

Medellín, agosto de 2023

Señores
CONSEJO DE ESTADO
Bogotá, D.C.

ASUNTO: Acción de tutela contra la Sala de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, M.P. Rafael Darío Restrepo Quijano.

TUTELANTES: John Fredy Mena Cossio y Otros.

1. PETICIÓN DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

CONSTANZA MARIN GÓMEZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Medellín, identificada con la cédula de ciudadanía N° 43.750.539 de Envigado y la Tarjeta Profesional N. 135.267 del C.S.J, abogada en ejercicio, de conformidad con el poder debidamente otorgado por los **JOHN FREDY MENA COSSIO, NELLA MARÍA COSSIO PALACIOS, JEISON EFREN CÓRDOBA COSSIO**, quien actúa en nombre propio y en representación del menor **JUAN DIEGO CÓRDOBA GIRALDO**, al igual que, **OSCAR FRANCISCO MENA RAMÍREZ y JUAN CAMILO MENA GAMBOA**, quienes actúan en su nombre como tutelantes, muy respetuosamente manifiesto a ustedes, que interpongo Acción Constitucional de Tutela, con el fin de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales, objeto de violación en la sentencia de segunda instancia, promovida por Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, Sala de Decisión Oral. M.P. Rafael Darío Restrepo Quijano, notificada por correo electrónico el 01 de marzo de 2023, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 y con lo establecido en el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, por incurrir en violación sustancial al debido proceso por DEFECTO FÁCTICO por no haberse valorado pruebas debidamente solicitadas y recaudadas en el curso del proceso, específicamente la investigación penal y por VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN, las cuales se materializaron en la sentencia pronunciada en el asunto de Reparación Directa, dentro del proceso Radicado N° 05001333301920150020801.

Como se analizará más adelante, se evidencia en la sentencia la falta de rigurosidad y objetividad en el análisis probatorio, errores de la función judicial que resultan a todas luces cuestionables, hasta poder considerarse que la sentencia judicial que origina la tutela, constituyen una verdadera **VIA DE HECHO**, manifestación que se fundamenta en los siguientes:

2. HECHOS

2.1 El 18 de febrero de 2015, se presentó demanda de Reparación Directa, a fin que se declarara la responsabilidad Administrativa de La Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional-, Rama Judicial (Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación), y se le condenara, al pago de los perjuicios que les fueron ocasionados a los demandantes, por la privación injusta de la libertad del señor John Fredy Mena Cossio.

2.2 Para demostrar que la privación de la libertad fue injusta, se allegó al proceso administrativo, copias auténticas de la investigación penal adelantada por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento (CUI: 05001-60-00206-2012-43046) junto con el CD donde contenía todas las audiencias concentradas y el fallo absolutorio.

2.3 En audiencia pública penal, celebrada el 08 de julio de 2012, el señor John Fredy Mena Cossio, **NO ACEPTA LOS CARGOS** imputados.

2.4 la Fiscalía General de la Nación, solicita al juez penal, la ABSOLUCION, ya que reconoce que en su captura, tuvo injerencia directa la falsedad ideológica del informe presentado por el Agente de la Policía Andrés Fabián Gordillo, pues siendo informes de policía y en su condición de servidor público el patrullero, al tener la connotación de documento oficial, intencionalmente se indicaron hechos que **no fueron ciertos** y conllevaron a que se desplegaran todas unas actuaciones, entre ellas, la aprobación a la legalización de captura y la formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento con Detención Domiciliaria, aduciendo que:

“... estamos ante una etapa en la cual se exige la certeza más allá de toda duda razonable... vemos su Señoría el hecho de este joven haber manifestado una realidad hoy de un procedimiento dentro de una instalación de un hotel y en el informe haber suscrito una captura en vía pública ya mancha esa certeza, ya se genera una duda, nos está diciendo la verdad hoy o así como no lo hizo en el informe, entonces, la certeza señoría es como ese brillo en un espejo, en el cual le cae una gota y lo

mancha... pierde su brillantez, considera la delegada que certeza no tenemos... se generan dudas... entonces la fiscalía considera Señoría que desafortunadamente no se cumplió con esa promesa, **y no queda más que solicitarle un fallo en sentido a favor o absolutorio del señor JHON FREDY MENA COSSIO...**. (Audiencia 2:54)

2.5 Hizo parte del acervo probatorio, informe de la Defensoría del Pueblo fechado 11 de diciembre de 2012, en el que se hizo un análisis del video aportado de las cámaras de seguridad en el sector donde ocurrieron los hechos, dejando anotado que:

*“Aunque no se puede observar directamente que el usuario fue capturado al interior del hotel el sinzonte porque los vehículos no dejan ver si se observa que tienen capturado al usuario JHON FREDY MENA COSSIO en las afueras de este hotel y los policiales y las motos están parqueadas en este sitio, en dirección hacia la carrera 53 con calle 52 o sea lejos de esta dirección y **no se observa ningún bote de basura**, lo que se concluye al observar esto que necesariamente la captura es distante de este sitio que refieren los policiales en vía pública y desmiente en su totalidad las versiones”.*

2.6 Concluye la defensoría, que de lo expuesto por las personas entrevistadas y las labores de campo realizadas que se está frente a un evidente FALSO POSITIVO, donde lamentablemente los policiales en su afán del POSITIVO y reportar capturas exigidas por sus comandantes, **abusando de su autoridad, endilgan responsabilidades a incautos usuarios como es el caso**, que al parecer por lo investigado y conversado por el usuario, se trata de una venganza del oficial debido a anteriores confrontaciones que en el pasado han tenido estas dos personas.

2.7 Quedó probado con la declaración del patrullero Gordillo, la falsedad del informe policial y documental, ya que en las audiencias concentradas, narra un procedimiento efectuado en dentro de un hotel, concretamente dentro del pasillo, piso segundo y en el informe policivo, coloca la captura en vía pública, manifestando que la información era contraria, porque no quería tener inconvenientes en la URI con el fiscal de turno, ya que podían endilgar una violación del domicilio, sintiendo temor de que le iniciaran una investigación.

2.8 En audiencia de juicio oral, el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito, fechada 16 de octubre de 2013, CD Archivo N. 3 Minuto 9:20, fue claro el despacho, al momento de argumentar la absolución, al señalar en los considerandos, lo siguiente:

“Minuto 15:16: ... dentro del desarrollo de la audiencia de juicio oral que se iniciara para el 9 de mayo del presente año, la Fiscalía prometió demostrar que el acusado es penalmente responsable del delito de porte de estupefacientes (...) el primer testigo de la fiscalía fue el patrullero ANDRES FABIAN GORDILLO MACERA patrullero de la policía que trabajaba en la Estación de la Policía Calendaria (sic) de la Candelaria en el cuadrante 6, que a eso de las 10:30 de la mañana de ese día 07 de julio, hace referencia a que fue abordado por un particular que le indicó que en la carrera 53 con calle 52, en un hotel cerca de allí, se desarrollaba una riña, por lo que acudieron al sector, a ese sitio, ingresaron a él, en un segundo piso. Cuando ingresaba a ese inmueble logró ver a una persona con una bolsa que cuando advierte la presencia oficial, trata de escabullirse, sigue tras de él, observa cuando arroja una bolsa a una caneca, no la pierde de vista y retiene a esa persona, cuando va y verifica el contenido de esta bolsa, dice haber encontrado (...) cocaína, marihuana, pastillas de anfetaminas, por eso procede a capturar a esa persona. **Igualmente reconoce, a preguntas de la propia fiscalía que estos hechos que narró en la audiencia no corresponden a los narrados en el informe de captura, toda vez que en esta había consignado que los hechos ocurrieron en vía pública y no al interior de un inmueble;** que esos hechos pudieron presenciarlos más personas que se encontraban en ese lugar, pero finalmente dice **que se apasionó en el caso, que de todas maneras, pues creía eventualmente no le iban a legalizar, la captura, por lo que de manera consiente, acepta que cambió la verdadera ocurrencia de los hechos en el informe, pero que lo que ocurrió fue realmente lo manifestado por él en esta audiencia pública. En el contrainterrogatorio, la defensa resalta el tema que la fiscalía no exhibió los documentos sobre la cadena de custodia de los elementos incautados, reconoce que no pidió permiso para entrar al hotel; reconoce igualmente que mintió en el informe sabiendo las consecuencias adversas que podía traer, para las personas que estaban involucradas en esta situación, concluyendo pues de manera categórica, ante las preguntas formuladas por la defensa que sabía lo que estaba haciendo, que sabía que había faltado a su deber de decir la verdad, reconociendo nuevamente que mintió y que se apasionó en el caso en el cual participó con otro patrullero que no pudo venir a la audiencia en el día de hoy. (...) la fiscalía reconoce que no hay certeza en este caso para condenar, que su testigo dijo una cosa en el informe y que en el día de hoy dijo otra cosa. que hay una duda que debe resolverse a favor del prohijado por lo que solicita sentencia o fallo absolutorio (...). El despacho brevemente entonces debe manifestar que en efecto o reiterando que conforme al artículo 448 del CPP, el Despacho no tiene otra alternativa cuando la fiscalía solita absolución que acatar esa petición, en atención a que es la titular de la acción penal y el principio de congruencia exige entonces que haya congruencia –valga la redundancia– entre lo que se pide y la decisión de condena. Si la fiscalía no pide condena, el juez necesariamente deberá absolver. **Pero adicionalmente a eso (...), realmente aquí hay una duda inmensa, el único testigo de la fiscalía y seguramente el otro testigo, el otro patrullero policial que no declaró (...) pues también tendría que haber dicho, lo que hoy dijo ANDRÉS FABIAN GORDILLO MACERA, reconoció que mintió en el informe, reconoció que los hechos no ocurrieron en vía pública, sino****

en un inmueble (...) que se apasionó con el caso, que pensó si eventualmente colocaba que los hechos ocurrieron en un inmueble se iba a declarar ilegal la captura y que sabía lo que estaban haciendo, es decir, sabía que estaba consignando en ese informe de captura hechos que no eran ciertos. Por lo tanto, el despacho ante un testigo en estas condiciones y frente a la gravedad de los hechos, y pues obviamente no tendría ninguna credibilidad, el Despacho considera que si bien pudieron haber incautado ciertos elementos prohibidos a JHON FREDY MENA COSSIO, no hay certeza de lo que realmente sucedió por la declaración del propio testigo, e incluso la defensa pues resaltó el tema de la demostración de todo lo correspondiente a la CADENA DE CUSTODIA que es algo fundamental a pesar de que se estipuló que lo encontrado en este procedimiento son sustancias prohibidas, estupefacientes, otra cosa es diferente a la cadena de custodia, a la autenticidad de esta evidencia que se quedó en el aire, porque el Despacho no conoció los documentos... el tema de recolección, el embalaje, los rótulos, las firmas de las personas o autoridades que tuvieron contacto con esa evidencia probatoria; por eso, el Despacho entonces, reconoce que probatoriamente hay una duda que en esas condiciones es imposible de tener el convencimiento más allá de esa duda para condenar y que obligatoriamente hay que hacer prevalecer el principio del *Indubio pro reo* y favor rei (...) y se deberá absolver al señor JHON FREDY MESA COSSIO del cargo que como presunto autor se le formulara por parte de la fiscalía...”.

2.9 El día 12 de julio de 2018, se dictó sentencia de primera instancia por parte del Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Medellín acogiendo las pretensiones de la demanda, condenando a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional, por la privación injusta de la libertad, ordenando indemnizar el pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados.

2.10 La juez administrativa en el fallo de primera instancia, manifestó:

“Así entonces, bajo el contexto del proceso penal, es claro para el Despacho que el hoy demandante, fue absuelto porque así lo solicitó la Fiscalía como titular de la acción penal, sin perjuicio de aquellas consideraciones que el juez penal hizo frente a la existencia de la duda razonable, en aplicación de los principios in dubio pro reo y favor rei, lo cual conduciría al análisis del caso bajo los lineamientos de la imputación objetiva, en la que es irrelevante la calificación de la conducta de las entidades demandadas.

No obstante, tal como lo ha reconocido el H. Consejo de Estado, ello no es óbice para que acreditara una falla o falta en la prestación del servicio estatal, dicha conducta puede imputarse desde un ámbito subjetivo, por ejemplo, cuando se demuestra que la imposición de la medida tuvo como causa una evidente falla del servicio, por cuanto se actuó en contra de los reglamentos de la actividad o se emitió un deber legalmente exigible...

Así las cosas, con fundamento en los referidos hechos y elementos probatorios esbozados, donde quedó evidenciada la conducta del agente de policía Andrés Fabián Gordillo como testigo de cargo, le permite a esta sede judicial afirmar sin ánimo de duda que el comportamiento del gendarme comportó ser una evidente falla del servicio a cargo de la Policía Nacional por lo cual el Estado debe responder administrativamente, por cuanto no sólo incurrió en una grave infracción de los deberes constitucionales y legales a ella conferida, sino también al actuar en contravía del principio de protección a la población civil, **al elaborar un informe de noticia criminal con información falsa, alterando las circunstancias fácticas en procura de justificar la captura ilegal del –hoy demandante–, cuya atribución de conducta delictiva dio origen a la investigación penal en contra del señor John Fredy Mena Cossio, comportamiento –que por demás fue consiente y libre, en tanto aceptó que “mintió” en el referido informe, aun siendo conocedor de las consecuencias disciplinarias e incluso penales que ello le acarrearía, lo que se desprende claramente un comportamiento verdaderamente doloso por parte del agente de la policía.**

Téngase además en cuenta, que fue el mismo agente que aceptó haberse **“apasionado”** por el caso, queriendo justificar su conducta indebida e impropia como servidor del Estado, en tanto dejó de lado las obligaciones legales y constitucionales que debía acatar, y en su lugar sucumbió a sus criterios personales y subjetivos que carecían de respaldo...

... no se puede pasar por alto, el procedimiento legal que el legislador a impuesto para el efecto, en tanto sólo a través del cumplimiento estricto de aquel, es posible legitimar la función punitiva del Estado, so pena de caer en la arbitrariedad a través de conductas legítimas, lo cual de lleno compromete la responsabilidad Estatal.

Ahora bien, es ese actuar ilegítimo la causa eficiente del daño, imputable al Ministerio de Defensa –Policía Nacional estrictamente, como quiera que **la privación de la libertad que padeció el señor Mena Cossio pone de presente un actuar abiertamente irregular del ejercicio de la fuerza policial, dado que según se acreditó, fue el patrullero Andrés Fabián Gordillo Mancera quien de forma intencional y deliberada realizó una captura ilegal y presentó ante la Fiscalía General de la Nación un informe de noticia criminal alterado; lo cual resulta desde todo el punto de vista arbitrario y antijurídico, pues con dicha actuación de promovió el proceso penal dentro del cual fue privado de la libertad, el hoy demandante...**

... **aquel hizo incurrir en error al ente investigador, quienes promovieron apertura de la causa criminal gestionando lo propio ante el Juez de Control de Garantías con base al informe alterado rendido por el agente de policía. Luego entonces, fue el hecho del patrullero Gordillo Macera el que de forma determinante se constituyó en la causa eficiente del daño...**

... se reitera, el actuar de la Policía Nacional fue la que originó sin duda alguna un evidente daño, pues no solo está de por medio la privación de la

libertad del demandante al ser sometido a un proceso penal a partir de una noticia criminal adulterada, que motive la gestión del aparato jurisdiccional a través de la Fiscalía General de la Nación, y la Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura, sino también unas consecuencias perjudiciales para su grupo familiar, que deben ser reparados”.

Es un hecho, claro y evidente, que la Juez de Primera Instancia señaló, que el informe de noticia criminal había sido alterado, por lo tanto, no podía ser tenido en cuenta o valorado de ninguna manera, documento que conllevó a que la captura se tornara ilegal.

Así lo hizo saber en el fallo en los siguientes términos:

“... al elaborar un informe de noticia criminal con información falsa, alterando las circunstancias fácticas en procura de justificar la captura ilegal del –hoy demandante-, cuya atribución de conducta delictiva dio origen a la investigación penal en contra del señor John Fredy Mena Cossio, comportamiento –que por demás- fue consiente y libre, en tanto aceptó que “mintió” en el referido informe...

Téngase además en cuenta, que fue el mismo agente que aceptó haberse “apasionado” por el caso, queriendo justificar su conducta indebida e impropia como servidor del Estado, en tanto dejó de lado las obligaciones legales y constitucionales que debía acatar, y en su lugar sucumbió a sus criterios personales y subjetivos que carecían de respaldo...

... no se puede pasar por alto, el procedimiento legal que el legislador a impuesto para el efecto, en tanto sólo a través del cumplimiento estricto de aquel, es posible legitimar la función punitiva del Estado, so pena de caer en la arbitrariedad a través de conductas legítimas, lo cual de lleno compromete la responsabilidad Estatal.

... la privación de la libertad que padeció el señor Mena Cossio pone de presente un actuar abiertamente irregular del ejercicio de la fuerza policial, dado que según se acreditó, fue el patrullero Andrés Fabián Gordillo Mancera quien de forma intencional y deliberada realizó una captura ilegal y presentó ante la Fiscalía General de la Nación un informe de noticia criminal alterado; lo cual resulta desde todo el punto de vista arbitrario y antijurídico, pues con dicha actuación de promovió el proceso penal dentro del cual fue privado de la libertad, el hoy demandante...

... aquel hizo incurrir en error al ente investigador, quienes promovieron apertura de la causa criminal gestionando lo propio ante el Juez de Control de Garantías con base al informe alterado rendido por el agente de policía. Luego entonces, fue el hecho del patrullero Gordillo Macera el que de forma determinante se constituyó en la causa eficiente del daño...”.

2.11 La entidad demandada, interpuso recurso de apelación, correspondiendo al Doctor RAFAEL DARÍO RESTREPO QUIJANO, el

conocimiento en la segunda instancia, quien profirió fallo calendado 23 de febrero de 2023, notificado el 01 de marzo de 2023, decidiendo REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo Oral del Circuito de Medellín.

2.12 Este fallo fue muy lamentable para los accionantes, pues sin razones de hecho y de derecho objetivamente valorables, revocó la sentencia de primera instancia que contenía la condena en su favor, de los perjuicios morales y materiales que efectivamente padecieron y que fueron debidamente probados en el proceso.

2.13 En el fallo del H. Tribunal Administrativo de Antioquia se expuso como razones para revocar la sentencia de la primera instancia, en primer lugar, lo siguiente:

*“ En cuanto a los hechos fácticos, se tiene que la investigación penal seguida contra el señor JOHN FREDY MENA COSSIO, **se originó en un informe de policía de captura en flagrancia...** resultando imposible para la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías pronosticar o predecir si el detenido había participado en la ejecución material de los acontecimientos referidos en ese informe, o determinar su captura bajo esa modalidad asunto que solamente sería esclarecido en la investigación penal a que habría lugar, sin que en ese momento pudiera anticiparse el resultado de la misma, ni desligarse de esa averiguación.*

*Así que, el **elemento material probatorio** con el que se ordenó la captura del hoy demandante, **se tornó en el elemento mínimo legal probatorio** que sirvió de sustento para la imposición de la medida de aseguramiento, **sin que fuera forzoso o ineludible tener certeza de la responsabilidad del sindicato**, pues, para iniciar la investigación **solo se requiere de PROBABILIDAD**, de la comisión del ilícito por parte de quien es cobijado con esa medida.*

*En este orden de ideas, tanto la Fiscalía 93 Delegada como el Juez 40 Penal Municipal Con Función de Control de Garantías, estimaron razonablemente y viable lo señalado en el informe policivo **que sirvió de soporte para dictar una medida de aseguramiento**, teniendo en cuenta la hipotética existencia del hecho y la posible responsabilidad del sindicato como autor, estableciendo que en esta etapa del proceso no se exige plena prueba de las fases objetiva y subjetiva de los hechos punibles objeto de investigación.*

*Teniendo en cuenta que se declaró la absolución del procesado **por aplicación del principio de in dubio pro-reo** y que, por tanto, no se estructuró la responsabilidad penal del mismo, para la Colegiatura es claro que la Fiscalía General de la Nación contó, en el inicio de la investigación, con elementos que le asentían a deducir prudentemente la potencial intervención del demandante en la comisión de unas conductas delictivas.*

*En ese sentido, desde el punto de vista del régimen jurídico subjetivo de la responsabilidad, **a la luz de la cual se debe analizar el asunto sub***

judice, no existe, o por lo menos no fue acreditado, un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o un error jurisdiccional capaz de generar responsabilidad contra las entidades judiciales demandadas.

Cabe recordar que el bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto y que, por tanto, la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan, como ocurrió en este asunto.

No queda más que indicar que, la medida de aseguramiento impuesta al hoy demandante estuvo antecedida de una valoración apropiada de los elementos materiales, de acuerdo con el momento procesal en que se encontraba el proceso penal y con el tipo de delito investigado, que permitía deducir o colegir, de modo factible o posible, que el procesado podría haber participado de los hechos que se le endosaba, sin perjuicio a que, posteriormente, debido a prueba sobreviniente, concretamente **A LA RETRACTACIÓN EXPRESA QUE EL POLICÍA ANDRÉS FABIÁN GORDILLO MANCERA, HIZO SOBRE LAS SINDICACIONES** y la forma en que se desarrolló el operativo, se procediera a absolverlo de los cargos que se le imputaban.

DE LA FALLA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL -.

La actuación desmedida e indeseable que se endilga a la Policía Nacional se cimienta o gravita **en la falsedad del informe de captura del señor John Fredy Mena Cossio**, que hipotéticamente quedó descubierta en el transcurso de la actuación penal, por la recopilación de prueba sobreviniente, **esto es la retractación expresa que hiciera el gendarme sobre la manera en que se efectuó la captura y la falsedad en que se incurrió en ella.**

Téngase presente que, en la etapa del juicio oral, se recibió la declaración del patrullero de la Policía Nacional Andrés Fabián Gordillo Mancera, quien para el momento de los hechos trabajaba en la Estación de Policía de la Candelaria en el Cuadrante 6 de Medellín, **donde reconoció a preguntas que le formulara la Fiscalía que los hechos que narró en audiencia no correspondían a los descritos en el informe de captura**, toda vez que en esta había consignado que los acontecimientos ocurrieron en vía pública y no en el interior de un inmueble – hotel-, que además se apasionó con el caso, pues creía que no iban a legalizar la captura, **por lo que de manera espontánea cambió la versión sobre el sitio de ocurrencia de los hechos.**

Ahora, en la sentencia emitida dentro de la causa penal adelantada en contra del hoy demandante, se destacó que, **la Fiscalía reconoce que no hay certeza en este caso para condenar, que el testigo dijo una cosa en el informe y que en el día de la audiencia señala otra situación, EXISTIENDO UNA DUDA QUE DEBE RESOLVERSE A FAVOR DEL PROHIJADO** por lo que solicita sentencia o fallo absolutorio, anotando que en este proceso despunta una incertidumbre inmensa, y que el único testigo

de la fiscalía y **seguramente el otro testigo, esto es el patrullero policial que no declaró**, también tendría que haber dicho lo que dice Andrés Fabián Gordillo Mancera, quien manifestó que adulteró el informe, **y que los hechos no acaecieron en vía pública.**

Por lo tanto, el Juzgado Penal que dictó la sentencia absolutoria razonó indicando que ante un testigo en esas condiciones y frente a la gravedad de los sucesos no tendría ninguna credibilidad, considerando que si bien “...pudieron haber presentado unos hechos en donde pudieron haber incautado ciertos elementos prohibidos a JHON FREDY MENA COSSIO, **no hay certeza de lo que realmente sucedió por la declaración del propio testigo...**” (Negrillas fuera del texto)

En este orden de ideas, y como ya se indicó luego de cumplirse innegables etapas del procedimiento penal, se declaró la absolución de toda responsabilidad penal al señor JHON FREDDY MENA COSSIO, argumentando que no se logró obtener la certeza de que éste era el autor del punible por el cual era procesado, desenlace al que se llegó entre otros debido a la retractación que realizó uno de los policiales que efectuó la captura, **proceder que no demuestra, por sí mismo, que el delito no se hubiera cometido.**

Entonces, ya que pese a que uno de los agentes estatales que participó en la captura del señor Mena Cossio, se retractó en relación al lugar donde fue capturado el procesado, el juez penal enfáticamente manifestó que los hechos o en otros términos el aspecto material del delito pudo haberse presentado e incluso llegado a incautar ciertos elementos prohibidos, algo totalmente diferente a la hipótesis de que el delito no existió o no ocurrió como lo plantea la señora apoderada de la parte demandante a folios 467.

Advierte la judicatura, que la retractación de un testigo en el transcurso de un proceso judicial, es uno de los instantes más confusos y enredados para los jueces ya que el deponente muchas veces considera que la retractación es la vía para retroceder y generar vacilaciones, incertidumbres, fluctuaciones que conlleven a la aplicación de un beneficio para el procesado; igualmente, puede suceder que otras personas allegadas al enjuiciado o procesado intenten mediar sobre las aseveraciones o señalamientos de los testigos, con las consecuencias ya conocidas en los estrados judiciales.

De otro lado, no puede dejar pasar la Sala, el hecho de que existió otro testigo de los hechos, el Patrullero Andrés Alonso Ochoa Hernández, quien no compareció a la audiencia penal pero que, en una entrevista realizada por la Defensoría del Pueblo, para nutrir el proceso penal, refirió también que la captura fue en vía pública, donde el hoy actor resultó detenido portando estupefacientes (Folio 426)”.

Es un hecho también verificado, que, al leer la sentencia de segunda instancia, la Sala utiliza y valora el documento (informe de noticia criminal alterado), para argumentar la decisión del fallo que revoca la primera instancia.

3. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES Y SU CUMPLIMIENTO

Es necesario hacer mención de los requisitos de procedibilidad de esta acción constitucional dirigida contra sentencia judicial, para que sea admitida y cumpla el trámite procesal respectivo.

Conforme a la procedibilidad de acciones de tutela contra providencias judiciales tenemos que la Sentencia C-590 de 2005, la Honorable Corte Constitucional hizo énfasis en la diferencia entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad.

Significando que los primeros, son llamados requisitos formales, lo cual implica que son aquellos presupuestos cuyo cumplimiento habilitan al juez de tutela para que pueda entrar a evaluar en el caso concreto, si se ha presentado alguna causa específica de procedibilidad del amparo constitucional contra una decisión judicial.

Dentro de los requisitos generales se explican los siguientes ítems:

3.1 Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional.

El primer requisito, es que el caso revista relevancia constitucional desde dos dimensiones, una sustantiva y otra lingüística.

“El aspecto sustantivo obviamente atañe a la violación de los derechos fundamentales. No obstante, el argumento debe plantearse en término constitucional, es decir, debe usarse el lenguaje propio de la justicia constitucional. Esto es obvio, pues en últimas, en la tutela contra sentencias solo pueden discutirse asuntos que se venían ventilando ante la justicia ordinaria o administrativa, solo que la dimensión constitucional exige asumir un lenguaje constitucional¹

La actuación judicial que se cuestiona con este escrito, refleja la violación de derechos fundamentales de la parte accionante, como lo son, en principio, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que consagra el derecho al DEBIDO PROCESO.

Con las providencias del A quo y del Ad quem, se vulneran también los derechos a la justicia y reparación a que tienen derecho los

¹ QUINCHE RAMÍREZ, M. F. (2015). *La acción de tutela. El amparo en Colombia*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, p. 236.

accionantes, por los perjuicios que se le ocasionaron debido a la privación injusta de que fue objeto el señor John Fredy Mena Cossio, derecho que se ha hecho nugatorio, cuando se desconoce una decisión penal que lo había absuelto por petición también de la Fiscalía General, de todos los cargos que se le endilgaban.

3.2 Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio fundamental irremediable.

Contra la sentencia notificada por correo electrónico el 01 de marzo del 2023, en el proceso promovido por el señor John Fredy Mena Cossio y Otros en Contra de la Nación Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional-, Rama Judicial -Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación-, Radicado N° 05001333301920150020801, no se podía interponer más recursos, lo cual se sustenta de la siguiente forma:

Las presentes diligencias se tramitaron bajo la ley 1437 de 2011, CPACA, el cual, permite interponer recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia.

Como la tutela se interpone contra un fallo de segunda instancia, no procede contra éste, recurso de apelación, solamente se pueden analizar los recursos de revisión y queja, los cuales como veremos a continuación no proceden, permitiendo así afirmar que, se cumple con el requisito formal analizado:

-El de revisión: Para poder acceder a ese recurso es necesario cumplir con los requisitos que establece el artículo 250 del CPACA, ley 1437 de 2011 y que son los siguientes:

“ARTÍCULO 250. CAUSALES DE REVISIÓN. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.

5. *Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*

6. *Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.*

7. *No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.*

8. *Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.*

Es claro que, para acceder a dicho recurso, se necesita entonces, tener una real correspondencia entre los argumentos en que se fundamenta y la causal invocada, de forma tal, que prescinda de elucubraciones dirigidas a atacar las motivaciones jurídicas o los juicios de valor, que soportaron la decisión adoptada en la sentencia recurrida y que tampoco se pretenda corregir errores u omisiones de la propia parte, cual si se tratara de una nueva instancia.

En el presente caso, la parte demandante, no tenía forma de alegar ninguno de los requisitos del artículo 250 transcrito, motivo por el cual, se puede afirmar que dicho recurso no procedía contra esa sentencia que hoy se tutela.

-El de Queja: Recurso que estaba consagrado en el artículo 245 de la ley 1437 de 2011 pero que modificado por el artículo 65 de la Ley 2080 de 2021:

“Este recurso se interpondrá ante el superior cuando no se conceda, se rechace o se declare desierta la apelación, para que esta se conceda, de ser procedente.

Asimismo, cuando el recurso de apelación se conceda en un efecto diferente al señalado en la ley y cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia previstos en este código...”.

En primera instancia, se concedió el recurso de apelación correspondiente y frente al fallo de segunda instancia no procedía recurso de casación por ser un proceso Contencioso Administrativo.

Lo anterior permite entonces afirmar que, la sentencia enjuiciada no puede ser controvertida a través del uso de recursos ordinarios o extraordinarios.

Se destaca que no se enmarcan en ninguna de las causales del recurso extraordinario de revisión, por lo que se agotó en el proceso judicial todos los mecanismos de defensa que tuvo a su alcance y con ello cumple el mencionado requisito formal para adelantar la presente acción constitucional.

3.3 Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

Se hace necesario el cumplimiento de un requisito que es común a todas las acciones de tutela, la inmediatez o plazo razonable, entre la ocurrencia del hecho constitutivo de violación y la interposición del libelo, ello puesto que:

(...) la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales y a la seguridad jurídica se ha resuelto estableciendo, como condición de procedibilidad de la tutela, que la misma sea interpuesta, en principio, dentro de un plazo razonable y proporcionado².

Este requisito ha sido estudiado por el Consejo de Estado en diversas oportunidades, en las cuales se ha afirmado que:

“... el término o plazo de inmediatez no es único. Eso explica que las diversas secciones del Consejo de Estado hayan fijado pautas diferentes sobre este aspecto.

Por eso, la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente.

Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad³.

De ello surge que al día de hoy exista una subregla consolidada dentro de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cuanto al término entre la ejecutoria de la sentencia y la

² CCONS, T-315/2005, J. Córdoba Triviño.

³ CE, SCA, SP, r2012-02201, 5 de agosto de 2014, J. O. Ramírez Ramírez.

presentación de una acción de tutela en contra de la misma, el cual será de 6 meses”.

Al revisar el caso concreto, se cumple el requisito de la inmediatez, toda vez que, la sentencia acusada se notificó el 01 de marzo de 2023, con lo cual, se cumple a cabalidad dicho requisito, por cuanto no han transcurrido más de seis meses de su notificación.

4. ARGUMENTOS DE LA TUTELA

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha definido, que las tutelas contra sentencias, son procedentes, cuando se presenta unas causales específicas, que pueden originar a impetrar una acción de tutela contra providencias judiciales, así lo han referido algunas sentencias de tutela, entre ellas: Sentencia T-342/22, Sentencia SU172/15 y Sentencia C-590/05.

La Sentencia T-342/22, se ha referido a los DEFECTOS FACTICOS, de la siguiente forma:

“a) Del defecto fáctico

87. *Uno de los elementos que sostienen la independencia de las autoridades judiciales recae precisamente en garantizar amplias facultades para evaluar el material probatorio allegado al expediente o cuando ha sido decretado de manera oficiosa. Ahora bien, cuando el juez “pretermite u omite la práctica o valoración de pruebas indiscutiblemente relevantes para resolver el respectivo asunto,”^[72] no existe duda sobre la distorsión de la realidad que esto conlleva, aspecto que redundante en la trasgresión de los derechos fundamentales de los sujetos procesales y que se traduce en la configuración de un defecto fáctico, que habilita al juez de tutela para estudiar el asunto, encontrar el error y remediarlo en la decisión final que se adopte.*

88. *La jurisprudencia de esta Corte, ha considerado que el fundamento de este defecto obedece a la “necesidad de propiciar la adopción de sentencias ajustadas a la realidad, para contribuir a concretar los propósitos de lealtad y eficiencia en la administración de justicia, se requiere de providencias judiciales que se ajusten a las pruebas aportadas por los sujetos procesales y a las que se practicaron en el curso del proceso (...).”^[73] Por consiguiente, la valoración probatoria no puede imponer un “exceso ritual probatorio contrario a la prevalencia del derecho sustancial. Así que, es una obligación imperativa declarar probado un hecho cuando este se deduce clara y objetivamente del material probatorio obrante en el expediente.”^[74]*

89. *Así las cosas, esta Corporación ha establecido ciertas exigencias que deben acatar los jueces de la República al momento de realizar la valoración probatoria de los asuntos sometidos a su conocimiento. En*

tal sentido, ha dicho la Corte que el juez debe: (i) actuar conforme al axioma de la sana crítica; (ii) aplicar, inescindiblemente, los criterios de objetividad, racionalidad, legalidad, motivación, y demás; (iii) “respetar la Constitución y la ley, pues de lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada.”^[75]

90. Por el contrario, no es posible adelantar la valoración de las pruebas desconociendo “la obligación legal y constitucional de apreciarlas en su conjunto, verbi gracia, (a) ignorando la existencia de alguna, (b) omitiendo su valoración o (c) no dando por probado un hecho o circunstancia que del material probatorio emerge clara y objetivamente.”^[76] Tales supuestos fueron sistematizados en la Sentencia SU-195 de 2012, reiterada en la SU-566 de 2015, en los siguientes términos:

“1. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas. Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.

2. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio. Se presenta cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.

3. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio. Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.”^[77]

91. Además, y en concordancia con lo expuesto, el defecto que se estudia presenta dos dimensiones, una positiva y otra negativa. Respecto a la primera (positiva), esta se presenta cuando el funcionario judicial: (i) decide el proceso con fundamento en la valoración de pruebas ilícitas, por ser inconstitucionales o ilegales; (ii) argumenta su providencia en normativa cuyo supuesto fáctico no se encuentra probado; o (iii) resuelve con sustento en elementos de juicio inconducentes e impertinentes dentro del marco jurídico.

92. Frente a la segunda (negativa), tiene origen cuando, “por ejemplo: (i) omite decretar y practicar pruebas pertinentes y conducentes, a pesar de estar constitucional y legalmente obligado a hacerlo; (ii) deja de considerar elementos probatorios que constan en el proceso, porque los ignora o no los valora injustificadamente, desatendiendo una realidad

probatoria determinante en la decisión, como consecuencia de lo cual se da por no probado el hecho que emerge claramente de ellos y (iii) no valora el material probatorio por imponer cargas procedimentales excesivas imposibles de cumplir.”^[78]

4.1 CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO POSITIVO, POR LA APRECIACIÓN DEL INFORME DE NOTICIA CRIMINAL:

El DEFECTO FÁCTICO ES POSITIVO, cuando el “funcionario judicial: (i) decide el proceso con fundamento en la valoración de pruebas ilícitas, por ser inconstitucionales o **ilegales**”.

La Sala Oral Administrativa del Tribunal Administrativo de Antioquia, incurre en un DEFECTO FÁCTICO POSITIVO, por cuanto sustenta el fallo, especialmente en una prueba, informe de noticia criminal o también denominado “INFORME DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA” (fl 165-167) alterado.

Prueba en la que no podía sustentar la decisión, ya que el **Juez Penal** identificó con claridad y precisión, que lo contenido en ese documento era falso y que, por ende, no se podía sustentar con él la legalidad, ni la captura, ni de la medida de aseguramiento.

De igual forma, la **Juez Administrativo** de primera instancia, emitió la decisión, teniendo presente, que el informe de noticia criminal, había sido alterado, no contenía la información real y por ello, declaró la responsabilidad de la entidad demanda -Policía Nacional-.

Pese a que, tanto el Juez Penal como la Juez Administrativa en primera instancia, dejaron claridad de la ilegalidad del informe de noticia criminal, podrá confirmar el Consejo de Estado, que la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia, fundamentó la decisión de segunda instancia, dando credibilidad a esa prueba ilegal y dándole así, una indebida legalidad a la captura y a la medida de aseguramiento, arrojando el fallo absolutorio, todo lo cual, demuestra la configuración del DEFECTO FÁCTICO POSITIVO, haciéndose necesario, que por vía de tutela, se garanticen los derechos vulnerados y que se deje sin efectos, la sentencia proferida en segunda instancia.

Entro a detallar la configuración de este DEFECTO FÁCTICO POSITIVO, de la siguiente forma:

A) En el proceso penal, se generó un “INFORME DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA” (fl 165-167), fechado (07/07/12), que contiene en detalle, las acciones realizadas por los agentes de la policía, al momento de detención de un ciudadano, por lo cual, se constituye en prueba fundamental, para que en el proceso penal, se defina la legalidad o no, de la captura, de la medida de aseguramiento, de la comisión o no del delito y se emita la decisión de la responsabilidad penal, pues estamos ante una investigación de un delito de flagrancia, es por ello, que el proceso penal, se enfoca principalmente en canalizar la información contenida allí, pues la veracidad o no de dicho documento, enmarca todo el análisis jurídico que se pueda realizar en materia penal y en este caso, en materia de responsabilidad administrativa.

Efectivamente en el proceso penal, el juzgador se centró en analizar dicho documento y pudo concluir, en las audiencias penales, que, en él, se alteraron circunstancias fácticas que sustentaron una captura **ilegal**, dando origen, no solo a que se iniciara una investigación penal, sino a que se dictara una medida de aseguramiento que también resultaría declarada ilegal.

Este “INFORME DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA”, fue considerado ilegal y contrario a la realidad por el Juez Penal, por cuanto al practicar las pruebas, quedó en evidencia, que allí, quedaron consignados hechos que no fueron ciertos, el patrullero Andrés Fabián Gordillo Macera, quien elaboró el informe, no solo aceptó haber alterado este informe, sino que concluye de manera categórica, que sabía lo que estaba haciendo (alteración de la información) y que sabía que faltaba a su deber de decir la verdad, es decir, reconoció expresamente que mintió y que lo hizo, porque se apasionó con el caso, en el cual participó con otro patrullero.

Lo anterior, se puede verificar en la siguiente transcripción, tomada de la audiencia calendada 16 de octubre de 2013 (fl 178) C.1 Cd. **Archivo N. 03**, en la que el juez penal, procede a proferir sentencia absoluta.

“... ANDRÉS FABIAN GORDILLO MACERA, reconoció que mintió en el informe, reconoció que los hechos no ocurrieron en vía pública, sino en un inmueble (...) que se apasionó con el caso, que pensó si eventualmente colocaba que los hechos ocurrieron en un inmueble se iba a declarar ilegal la captura y que sabía lo que estaban haciendo, es decir, sabía que estaba consignando en ese informe de captura hechos que no eran ciertos...”

B) En la primera instancia del proceso administrativo, la decisión también se centró, en analizar “El INFORME DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA”.

Se puede evidenciar en el fallo proferido por la Juez Administrativa, que ella también identificó, que dicho documento que sustentó la captura y medida de aseguramiento, fue alterado con la finalidad de **simular una captura en flagrancia** en vía pública, tal como lo señala en el aparte de la sentencia, que procedo a transcribir:

*“El patrullero Andrés Fabián Gordillo Mancera –quien incumpliendo los deberes legales que le eran propios como miembro de dicha institución, y luego de ser llamado a rendir declaración dentro del proceso penal como testigo de cargos por parte de la Fiscalía 93 delegada, **aceptó dentro del proceso penal haber alterado el informe de la noticia criminal**, con la cual, se dio apertura a la investigación por el punible de “Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes” promovido en contra del hoy demandante, **simulando además una captura en flagrancia en vía pública y obviando el procedimiento que por ley le era exigible**”. (fl 14 de la sentencia).*

La juez en varias oportunidades del fallo, resalta que el informe contiene información falsa, que se alteraron las circunstancias fácticas de la captura, que esa situación fue reconocida por quien elaboró el informe, quedando probado un actuar irregular por parte del personal policial, haciendo incurrir en error, al ente de investigación que solicitó la medida de aseguramiento y que, permitió configurar, el daño antijurídico causado al señor John Fredy Mena Cossio.

Así se puede leer en los siguientes apartes de la sentencia.

“... al elaborar un informe de noticia criminal con información falsa, alterando las circunstancias fácticas en procura de justificar la captura ilegal del –hoy demandante–, cuya atribución de conducta delictiva dio origen a la investigación penal en contra del señor John Fredy Mena Cossio, comportamiento –que por demás– fue consiente y libre, en tanto aceptó que “mintió” en el referido informe...

Téngase además en cuenta, que fue el mismo agente que aceptó haberse “apasionado” por el caso, queriendo justificar su conducta indebida e impropia como servidor del Estado, en tanto dejó de lado las obligaciones legales y constitucionales que debía acatar, y en su lugar sucumbió a sus criterios personales y subjetivos que carecían de respaldo...

... la privación de la libertad que padeció el señor Mena Cossio pone de presente un actuar abiertamente irregular del ejercicio de la fuerza policial, dado que según se acreditó, fue el patrullero Andrés Fabián Gordillo

Mancera quien de forma intencional y deliberada realizó una captura ilegal y presentó ante la Fiscalía General de la Nación un informe de noticia criminal alterado; lo cual resulta desde todo el punto de vista arbitrario y antijurídico, pues con dicha actuación de promovió el proceso penal dentro del cual fue privado de la libertad, el hoy demandante...

... aquel hizo incurrir en error al ente investigador, quienes promovieron apertura de la causa criminal gestionando lo propio ante el Juez de Control de Garantías con base al informe alterado rendido por el agente de policía. Luego entonces, fue el hecho del patrullero Gordillo Macera el que de forma determinante se constituyó en la causa eficiente del daño..."

C) Se configura un DEFECTO FÁCTICO POSITIVO en el fallo de segunda instancia, proferido por la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia, pues pese a lo señalado con anterioridad, respecto a la ilegalidad del mencionado "INFORME DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA", es precisamente dicho documento, del cual hace uso el Magistrado Rafael Darío Restrepo Quijano, para hacer el análisis jurídico y los considerandos de su sentencia, con la cual, revocó el fallo de primera instancia. Es por esto, la necesidad de presentar Acción de Tutela, con el fin de que le sean reconocidos los derechos vulnerados, al señor John Fredy Mena Cossio.

Se puede confirmar, que el "INFORME DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA" es ilegal, y fue el que sustentó la decisión de la Sala del Tribunal Administrativa de Antioquia, al leer los siguientes apartes del mismo:

*" En cuanto a los hechos fácticos, se tiene que la investigación penal seguida contra el señor JOHN FREDY MENA COSSIO, **se originó en un informe de policía de captura en flagrancia...** resultando imposible para la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías pronosticar o predecir si el detenido había participado en la ejecución material de los acontecimientos referidos en ese informe, o determinar su captura bajo esa modalidad asunto que solamente sería esclarecido en la investigación penal a que habría lugar, sin que en ese momento pudiera anticiparse el resultado de la misma, ni desligarse de esa averiguación.*

*Así que, el **elemento material probatorio** con el que se ordenó la captura del hoy demandante, **se tornó en el elemento mínimo legal probatorio** que sirvió de sustento para la imposición de la medida de aseguramiento, **sin que fuera forzoso o ineludible tener certeza de la responsabilidad del sindicado**, pues, para iniciar la investigación **solo se requiere de PROBABILIDAD**, de la comisión del ilícito por parte de quien es cobijado con esa medida.*

En este orden de ideas, tanto la Fiscalía 93 Delegada como el Juez 40 Penal Municipal Con Función de Control de Garantías, estimaron razonablemente y viable lo señalado en el informe policivo **que sirvió de soporte para dictar una medida de aseguramiento**, teniendo en cuenta la hipotética existencia del hecho y la posible responsabilidad del sindicato como autor, estableciendo que en esta etapa del proceso no se exige plena prueba de las fases objetiva y subjetiva de los hechos punibles objeto de investigación...

.. En ese sentido, desde el punto de vista del régimen jurídico subjetivo de la responsabilidad, **a la luz de la cual se debe analizar el asunto sub judice**, no existe, o por lo menos no fue acreditado, un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o un error jurisdiccional capaz de generar responsabilidad contra las entidades judiciales demandadas.

No queda más que indicar que, la medida de aseguramiento impuesta al hoy demandante estuvo antecedida de una valoración apropiada de los elementos materiales, de acuerdo con el momento procesal en que se encontraba el proceso penal y con el tipo de delito investigado, que permitía deducir o colegir, de modo factible o posible, que el procesado podría haber participado de los hechos que se le endosaba, sin perjuicio a que, posteriormente, debido a prueba sobreviniente, concretamente **A LA RETRACTACIÓN EXPRESA QUE EL POLICÍA ANDRÉS FABIÁN GORDILLO MANCERA, HIZO SOBRE LAS SINDICACIONES** y la forma en que se desarrolló el operativo, se procediera a absolverlo de los cargos que se le imputaban.

DE LA FALLA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL -

La actuación desmedida e indeseable que se endilga a la Policía Nacional se cimienta o gravita **en la falsedad del informe de captura del señor John Fredy Mena Cossio**, que hipotéticamente quedó descubierta en el transcurso de la actuación penal, por la recopilación de prueba sobreviniente, **esto es la retractación expresa que hiciera el gendarme sobre la manera en que se efectuó la captura y la falsedad en que se incurrió en ella**.

Téngase presente que, en la etapa del juicio oral, se recibió la declaración del patrullero de la Policía Nacional Andrés Fabián Gordillo Mancera, quien para el momento de los hechos trabajaba en la Estación de Policía de la Candelaria en el Cuadrante 6 de Medellín, **donde reconoció a preguntas que le formulara la Fiscalía que los hechos que narró en audiencia no correspondían a los descritos en el informe de captura**, toda vez que en esta había consignado que los acontecimientos ocurrieron en vía pública y no en el interior de un inmueble – hotel-, que además se apasionó con el caso, pues creía que no iban a legalizar la captura, **por lo que de manera espontánea cambió la versión sobre el sitio de ocurrencia de los hechos**".

Puede apreciarse, como la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo, omite la ilegalidad del "INFORME DE LA POLICÍA

DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA” y al contrario, de descartarlo, lo usa como “**elemento mínimo legal probatorio**”, en su decisión, lo cual, es evidentemente, una violación del ordenamiento jurídico, quedando así probado, el DEFECTO FÁCTICO POSITIVO, por lo cual, se espera que la acción de tutela, restablezca los derechos vulnerados por dicha sentencia y se ordene emitir una nueva sentencia, que en derecho corresponda.

4.2 CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO, POR LA NO VALORACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO.

Se configura el DEFECTO FÁCTICO POR LA NO VALORACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO “cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva y en el caso concreto resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente”.

En este caso, haremos referencia, a que la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia, omite elementos probatorios determinantes en el análisis de la antijuricidad de la captura del señor John Fredy Mena Cossio, que se tornó ilegal, es decir, se omiten pruebas que debieron haber sido apreciadas y valoradas en su conjunto, al momento de proferir la decisión y que son las siguientes:

4.2.1. La primera prueba y más determinante y que la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia no tomó en cuenta, es que la Fiscalía General de la Nación, como **titular de la acción penal**, evidenció la ilegalidad del informe de captura, por lo que solicitó al Juez Penal, se librara de responsabilidad al señor John Fredy Mena Cossio, solicitando sentencia o fallo absolutorio.

Así se puede leer en el siguiente aparte del fallo penal.

“La Fiscalía reconoce que no hay certeza en este caso para condenar, que su testigo dijo una cosa en el informe y que en el día de hoy dijo otra cosa, que hay una duda que debe resolverse a favor del prohijado por lo que solicita sentencia o fallo absolutorio”. Audiencia calendada 16 de octubre de 2013 (fl 178) C.1 Cd. Archivo N. 03.

4.2.2. La Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia, desconoció en su pronunciamiento, el material

probatorio del expediente penal, en el cual, el Juez dejó sin valor el supuesto material incautado, indicando que el mismo, **no tenía ninguna garantía de autenticidad**, ya que el Despacho no conoció los documentos, por lo cual, se omitió la cadena de custodia, prueba fundamental, que se requiere, para que sea tenido en cuenta y estudiada la responsabilidad penal de un ciudadano acusado de un delito.

Pese a ello, la Sala de Decisión Oral, omite la imposibilidad de tener en cuenta ese material probatorio y, por el contrario, sustenta su decisión, basado en esos elementos que no tienen validez alguna.

Así lo señaló el Tribunal Administrativo en aparte de la sentencia:

“... Teniendo en cuenta que se declaró la absolución del procesado por aplicación del principio de in dubio pro-reo y que, por tanto, no se estructuró la responsabilidad penal del mismo, para la Colegiatura es claro que la Fiscalía General de la Nación contó, en el inicio de la investigación, con elementos que le asentían a deducir prudentemente la potencial intervención del demandante en la comisión de unas conductas delictivas...”

... No queda más que indicar que, la medida de aseguramiento impuesta al hoy demandante estuvo antecedida de una valoración apropiada de los elementos materiales, de acuerdo con el momento procesal en que se encontraba el proceso penal y con el tipo de delito investigado, que permitía deducir o colegir, de modo factible o posible, que el procesado podría haber participado de los hechos que se le endosaba, sin perjuicio a que, posteriormente, debido a prueba sobreviniente, concretamente A LA RETRACTACIÓN EXPRESA QUE EL POLICÍA ANDRÉS FABIÁN GORDILLO MANCERA, HIZO SOBRE LAS SINDICACIONES y la forma en que se desarrolló el operativo, se procediera a absolverlo de los cargos que se le imputaban...

*... Por lo tanto, el Juzgado Penal que dictó la sentencia absolutoria razonó indicando que ante un testigo en esas condiciones y frente a la gravedad de los sucesos no tendría ninguna credibilidad, considerando que si bien “...pudieron haber presentado unos hechos en donde pudieron haber incautado ciertos elementos prohibidos a JHON FREDY MENA COSSIO, no hay certeza de lo que realmente sucedió por la declaración del propio testigo...” **(Negritas fuera del texto)**.*

... Entonces, ya que, pese a que uno de los agentes estatales que participó en la captura del señor Mena Cossio, se retractó en relación al lugar donde fue capturado el procesado, el juez penal enfáticamente manifestó que los hechos o en otros términos el aspecto material del delito pudo haberse presentado e incluso llegado a incautar ciertos elementos prohibidos”.

Se evidencia entonces, que la Sala de Decisión Oral, hace referencia a un material probatorio incautado, del cual, el Juez Penal en el

fallo, había señalado las falencias en la cadena de custodia, definiendo que ese material, no podía tener ningún tipo de interpretación o valoración jurídica, respecto de la responsabilidad penal o no del ciudadano sindicado.

Aunado a este punto, el Magistrado omite en sus apartes, señalar todo el contexto, en el cual, el Juez Penal hace referencia sobre este asunto, es decir, no indicó con claridad, ya que lo hace de manera fragmentada, la valoración que hizo el juez penal, cuando se refirió a la incautación del material probatorio y a la cadena de custodia del mismo, lo que lo llevó precisamente a concluir que ese material probatorio, **no tenía ninguna garantía de autenticidad**, ya que el Despacho no conoció los documentos, por tal razón, se **omitió la cadena de custodia**.

Transcribo el aparte del Juez Penal, en el que hace referencia a este asunto:

“... En el contrainterrogatorio, la defensa resalta el tema que la fiscalía no exhibió los documentos sobre la cadena de custodia de los elementos incautados...”

*(...) Por lo tanto, el despacho ante un testigo en estas condiciones y frente a la gravedad de los hechos, y pues obviamente no tendría ninguna credibilidad, el Despacho considera que si bien pudieron haber incautado ciertos elementos prohibidos a JHON FREDY MENA COSSIO, **no hay certeza de lo que realmente sucedió por la declaración del propio testigo, e incluso la defensa pues resaltó el tema de la demostración de todo lo correspondiente a la CADENA DE CUSTODIA que es algo fundamental a pesar de que se estipuló que lo encontrado en este procedimiento son sustancias prohibidas, estupefacientes, otra cosa es diferente a la cadena de custodia, a la autenticidad de esta evidencia que se quedó en el aire, porque el Despacho no conoció los documentos... el tema de recolección, el embalaje, los rótulos, las firmas de las personas o autoridades que tuvieron contacto con esa evidencia probatoria...**”. Audiencia calendada 16 de octubre de 2013 (fl 178) C.1 Cd. Archivo N. 03.*

Es evidente entonces, que también no solo se configura en este numeral en un DEFECTO FÁCTICO POR LA NO VALORACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO, sino también, UN DEFECTO FÁCTICO POSITIVO, por valorar un material incautado, al cual el juez no le dio valoración jurídica, por la falta de garantía en su autenticidad, ya que no conoció de los documentos que contenían el tema de recolección, el embalaje, los rótulos, las firmas de las personas o autoridades que tuvieron contacto con esa evidencia probatoria.

4.2.3. La Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia, también omite otras pruebas, como el Informe de la Defensoría del Pueblo, fechado 11 de diciembre de 2012, donde se hace un análisis del video aportado de las cámaras de seguridad en el sector donde ocurrieron los hechos, indicando **que no se observa ningún bote de basura**, lo que se concluye al observar esto que, necesariamente la captura es distante de este sitio que refieren los policiales en vía pública y desmiente en su totalidad las versiones.

4.2.4. La Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia, omite el Informe de la Defensoría del Pueblo, fechado 23 de octubre de 2012 (fl 202), donde se consigna las “CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE INVESTIGACIÓN”.

“CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

“Inicialmente se podría concluir de lo expuesto por las personas entrevistas recibidas y las labores de campo realizadas que estamos frente a un evidente FALSO POSITIVO, donde lamentablemente los policiales en su afán del POSITIVO y reportar capturas exigidas por sus comandantes, abusando de su autoridad endilgan responsabilidades a incautos usuarios como es el caso.

Claro está que al parecer y por lo hasta ahora investigado y conversado por el usuario se trata de una venganza del policial debido a anteriores confrontaciones que en el pasado han tenido estas dos personas, hecho que se debatirá en juicio...”

De lo anterior, con el material probatorio que reposa en expediente administrativo, se desprende de conformidad con la jurisprudencia constitucional, SU-195 de 2012, que se configura un DEFECTO FÁCTICO, en el evento en el que:

“... Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios de la sana crítica [...], dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”.

4.3 CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO, POR LA ERRADA APRECIACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN, EL CUAL TENÍA UN ERROR DE TRANSCRIPCIÓN:

Otra razón por la cual, el Magistrado sustenta la decisión de revocar el fallo de primera instancia, es porque en el **escrito de acusación**, quedó contenido que el señor John Fredy Mena Cossio, se allanó a los cargos, dicha autoridad judicial, expuso lo siguiente:

“Obviamente que tampoco puede perderse de vista, que tal como consta en el escrito de acusación directo, visible a folios 24 y siguientes del expediente, EL HOY DEMANDANTE SE HABÍA ALLANADO A LOS CARGOS, lo que a todas luces demuestra su actuar gravemente culposo pues, independiente de si la captura fue en vía pública o en un hotel que era registrado por la policía, no solo estaba en el sitio donde entonces se realizó el decomiso de estupefacientes, pues incluso llegó a manifestar que se encontraba allí consumiendo marihuana y teniendo relaciones sexuales con su compañera, cuando llegaron los policiales y de manera arbitraria allanaron el hotel y su habitación esposándolo. Además, reveló que los policiales llegaron al lugar para conocer de una riña y del supuesto hurto de una cámara fotográfica donde él se vio inmiscuido o involucrado”.

*Así las cosas, en Audiencia De Control De Legalidad De Manera Expresa el enjuiciado se **Allanó A Los Cargos**. Al respecto allí se consignó:*

“4. Resultado de las Audiencias Preliminares.

LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES FUERON CELEBRADAS EL DÍA 8 DE JULIO DE 2012 ANTE EL JUEZ 40 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS, SE LEGALIZA CAPTURA, SE FORMULA IMPUTACIÓN Y EL IMPUTADO SE ALLANA A LOS CARGOS, SE SOLICITA IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN LA CALLE 61ª Nro 119-13...” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Y es que, frente al allanamiento de los cargos por parte enjuiciado, al juez penal no le era aplicable un proceder disímil que la de ordenar la medida restrictiva de la libertad en contra del sindicato con fundamento en las evidencias recolectadas, que sugerían su participación en el delito de porte de estupefacientes y otros.

En este discurrir, considera la Sala que se ha presentado la configuración de una causa extraña que impide que el daño antijurídico sea imputado a las demandadas”.

Incorre el Tribunal Administrativo en un DEFECTO FÁTICO y vulnera el derecho constitucional fundamental al debido proceso, ya que, incurren en un **yerro**, cuando al argumentar su decisión, indicó el Despacho, que en el escrito de acusación fechado 07 de septiembre de 2012 (folio 24 a 27) numeral “**4 Resultado de las Audiencia Preliminares**” el IMPUTADO SE ALLANA A LOS CARGOS, sin prever, que había un **error** de transcripción.

En el material recaudado en el proceso administrativo, tanto el Juez Penal, como la Juez Administrativa, identifican el error y lo hacen constar, quedando consignado de la siguiente manera:

4.3.1 En el proceso penal, el juez mediante auto del 13 de septiembre de 2012, adujo lo siguiente:

*“Dado que una vez verificado el contenido del audio, se pudo determinar que al ser inquirido el imputado si en pleno uso de sus facultades volitivas y con la libertad en el obrar se allanaba a la imputación, éste manifestó que **no**”.*

4.3.2 La Juez Administrativa, en el fallo de primera instancia, adujo lo siguiente (fl 9):

“Aunque en el acta correspondiente se consignó en el acápite de “Observaciones”. “Se declara la legalidad del procedimiento de captura del imputado en flagrancia. Se imputa por parte de la Fiscalía el tráfico, fabricación (...) y se aceptan los cargos por parte del imputado” (fl 18); se constató que ello atendió a un error de transcripción, por cuanto se verificó que el imputado no se allanó a los mismos (fl. 178 Cd. Archivo de 08 de julio de 2012, minuto 50:57)”.

Se desprende entonces, del recaudo probatorio, que este error se evidenciaba de varias formas:

- 1)** El Juez Penal, en auto del 13 de septiembre de 2012, hizo alusión al error.
- 2)** La juez Administrativa, en el fallo de primera instancia (fl 9) hizo alusión al error.
- 3)** Se encuentra el audio de la audiencia pública del 08 de julio de 2012, donde es claro, que el señor John Fredy Mena Cossio, **NO ACEPTA LOS CARGOS**.
- 4)** Se encuentra el acta de la audiencia fechada 08 de julio de 2012, donde en la parte en la que se aceptan los cargos por parte del demandante, se corrige con un **(NO)**. Anexo imagen del acta en mención.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
SISTEMA ACUSATORIO PENAL
Dirección Judicial de Antioquia
ACTA DE AUDIENCIAS
FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

FECHA INICIACIÓN: 08 07 2012
FECHA FINALIZACIÓN: 08 07 2012

JUZGADO: CUARENTA PENAL MUNICIPAL
MENOSPO: MEDELLÍN

Nombre del Juez (a): JOHN ALEXANDER ROJAS DUQUE

SALA N°: 2
Hora Inicial: 11:00
Hora Finalización: 12:45

CODIGO UNICO DE INVESTIGACION (CUI): 050016000206201243046

INDICADOR (CUI): 201297539

3. INDICADOR DE JUZGADO (TIPO DE AUDIENCIAS):
N° CEDULA: JOHN FREDY MENA COSSIO
CALLE # 4 N. 183 - TEL. 488300
BARRIO SAN CLOTILDEA
MEDELLIN - ANTIOQUIA

DECISION: LEGALIZA*
RECURSOS: NINGUNO
FORMULACION DE IMPUTACION: IMPUTA**
MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: IMPONE**

TOTAL INDICADOS, IMPUTADOS O ACUSADOS: 01
TOTAL FEMENINO: 00
TOTAL MARCADOS: 01

SECCION: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (ART. 378, INCISO 3 C.P.)
LUGAR DE LOS HECHOS: MEDELLIN

FECHA N°	CECILLA PARTICIPANTE	NOMBRE Y APELLIDOS	CECILLA	TELEFONO
150	X	SANDRA CECILIA ESTUPIÑAN RODRIGUEZ CARRERA # 4 C. NUMERO 87 JUNI, BUNKER, BL. COQUE F. LIRA, PISO 3	34.551.354	4446877 EXT 8300
1	X	LUIS FERNANDO RAMIREZ JARAMILLO CARRERA 10 NUMERO 12, PISO 12	71.703.878	2329281

SE DECLARA LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE CAPTURA DEL IMPUTADO EN FLAGRANCIA
SE IMPUTA POR PARTE DE LA FISCALIA EL TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES ART. 378
INCISO 3 C.P. Y SE ACEPTAN LOS CARGOS POR PARTE DEL IMPUTADO (NO)
SE RESPETARON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO
SE RESPETARON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO
SE RESERVA EL DERECHO DE ASEGURAMIENTO DE SERVICIO PRESTADO EN LA OFICINA DE TRAFICO, LITERAL A NUMERAL 1 C.P.P. EN LA CALLE
4 N. 183 CORRESPONDIENTE A LA OFICINA DEL ASESOR DEL TRAFICO - HERMANO, DE LE ENTREGA ACTA DE
COMPROBANDO Y QUE LA MEDIDA SEA CON VIGILANCIA ELECTRONICA.
POR LOS FINES DE LOS ART. 310 No 1 Y 2 C.P.P., ART. 313 No 2 C.P.P.
SE EXPONEN LAS CORRESPONDIENTES BOLETAS DE LEGALIZACION DE PRIVACION DE LA LIBERTAD Y LOS
CONGILATORIOS DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

ACTA DE AUDIENCIAS CONTROL DE GARANTIAS - VENT 28 JUL 2012

ESTUPEFACIENTES
(C.P.)
PARTICIPANTES

APELLIDOS	CEDULA
ESTUPIÑAN RODRIGUEZ LUIS FERNANDO RAMIREZ CARRERA 10, BUNKER, LIRA, PISO 3	34.551.354
MIREZ JARAMILLO LUIS FERNANDO RAMIREZ CARRERA 42- 73 PISO 25 LA PUBLICA	71.703.878

ACCIONES
CAPTURA DEL IMPUTADO EN FLAGRANCIA
ABRIGACION O PORTE DE ESTUPEFA
EL IMPUTADO (NO)
EVENTIVA ART. 307, LITERAL A NUMERAL 1
380, CEL: 3146014064 - HERMANO, DE LE
ÓNICA.
313 No 2 C.P.P.
LEGALIZACION DE PRIVACION DE LA

Oficial Mayor

Se desprende entonces con lo anterior, que el Magistrado Ponente y la Sala, sólo se limitaron a transcribir lo que se dijo en el escrito de acusación, sin percatarse de que había un error de transcripción, del que se hubiera podido percatar con facilidad, si hubiera analizado otras pruebas, como las referidas anteriormente.

Era deber entonces de la Sala, escuchar la audiencia celebrada el 08 de julio de 2012, donde al minuto 50:57, se escucha de manera clara y contundentemente que el señor JHON FREDY MENA COSSIO **NO ACEPTA CARGOS**.

La parte demandante, mínimamente hubiera esperado, que el Señor Magistrado Ponente, leyera con atención las pruebas anteriores y escuchado la audiencia en la que no aceptaban los cargos, para corroborar dicha información, pero obviamente no lo hizo, se supone que, siendo la segunda instancia, era su deber, revisar con detenimiento el fallo de primera instancia y los fundamentos que llevaron a la Juez administrativa para conceder las pretensiones de la demanda, fallo que hacía prever el error de transcripción en el que se había incurrido.

Es claro que, con esta actuación del fallador, se configura no solamente un DEFECTO FACTICO, sino que es violatoria del debido proceso y vulnera el derecho a la justicia, lo que la hace arbitraria y por ende, una típica vía de hecho controlable mediante la presente acción de tutela.

Tal como lo dijo el Doctor NARANJO MESA, no es la apariencia de una decisión, sino su contenido, lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez. Hay que distinguir entre PROVIDENCIAS JUDICIALES y las VÍAS DE HECHO. Las primeras son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la decisión judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios de defensa judiciales establecidos por el ordenamiento jurídico. Las segundas son apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas. De suerte que la violación de la Constitución Política por parte de la autoridad judicial puede ser atacada mediante la acción de tutela.

5. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

La violación directa a la Constitución como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ha sido desarrollada por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“Esta causal de procedencia encuentra fundamento en el actual modelo constitucional, en el cual se le otorga valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que sus mandatos y previsiones son de aplicación directa por las distintas autoridades públicas y, en determinados eventos, por los particulares⁴. Por lo anterior, este Tribunal ha sostenido que resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados”⁵.

Esto se puede materializar en los casos concretos cuando el juez actúa de una de dos maneras:

“(i) Deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, por ejemplo (a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata⁶ y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución⁷.

(ii) Aplica la ley al margen de los dictados de la Carta Política, desconociendo que de conformidad con su artículo 4º “la Constitución es norma de normas”, por lo que en caso de incompatibilidad entre la ella

⁴ CCONS, SU-198/2013, L. E. Vargas Silva.

⁵ CCONS, T-031/2016, L. G. Guerrero Pérez. Cfr. CCONS, T-555/2009, L. E. Vargas Silva.

⁶ Cfr. CCONS, T-765/1998, J. G. Hernández Galindo.

⁷ Cfr. CCONS, T-199/2005, M. G. Monroy Cabra; CCONS, T-590/2009, L. E. Vargas Silva; CCONS, T-809/2010, J. C. Henao Pérez.

(sic) y la ley u otra norma jurídica “se aplicarán las disposiciones constitucionales”⁸.

El presente caso se enmarca en el evento (i); es decir, el Tribunal Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Rafael Darío Restrepo Quijano, dejó de aplicar una disposición constitucional, que tiene el rango de derecho fundamental.

Se han vulnerado los siguientes derechos fundamentales: Artículos 1. 2. 29 y 229 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 1°. “Colombia es un Estado Social de Derecho...”

La existencia de un Estado Social de Derecho significa que el Estado debe someterse, en todo momento, a la legalidad y asumir la responsabilidad amplia por el accionar de todos sus órganos.

El Carácter Social de nuestro Estado de Derecho no es una formula retórica o vacía, por el contrario, la naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico tiene clara expresión en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del estado de derecho como sinónimo de la legalidad abstracta y en la inmediata realización de urgentes tareas sociales, todo lo anterior en desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana.

La dignidad humana y la solidaridad son principios que fundan el ESTADO SOCIAL DE DERECHO. Las situaciones que violenten la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira.

Con la decisión aquí atacada, están atentando contra mis derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO y el ACCESO A LA JUSTICIA, reconocidos constitucionalmente.

ARTÍCULO 2°. “Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

⁸ CCONS, T-031/2016, L. G. Guerrero Pérez. Cfr. CCONS, T-522/2011, M. J. Cepeda Espinosa.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”

Quizá la característica más importante del Estado Social de Derecho es la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Constitución Política.

En este orden el Juez tiene una responsabilidad prioritaria frente a la eficacia de los derechos fundamentales. En este contexto, el nuevo papel del juez en el Estado Social de Derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la constitución, claramente señalada en el artículo 228 de la Constitución.

ARTÍCULO 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”

El carácter fundamental que tiene este derecho, deviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que debe ajustarse, en este caso, las decisiones judiciales, en la definición de los derechos de los ciudadanos.

El debido proceso ha sido definido por la Honorable Corte Constitucional como todo un conglomerado de garantías que protegen a las personas, a efectos de asegurar durante el mismo una pronta y cumplida justicia.

En la sentencia proferida y atacada mediante esta tutela, no se respetó el debido proceso, por cuanto el Magistrado Ponente y la Sala, toman la decisión de revocar la decisión de primera instancia, primero, cuando se valida y se tiene en cuenta una prueba ilegal y segundo, cuando se incurre en el yerro de sustentar una decisión, con base en un documento (escrito de acusación) que contenía un error de transcripción.

En virtud de la actuación surtida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Decision Oral. Magistrado Ponente: Rafael Darío Restrepo Quijano, considero que se ha vulnerado el Derecho Sustancial al DEBIDO PROCESO como requisito de procedibilidad

contra sentencia judicial por Defectos Fácticos, Decisión sin Motivación y Violación Directa de la Constitución Nacional.

6. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Corte Constitucional ha admitido que extraordinariamente pueden ser tutelados, por la vía del artículo 86 de la Constitución Política, los derechos fundamentales desconocidos por decisiones judiciales que, en realidad, dada su abrupta y franca incompatibilidad con las normas constitucionales o legales aplicables al caso, constituyen actuaciones de hecho.

No obstante, tal declaración de inexecutableidad, esta Corporación sostuvo la doctrina de las *vías de hecho*, mediante la cual se plantea que la acción de tutela sí puede ser invocada contra una providencia judicial, cuando ésta es producto de una manifiesta situación de hecho, creada por actos u omisiones de los jueces, que implica trasgresión o amenaza de un derecho fundamental.

La decisión de revocar el fallo de primera instancia, está desconociendo derechos fundamentales. La acción y omisión de la Sala del Tribunal Administrativo de Antioquia, integrada por los Magistrados RAFAEL DARÍO RESTREPO QUIJANO, MARTHA NURY VELASQUEZ BEDOYA y GONZALO ZAMBRANO VELANDIA, configura una VIA DE HECHO, que implica la trasgresión o amenaza del derecho fundamental del debido proceso y el derecho a la justicia.

Con relación al primero de ellos, por ser el DEBIDO PROCESO todo un conjunto de garantías que protegen a las personas, buscando a través de éste la realización del valor justicia, esto es, valorando las pruebas en su contexto y no desechándolas sin justificación alguna.

La Sala de Decisión que pronunció la sentencia, desconoció la verdad procesal y negó el derecho que tienen los demandantes, a que sean reparados los perjuicios, tanto de índole moral como material. Y esto, sin justificación alguna, pasando por encima de lo prescrito en el artículo 174 del anterior C.P.C. (164 del Código General del Proceso), el cual sin duda alguna es un postulado fundamental de la garantía constitucional del debido proceso y violentando también el artículo 304 *Ibidem* (artículo 280 CGP), que le exige al fallador, el examen crítico de las pruebas y los razonamientos legales, exponiéndolos con brevedad y precisión en la sentencia.

Pero resulta que la acción de tutela contra las vías de hecho judiciales en primer término, busca garantizar el respeto al debido proceso y el derecho de acceso a la justicia. Gracias a estos derechos medulares toda persona puede acudir ante un juez en busca de obtener una resolución ajustada a derecho y dictada con el respeto de los ritos y las garantías constitucionales previstos en la Constitución y en la ley. Se articula a través de las normas citadas un derecho público subjetivo a la jurisdicción o tutela judicial, que no consiste propiamente en satisfacer la pretensión que se contiene en la demanda o en su contestación, sino a que se abra un proceso y a que la sentencia se dicte con estricta sujeción a la ley y a las garantías procesales y constitucionales. Este control mediante la vía de hecho, es un instrumento para enfrentar y someter a la arbitrariedad judicial.

Los Derechos al Debido Proceso, al acceso a la administración de justicia, como criterios de interpretación son inherentes al Estado Social de Derecho y necesarios para lograr la paz pública.

La Corte Constitucional ha señalado algunos defectos en la actuación de los jueces que constituyen VIAS DE HECHO, entre otros se encuentra el DEFECTO FÁCTICO, que consiste en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal.

La independencia judicial, nunca podrá ser excusa para tolerar conductas arbitrarias que soslayan derechos fundamentales de los administrados, pues poner control a éstas, se torna más obligante que el de mantener a toda costa esa independencia, cuya búsqueda como único fin, haría perder toda legitimidad a nuestro Estado Social de Derecho.

7. PRETENSIONES

7.1 Se proteja los derechos fundamentales del **DEBIDO PROCESO y EL ACCESO A LA JUSTICIA** de los accionantes **JOHN FREDY MENA COSSIO, NELLA MARÍA COSSIO PALACIOS, JEISON EFREN CÓRDOBA COSSIO**, quien actúa en nombre propio y en representación del menor **JUAN DIEGO CÓRDOBA GIRALDO**, al igual que, **OSCAR FRANCISCO MENA RAMÍREZ y JUAN CAMILO MENA GAMBOA**, desconocidos por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, Sala de Decisión Oral. M.P. Rafael Darío Restrepo Quijano.

7.2 Como consecuencia de lo anterior, dejar sin efectos la sentencia proferida dentro del proceso con radicado No 05001333301920150020801, notificada por correo electrónico el 01 de marzo de 2023, ordenando valorar todas las pruebas aportadas por la parte demandante, haciendo un análisis completo y en conjunto de todo el material probatorio que reposa en el Expediente Penal y Administrativo, emitiendo una nueva sentencia que en derecho corresponda, garantizando el respeto del principio de presunción de inocencia del señor JOHN FREDY MENA COSSIO.

8. COMPETENCIA

La competencia de esta acción Constitucional está radicada en los Honorables Consejeros de Estado, en tanto la providencia fue emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, Sala de Decisión Oral. M.P: Rafael Darío Restrepo Quijano, en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1 del decreto 1382 de 2000 y el artículo 86 de la Constitución Política.

9. RELACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

Agrego la siguiente documentación:

9.1 Poder debidamente otorgado por cada uno de los accionantes.

9.2 Los documentos relacionados en el capítulo de PRUEBAS APORTADAS.

9.3 Fotocopia de la Sentencia de Primera y Segunda Instancia (por la cual se promueve la acción de tutela).

10. PRUEBAS A SOLICITAR

Para demostración de los hechos objeto de la presente Acción Constitucional, solicito con todo respeto, se oficie al Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Medellín, para que remitan el expediente completo del proceso, identificado con el Radicado N° 05001333301920150020800.

11. NOTIFICACIÓN

A los Accionados:

11.1 Fiscalía General de la Nación: Avenida Calle 24 No. 52 – 01, en la Ciudad de Bogotá. Correo electrónico: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

11.2 Rama Judicial -Consejo Superior de la Judicatura-: Calle 12 No. 7 – 65. Palacio de Justicia, en la Ciudad de Bogotá. Correo electrónico: deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co.

11.3 Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional-: Carrera 59 N. 26-21 CAN en la ciudad de Bogotá. Correo electrónico: segen.consejo@policia.gov.co.

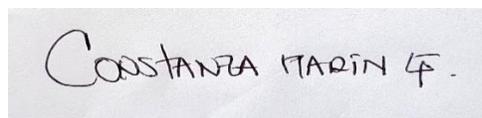
11.4 La Sala Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo. M.P. Rafael Darío Restrepo Quijano, en la Calle 49 N.50-21. Correo electrónico: sgtadminatl@cendoj.ramajudicial.gov.co.

11.5 La suscrita y el accionante: Carrera 48 N° 16 Sur 86. Oficina 505. Edificio Plex Corporativo de la ciudad de Medellín. Correo electrónico: comargo262@gmail.com. Teléfono: 302 373 89 90.

12. MANIFESTACIÓN JURAMENTADA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, manifiesto que no he presentado otra ACCIÓN DE TUTELA respecto de los mismos hechos y derechos.

Atentamente,



CONSTANZA MARÍN GÓMEZ
C.C. 43.750.539 de Envigado
T.P. 135.267 C.S.J.