
R.J. FRANCO & ASOCIADOS S.A.S.

Abogados Especializados, Investigadores y Peritos
NIT. 9012850406



Señores
Rama Judicial del Poder Público
Honorable Consejo de Estado
Reparto
E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

ROBEIRO DE JESÚS FRANCO LÓPEZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.768.508 expedida en Bogotá, Abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 140.251 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado Judicial de:

PRIMER GRUPO FAMILIAR:

(1) JESUS GIOVANNY VILLAMARIN LOPEZ, (2) JEIMY JOHANA LIEVANO ORTIZ, los dos anteriores obrando en nombre propio y en representación de su hijo, **(3) JUAN SEBASTIAN VILLAMARIN LIEVANO; (4) LAURA CAMILA VILLAMARIN LIEVANO** actuando en nombre propio; **(5) LUZ MARINA LÓPEZ CASAS**, actuando en nombre propio; **(6) MARY LUZ VILLAMARIN LOPEZ**, actuando en nombre propio; **(7) FLOR ALBA VILLAMARIN LOPEZ**, actuando en nombre propio; **(8) JONATHAN DANIEL VILLAMARIN LOPEZ**, actuando en nombre propio y; **(9) YAJAIRA VILLAMARIN LOPEZ**, actuando en nombre propio.

SEGUNDO GRUPO FAMILIAR:

(1) FRANCO GARZÓN ALMARIO, y (2) YOLIMA RODRÍGUEZ ORJUELA, los dos anteriores obrando en nombre propio y en representación de su hijo **(3) ANDRÉS FELIPE GARZÓN RODRÍGUEZ; (4) ANGIE JULIETH GARZÓN RODRÍGUEZ**, actuando en nombre propio; **(5) BRIAN FABIAN GARZÓN RODRÍGUEZ**, actuando en nombre propio; **(6) MARÍA JOVITA ALMARIO SANDOVAL**, actuando en nombre propio; **(7) LIDA GARZON ALMARIO**,

Recurso extraordinario de casación, acción de revisión, sistema penal acusatorio, penal militar, reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho, derecho disciplinario, derecho civil y laboral.

Calle 19 No. 5-51, edificio Valdés, oficina 306, tel. 320-4994108

* * *

actuando en nombre propio; **(8) PEDRO MARÍA GARZON ALMARIO** actuando en nombre propio; **(9) PIEDAD GARZÓN ALMARIO**, actuando en nombre propio; **(10) BEATRIZ GARZÓN ALMARIO**, actuando en nombre propio; **(11) MARISOL GARZÓN ALMARIO**, actuando en nombre propio y; **(12) NANCY GARZÓN ALMARIO**, actuando en nombre propio.

De acuerdo al poder anexo, presento acción de tutela contra providencia judicial, de acuerdo a lo siguiente:

I. PARTES

➤ ACCIONANTES:

PRIMER GRUPO FAMILIAR:

1. JESUS GIOVANNY VILLAMARIN LOPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 80'208.062 de Bogotá D. C. (víctima).
2. JEIMMY JOHANA LIEVANO ORTIZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 52'740.462 de Bogotá D. C. (esposa).
3. JUAN SEBASTIAN VILLAMARIN LIEVANO, identificado con Registro Civil de Nacimiento Indicativo Serial 41958936 NUIP 1014671123 de la Notaria Veintiocho (28) del Circulo de Bogotá (hijo menor de edad representado por sus padres).
4. LAURA CAMILA VILLAMARIN LIEVANO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.193'516.541 de Bogotá (hija).
5. LUZ MARINA LÓPEZ CASAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 37'241997 de Cúcuta (madre)
6. MARY LUZ VILLAMARIN LOPEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.033'723.552. de Bogotá D. C. (hermana)
7. FLOR ALBA VILLAMARIN LOPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 52'132.170 de Bogotá D. C. (hermana).
8. JONATHAN DANIEL VILLAMARIN LOPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'920.394 de Bogotá D. C. (hermano).

9. YAJAIRA VILLAMARIN LOPEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1'024.483.977 de Bogotá D. C. (hermana).

SEGUNDO GRUPO FAMILIAR:

1. FRANCO GARZÓN ALMARIO identificado con cédula de ciudadanía N° 80'272.117 de Bogotá (Víctima).
2. YOLIMA RODRÍGUEZ ORJUELA identificada con cédula de ciudadanía No. 52'039.984 de Bogotá D. C. (Compañera Permanente).
3. ANDRÉS FELIPE GARZÓN RODRÍGUEZ, identificado con Registro Civil de Nacimiento Indicativo Serial 40372070 NUIP 1023372461 de la Notaria Cincuenta y Seis (56) del Circulo de Bogotá, representado por sus padres. (hijo)
4. ANGIE JULIETH GARZÓN RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.024.588.126 de Bogotá (hija).
5. BRIAN FABIAN GARZÓN RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 1'024.550.709 de Bogotá D. C. (hijo)
6. MARÍA JOVITA ALMARIO SANDOVAL, identificada con cédula de ciudadanía No. 26'435.366 de Bogotá D. C. (madre)
7. LIDA GARZON ALMARIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 39'635.010 de Bogotá D. C. (hermana)
8. PEDRO MARIA GARZON ALMARIO, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'292.298 de Bogotá D. C.(hermano)
9. PIEDAD GARZÓN ALMARIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 39'639.390 de Bogotá D. C. (hermana)
10. BEATRIZ GARZÓN ALMARIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 39'648.391 de Bogotá D. C. (hermana)
11. MARISOL GARZÓN ALMARIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52'174.204 de Bogotá D. C.(hermana)
12. NANCY GARZÓN ALMARIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 39'657.504 de Bogotá D. C.(hermana)

➤ **ACCIONADOS:**

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”.

➤ **TERCEROS INTERESADOS**

Juzgado 63 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

Fiscalía General de la Nación

Rama Judicial – Dirección Ejecutiva

II. PROVIDENCIA JUDICIAL ATACADA

Sentencia de segunda instancia de fecha 20 de mayo de 2020, dentro del medio de control de reparación directa radicado con el No. 11001-33-43-063-2016-00539-01, MP. Dra. MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO, mediante la cual revocó la sentencia de fecha 08 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado 63 Administrativo del Circuito judicial de Bogotá y, en consecuencia, negó las pretensiones.

III. PRETENSIONES

PRIMERA: **Se tutele** el derecho fundamental al debido proceso vulnerado por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”.

SEGUNDA: **Ordenar** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, la modificación de la sentencia de segunda instancia de fecha 20 de mayo de 2020, dentro del medio de control de reparación directa radicado con el No. 11001-33-43-063-2016-00539-01 y en consecuencia confirme la sentencia de primera instancia de fecha 08 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado 63 Administrativo del Circuito judicial de Bogotá.

IV. HECHOS

PRIMERO: El día cinco (5) de septiembre del año 2012, los señores FRANCO GARZON ALMARIO y JESÚS GIOVANY VILLAMARIN, fueron capturados por miembros de la Policía Nacional, momentos en que se encontraban con el señor Jhon Jaime González Obando (miembro para esa fecha de la Policía Nacional en el grado de Subintendente adscrito a la SIJIN), en el vehículo tipo taxi de placa VEV974 en el sector de la carrera 78 P con calle 65 sur.

SEGUNDO: El Señor FRANCO GARZON ALMARIO, había acordado encontrarse el día cinco (5) de septiembre del año 2012, con el señor John Jaime González Obando (amigo), toda vez que González Obando iba a mirar y posteriormente negociar un bien inmueble, pues como policía al cumplir 14 años de servicio le otorgan el subsidio de vivienda y debía informar a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de la Policía Empresa Industrial y Comercial del Estado CAPROVINCO la ubicación del bien, por ello FRANCO GARZON quien sabía dónde estaban vendiendo una casa, lo acompañó para presentarlo con el dueño del inmueble; para el desplazamiento decidieron abordar el vehículo taxi marca Chevrolet, modelo 2009, placas VEV974, conducido por el señor JESUS GIOVANNY VILLAMARIN LOPEZ.

TERCERO: El vehículo taxi donde se desplazaban FRANCO GARZON ALMARIO, JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y González Obando, fue detenido por funcionarios de la Policía Nacional adscritos al CAI Roma jurisdicción de Kennedy a la altura de la carrera 78 P con calle 65 sur y practicaron un registro, **donde solo se les halló un arma de fuego tipo pistola, que tenía de dotación oficial el señor González Obando**, elemento para cumplir su labor como policía adscrito a la SIJIN, siendo conducidos al CAI de Roma ubicado en la carrera 80 No. 56 A-24 Sur. Estando al interior del CAI Roma, fueron interrogados sobre el motivo por el cual se encontraban en dicho lugar respondiendo lo expuesto en el hecho segundo. Acto seguido, se les hizo un reconocimiento ilegal de una presunta víctima de un delito y unos testigos y la policía procedió a capturarlos, incautando el arma de fuego y los teléfonos celulares.

CUARTO: El día 06 de septiembre de 2012, ante el Juez 53 de Control de Garantías, se legalizó la captura, se formuló la imputación y se impuso medida de

aseguramiento a los señores JESUS GIOVANNY VILLAMARIN LOPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO en su lugar de residencia, con fundamento en un reconocimiento ilegal que se les hizo desde un CAI Móvil, pese a que en todo momento los defensores advirtieron la ilegalidad del procedimiento realizado, entre otras cosas se dijo en la referida audiencia por parte de la fiscalía:

“(...) De los elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida en legal forma se puede inferir razonablemente que los hoy imputados (...) pueden ser los presuntos coautores del delito (...) esto teniendo en cuenta precisamente las entrevistas que fueron recepcionadas en primer lugar a la víctima donde él de manera detallada hace la descripción de las personas que ingresaron al inmueble, que le esculcaron toda su habitación, que encontraron el dinero y que de igual forma señala al hoy imputado JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO (...) quien ingresó al inmueble (...) lo reconoce como partícipe del hurto, y de igual forma son señalados los otros dos imputados por los dos testigos, por parte del señor NELSON ESTEVAN CESPEDES, y más exactamente por el señor LUIS HERNANDO MATEUS ORDUÑA que es el vecino que ve el vehículo, ve a los otros dos imputados en la esquina, que ya él sospecha de algo porque él también fue víctima de hurto y por eso él le dice a la esposa que llame a la Policía porque ahí estaba sucediendo movimientos muy raros en el inmueble, y los reconoce a ellos como los que denominamos comúnmente como campaneros, y fueron las personas halladas en el vehículo taxi junto con JHON en el momento en que fueron interceptados por la Policía (...)

QUINTO: El día 07 de febrero de 2013, se realizó audiencia de acusación ante el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Conocimiento, momento desde el cual, el suscrito profesional del derecho, queriendo evitar el desgaste de la justicia, solicitó la Nulidad de las audiencias preliminares por ser sustentadas en una falsedad y por la falta de competencia de la Fiscalía. El día 27 de febrero de 2013 continuó la audiencia de acusación ante el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Conocimiento, en la que se reiteró el error en el reconocimiento ilegal a los imputados de parte de la presunta víctima y de un supuesto testigo. Se solicitó en acatamiento del artículo 6º de la Ley 906 y el artículo 27 como principio rector y modulador para la corrección en el procedimiento ilegal de la policía, pero el Juzgador negó la solicitud de nulidad, la cual fue apaleada y se remitió el proceso al superior jerárquico.

SEXTO: El día 18 de abril de 2013, el Tribunal Superior confirmó la negación a la solicitud de nulidad elevada por el suscrito profesional del derecho, argumentando que con fundamento en los elementos materiales probatorios se configuró la flagrancia y comparte el argumento del Juez A- quo en el sentido de que no era el

momento procesal para atacar la legalidad del reconocimiento f y como tal **siguieron los hoy demandantes privados de la libertad.**

SÉPTIMO: El día 01 de octubre de 2015, se dio lectura a la sentencia por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Conocimiento, donde se absolvió a los señores FRANCO GARZÓN ALMARIO y JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ por el delito de hurto agravado y se ordenó informar a las autoridades pertinentes y el archivo las diligencias, sentencia que no fue apelada por la Fiscalía quedando ejecutoria el mismo día (01-10-2015).

OCTAVO: Los señores FRANCO GARZÓN ALMARIO y JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ, permanecieron privados de la libertad en su lugar de residencia desde el cinco (5) de septiembre de 2012, hasta el momento en que recobraron su libertad el día once (11) de septiembre de 2015, la privación fue por treinta y seis (36) meses.

NOVENO: Por los anteriores hechos se presentó Medio de Control de Reparación Directa en contra de la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva y Fiscalía General de la Nación por privación injusta de la libertad, demanda que fue conocida en primera instancia por parte del Juzgado 63 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera y fallada mediante sentencia de fecha 08 de mayo de 2017.

Entre otras cosas, la *ratio decidendi* expresa lo siguiente.

“(...) vale decir que los procesados presuntamente ingresan a la residencia de la víctima, el policial del CAI Roma recibe dicha información de la central de radio y los intercepta en el taxi a unas cuadras del lugar de los presuntos hechos; no los captura jurídicamente hablando en ese lugar sino que los lleva al CAI retenidos y luego del reconocimiento que hace la víctima junto con “testigos” desde el CAI móvil que procede a capturarlos, poniéndoles de presente los derechos como personas capturadas, tanto que es allí donde procede la incautación del arma de fuego y el teléfono celular.

Como segundo aspecto se tiene que el reconocimiento” que llevó a cabo el uniformado ubicando a los retenidos al frente del CAI de Roma y a la presunta víctima junto con unos testigos en el CAI Móvil, entiéndase bus...siendo así tal trámite desconoció flagrantemente las exigencias allí regladas, que no es del caso citar textualmente pero que de su literalidad se exige que el mismo se haga por la Policía Judicial, no uniformada, con previa autorización de fiscal que dirige la investigación (...)

(...) en el reconocimiento efectuado a JHON JAIME, JESUS GIOVANNY y FRANCO no se cumplieron ninguno de los parámetros previamente establecidos por el legislador, tanto que no se elaboró registro por medio técnico idóneo ni se elaboró acta alguna donde conste el cumplimiento de las exigencias resaltadas al punto que se dijo que con la presunta víctima concurren un testigo o unos testigos pero sus nombres brillan por su ausencia, es decir, quedaron en el imaginario del policial que adelantó tan exótico reconocimiento.

(...) luego entonces este medio de prueba debe excluirse por ser arbitrariamente ilegal al haberse desconocido las reglas establecidas en la citada norma de la adjetividad penal que rige la presente actuación. (se ha resaltado y subrayado).

Teniendo en cuenta lo anterior, en la parte resolutive se expresó:

“SEGUNDO: DECLARAR que LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son administrativamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes por la privación injusta de la libertad de Jesús Giovanni Villamarín López y Franco Garzón Almario, de acuerdo al análisis contenido en la presente providencia.

DÉCIMO: Surtido el trámite ante segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 2020, notificada por correo electrónico el 22 de septiembre de 2020, decidió revocar lo decidido por el A Quo.

V. CONTENIDO RELEVANTE DE LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, mediante sentencia de segunda instancia de fecha 20 de mayo de 2020, revocó la decisión del A Quo. Su motivación se dirigió en dos aristas que se resumen en lo siguiente:

En primer orden, previo a sus dos argumentos centrales, en el numeral 6.5.1.3. el Honorable Tribunal, consideró como probados los siguientes hechos, de acuerdo al acervo probatorio que analizó y nombró como “**medios de prueba relevantes**”:

“El 5 de septiembre de 2012, aproximadamente a las 10:00 horas, el señor WILLIAM CAÑAS al llegar a su casa ubicada la carrea 78J # 57 D41 Sur, barrio Ruby de la localidad octava Kennedy de la ciudad de Bogotá, al momento de abrir la puerta, de un vehículo tipo taxi estacionado al frente

con dos ocupantes, descendió el conductor con arma de fuego tipo pistola (que por la descripción física coincide con el procesado JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO), lo empuja y lo ingresa al inmueble apuntándole con el arma de fuego constantemente, lo dirige a su habitación, y también ingresa el otro ocupante del vehículo.

Le requirieron para que informara si contaba con armas de fuego ya que observaron fotos en las que aparecía uniformado (toda vez que prestó servicio militar), lo golpean y proceden a registrar todo el inmueble, encontrando en la mesita de noche de su habitación dinero en efectivo por un monto de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10´000.000,00), del cual se apoderan y lo guardan en una tula negra. En ese momento entra el señor LUIS MATEUS cuñado de la víctima, en compañía de un menor de edad, momento en el que entra un sujeto al inmueble para apoyar el control de la empresa criminal, luego salen con el dinero y emprenden la huida.

Sin embargo, en curso de los hechos un vecino advierte la presencia sospechosa del taxi parqueado frente al inmueble, así como la presencia de dos personas en la esquina que no eran del sector, por lo cual le indica a su esposa que llame a la Policía dando aviso de la comisión de un posible hurto, e informa a la central de radio, exactamente las placas del vehículo, a saber, VEV – 974.

Producto de la reacción de la Policía llegan varias patrullas al lugar, donde la ciudadanía reitera las placas del vehículo tipo taxi e indica la dirección que siguieron los delincuentes en su huida, siendo interceptado en la carrera 78P con calle 55 Sur Barrio Roma, a seis y ocho cuadras del lugar, aproximadamente a las 10:36 horas, se hace descender del vehículo a los tres ocupantes, “uno de ellos el conductor que corresponde al hoy indiciado JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO” advirtió ser miembro de la policía y encontrarse armado, en el registro se le encuentra un arma de fuego tipo pistola y un celular, se registra también a los otros dos sujetos, se decomisan los celulares pero no se les encuentra el dinero hurtado.

Se lleva a los capturados al CAI, se efectúa la verificación de que el señor JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO es miembro activo de la Policía Nacional y que el arma que portaba era de dotación.

La víctima efectúa un reconocimiento instantáneo del señor JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO como aquel que le apunto todo el tiempo con el arma de fuego tipo pistola, y el otro testigo que dio aviso a la central de radio, reconoce a las otras dos personas como las que estaban en la esquina, a saber, los señores JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO. Al parecer los otros dos delincuentes huyeron a pie.

La Jueza de Control de Garantía encontró configurada la flagrancia atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la captura, resaltando especialmente el informe por parte de la ciudadanía de las placas exactas del vehículo, así como que el informe de Policía de Captura en Flagrancia da cuenta de la vestimenta de una de esas personas que ingresó a la vivienda, que coincidió exactamente con la vestimenta de una de las personas que fue capturada. Circunstancias a partir de las

cuales encuentra configurado los supuestos de los numerales segundo y quinto del artículo 301 de la Ley 906 de 200428.

Secuencia en la cual se imputa a los tres procesados como coautores el delito de Hurto Calificado y Agravado en grado consumado y en relación al imputado JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO se le imputa también en concurso heterogéneo y sucesivo el delito de Peculado por Uso.

A los señores JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

En sede de apelación y de resolución de la nulidad propuesta por la Defensa Técnica de los procesados, en relación a la legalización de la captura, no se encontró irregularidad alguna que hiciera procedente su revocatoria o declaratoria de nulidad, en razón a que la actuación no configuró violación al debido proceso, y no se fundamentó únicamente en el reconocimiento de los procesados efectuado por la víctima y un testigo.

El 1 de octubre de 2015, el Juzgado 27 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, absolvió en aplicación del principio de in dubio pro reo a los señores JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ, FRANCO GARZÓN ALMARIO y JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO argumentando el juez penal como razón de su decisión, que los medios de prueba allegados no le permitieron llegar a un convencimiento de la responsabilidad penal de los acusados más allá de toda duda razonable.

Pues no permitieron establecer su incriminación directa en el hurto al señor WILLIAM CAÑAS de la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10'000.000,00), en su casa ubicada la carrea 78J # 57 D41 Sur, barrio Ruby de la localidad octava Kennedy de la ciudad de Bogotá, esencialmente bajo la consideración que no se logró recibir en juicio el testimonio de la víctima, y la labor de identificación efectuada por ésta con ocasión de la captura no cumplió con el lleno de los requisitos legales, además la Fiscalía no logró introducir al proceso penal como prueba de referencia las declaraciones de los señores CESPEDES y MATEUS, así como tampoco logró traer el dicho de algunos de los policiales que asistieron la captura”.

En relación a los argumentos medulares de la sentencia, **el primer basamento** tiene que ver con **“en punto de la presunta ilegalidad del reconocimiento que en la etapa investigativa efectuaron la víctima y dos testigos”** (negreado y subrayado en la sentencia página 49), concluyendo que, habiéndose efectuado la captura en flagrancia, el procedimiento desarrollado por los policiales resultaba innecesario pues existían otros elementos materiales probatorios que avalaron la captura; de modo que, dice la sentencia, *“solo puede asumirse como una actividad adicional de verificación, que en definitiva terminó con el señalamiento categórico de la víctima y los testigos de que se trataba de los mismos individuos*

que participaron en el ilícito”; más adelante, en la página 55 de la sentencia, se dice que:

“...no son de recibo los argumentos de la parte activa como fundamento de la prosperidad de sus pretensiones, ni el alegado defectuoso funcionamiento de la administración de justicia con ocasión de la alegada irregularidad del procedimiento adelantado al momento de la captura para el reconocimiento de los procesados, pues ésta no fue la fuente determinante del daño reclamado sino el propio actuar desarrollado por señores JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO”.

En cuanto al segundo ápice, el operador judicial expresó que en el momento de la imposición de la medida de aseguramiento se tenían elementos materiales probatorios suficientes para imponerla, como son: (i) la comunidad anunció a la central de radio de la Policía el posible hurto y se referenciaron las placas exactas del vehículo siendo capturados en flagrancia sus ocupantes entre ellos los dos hoy demandantes; (ii), la entrevista tomada a la víctima donde describió a las personas que ingresaron al inmueble; (iii), el señalamiento que hizo la víctima al señor JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO; (iv), los señalamientos realizados por los dos testigos NELSON ESTEBAN CESPEDES y *“...más exactamente por el señor LUIS HERNANDO MATEUS ORDUÑA, fue el vecino que vio el vehículo taxi, e identificó con precisión sus placas, así como a los otros dos imputados en la esquina, como los que se denominan comúnmente como campaneros...”*

Concluyó entonces que, la medida de aseguramiento devino en necesaria, adecuada, proporcional y razonable y por ello era una carga que debían soportar los señores JESUS GIOVANNY VILLAMARÍN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO.

Teniendo en cuenta estos dos basamentos primordiales, concluyó en el siguiente sentido:

“En este panorama, no es de recibo la tesis de la activa, como quiera que releva su deber de probar que la detención preventiva de los señores JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO, configura un daño antijurídico y es imputable a las accionadas, para soportar su pretensión indemnizatoria por privación injusta de la libertad, en el solo hecho de haber sido sometidos a medida restrictiva de la libertad y luego absueltos en aplicación del principio de que la duda se resuelve en favor del enjuiciado. Omitiendo contrastar que la detención preventiva no

desconoció el ordenamiento al que encontraba sujeto su decreto; que la sentencia absolutoria, se dio porque la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN no allegó plena prueba de su incriminación, y que concurrió culpa de los señores JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO, pues de haber sido cuidadosos, prudentes y diligentes, no se habría visto involucrado en los hechos relatados”.

VI. DERECHOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS

Constitución Nacional Artículo 29.

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. *(se ha subrayado).*

El Derecho al debido proceso en su dimensión del principio de legalidad, al adoptar la decisión con **defecto fáctico** por desconocimiento del material probatorio y al dar alcance diferente a las pruebas analizadas.

VII. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA

➤ **Relevancia Constitucional**

En este caso es indudable la relevancia Constitucional, pues la vulneración al derecho al Debido Proceso surge como consecuencia de errores cometidos por parte de la segunda instancia, que se convierten de plano en defecto fáctico por desconocimiento del material probatorio y defecto sustantivo por violación directa de la constitución en su artículo 29.

➤ **Agotamiento de los recursos judiciales**

Como se puede observar en el acápite correspondiente a los hechos, los accionantes agotaron todas las vías legales para reclamar sus derechos como lo fue la primera y segunda instancia en el proceso Contencioso Administrativo.

De lo anterior se extrae que, los hoy accionantes utilizaron los mecanismos otorgados por la Ley 1437 de 2011 en pro de lograr la nulidad y restablecimiento del derecho, obteniendo un resultado negativo para sus intereses en segunda instancia, pese a que los presupuestos de nulidad del acto administrativo demandado estaban probados.

➤ **Inmediatez**

Se presenta la acción de tutela antes de los seis meses a los que se contrae la sentencia del Honorable Consejo de Estado, Sección Cuarta, dentro del radicado No. 11001031500020150148001 del 08 de junio de 2016, toda vez que la sentencia de segunda instancia fue notificada el día 22 de septiembre de 2020.

➤ **El fallo controvertido no es una sentencia de tutela**

VIII. SUSTENTACIÓN DE LAS CAUSALES ESPECÍFICAS QUE VIABILIZAN LA PROCEDENCIA DE TUTELA CONTRA SENTENCIA JUDICIAL

Teniendo en cuenta que los dos cargos de inconstitucionalidad “defecto fáctico y violación directa de la Constitución”, convergen a la misma situación fáctica, a continuación, se sustentarán en armonía.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia SU573/17, Magistrado sustanciador ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, expresó sobre el defecto fáctico lo siguiente:

“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”.

A propósito de lo anterior, el fallo de fecha 20 de mayo de 2020, teniendo en cuenta como pruebas únicamente las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, consideró probados algunos hechos, no obstante, la realidad es diferente a la que creó el operador judicial, veamos:

En primer orden, el *Ad Quem* consideró que el reconocimiento en fila (si es que así se puede denominar tan particular procedimiento) realizado por parte de la Policía de Vigilancia el día de los hechos, no fue el detonante de la captura, sino que, se valoraron otros elementos materiales probatorios para esos efectos; no obstante, al tenor probatorio, es evidente que la captura devino del precitado proceder que fue declarado como ilegal en el fallo del proceso penal, pero tal decisión judicial ejecutoriada no se valoró por parte del fallador contencioso administrativo, siendo ello de vital importancia para las resultas del proceso, en la medida que, sin este elemento material probatorio ni siquiera se constituía en legal la captura de mis dos defendidos hoy demandantes, por ende, la imposición de la medida de aseguramiento resultó en desproporcionada.

Dice la sentencia proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de fecha 01 de octubre de 2015, mediante la cual se absolvió de responsabilidad a mis defendidos:

“(...) vale decir que los procesados presuntamente ingresan a la residencia de la víctima, el policial del CAI Roma recibe dicha información de la central de radio y los intercepta en el taxi a unas cuadras del lugar de los presuntos hechos; no los captura jurídicamente hablando en ese lugar sino que los lleva al CAI retenidos y luego del reconocimiento que hace la víctima junto con “testigos” desde el CAI móvil que procede a capturarlos, poniéndoles de presente los derechos como personas capturadas, tanto que es allí donde procede la incautación del arma de fuego y el teléfono celular.

Como segundo aspecto se tiene que el reconocimiento” que llevó a cabo el uniformado ubicando a los retenidos al frente del CAI de Roma y a la presunta víctima junto con unos testigos en el CAI Móvil, entíendase bus...siendo así tal trámite desconoció flagrantemente las exigencias allí regladas, que no es del caso citar textualmente pero que de su literalidad se exige que el mismo se haga por la Policía Judicial, no uniformada, con previa autorización de fiscal que dirige la investigación (...)

(...) en el reconocimiento efectuado a JHON JAIME, JESUS GIOVANNY y FRANCO no se cumplieron ninguno de los parámetros previamente establecidos por el legislador, tanto que no se elaboró registro por medio técnico idóneo ni se elaboró acta alguna donde conste el cumplimiento de las exigencias resaltadas al punto que se dijo que con la presunta víctima concurren un testigo o unos testigos pero sus nombres brillan por su ausencia, es decir, quedaron en el imaginario del policial que adelantó tan exótico reconocimiento.

(...) luego entonces este medio de prueba debe excluirse por ser arbitrariamente ilegal al haberse desconocido las reglas establecidas en la citada norma de la adjetividad penal que rige la presente actuación. (se ha resaltado y subrayado).

De cara a lo anterior tenemos, en primera medida que, el procedimiento de reconocimiento fue previo a la captura jurídicamente hablando y, en segunda, este procedimiento desde un principio fue ilegal, como se estableció a manera de certeza en la sentencia aludida; entonces, si la actuación policial se decantó como ilegal y se excluyó según las voces del artículo 29 de la Constitución Nacional en sentencia debidamente ejecutoriada y este fue el origen de la captura, no hay duda de la arbitrariedad cometida por parte de la Policía Nacional que fue avalada por la Fiscalía General de la Nación y admitida por el Juez de Control de Garantías, enarbolando de ello, el componente normativo del tipo objetivo alegado en la demanda por esta defensa relacionado con la “injusta”

privación de la libertad a la que fueron sometidos los señores JESUS GIOVANNY y FRANCO.

Cabe precisar, para efectos de establecer el indudable defecto fáctico que, el Honorable Tribunal no valoró la sentencia mediante la cual se absolvió de responsabilidad a los señores JESUS GIOVANNY VILLAMARÍN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO y de manera ligera indicó que el reconocimiento no fue el detonante de la captura, a sabiendas que el procedimiento en su totalidad se basó en este “*tan exótico reconocimiento*” realizado por la Policía Nacional, pues la captura fue después de éste.

En torno a ello, vale la pena armonizar lo dicho con el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 01 de julio de 2009, Magistrado Ponente AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, proceso No 31073, en el que se expresó:

1.2. La aplicación del principio de exclusión es un mandato constitucional¹ y legal² para todos los jueces de la República, tanto los que cumplen funciones de conocimiento como de control de garantías. Uno y otro tienen el deber de valorar los elementos probatorios y evidencias físicas que se les exhiban a efectos de adoptar la decisión que corresponda, ya sea sobre la responsabilidad del acusado o sobre la necesidad y urgencia de la imposición de medida de aseguramiento o de medida cautelar. Así mismo, están llamados a analizar si la exclusión opera por prueba ilícita o por prueba ilegal.

Bajo el anterior panorama de orden jurisprudencial, no cabe duda que, todas las instancias por las cuales pasó “*tan exótico reconocimiento*”, dígase Policía Nacional, Fiscalía General de la Nación, Juez de Control de Garantías, incurrieron en la misma falla en el servicio, al avalar una actuación policial ilegal que saltaba a la vista y que fue objeto de todas las recriminaciones por parte de los abogados de otrora.

Como ya se ha venido hilando, se comprobó que el reconocimiento realizado por parte de la Policía Nacional fue ilegal, por tanto, todos los elementos materiales probatorios que provinieron de este corrían la misma suerte (teoría del fruto del árbol envenenado), de tal manera que, el informe de policía en caso de captura

¹ Artículo 29 de la Carta Política.

² Artículo 23 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

en flagrancia y la entrevista del señor WILLIAM CAÑAS, eran igualmente ilegales o mediaba en ellas baja credibilidad por estar ya infestados de parcialidad ante los retenidos, pues fueron puestos de frente con la presunta víctima y con unos supuestos testigos, incluso porque no decirlo, con el vehículo, momento en el que se pudo tomar la placa, verificar las características de los hoy demandantes y hacer el montaje del que fueron víctimas los señores GIOVANNY Y FRANCO, aspectos que deslegitiman el concepto de flagrancia tan defendido por el fallo hoy atacado.

Y es que, contrario a lo manifestado por el *Ad Quem* de lo Contencioso Administrativo, el reconocimiento realizado por la Policía de Vigilancia (excluido por ilegal) no se trata de una estrella vislumbrada al tamiz del Juicio Oral, sino que, siempre fue de conocimiento de las autoridades por las que pasó el proceso desde su génesis, pero se le restó importancia por motivos que hoy se desconocen y amparados, como hoy lo hace la sentencia enjuiciada, en unos supuestos elementos materiales probatorios previos a la captura que presuntamente existían en el momento de las audiencias concentradas, pero que a lo largo del proceso brillaron por su ausencia.

Es decir, la sentencia hoy demandada en Jurisdicción Constitucional, aunque no lo advierta y lo niegue, se basó en el reconocimiento ilegal realizado por los policiales (o sea en una prueba excluida en fallo judicial ejecutoriado) y, por otro lado, en supuestos improbados de que existían elementos materiales probatorios previos a la captura, así pues, en un aislado e insustancial párrafo de las páginas 52 y 53, esbozó lo siguiente:

“Elementos materiales con fundamento en las cuales se dedujo razonablemente, que los imputados JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO aquí demandantes, y el señor JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO, podían ser los presuntos coautores de delito.

Esto teniendo en cuenta precisamente que a la central de radio de la Policía la comunidad anunció el posible hurto y se referenciaron las placas exactas del vehículo tipo taxi en el que se movilizaban sus presuntos autores, los cuales fueron capturados en flagrancia; además de las entrevistas que fueron recepcionadas en primer lugar a la víctima donde él de manera detallada hace la descripción de las personas que ingresaron al inmueble, que le esculcaron toda su habitación, que encontraron el dinero y lo hurtaron que de igual forma señaló al hoy imputado JHON JAIME

GONZÁLEZ OBANDO como una de las personas que ingresó al inmueble, y de igual forma fueron señalados los otros dos imputados por los dos testigos, por parte del señor NELSON ESTEVAN CESPEDES, y más exactamente por el señor LUIS HERNANDO MATEUS ORDUÑA, fue el vecino que vio el vehículo tipo taxi, e identificó con precisión sus placas, así como a los otros dos imputados en la esquina, como los que se denominan comúnmente como campaneros, y que fueron las personas halladas en el vehículo taxi junto con JHON en el momento en que fueron interceptados por la Policía, e incluso la vestimenta que se anunció en las entrevistas, coincidió exactamente con la usada por uno de los procesados en las diligencias preliminares”.

Enseguida, se estudiará cada uno de los supuestos promovidos como ciertos en este párrafo, para indicarle a usted señor Juez de lo Constitucional, que más allá de haberse avalado un procedimiento ilegal que fue proclamado como tal en sentencia judicial y excluido del material probatorio, se incurrió en defecto fáctico al darle un valor a las pruebas que en realidad no tienen y crear conjeturas sin sustento en pruebas. Se sigue.

Primer conjetura:

“Esto teniendo en cuenta precisamente que a la central de radio de la Policía la comunidad anunció el posible hurto y se referenciaron las placas exactas del vehículo tipo taxi en el que se movilizaban sus presuntos autores...”

Consideración a la primer conjetura:

Esto se extrae del Informe de Policía en caso de captura en flagrancia que como ya se dijo estaba plagado de ilegalidad por provenir de prueba ilegal; empero, nunca se trajo un Elemento Material Probatorio indicativo de que en realidad el día de los hechos “la comunidad” llamó a la central de radio de la policía nacional y anunció las placas exactas del vehículo, por ejemplo, (i), se podía constatar con la central de radio de la Policía Nacional para que remitiera copia de las grabaciones del canal de comunicaciones por las cuales se remitió el comunicado, pero no se hizo (ii), era viable solicitar al 123 para que informara si en realidad existió tal llamada, tampoco se realizó; (iii), ora ubicar a la persona o personas de la comunidad que dieron esta información, pero se trata de elementos fantasmagóricos para el proceso pues ni siquiera se cuenta con los nombres de tales ciudadanos, al punto que, en lo expresado por la Fiscalía en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento y que fue de acogida por el

Ad Quem de lo contencioso, el señor LUIS HERNANDO MATEUS ORDUÑA fue quien llamó a la central de la Policía e identificó el taxi, hecho que de ninguna manera es cierto por motivos que más adelante se esgrimirán; elementos materiales probatorios que podían certificar la premisa del fallador que se queda en el interregno de la probabilidad, insuficiente para fallar en la forma que lo hizo.

De tal manera que, si la presunta víctima, solamente mencionó en su entrevista las características del señor JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO, entonces, la evidencia con la que se capturó y se impuso la medida de aseguramiento a los señores JESUS GIOVANNY y FRANCO fue única y exclusivamente el informe de Policía, olvidando el Tribunal Administrativo, que un informe de policía no es una prueba, es más, ni siquiera alcanza el denominativo de elemento material probatorio o evidencia física, pues es un medio de conocimiento de un hecho que permite adelantar unas pesquisas o una investigación (criterio orientador de la investigación), por lo tanto, lo descrito en un informe de policía solo es una narrativa, más no demuestra nada.

Segunda conjetura:

“...además de las entrevistas que fueron recepcionadas en primer lugar a la víctima donde él de manera detallada hace la descripción de las personas que ingresaron al inmueble, que le esculcaron toda su habitación, que encontraron el dinero y lo hurtaron que de igual forma señaló al hoy imputado JHON JAIME GONZÁLEZ OBANDO como una de las personas que ingresó al inmueble...”

Consideración a la segunda conjetura:

Se resalta que esta entrevista, si es que existe porque brilla por su ausencia en las pruebas valoradas por el despacho de lo Contencioso Administrativo, fue tomada después del reconocimiento ilegal efectuado por los policías de vigilancia, además de ello, no describió ni reconoció a los señores JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO, luego entonces, no se podía tener como Elemento Material Probatorio en su contra.

Además, y para precisar, las entrevistas no son pruebas y para hablar en términos de ley 906 de 2004, las entrevistas cumplen dos finalidades (i) refrescar memoria e (ii) impugnar credibilidad.

Tercera conjetura:

“...y de igual forma fueron señalados los otros dos imputados por los dos testigos, por parte del señor NELSON ESTEVAN CESPEDES, y más exactamente por el señor LUIS HERNANDO MATEUS ORDUÑA, fue el vecino que vio el vehículo tipo taxi, e identificó con precisión sus placas, así como a los otros dos imputados en la esquina, como los que se denominan comúnmente como campaneros, y que fueron las personas halladas en el vehículo taxi junto con JHON en el momento en que fueron interceptados por la Policía...”

Consideración a la tercera conjetura:

Estas entrevistas, de las cuales no hay certeza si existen o no, porque brillan por su ausencia en las pruebas valoradas por el despacho de lo Contencioso Administrativo, y que si existiesen, fueron tomadas después del reconocimiento ilegal efectuado por los policías de vigilancia; además de ello, en lugar de otorgar certeza a la situación fáctica supuestamente probada, lo que genera es aún mayor incertidumbre, pues referencia que LUIS HERNANDO MATEUS ORDUÑA fue el vecino que identificó el taxi e identificó a los otros dos imputados, actuación que de manera alguna pudo ocurrir en el escenario descrito por parte de la Fiscalía en sus intervenciones, pues LUIS HERNANDO MATEUS ORDUÑA supuestamente era cuñado de la presunta víctima, llegó a su casa y los presuntos delincuentes lo subieron con su hijo a la azotea de la vivienda, siendo imposible que individualizara el taxi, y mucho menos a las personas que supuestamente estaban paradas en la esquina y a quienes se les atribuyó, sin ningún Elemento Material Probatorio serio, eran los hoy demandantes; tampoco era posible que le dijera a su esposa que llamara a la policía, porque no se identificó quien era ella (su esposa) y además porque según los hechos de la Fiscalía el señor MATEUS estaba con su hijo menor de edad, no con su esposa.

Cabe precisar al respecto que, en las pruebas analizadas por parte del Honorable Tribunal, no se encuentra establecido cual o cuales fueron los elementos materiales probatorios que dieron origen a la captura de los señores JESÚS GIOVANNY VILLAMARIN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO, simplemente se hace una relación de hechos pero no se indica su sustento probatorio, queriendo decir ello que, la premisa de este defensor en el sentido

de que todo se trata de conjeturas infundadas es totalmente cierta, siendo ello una flagrante violación al debido proceso probatorio poseedor de defecto fáctico, en la medida que no hay sustento en pruebas obtenidas legalmente.

Además, y se reitera, las entrevistas no son pruebas y para hablar en términos de ley 906 de 2004, las entrevistas cumplen dos finalidades (i) refrescar memoria e (ii) impugnar credibilidad.

Con todo, consideramos que el *Ad-Quem* no valoró de manera integral las pruebas obrantes en el proceso, especialmente el fallo absolutorio emanado del Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, creó conocimiento sin soporte probatorio y procedió solamente con las manifestaciones realizadas por la fiscalía en las audiencias, decantando así el defecto fáctico alegado.

IX. TRÁMITE

El trámite que ha de seguirse es el establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional y en el decreto 2591 de 1991.

X. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como fundamentos de derecho invoco el artículo 86 de la Constitución Nacional, decreto 2591 de 1991, así como todas aquellas normas afines y concordantes que resultaren aplicables.

XI. COMPETENCIA

La competencia la tienen ustedes Honorables Magistrados, teniendo en cuenta que la decisión fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C.

XII.PRUEBAS APORTADAS

- **Documental**

1. Copia de la sentencia de primera instancia de fecha 08 de mayo de 2017, proferido por el Juzgado 63 Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Tercera.
2. Copia de la sentencia de segunda instancia de fecha 20 de mayo de 2020, emanado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "C" y su respectiva notificación de fecha 22 de septiembre de 2020.
3. Copia de la sentencia de fecha 01 de octubre de 2015 emanada del Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, mediante la cual se absolvió de responsabilidad a los señores JESUS GIOVANNY VILLAMARÍN LÓPEZ y FRANCO GARZÓN ALMARIO.

XIII. ANEXOS

Poder para actuar.

XIV. NOTIFICACIONES

Los accionantes y el suscrito apoderado en la calle 19 No. 5-51 edificio Valdés, oficina 306, Bogotá D.C., Teléfono 320 4 99 41 08.

Correo electrónico rjfrancoyasociados@hotmail.com

El accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la Diagonal 22 B (Av. La Esperanza) No. 53-02 de esta ciudad capital.

Correos electrónicos: scs03sb02tadmincdm@cendoj.ramajudicial.gov.co

rmemorialessec03sctadmuncun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Los terceros interesados:

Juzgado 63 Administrativo del Circuito de Bogotá, sección tercera

Carrera 57 No. 43-91 CAN

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Fiscalía General de la Nación

jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

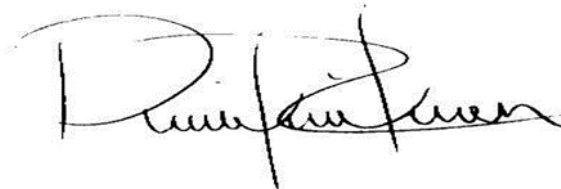
Rama Judicial – Dirección Ejecutiva

Calle 72 N° 7 – 96, primer piso, teléfono 3480245 – 3127011, Bogotá, Correo

Electrónico info@cendoj.ramajudicial.gov.co

Con el acostumbrado respeto,

Atentamente,



ROBEIRO DE JESÚS FRANCO LÓPEZ

Cédula de ciudadanía No. 79 768.508 expedida en Bogotá.

Tarjeta profesional de abogado No. 140.251 del H. C. S. de la J.

Dirección: Calle 19 No. 5-51 oficinas 301 y 306 de Bogotá D.C.,

Teléfono celular: 3204994108

Correo electrónico: rjfrancoyasociados@hotmail.com