

Barranquilla, 25 de abril de 2023.

**Señores
Consejeros
Consejo de Estado
E. S. D.**

Proceso: Acción de Tutela
Accionante: Edwin Ricardo Volpe Iglesias
Accionado: Corte Suprema de Justicia

LUIS FELIPE HENRÍQUEZ DEL CASTILLO, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 8'705.129 expedida en Barranquilla y, abogado en ejercicio con tarjeta profesional número 43.050 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura; en mi calidad de defensor contractual del señor EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS, también mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 8'511.002 expedida en Suan (Atlántico), vecino de la ciudad Barranquilla y, actualmente privado de la libertad en el EPMSC Establecimiento de Reclusión Especial de Barranquilla; acudimos ante ustedes con todo respeto para manifestarles que hemos promovido demanda de ACCION DE TUTELA contra la SALA DE CASACIÓN PENAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, la cual está ubicada en la Calle 12 No. 7-65 de la ciudad de Bogotá D.C., en la cual funge como MAGISTRADA PONENTE la doctora MYRIAM ÁVILA ROLDÁN, por haber proferido la SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA SPO95-2023; bajo el CUI: 11-001-60-00717-2017-00019-03 y Radicación número 60133, de fecha quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023); por la vulneración de los derechos fundamentales al <<DEBIDO PROCESO>> artículo 29 de la Constitución, <<ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA>> artículo 229 de la Constitución y, <<DERECHO A LA DEFENSA>> artículo 29 de la Constitución; por medio de una <<VIA DE HECHO JUDICIAL>> por <<GRAVE DEFECTO SUSTANTIVO>> y, <<VIA DE HECHO por DEFECTO PROCESAL>> de conformidad con lo consignado seguidamente.

1. HECHOS

PRIMERO: EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS presentó recusación con fundamento en la causal cuarta (4ª) del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, contra los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, doctores: JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ y DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA quien fungía en dicha Sala como el Magistrado Ponente.

SEGUNDO: Ante tal solicitud de recusación el Magistrado no recusado (JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA) ordenó sortear conjueces recayendo la designación en los abogados LUIS HERNANDO ORTÍZ ROSERO y JAVIER GONZÁLEZ DAZA; empero, a su vez, el doctor JAVIER GONZÁLEZ DAZA se declaró impedido.

TERCERO: La anterior solicitud de recusación fue declarada infundada mediante providencia del veintiuno (21) de junio de dos mil veintiuno (2021); decisión que adoptada fue adoptada por una Sala conformada por el Magistrado Ponente JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA y el Conjuez LUIS HERNANDO ORTÍZ ROSERO.

CUARTO: Nuevamente, EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS ante la falencia de la conformación correcta de la SALA de DECISIÓN PENAL del Tribunal, en la que su composición debe ser de tres (3) magistrados y, no de dos (2); por cuanto no es Sala Dual. Solicita al señor Magistrado Ponente JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA que ordenara la conformación de una Sala de tres (3) cuya composición sería la de él (MOLA CAPERA) como Magistrado y, dos (2) Conjueces; para que de esa manera sí pudieran resolver la recusación invocada.

QUINTO: En razón de la solicitud realizada por EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS de conformarse la Sala en debida forma legal, el señor Magistrado JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA mediante providencia ordenó sortear un segundo Conjuez y, dispuso la SUSPENSIÓN de cualquier diligencia pendiente por realizarse hasta tanto no se resolviera el asunto de la correcta conformación de la Sala.

SEXTO: Muy a pesar de la orden emitida por el señor Magistrado Ponente de suspender cualquier diligenciamiento mientras se conformaba la Sala con el segundo Conjuez, los otros dos Magistrados que, nuevamente habían adquirido su puesto en la Sala por virtud de la decisión tomada de declarar infundada dicha solicitud, no atendieron lo ordenado por el Magistrado Ponente y, prosiguieron con el diligenciamiento y dieron lectura a la Sentencia desconociendo la orden de suspensión de dichas diligencias. Con ello se vulneró el debido proceso y, se generó de contera una nulidad procesal.

SÉPTIMO: Todo ello se esgrimió en el recurso de apelación y, la Corte Suprema de Justicia en torno a ello manifestó lo siguiente:

<<59. Más allá de lo anterior, la Sala no observa irregularidad alguna en el acto procesal atacado. De

conformidad con el artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el quorum para deliberar y decidir al interior de las Corporaciones Judiciales en pleno o en cualquiera de sus Salas y Secciones, requiere de la asistencia y el voto de la mayoría de los miembros de la respectiva Corporación, Sala o Sección. Por otro lado, el artículo 60 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 84 de la Ley 1395 de 2010, sobre los requisitos y formas de recusación, establece que si el Magistrado que se solicita separar del proceso no acepta la correspondiente recusación, los restantes magistrados decidirán.

60. En el presente asunto, los Magistrados DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA (ponente) y JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ fueron recusados. Se sorteó entonces dos conjuces para que, junto con el único Magistrado no recusado, JORGE ELIECER MOLA CAPERA, se conformara una Sala y se adoptara la decisión. La providencia finalmente fue suscrita por el Magistrado MOLA CAPERA y uno de los conjuces designados, puesto que el otro se declaró impedido. En este sentido, la coincidencia de criterio, sobre el sentido de la decisión, entre quienes efectivamente participaron en la Sala, conformó quorum deliberativo y decisorio, por lo tanto, era innecesaria la designación de otro conjuez para resolver de nuevo, como lo solicitó EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS.

61. La determinación del Magistrado MOLA CAPERA, luego de que la recusación había sido resuelta, de volver a sortear conjuces porque así lo había solicitado el procesado, no era requerida. Por las razones indicadas, la decisión inicial había sido válidamente adoptada, puesto que, al interior de la misma Sala, con la concurrencia de uno de los conjuces, se resolvió por unidad de criterio. El sorteo y designación efectiva de otro miembro de la Sala habría implicado una dilación injustificada en el trámite, en desmedro de una pronta y eficaz administración de justicia.

62. Así las cosas, la continuación de la actuación, con la correspondiente lectura del fallo condenatorio, por parte del Magistrado Ponente, no implicó en modo alguno violación al debido proceso de ninguna de las partes e intervinientes. No se acredita, por lo tanto, irregularidades que puedan dar lugar a la declaratoria de nulidad de la actuación. En consecuencia, se dispondrá negar la petición presentada por GLORIA AMPARO GIRALDO RUÍZ¹.>>.

OCTAVO: La señora Magistrada Ponente doctora MYRIAM ÁVILA ROLDÁN en compañía de los demás Magistrados, se

¹ Tomado de la Sentencia de Segunda Instancia, dictada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, págs. 22 a 23.

extralimitaron en sus funciones en lo atinente a que no existía irregularidad alguna en la composición obligatoria de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, pues, nunca se dio el evento por la Corte manifestado de que daba aplicación al artículo 84 de la Ley 1395 de 2010, pues, no fue que los Magistrados no aceptaran, es que lo que aconteció fue una decisión de declaratoria de infundada por un Magistrado y un Conjuez, cuando lo ordenado por el debido proceso es que la decisión sea tomada por tres Magistrados, en este evento, por un Magistrado y dos Conjueces.

Con ello, se ha querido aplicar una norma que no se compadece con los hechos realmente acaecidos.

Mucho menos hablar de un quorum deliberatorio, pues, se está en presencia de una norma reglada y para un asunto especial como lo es el tema de los impedimentos y recusaciones.

2. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Con ese proceder, la SALA DE CASACIÓN PENAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, está vulnerando los derechos constitucionales fundamentales al DEBIDO PROCESO y de contera al ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA a través de una VIA DE HECHO JUDICIAL por un GRAVE DEFECTO SUSTANCIAL y un DEFECTO PROCESAL.

2.1. DEBIDO PROCESO:

Veamos a continuación lo que por Derecho Fundamental al Debido Proceso se ha entendido por vía de doctrina constitucional:

<<El derecho al debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo.>> **(C-339 de 1996).**

<<El debido proceso constituye un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento para las actuaciones tanto judiciales como administrativas, para la defensa de los derechos de los ciudadanos, razón por la cual deben ser respetadas las formas propias del respectivo proceso. Lo anterior garantiza la transparencia de las actuaciones de las autoridades públicas y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico. Por ello los ciudadanos sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones administrativas y judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso.>> **(T- 078 de 1998).**

<<El debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela>>. **(T- 280 de 1998)**.

El desconocimiento del derecho de defensa en los procesos de carácter penal, civil y Administrativo, constituye vía de hecho por las desviación que se manifiesta en la actividad del funcionario siendo de imputables actuaciones hecho que agravan, menoscaban o amenazan Derechos Fundamentales de quienes participan en el proceso o puede ser afectado por los resultados del mismo; esto mismo puede decirse de las sentencias de tutelas, cuando ellas desconozcan precisamente tales derechos fundamentales, pues, de inaceptarse la tutela contra una sentencia de tutela desobligante de los derechos y garantías de las cuales debe proteger, sería un fraude a la ley por la ley misma.

En tales eventos, la jurisprudencia ha admitido que, no existiendo medios judiciales idóneos y oportunos para restaurar los derechos vulnerados o para resguardarlos frente al acto u omisión que los amenaza, cabe la acción de tutela fundada en la existencia de una vía de hecho judicial que, desvirtúa la intangibilidad del trámite judicial y despoja a las providencias de su normal respetabilidad.

2.2. VÍA DE HECHO

Tal como lo ha descrito la doctrina de la Corte Constitucional, corresponde a una determinación arbitraria adoptada por el juez, o a una omisión del mismo, carácter en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se desconocen garantías Constitucionales o se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución o la ley.

Desde luego, también se ha destacado que únicamente se configura la Vía de hecho cuando puede establecerse sin género de duda una trasgresión evidente, grosera y grave del ordenamiento, de tal entidad que rompa por completo el esquema del equilibrio procesal instaurado en las normas aplicables.

Por supuesto, las garantías que integran el debido proceso (Art. 29 de la Constitución política) deben preservarse íntegramente, de lo cual se infiere que la falta de cualquiera de ellas repercute en la pérdida de validez de lo actuado, y puede constituir –dependiendo de su gravedad– una vía de hecho susceptible de la acción de tutela.

El Art. 29 de la Carta Política consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; según el

mandato constitucional, nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La norma ordena a los funcionarios competentes en tales actuaciones, partir de la presunción de inocencia de la persona imputada mientras no se le haya declarado judicialmente culpable, de tal modo que, ante la meridiana claridad del precepto, ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o sus actividades si previamente no ha sido adelantado un proceso y en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías procesales que el enunciado artículo incorpora. (Sentencia **C-007 de 1993**).

Puesto que en la práctica el debido proceso público como derecho fundamental es el que más acciones de tutela ha tenido y, buena parte de las sentencias de revisión de la Corte Constitucional se relacionan con la defensa del debido proceso. Así en su sentencia **T-458 del 24 de octubre de 1994** la Corte dijo:

<<El debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano que ha acudido al proceso, una recta y cumplida administración de justicia y la debida fundamentación de las relaciones judiciales mediante el acatamiento del principio de acción *contra legem* o *praeter legem*. En consecuencia, el debido proceso, es un derecho fundamental, susceptible de ser protegido por medio de la acción de tutela, ya que las actuaciones de los servidores públicos que sólo obedecen a motivaciones internas, desconocen la primacía de los derechos inalienables de la persona, la protección Constitucional de los Derechos fundamentales y la Prevalencia del Derecho Sustancial>>

En sentencia **C-632 de 1995** la Corte indicó:

<<El Art. 29 de la Carta política se ocupa de regular el derecho fundamental al Debido Proceso, el cual debe ser aplicado a todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas. Dentro de las pautas principales establecidas en esa norma superior, se encuentra el Derecho de toda persona a ser juzgado únicamente y con la observancia de las formas propias de cada juicio. Lo anterior, agregado al hecho de que en ese proceso público se debe dar siempre la posibilidad de presentar y controvertir pruebas y de impugnar o apelar la sentencia>>

Y en la sentencia **T-158 del 26 de abril de 1996** la Corte Manifestó:

<<El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres (3) condiciones para que un proceso sea debido:

La primera, que proceda por una inclinación por la justicia; la segunda, que proceda de la autoridad competente; la tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda protección, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa y **que el juez en ningún momento se abrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, así mismo, requisitos extralegales**; siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito.

El profesor ALEX CAROCCA PÉREZ expresa que: <<en conclusión, debido proceso es el proceso justo y equitativo, connotación que jamás podrá otorgarse a aquel en que no se ha salvaguardado la garantía de la defensa, pero, en cambio, perfectamente puede suceder que se haya respetado esta última, pero no ser justo el proceso, ya que han violentado otra u otras garantías procesales, lo que nos confirma que actualmente deben ser tratadas como garantías Constitucionales.>>

-las negrillas con subrayas son nuestras-

De ahí que el connotado Jurista Penal JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA sostenga con propiedad, que:

<<si se habla de debido proceso es porque puede haber procesos indebidos y porque no todo proceso legal es un debido proceso, ya que sólo lo es el que asume determinados contenidos valorativos impuestos o por derivados de las normas, principios y valores constitucionales internacionales con la dependencia e imparcialidad del Juez, el derecho de defensa formal y material, la legalidad, publicidad y contradicción de la prueba, la igualdad de los sujetos procesales ante la ley y ante el juez que está obligado a motivar racionalmente o fundamentar correctamente las decisiones e interpretaciones sanas.>>

El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. El artículo 29 del ordenamiento constitucional lo consagra expresamente <<para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.>>

Así entonces, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna

actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.

2.2.1. VIA DE HECHO JUDICIAL

La Corte insiste en que, a partir de la Sentencia **C-543 del 1 de octubre de 1992**, la acción de tutela no procede en principio contra providencias judiciales, a no ser que bajo tal apariencia se oculte en realidad una evidente y probada vía de hecho, es decir un comportamiento ostensiblemente arbitrario, ajeno al orden jurídico en vigor, que implique violación del debido proceso y que, en vez de realizar la voluntad del legislador en la solución del asunto objeto de resolución judicial, satisfaga el deseo o el interés del fallador, o el de otro, a costa de los derechos fundamentales de las partes; se repite:

<<Por lo tanto, a menos que la actuación del fallador se aparte de manera ostensible e indudable de la ley, en abierta imposición de su personal interés o voluntad, es decir que resuelva el conflicto planteado por fuera del orden jurídico, no tiene justificación una tutela enderezada a constreñir la libertad de que dispone el juez, investido de la autoridad del Estado, dentro de las reglas de la jurisdicción y la competencia, para proferir los actos mediante los cuales administra justicia.

(...)

Entonces, la vía judicial de hecho -que ha sido materia de abundante jurisprudencia- no es una regla general sino una excepción, una anomalía, un comportamiento que, por constituir burdo desconocimiento de las normas legales, vulnera la Constitución y quebranta los derechos de quienes acceden a la administración de justicia. Es una circunstancia extraordinaria que exige, por razón de la prevalencia del Derecho sustancial (artículo 228 C.P.), la posibilidad, también extraordinaria, de corregir, en el plano preferente de la jurisdicción constitucional, el yerro que ha comprometido o mancillado los postulados superiores de la Constitución por un abuso de la investidura.

Naturalmente, ese carácter excepcional de la vía de hecho implica el reconocimiento de que, para llegar a ella, es indispensable la configuración de una ruptura patente y grave de las normas que han debido ser aplicadas en el caso concreto.

(...)

En ese orden de ideas, la providencia judicial escapa al ámbito de competencia del juez de tutela mientras no se establezca con certidumbre, surgida de la evidencia incontestable, que se ha incurrido en una vía de hecho.>> (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-492 del 7 de noviembre de 1995).

<<¿Cuándo se configura entonces una actuación o vía de hecho imputable a un funcionario judicial? Esta Corporación ha delimitado el alcance de la vía de hecho judicial y ha señalado que ésta existe "cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales de la persona". En efecto, en tales circunstancias, el funcionario judicial antepone de manera arbitraria su propia voluntad a aquella que deriva de manera razonable del ordenamiento jurídico, por lo cual sus actuaciones, manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, no son providencias judiciales sino en apariencia. En realidad son vías de hecho, frente a las cuales procede la tutela, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos procesales señalados por la Constitución, a saber que se esté vulnerando o amenazando un derecho fundamental, y la persona no cuente con otro medio de defensa judicial adecuado.

(...)

Estas vías de hecho judiciales son impugnables por la vía de la tutela por cuanto, en general, vulneran el debido proceso (CP art 29) y el acceso a la justicia (CP art. 229). En efecto, el derecho al debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales (art. 29 C.P.) y es desarrollo del derecho de toda persona natural o jurídica para acceder a la administración de justicia (art. 229 C. P.); esta forma de acceso incluye la oportunidad de recibir tratamiento justo por parte de los jueces y magistrados, lo cual implica la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y la oportunidad de defenderse, es decir, que la justicia valore las pruebas y los razonamientos pertinentes. Así, la Corte ha dicho que "la vía de hecho judicial, en la forma y en el fondo, equivale a la más patente violación del derecho a la jurisdicción".>> (Cfr. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-572 del 9 de diciembre de 1994. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Como esta Corporación lo ha reiterado, no por el hecho de que la decisión adoptada por un juez o tribunal disguste o moleste a una de las partes se configura la vía de hecho. Ésta, para hacer posible el amparo, debe ser de tal entidad y proporción que signifique protuberante y grave trasgresión de la normatividad que ha debido regir el proceso, ejercicio abusivo de la función judicial y designio personal y caprichoso del juez.

También es claro, como lo ha destacado la jurisprudencia constitucional, que la interpretación que de la ley haga el juez en su providencia, en ejercicio de la autonomía funcional propia de su cargo y responsabilidad, no puede ser objeto de tutela, como no lo es tampoco de acción ni de investigación disciplinaria

La misma Corte Constitucional, ha entendido como VIA DE HECHO:

<<aquellas actuaciones arbitrarias que el funcionario judicial desarrolla dentro de la dirección y sustanciación de un proceso. **Por consiguiente, suceden estas circunstancias cuando el juez se aparta de la ley, con lo cual vulnera derechos constitucionales fundamentales.**>>

-las negrillas con subrayas son nuestras-

Y siguiendo al Tribunal Constitucional, una actuación judicial se constituye en vía de hecho cuando se está en alguna de las siguientes hipótesis:

<<(1) **Presente un grave defecto sustantivo**, es decir, **cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto**; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y (4) **presente un evidente defecto procedimental**, es decir, **cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.**>> (Corte Constitucional Sentencia t-567/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

-negrillas y subrayas nuestras-

Y continuando la Corte Constitucional por el camino de las vías de hecho, reiteró:

<<...aunque en Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, al declarar inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, definió que en principio no cabe acción de tutela contra providencias judiciales, previó en ese mismo fallo la circunstancia en la cual, por desviación en la actividad del juez, le sean imputables actuaciones de hecho que agraven, menoscaben o amenacen derechos fundamentales de quienes participan en el proceso o puedan ser afectados por los resultados del mismo.

En tales eventos, que son excepcionales, la jurisprudencia ha admitido que no existiendo medios judiciales idóneos y oportunos para restaurar los derechos vulnerados o para resguardarlos frente al acto u omisión que los amenaza, cabe la acción de tutela, fundada en la existencia de una vía de hecho que desvirtúa la intangibilidad del trámite judicial y despoja a la providencia de su normal respetabilidad.

La vía de hecho, tal como la ha descrito la doctrina de la Corte, corresponde a una determinación arbitraria adoptada por el

juez o una omisión del mismo carácter, en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley. Desde luego, también se ha destacado que únicamente se configura la vía de hecho cuando pueda establecerse sin género de dudas una trasgresión evidente y grave del ordenamiento jurídico, de tal entidad que rompa por completo el esquema de equilibrio procesal instaurado en las normas aplicables. Por supuesto, las garantías que integran el debido proceso (art. 29 C.P.) deben preservarse íntegramente, de lo cual se infiere que la falta de cualquiera de ellas repercute en la pérdida de validez de lo actuado, y puede constituir –depende de su gravedad– una vía de hecho susceptible de la acción de tutela.>> (Corte Constitucional. SU 960/99 Exp. 220687 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Así las cosas, en este caso, la accionada es la doctora MYRIAM ÁVILA ROLDÁN en su calidad de MAGISTRADA PONENTE de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, incurrió en su providencia del quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), en una ostensible VÍA DE HECHO por DEFECTO SUSTANTIVO al haber aplicado el artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en lo atinente al *quorum* para deliberar y decidir; y, en una VÍA DE HECHO por DEFECTO PROCEDIMENTAL al haber aplicado el artículo 84 de la Ley 1395 de 2010 y, al desviar el procedimiento reglado en materia del procedimiento de las recusaciones.

2.2.1.1. DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración

La Corte Constitucional ha entendido el defecto sustantivo como una circunstancia que determina cierta carencia de juridicidad de las providencias judiciales, aparece cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos *erga omnes* cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada. Frente a la configuración de este defecto puede concluirse que, si bien es cierto, los jueces dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es ningún caso absoluto. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho. Con fundamento en lo anterior, *el defecto sustantivo también se presenta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas*, y por tanto, *la exégesis dada por el juez resulta a todas luces improcedente. Respecto al defecto sustantivo que se presenta como consecuencia de una errada interpretación, la jurisprudencia*

constitucional ha sido enfática en indicar que no cualquier interpretación tiene la virtualidad de constituir una vía de hecho, sino que ésta debe ser abiertamente arbitraria. En consecuencia, ha dicho la Corte que el juez de tutela, en principio, no está llamado a definir la forma correcta de interpretación del derecho; sin embargo, en aquellos eventos en los que la interpretación dada por el juez ordinario carezca de razonabilidad y cuando se cumplen los requisitos anteriormente mencionados, se hace procedente la intervención del juez constitucional.

PROBLEMA JURÍDICO

Con el fin de solucionar el problema jurídico, esta Sala reiterará su jurisprudencia sobre: **primero**, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **segundo**, los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, haciendo especial énfasis en el defecto material o sustantivo.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional ha sostenido:

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

Mediante sentencia C-543 de 1992², la Corte declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban la procedencia de la tutela contra sentencias, por considerar que esas disposiciones desconocían los principios de separación de jurisdicciones y de seguridad jurídica que consagra la Constitución. No obstante, esa misma providencia determinó que esta acción constitucional procede contra decisiones judiciales de forma excepcional, cuando constituyen vías de hecho³ y, por ende, resultan contrarias a la Constitución.

La Corte en la sentencia T-231 de 1994⁴ delineó cuatro defectos que, analizado el caso concreto, permitirían estimar que en una providencia judicial se configuró una vía de hecho, a saber: i) defecto sustantivo, cuando la decisión se adopta en consideración a una norma indiscutiblemente inaplicable; ii) defecto fáctico, cuando el juez falla sin el sustento probatorio suficiente para aplicar las normas en que funda su decisión; iii) defecto orgánico, cuando el juez profiere su decisión con total incompetencia para ello; y, iv) defecto procedimental que se

²Sentencia del 1 de octubre de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones **de hecho** imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.

⁴ Sentencia del 13 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

presenta en aquellos eventos en los que se actúa desconociendo el procedimiento o el proceso debido para cada actuación.

Actualmente no ‘(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad)⁵.

De esta manera, la Corte distinguió, en primer lugar, los requisitos de carácter general⁶ orientados a asegurar el principio de subsidiariedad de la tutela **-requisitos de procedencia-** y, en segundo lugar, los de carácter específico⁷, centrados en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas **-requisitos de procedibilidad-**.

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencias, según lo expuso la sentencia C-590 de 2005⁸, son:

(i) *que la cuestión planteada al juez constitucional sea de relevancia constitucional*⁹;

(ii) *que se hayan agotado todos los mecanismos de defensa judicial, previstos en el ordenamiento jurídico, a menos que se trate de un perjuicio irremediable*¹⁰;

⁵Sentencia T-774 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Sentencia SU-813 de 2007: Los **criterios generales** de procedibilidad son requisitos de carácter procedimental encaminados a garantizar que no exista abuso en el ejercicio de la acción de tutela dentro de un proceso judicial donde existían mecanismos aptos y suficientes para hacer valer el derecho al debido proceso. A juicio de esta Corporación, la razón detrás de estos criterios estriba en que *“en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución.”*

⁷ Sentencia T-1240 de 2008: los **criterios específicos** o *defectos* aluden a los errores o yerros que contiene la decisión judicial cuestionada, los cuales son de la entidad suficiente para irrespetar los derechos fundamentales del reclamante.

⁸ Sentencia del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹*El juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes (C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño).*

¹⁰*De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última” (C-590 de 2005).*

(iii) que la acción de amparo constitucional, haya sido interpuesta oportunamente, es decir que se cumpla el requisito de inmediatez¹¹;

(iv) que en el evento de tratarse de una irregularidad procesal, se indique que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹²;

(v) que la vulneración reclamada en sede de acción de tutela, haya sido alegada en el proceso judicial respectivo, siempre y cuando hubiera sido posible¹³ y;

(vi) que no se trate de tutela contra tutela.

De otro lado, los requisitos específicos de procedibilidad aluden a la concurrencia de defectos en el fallo atacado que, en virtud de su gravedad, hacen que el mismo sea incompatible con los preceptos constitucionales. En el evento de presentarse al menos uno de ellos en el caso en examen, la solicitud de amparo debe considerarse procedente.

Según lo previsto en la sentencia C-590 de 2005, estos defectos son los siguientes:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello¹⁴.

¹¹ Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos” (C-590 de 2005).

¹² Si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio” (C-590 de 2005).

¹³ Si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio” (C-590 de 2005).

¹⁴ Sentencia T-324 del 24 de julio de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:.... sólo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte ostensiblemente contrario a derecho, -bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico-, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico.

- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido¹⁵.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales,¹⁶ o en que se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales¹⁷.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento del deber de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido de que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional¹⁸.
- g. Desconocimiento del precedente¹⁹.

¹⁵ Sentencia T-996 del 24 de octubre de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández: *...el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones y actúa de forma arbitraria y caprichosa, con fundamento en su sola voluntad, se configura el defecto procedimental. El defecto procedimental se erige en una violación al debido proceso cuando el juez da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia, o cuando pretermite las etapas propias del juicio, como por ejemplo, omite la notificación de un acto que requiera de esta formalidad según la ley, o cuando pasa por alto realizar el debate probatorio, natural a todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales.*

¹⁶ Sentencia T-522 del 18 de mayo de 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁷ Sentencia SU-014 del 17 de enero de 2001, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. *Es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial - presupuesto de la vía de hecho -, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.*

¹⁸ Idem. *Esta causal se estructura a partir de la divergencia entre la motivación de la sentencia y su parte resolutive. Una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen deducir la decisión correspondiente. Cuando este ineludible presupuesto no puede verificarse, la sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.*

¹⁹ Hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Al Respecto ver entre muchas sentencias: T-462 del 5 de junio de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, SU-1184 del 13 de

h. Violación directa de la Constitución²⁰.

2.2.1.1.1. DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El defecto sustantivo como una circunstancia que determina cierta carencia de juridicidad de las providencias judiciales, **aparece**, como ya se mencionó, **cuando la autoridad judicial** respectiva **desconoce** las **normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado**, ya sea por su **absoluta inadvertencia**, por su **aplicación indebida**, por **error grave en su interpretación** o por el **desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada**.

En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:

(i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,

(ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,

(iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva²¹.

Respecto al defecto sustantivo que se presenta como consecuencia de una errada interpretación, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en indicar que no cualquier interpretación tiene la virtualidad de constituir una vía de hecho, sino que ésta debe ser abiertamente arbitraria.

noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-1625 del 23 de noviembre de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica, y T-1031 del 27 de septiembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁰El estudio jurisprudencial permite advertir que el asunto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales muestra complejo, puesto que la adecuada protección de los principios y valores constitucionales implica un ejercicio de ponderación entre la eficacia de la mencionada acción -presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho-, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica.

²¹ Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Lo anterior es el soporte jurisprudencial de la VÍA DE HECHO por DEFECTO SUSTANTIVO que, sería el argumento a proponer por el desconocimiento de la normatividad aplicable al caso concreto.

3. PETICION

DECRÉTESE por vía de tutela que la doctora MYRIAM ÁVILA ROLDÁN en su calidad de MAGISTRADA PONENTE de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, incurrió en una ostensible VÍA DE HECHO por DEFECTO SUSTANTIVO y por DEFECTO PROCEDIMENTAL y, en su defecto ordenar que la SALA de DECISIÓN PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA, se pronuncie de conformidad con la aplicación de la conformación de la SALA mediante el sorteo y designación de dos Conjueces; para que decidan acerca de la solicitud de RECUSACIÓN en contra de los señores Magistrados JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ y DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA.

8. PRUEBAS

Se acompañan como pruebas el siguiente documento: Copia de la Sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de marzo de 2023, dentro del CUI 11-001-60-00717-2017-00019-03 y Radicación número 60133.

Igualmente, se solicita con fundamento en la carga dinámica de la prueba que, se aporte por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, de la solicitud de recusación presentada por EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS; Así como la providencia mediante la cual se sorteó conjueces; el escrito mediante el cual uno de los conjueces designados se declaró impedido; la providencia que declaró infundada la recusación; la segunda solicitud de EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS en la cual solicita se conforme la Sala, pues, se tomó la anterior decisión por un Magistrado y un Conjuez; y, la decisión del Magistrado MOLA CAPERA de ordenar suspender todo diligenciamiento mientras se conforma nuevamente la Sala y se toma la decisión en torno a la recusación.

9. ANEXOS

1.-) Poder para actuar otorgado por EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS.

2.-) Copia de la demanda y sus anexos para el traslado a la parte accionada y, a la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla si el Consejo de Estado considera necesaria su vinculación.

3.-) Copia de la Sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de marzo de 2023, dentro del CUI 11-001-60-00717-2017-00019-03 y Radicación número 60133; la cual se aportó como prueba documental.

4.-) Copia de la demanda para el archivo del Honorable Consejo de Estado.

10. MANIFESTACION BAJO JURAMENTO

Para dar cumplimiento al artículo 37 del decreto 2591, declaramos que no hemos promovido esta misma petición ante ninguna autoridad jurisdiccional.

11. NOTIFICACIONES

ACCIONANTES: En la Penitenciaría El Bosque de la ciudad de Barranquilla.

ACCIONADOS: La doctora MYRIAM ÁVILA ROLDÁN en su calidad de MAGISTRADA PONENTE de la SALA DE CASACIÓN PENAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en la Calle 12 No. 7-65 de la ciudad de Bogotá.

EL APODERADO: En el abonado celular 301 267 24 40; en el correo electrónico luishenriquez1809@gmail.com y, en la dirección física ubicada en la Calle 86 No. 42B1-106 de la ciudad de Barranquilla. De los Honorables Consejeros, atentamente.



LUIS FELIPE HENRÍQUEZ DEL CASTILLO

C.C. No. 8705.129 de Barranquilla

T.P. No. 43.050 del C. S. de la J.