidades en el trámite impartido a la acción de tutela que impliquen violación del derecho fundamental al debido proceso, después de emitirse la sentencia de segunda instancia y antes de surtirse el trámite de revisión:

... Como ya se manifestó, el Banco presentó solicitud de nulidad ante la Corte Constitucional, quien mediante auto decidió remitir el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ser el juez de primera instancia, para que se pronunciara sobre la nulidad, sin embargo, este optó por regresarlo nuevamente a la Corte Constitucional argumentando que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 134 del Código General del Proceso, la nulidad por falta de notificación puede ser alegada en instancias posteriores.

En cuanto a este primer argumento, la Sala considera que si bien la solicitud de nulidad puede ser presentada en instancias posteriores, lo que incluye a la Corte Constitucional, esto no implica en principio que sea este organismo judicial el encargado de resolverlas, pues la competencia de la Corte Constitucional para pronunciarse sobre el trámite y el fondo del proceso de tutela se activa cuando es seleccionada para su revisión y no antes. Lo anterior implica que son los jueces de instancia los que conservan la competencia para decidir sobre este tipo de incidentes. Incluso de manera específica, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 establece que el juez será el encargado de hacer cumplir el fallo, lo anterior demuestra que su competencia no termina con el trámite de la impugnación o con el de revisión según sea el caso.

A su vez, el juez de instancia aseveró que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, concordante con el artículo 285 del Código General del Proceso, las providencias no son revocables ni reformables por el juez que las pronunció. Lo anterior implica, que tal y como lo advirtió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Auto del 14 de mayo de 2015, aprobado mediante Acta No. 173, no tenía competencia para aclarar, corregir y adicionar la providencia, **sin embargo**, es importante precisar que la petición del nulicitante estaba encaminada a que se decretara la

nulidad de todas las actuaciones surtidas a partir del auto admisorio de la demanda y no a que se realizara una modificación del mismo, lo que implica que **las normas citadas por el juez de primera instancia al no referirse a la nulidad no son aplicables al presente caso.**

Ahora, en cuanto a anular las actuaciones surtidas con posterioridad a la impugnación, la Sala considera que no cabe duda que el juez de primera instancia no puede anular o pronunciarse sobre lo actuado por el juez de segunda instancia, lo que implica, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al ser juez de primera instancia carecía de competencia para pronunciarse sobre la nulidad de las actuaciones adelantadas por el juez de segunda instancia.

Sin embargo, la Sala Plena de esta Corporación considera que el expediente debió ser enviado al Juez de segunda instancia, esto es, a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por ser este el competente para actuar en dicho momento. Cabe aclarar que, la competencia del juez de segunda instancia de tutela no se agota con el simple envío o remisión del expediente a la Corte Constitucional, pues este es un trámite netamente administrativo. Dicho en otros términos, **este Tribunal a través de la Sala de Selección tiene plena competencia para decidir sobre la selección o no de un determinado proceso, pero solo adquiere competencia para pronunciarse sobre los vicios presentados en el trámite del proceso o sobre el fondo del asunto cuando la tutela es seleccionada y no antes.**

En el presente caso, el apoderado del Banco Popular interpuso solicitud de nulidad en el lapso en que el juez de segunda instancia –Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia- remitió el expediente a la Corte Constitucional pero cuando aún la respectiva Sala de Selección no se había pronunciado sobre la selección del mismo, razón por la cual en dicho momento la competencia estaba en cabeza del Juez de segunda instancia y no de esta Corporación, pues esta solo asumió competencia a partir del Auto del 28 de mayo de 2015, mediante el cual seleccionó la presente acción de tutela”. (Negrilla fuera del texto)

Como se evidencia del anterior pronunciamiento (emitido por la Corte Constitucional seis meses antes de la decisión censurada), **el juez de tutela de segunda instancia es la autoridad competente para decidir sobre la nulidad solicitada al interior de la acción constitucional, después de proferido el fallo que resuelve la impugnación y antes de surtirse el trámite de revisión, por vicios de procedimiento como la indebida integración del contradictorio o falta de notificación del auto**

admisorio de la demanda de tutela a personas que pueden resultar afectadas con la decisión que llegue a emitirse.

Cabe señalar también que el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, al precisar el alcance del artículo 49 del Decreto 2067 de 1991⁴, ha establecido que corresponderá a esa Corporación tramitar y decidir sobre las solicitudes de nulidad presentadas por quienes han sido parte en la actuación constitucional o por un tercero con interés en dos momentos puntuales, ya sea (i) antes de proferido el fallo de revisión, por irregularidades que impliquen violación del derecho fundamental al debido proceso, evento que exige que las diligencias hayan sido seleccionadas para revisión de esa Corporación, o (ii) después de proferido el fallo de revisión, siempre y cuando la nulidad derive de manera directa de esa decisión (Cfr. CC A-1087 de 2022, T-282 de 2009, entre otras).

Del examen de la jurisprudencia constitucional, es claro para esta Sala que **la competencia de los jueces de tutela para decidir sobre las nulidades propuestas dentro del trámite constitucional por irregularidades que afecten el debido proceso de alguna de las partes o terceros con interés, no se agota con la sentencia de segunda instancia que resuelve la impugnación, ni con su notificación, tampoco con el simple envío del expediente a la Corte Constitucional, en tanto la competencia de esa Corporación, para pronunciarse sobre**

⁴ Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. (...) Artículo 49: Contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el Proceso.

los vicios presentados en el trámite, se activa cuando la actuación es seleccionada para su revisión, no antes.

Es oportuno indicar, a su vez, que los fallos de tutela hacen tránsito a cosa juzgada cuando la Corte Constitucional decide excluirlos de revisión o, si son seleccionados, cuando queda ejecutoriada la sentencia de revisión. En estos eventos, las decisiones de tutela adquieren carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, lo que implica que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento, pues ello desconocería la seguridad jurídica que brinda este instituto jurídico procesal (Cfr. CC-622 de 2007, T-089 de 2019, SU027 de 2021).

Ahora bien, la indebida integración del contradictorio o la falta de notificación del trámite de tutela a quienes pueden resultar afectados con la decisión, a no dudarlo, incide gravemente en las garantías del debido proceso. Por lo tanto, a la luz de los precedentes constitucionales, la autoridad competente, ya sean los jueces de instancia o la Corte Constitucional, según sea el caso, para corregir dicha irregularidad, por regla general, debe proceder de la siguiente forma: (i) invalidar las actuaciones adelantadas, y (ii) devolver el proceso a la primera instancia para que reinicie la actuación judicial en debida forma y subsane el error procesal advertido (Cfr. CC A-402 de 2015, A-1087 de 2022).

La Corte Suprema de Justicia, actuando como juez constitucional a través de sus diferentes Salas de Decisión de Tutelas, también se ha pronunciado de manera reiterada

sobre la consecuencia que apareja la omisión de comunicar la iniciación de los procesos de tutela a los terceros que puedan tener un interés legítimo en el resultado de los mismos: la nulidad de todas las actuaciones surtidas al interior del trámite constitucional, con la finalidad que se conforme debidamente el contradictorio (*Cfr.* CSJ SCC ATC445-2024, SCL ATL410-2024, SCP ATP389-2024, entre otras).

Puntualmente, la Sala de Casación Penal, en sede de impugnación, acogiendo la postura adoptada por la Corte Constitucional en el **A402 de 2015**, ha decretado la nulidad de los trámites de tutela sometidos a su conocimiento por irregularidades de procedimiento que afectan el debido proceso, dejando sin efecto tanto el fallo emitido en primer grado como el proferido por ella en segunda instancia y ordenado rehacer lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, cuando la invalidez de la actuación constitucional ha sido solicitada por una parte o tercero con interés indebidamente notificado de su iniciación, **destáquese**, después de emitido el fallo de segunda instancia y antes de que se surta el trámite de revisión (Véase ATP1700, 27 sep. 2022, rad. 124115).

Incluso, esta Sala especializada, fungiendo como juez de tutela de segunda instancia, de manera oficiosa y excepcionalísima ha decretado la nulidad de su propio fallo ante errores que de manera ostensible demuestren la afectación de derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso constitucional, **siempre y cuando** el expediente se encuentre todavía bajo su custodia, es decir, que aún no haya sido remitido ante la Corte Constitucional para su

eventual revisión (criterio establecido en la STP7721-2019 y reiterado en las ATP103-2020, ATP1749-2021, ATP915-2022 y ATP802-2023).

En atención a las anteriores premisas jurídicas y con el fin de continuar con el orden trazado para resolver el presente asunto, la Sala analizará si el auto del 10 de marzo de 2016, por medio del cual el otrora Juez Segundo Civil del Circuito de Cali decretó la nulidad de lo actuado en el trámite constitucional de tutela promovido por el denunciante, es manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico. Para ello, es oportuno hacer un breve recuento del contexto en el que se emitió esa decisión y exponer los fundamentos que la respaldan.

Lo primero que se debe indicar es que el indiciado al desatar mediante el inicial fallo del 19 de febrero de 2016 la impugnación formulada por el accionante contra la decisión de primera instancia del 25 de enero de ese año, que declaró improcedente la acción por no satisfacer el requisito de subsidiariedad, resolvió, entre otras determinaciones, revocar el fallo impugnado y, en su lugar, conceder de manera transitoria el amparo invocado. Para lo cual, otorgó al sindicato el término de 48 horas para que adoptara las medidas que permitieran corregir la desvinculación del accionante a la agremiación sindical y la pérdida de su cargo de directivo sindical.

Luego de proferida esa decisión, José Joaquín Arroyo Angulo en escrito radicado el 25 de febrero de 2016, esto es, el día siguiente de cumplirse la última notificación a quienes habían intervenido en la actuación constitucional y antes de

que el expediente fuera remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión⁵, solicitó al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali la nulidad de lo actuado dentro de la acción de tutela, por haberse omitido su vinculación como tercero con interés en el asunto, tanto en el trámite adelantado en primera como en segunda instancia, lo cual había impedido que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

En sustento de su solicitud, explicó que el 14 de enero de 2016 fue elegido directivo sindical para ocupar el cargo dejado en vacancia por el accionante, por lo cual el amparo concedido en el fallo de segunda instancia lo perjudicaba gravemente, pues lo dejaba por fuera de la dirigencia sindical a pesar de que fue elegido legítimamente mediante un proceso electoral, convocado por los afiliados del sindicato en Asamblea General del 29 de septiembre de 2015.

Para soportar sus afirmaciones, aportó los siguientes elementos de juicio: (i) convocatoria a elecciones para suplir el cargo de directivo sindical USE (periodo 2015-2020), dejado en vacancia por el accionante y según lo aprobado en asamblea de afiliados del 29 de septiembre de 2015, junto con el cronograma del proceso electoral que iniciaría el 4 de diciembre de 2015 con la publicación del censo electoral y culminaría el 15 de enero de 2016 con la publicación de los resultados de las elecciones, y (ii) comunicados de la comisión electoral de la USE, relacionados con el cumplimiento de las etapas del proceso electoral y los resultados de las elecciones, donde él aparece como el

⁵ Cuaderno 2, anexos de la fiscalía, pág. 64-69

afiliado elegido para suplir el cargo que desempeñaba el accionante.

Es así que el indiciado, en atención a la solicitud de Arroyo Angulo, mediante proveído del 10 de marzo de 2016, resolvió: (i) decretar la nulidad de todas las actuaciones adelantadas en el trámite de tutela desde el auto admisorio de la demanda, y (ii) remitir el expediente al juzgado de primera instancia para que reiniciara el proceso de tutela, “previa vinculación y notificación al señor JOSE JOAQUIN ARROYO ANGULO, así como a todas aquellas personas naturales o jurídicas que en su criterio puedan verse afectados con la decisión de tutela”.

Para considerar señaló:

(...) Este Despacho ejerciendo control de legalidad, y revisadas las actuaciones y las pruebas aportadas previamente al presente proveído, observa que si bien es cierto que al momento de ser presentada la acción de tutela no había sido electo en el cargo de directivo el señor JOSE JOAQUIN ARROYO ANGULO, para el momento de proferir el fallo, este ya ostentaba dicho cargo, viéndose notoriamente afectado con el proferido en esta instancia, razón por la cual en aras de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del recurrente, este recinto decretará la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio, ordenando remitir el expediente al Juzgado de primera instancia para que sanee dicha falencia y se inicie el trámite nuevamente (...).

Apoyó su decisión en la providencia A113 de 2012, en la que se citan las A009 de 1994, A019 de 1997 y A234 de 2006, por medio de las cuales la Corte Constitucional indicó:

(...) la falta u omisión de la notificación de las decisiones proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, es una irregularidad que vulnera el debido proceso. (...) Cuando la situación anotada se presenta, se dan los fundamentos suficientes para declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer de tal manera la actuación que permita la configuración en debida forma del contradictorio, o se vincule al proceso al tercero con interés legítimo (...).

Pues bien, teniendo claridad del contexto en el que se emitió el auto señalado como prevaricador por el denunciante y los fundamentos que lo respaldan, es claro para la Sala que esta providencia no se emitió por el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** contrariando el ordenamiento jurídico, por cuanto se ajusta a lo decantado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia con respecto no solo de la autoridad competente para pronunciarse acerca de la nulidad solicitada por una parte o tercero con interés en las resultas del trámite por vicios de procedimiento, sino sobre la decisión que debe adoptarse cuando la irregularidad denunciada evidencia una indebida integración del contradictorio con afectación del debido proceso del solicitante.

En el caso analizado, el indiciado era competente para resolver sobre la invalidez del trámite constitucional, aun cuando la sentencia que definió la impugnación propuesta ya había sido emitida y notificada, porque en el momento en que fue elevada la solicitud de nulidad el proceso de tutela aún estaba bajo su custodia y, principalmente, porque el trámite de revisión no se había surtido, ni la decisión de tutela había hecho tránsito a cosa juzgada, lo cual ocurrió el 11 de agosto de 2016, cuando la Corte Constitucional la excluyó de revisión.

Además, del estudio de la actuación conocida por el entonces Juez, se advierte que efectivamente a José Joaquín Arroyo Angulo no se le notificó de la iniciación del trámite constitucional de tutela, ni se le vinculó a la actuación de

primera y de segunda instancia, lo cual impidió que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción pese a que podía verse afectado con las decisiones que allí se adoptaran, en tanto el amparo ordenado en segunda instancia conducía ineludiblemente a que tuviera que apartarse del cargo que ganó mediante el proceso electoral convocado por los afiliados del sindicato, para que el mismo se ocupara nuevamente por el accionante.

De tal manera que su participación en el trámite era necesaria para que, en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, se hiciera parte y se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la demanda, pero como no lo hizo, debido a una indebida integración del contradictorio, el indiciado optó, con sustento en una interpretación razonable de la ley y jurisprudencia constitucional, decretar la nulidad de lo actuado, incluyendo forzosamente su propia decisión, para que el juzgado de primera instancia rehiciera en debida forma el trámite constitucional.

No está de más señalar que no surgía necesario para la legalidad de la providencia cuestionada que el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** corriera traslado de la solicitud de nulidad al accionante, porque esa decisión, como lo acentuó la Fiscalía en su intervención, no se adoptó al interior de un proceso ordinario en el que deben cumplirse una serie de ritualidades para la validez de lo actuado, sino en un trámite constitucional de tutela en el que la violación del derecho al debido proceso del solicitante de la nulidad se podía evidenciar con el simple examen de lo actuado por los jueces de instancia.

Como la decisión cuestionada no estructura el tipo objetivo de la conducta investigada, por las razones explicadas, resulta innecesaria la referencia al subjetivo.

6.4.2. De la sentencia del 21 de abril de 2016, por medio de la cual el indiciado revocó la protección constitucional ordenada en primera instancia y, en su lugar, negó la acción de tutela

En cuanto a esta decisión, se recuerda que el Tribunal negó la solicitud de preclusión del delito de prevaricado por acción porque, a su juicio, no surgía claro el fundamento para el cambio de criterio del indiciado frente al sostenido en la sentencia dictada antes de decretar la nulidad de lo actuado, en la que sí concedió el amparo constitucional invocado.

El delegado de la Fiscalía disintió de lo considerado por el *a quo* por cuanto, en su concepto, el cambio de postura del exjuez con respecto a la sostenida en el inicial fallo de tutela, además de no ser suficiente para afirmar que la sentencia cuestionada es prevaricadora, estuvo soportado en presupuestos fácticos, jurídicos y probatorios (los cuales indicó en su intervención) que le permitieron concluir de manera razonable que los derechos fundamentales del accionante no habían sido vulnerados por la organización sindical demandada y, por tanto, que había lugar a negar la acción de tutela.

Pues bien, dígase desde ya que la Corte, contrario a lo considerado por el *a quo*, también encuentra configurada la causal de preclusión por atipicidad de la conducta de prevaricato por acción respecto de la sentencia cuestionada, en tanto fue proferida por el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** en apego a los requisitos de orden constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo principal y transitorio de defensa judicial, lo cual, de suyo, descarta que sea contraria al ordenamiento jurídico.

Para explicar la decisión que tomará la Sala, es preciso indicar que el otrora Juez Segundo Civil del Circuito de Cali aprehendió el conocimiento de la impugnación formulada contra el fallo del 29 de marzo de 2016, esto es, el proferido en primera instancia por el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali después de rehacer el trámite constitucional, no de manera arbitraria o excediéndose en el ejercicio de sus funciones, como de cierta manera lo insinúa el denunciante, sino porque el asunto le fue asignado -por conocimiento previo- con acta de reparto del 7 de abril de 2016.

Hecha esta aclaración, y en atención a lo que fue objeto de apelación, debe decirse que el indiciado, en el inicial fallo de tutela, consideró que el sindicato, al amparo de una supuesta renuncia tácita de Reinert Montoya López a esa organización gremial, por haber renunciado a la empresa EMCALI, lo desafilió y desatendió su calidad de directivo sindical, lo cual hizo sin fundamento en normas estatutarias, sin haber existido una renuncia expresa por parte de este a su condición de afiliado y al cargo que ocupaba en la Junta

Directiva para el periodo 2015-2020 y en el momento en que disfrutaba de una licencia temporal.

Esta situación irregular, a juicio del indiciado, derivaba en la vulneración de los derechos fundamentales del promotor del amparo, situación que hacía que la acción de tutela fuera procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en tanto la determinación cuestionada le impedía ejercer el cargo de directivo sindical.

En la segunda sentencia de tutela (denunciada como prevaricadora), el indiciado recogió la tesis del inicial fallo y despachó desfavorablemente el amparo constitucional. Este cambio de criterio obedeció a dos razones esenciales.

La primera de ellas, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial a los que el actor podía acudir de manera prioritaria para lograr el amparo de sus derechos fundamentales.

Al respecto, el indiciado en su decisión dijo que la justicia ordinaria era la competente para dilucidar los cuestionamientos planteados por el accionante contra la USE, consistentes en haberlo desvinculado de esa organización sindical y haber provisto su cargo de directivo sindical mediante un proceso electoral ilegítimo, con ocasión de su renuncia como trabajador oficial de EMCALI, por cuanto *«no corresponde el juez de tutela vaciar de contenido las competencias de los órganos que participan en el proceso de selección o convocatoria de las organizaciones sindicales»*.

Frente a este razonamiento, la Sala recuerda que la acción de tutela es un mecanismo judicial creado por el artículo 86 de la Constitución política para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública o los particulares en los casos allí establecidos. Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal, que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa que permita la protección del derecho fundamental o cuando, existiendo, carece de eficacia para su protección. Y, excepcionalmente, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

En el caso que conoció el indiciado, efectivamente existían otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces para dilucidar la controversia planteada por el denunciante mediante la acción de tutela, como lo era apelar ante la Asamblea General de Afiliados y de Delegados de la USE la decisión por medio de la cual la Junta Directiva negó su solicitud de reintegro al cargo de directivo sindical, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7° de los estatutos internos del sindicato del 29 de enero de 2015: «DERECHOS. Son derechos de los afiliados: (...) Apelar ante la Asamblea General de Afiliados y de Delegados las decisiones tomadas por la Junta Directiva».

El promotor del amparo constitucional también tenía la posibilidad de presentar ante la justicia ordinaria una demanda de impugnación de las determinaciones y actos cuestionados, de acuerdo con el inciso 1° del artículo 382 del C.G.P. **«IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE ASAMBLEAS, JUNTAS DIRECTIVAS O DE SOCIOS.** *La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado,*

solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción».

Incluso, si estimaba que esas determinaciones generaban un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales, en la misma demanda de impugnación, sin tener que acudir a la acción de tutela, hubiera podido solicitar la suspensión provisional de los efectos de las determinaciones y actos cuestionados, conforme con lo previsto en el inciso 2° de la misma norma⁶.

La segunda razón esencial que motivó al indiciado a variar su postura inicial fue la existencia de una serie de circunstancias que, contrario a lo demostrado antes de rehacerse el trámite, ponían en duda que las actuaciones y determinaciones cuestionadas en la tutela hubieran sido adoptadas por el sindicato en desmedro de los derechos fundamentales que se pedían proteger y que descartaban la necesidad de conceder el amparo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el particular, en el fallo censurado se dijo que «*si bien no existía una petición formal de renuncia del [accionante] al cargo que ocupaba en la Junta Directiva del Sindicato*», si existían situaciones que dejaban entrever su desatención a las

⁶ En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.

obligaciones que le correspondían como afiliado y directivo sindical, las cuales se resumen por la Sala así:

(i) Que el accionante renunció a su cargo como trabajador oficial de EMCALI, aun cuando para poder ser afiliado al sindicato y gozar de todas las prerrogativas que tal condición permite es un requisito tener vínculo laboral con esa entidad.

(ii) No realizó aportes sindicales a la Unión Sindical Emcali, desde julio hasta diciembre del 2015, es decir, por espacio de cinco meses, contrariando la obligatoriedad en el pago de los aportes de los afiliados sindicales.

(iii) Si no estaba de acuerdo con la posibilidad real y material que existía de ser alejado del cargo directivo, por haber renunciado a su calidad de trabajador oficial para atender asuntos de índole personal, hubiera podido hacer uso de las peticiones o recursos que demostraran su inconformidad en el momento en que se le informó sobre la negativa de ser reintegrado al cargo como directivo sindical.

(iv) El tutelante, sin embargo, no ejerció actuaciones administrativas ni legales tendientes a cuestionar las decisiones adoptadas por la directiva sindical, tampoco participó en las asambleas en las que hubiera podido expresar su inconformidad con la negativa de ser reintegrado al cargo de directivo sindical, ni hizo uso de las facultades y derechos que otorgaba el estatuto de la organización cuando un afiliado o directivo no está de acuerdo con las decisiones tomada por la Junta Directiva, lo cual dejaba entrever que

consintió o no le interesaron las actuaciones y determinaciones que cuestionaba y que pretendía dejar sin efecto a través de la acción de tutela.

Cabe señalar que el indiciado, para resolver desfavorablemente la solicitud de tutela, tuvo en cuenta, como lo sostuvo la Fiscalía, los argumentos y elementos probatorios aportados tanto por las partes accionante y demandante como los elementos de juicio suministrados por el tercero vinculado, de los cuales sobresalen los siguientes:

(i) oficio del 24 de julio de 2015, por medio del cual EMCALI aceptó a partir de esa fecha la renuncia presentada por Reinert Montoya López al cargo de operador de equipo especial, (ii) derecho de petición dirigido por este a la Junta Directiva del sindicato el 18 de diciembre de 2015, solicitando su reintegro al cargo directivo, por la licencia otorgada por el periodo comprendido entre el 25 de julio al 25 de octubre de 2015, (iii) cuatro actas y sus respectivos listados de asistencia a las Juntas Directivas de la Unión Sindical Emcali, que demostraban su inasistencia a las sesiones del 27 de octubre y las del 9 y 17 de noviembre de 2015, y (iv) oficio del 15 de marzo de 2016, por medio del cual el tesorero de la USE informó sobre su omisión de generar aportes a favor del sindicato desde el mes de julio a diciembre de 2015.

La decisión censurada también se fundamentó en las siguientes normas estatutarias del sindicato USE:

*CAPITULO IV OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS AFILIADOS.
ARTÍCULO 5: AFILIADOS. USE tendrá, como afiliados a los trabajadores*

oficiales que laboren directamente con Emcali EICE ESP y/o trabajadores que estén vinculados a través de Contrato Colectivo Sindical. También se podrán afiliar los trabajadores que laboren para empresas de Servicios Públicos. (...)

ARTICULO 6: OBLIGACIONES, Son obligaciones de los afiliados: (...) Asistir a todas las reuniones de junta directiva, de la Asamblea de delegados o de afiliados, o a los diferentes comités cuando sean citados por la Junta Directiva o se haga parte de alguno de ellos. (...) Pagar mensualmente las cuotas ordinarias o extraordinarias a la USE. Las cuotas ordinarias serán del 1% del salario básico mensual de cada trabajador afiliado.

ARTÍCULO 7: DERECHOS. Son derechos de los afiliados: Participar en los debates de la asamblea de afiliados con derecho a voz y a voto. (...) Apelar ante la Asamblea General de Afiliados y de Delegados las decisiones tomadas por la Junta Directiva”.

Aunque el tercero vinculado aportó con la respuesta a la demanda un concepto emitido el 18 de septiembre de 2015 por el Ministerio de Trabajo, en el que se anotó que *«los sindicatos deben estar compuestos por trabajadores o empleados, es decir, por personas que cuenten con un vínculo laboral vigente; por cuanto el origen del Derecho de Libertad sindical tiene como fundamento la defensa y procura de mejores condiciones laborales para los trabajadores; por lo que resultaría paradójico que un trabajador que renuncie a la empresa continúe vinculado a la organización sindical, cancelando la respectiva cuota sindical, sin que medien intereses laborales, siempre que no sea un sindicato gremial o de industria»,* el indiciado en su decisión, contrario a lo que entendió el *a quo*, descartó su fuerza vinculante, por ser simplemente un criterio orientador, y porque ese concepto, al tenor del documento que lo contenía, solo era aplicable para sindicatos de base.

Como se advierte de la argumentación y los supuestos fácticos, jurídicos y probatorios que sustentaron el fallo cuestionado, el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA** negó el amparo constitucional no porque avalara una supuesta renuncia tácita del accionante al sindicato, por

haber renunciado a su condición de trabajador oficial de EMCALI, ni desconociendo el artículo 2.2.2.2.2⁷ del Decreto 1072 de 2015, sino porque:

(i) la controversia jurídica planteada debía definirse por la justicia ordinaria por existir otros mecanismos de defensa idóneos y eficaces a los que el accionante debía acudir de manera prioritaria, máxime cuando en la disputa plantada estaban de por medio no solo sus derechos fundamentales sino de quien fue elegido mediante un proceso electoral para ocupar el cargo de directivo sindical. Por tanto, para acceder al amparo pretendido, resultaba necesario un análisis legal y estatutario amplio y detallado, además de un ejercicio probatorio que podía superar las capacidades del juez constitucional, y

(ii) porque no se evidenciaba en forma patente la vulneración de los derechos fundamentales de su promotor o la posible materialización de un perjuicio irremediable frente a estos que ameritara la intervención inmediata y excepcional del juez constitucional en las competencias de la justicia ordinaria.

Lo anterior demuestra la atipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción frente a la sentencia cuestionada por cuanto, como se anticipó, no se revela desconocedora del ordenamiento jurídico y en esa medida tampoco resulta manifiestamente contraria a la legalidad.

⁷ «la terminación del contrato de trabajo no extingue, por ese solo hecho, el vínculo sindical del trabajador».

No es posible afirmar que la decisión es ostensiblemente ilegal, ni siquiera contraria a derecho, por el simple hecho de diferir del inicial fallo en el que se concedió el amparo constitucional, menos por tildarse de desacertada por el denunciante o por no ser de su agrado, en tanto el cambio en el contenido y sentido de la decisión cuestionada respecto de la adoptada inicialmente, está fundado en el marco legal y jurisprudencial de la acción de tutela y es el resultado de una valoración ponderada de los elementos de juicio que conformaban el expediente constitucional y de una interpretación razonable de las normas aplicables al asunto, pese a que puedan existir distintas formas de apreciación y entendimiento.

Como la sentencia censurada tampoco estructura el tipo objetivo de la conducta investigada, de igual manera se prescindirá del estudio del subjetivo.

7. Conclusión

Por las razones anotadas, la Sala encuentra estructurada plenamente la casual prevista en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en tanto los hechos denunciados no se adecuan a las exigencias del delito de prevaricato por acción, ni de ningún tipo penal.

Conforme con lo anterior, la Sala revocará la providencia emitida el 30 de enero de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y, en su lugar, precluirá la investigación preliminar adelantada contra el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA**, entonces Juez

Segundo Civil del Circuito de Cali, con fundamento en la causal invocada por la Fiscalía. De igual manera, dispondrá el archivo de las diligencias.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVE

PRIMERO-. REVOCAR el auto proferido el 30 de enero de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante el cual negó la solicitud de preclusión de la investigación preliminar seguida contra el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA**, en su otrora condición de Juez Segundo Civil del Circuito de Cali.

SEGUNDO-. Declarar la preclusión de la investigación preliminar seguida contra el doctor **GUILLERMO DE JESÚS URAZÁN PEÑA**, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.