

Sentencia SU035/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

Este yerro encuentra su fundamento en el principio de igualdad, en los derechos de acceso a la administración de justicia y el debido proceso. Está asociado a la irregular aplicación o interpretación de una norma por parte del juez al momento de resolver el caso puesto a su consideración, porque si bien las autoridades judiciales gozan de autonomía e independencia para emitir sus pronunciamientos, lo cierto es que dicha prerrogativa no es absoluta porque, en todo caso, deben ajustarse al marco de la Constitución.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Este defecto encuentra fundamento por un lado, en el principio de igualdad (artículo 13 C. Pol.), en virtud del cual los asociados tienen derecho a recibir un trato igual ante la ley y por parte de las autoridades. Ello quiere decir que ante casos similares, en cumplimiento de dicho mandato, deben proferirse decisiones análogas, por lo que una decisión judicial que se aparte del precedente establecido, infringe dicha garantía constitucional.

PRECEDENTE JUDICIAL-Definición/PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL Y VERTICAL-Alcance y carácter vinculante

Esta Corte ha definido como precedente judicial “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. El cual tiene dos categorías: (i) el precedente horizontal: referido a las providencias judiciales emitidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o

el mismo funcionario y su fuerza vinculante atiende a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima; y (ii) el precedente vertical: atiende a las decisiones judiciales proferidas por el superior funcional jerárquico o por el órgano de cierre encargado de unificar la jurisprudencia en su jurisdicción, su vinculatoriedad atiende al principio de igualdad y limita la autonomía de los jueces inferiores, a quienes les corresponde seguir la postura de las altas cortes o los tribunales.

EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES-Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la prueba indiciaria

El Consejo de Estado ha precisado que en casos de graves violaciones graves a los derechos humanos -como los falsos positivos- la prueba directa es muy difícil de obtener por las circunstancias en que ocurren, de modo que la indiciaria se erige como el elemento probatorio prevalente para determinar la responsabilidad estatal, en un ejercicio de flexibilización de los estándares probatorios.

ESTANDARES PROBATORIOS APLICABLES A GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS-Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente y defecto sustantivo en proceso de reparación directa por ejecución extrajudicial - falsos positivos

La Corte Constitucional encontró que el Consejo de Estado incurrió en un desconocimiento del precedente, toda vez que en materia de homicidios en persona protegida -denominados comúnmente falsos positivos-, existe una nutrida línea jurisprudencial por parte de ese Tribunal y también de esta Corporación sobre la flexibilización de los estándares probatorios en materia de violaciones graves a los derechos humanos, admitiendo que demostrar tal hecho mediante una prueba directa es casi imposible por la vulnerabilidad de las víctimas y la posición dominante que ejercen las Fuerzas Militares, por lo que se ha establecido que los indicios son los medios probatorios que por excelencia permiten llevar al juez a determinar la responsabilidad de la Nación, aplicando un rasero menor que el que podría aplicarse en materia penal. En ese contexto, halló la Sala Plena que en el asunto bajo estudio, el Consejo de Estado también incurrió en un defecto sustantivo por un error en la interpretación de los principios pro hómine y de equidad, al no haber aplicado la ya

mencionada flexibilización de los estándares probatorios a efecto de privilegiar la justicia material, utilizando medios de prueba indirectos como los indicios o morigerando la carga de la prueba para demostrar el perjuicio material objeto de la reclamación.

Referencia: Expediente T-6290708

Acción de tutela interpuesta por Amélida Peña Rangel contra la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La señora Amélida Peña Rangel instauró acción de tutela contra la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al estimar vulnerados sus derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad, conforme a los siguientes hechos[1]:

1. Relata la actora que ella y su hermana Maide Peña Rangel, son hijas del señor Olivo Peña Ortega, quien vivía en la vereda Manzanares del municipio de El Tarra (Norte de Santander) y era campesino de la región.
2. Menciona que aproximadamente a las 6:00 p.m. del 14 de agosto de 2008, su padre fue retenido en cercanías de la vereda La Perla del corregimiento Puente Real del municipio de San Calixto, por miembros de la Compañía Coyotes del Batallón Contraguerrillas 95, perteneciente a la Brigada Móvil 15 del Ejército Nacional, quienes le dispararon en repetidas ocasiones, simulando un combate, hasta causarle la muerte.

3. Señala que los militares presentaron al señor Olivo Peña como integrante de un grupo armado ilegal, muerto en un enfrentamiento y a quien se le había incautado una subametralladora, cuando en realidad se trató de una ejecución extrajudicial.

4. Afirma la actora que ella y su hermana formularon acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a fin de que fueran resarcidos los daños causados con la muerte del señor Olivo Peña.

5. Manifiesta que en primera instancia el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia del 22 de agosto de 2014: (i) declaró la falta de legitimación por activa de la actora, al no encontrar acreditada la relación de parentesco entre ella y el señor Olivo Peña Ortega; y (ii) accedió a las pretensiones respecto de Maide Peña Ortega, condenando a la Nación a pagarle 200 SMLMV por concepto de perjuicios morales y \$67.261.92.17 a título de daño material.

Además, la providencia en cita dispuso: (iii) realizar una ceremonia pública de excusas y perdón a la familia; (iv) publicar la sentencia y mantenerla en la página de internet por un lapso de 6 meses; (v) impartir a los miembros de esa instalación militar una cátedra sobre la protección de los derechos humanos, la cual debía llevar el nombre de Olivo Peña Ortega; y (vi) publicar un reportaje sobre los sucedido en un diario de amplia circulación del municipio de El Tarra.

6. Sostiene que apeló la anterior decisión en lo que le fue desfavorable, es decir, solicitando que le fuera reconocida la legitimación en la causa por activa y, en esa medida, perjudicada con la muerte de Olivo Peña. Dicha providencia también fue impugnada por el Ministerio de Defensa Nacional, bajo el argumento de que se presentaba una causal de exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, toda vez que el padre de las accionantes era un delincuente que fue ultimado por los militares en legítima defensa y en cumplimiento de un deber legal y constitucional; asimismo de manera subsidiaria, contravirtió la cuantificación de la condena impuesta.

7. Expone que en segunda instancia, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado a través de la sentencia de 1º de febrero de 2016, revocó la decisión del a quo y negó las pretensiones, bajo el argumento que no se halló probado que Olivo Peña hubiese muerto en el marco de un combate ni a consecuencia del uso excesivo de la fuerza. Es

decir, no podía afirmarse o descartarse ninguna hipótesis relacionada con la ejecución extrajudicial reclamada.

8. Para la accionante la sentencia censurada incurrió en los defectos fáctico y procedimental, y en desconocimiento del precedente judicial. Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad; y como consecuencia, se deje sin efecto el fallo de 1º de febrero de 2016 del Consejo de Estado y se le ordene a esa autoridad judicial proferir una nueva decisión que se circunscriba al marco de la apelación formulada por la actora.

9. Afirma que la sentencia no precisó de manera “inequívoca” el valor que le dio a la prueba trasladada de los procesos disciplinario y penal que se adelantaron contra los miembros del Ejército Nacional involucrados en la muerte de Olivo Peña, dado que en algunos apartes señaló que son elementos probatorios que deben ser tenidos en cuenta, pero luego advirtió que son indicios y, finalmente, concluyó que no se probaron los hechos que dieron lugar a la controversia.

Lo anterior genera que el fallo sea ambivalente y contradictorio porque, de una parte, afirma que no está probada la muerte a manos de los militares en el marco de un enfrentamiento, dado que no hay evidencia de haber existido un combate ni tampoco, que el señor Olivo Peña hubiere accionado un arma de fuego; y, de otra, sostiene que es una “conclusión probada” que la muerte se produjo por causa de un enfrentamiento.

10. Arguye que la Sección Tercera del Consejo de Estado se excedió en el análisis del caso, ya que su actuación estaba limitada a los argumentos de la apelación, empero, en la sentencia se abordó nuevamente el estudio de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, configurándose un defecto procedimental. Asimismo, considera que la decisión incurrió en afirmaciones contradictorias, ambiguas y confusas, rompiendo con el deber de que exista armonía entre la parte considerativa y la resolutive, por lo que el fallo está indebidamente motivado.

11. Sobre el desconocimiento del precedente señaló que el caso no debió resolverse bajo teoría de la falla del servicio probada sino conforme a la imputación del riesgo excepcional que unificó la jurisprudencia en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en caso de daños con armas de fuego oficiales.[2]

Las sentencias proferidas dentro del proceso de reparación directa

Como medida de justicia restaurativa, ordenó realizar una ceremonia pública de excusas y perdón a la familia; publicar la sentencia y mantenerla en la página de internet por un lapso de 6 meses; impartir a los miembros de esa instalación militar una cátedra sobre la protección de los derechos humanos, la cual debía llevar el nombre de Olivo Peña Ortega; y publicar un reportaje sobre los sucedido en un diario de amplia circulación del municipio de El Tarra.

El juez ordinario de primera instancia, encontró que: (i) las heridas por arma de fuego de dotación oficial que presenta la víctima evidencian que los impactos fueron recibidos por la espalda; (ii) es extraño que en un combate de aproximadamente tres minutos, no resultase herida ninguna otra persona; (ii) tampoco está probado que la víctima hubiere accionado un arma de fuego porque no se le practicó la prueba de residuos de disparos; y (iii) el señor Peña Ortega no tenía antecedentes penales ni se probó su vinculación a un grupo al margen de la ley. Sobre la base de esos indicios, concluyó la existencia de un daño antijurídico imputable al Ejército Nacional, ya que la muerte fue causada por militares, sin que se hubiere presentado el enfrentamiento que alegó la entidad para construir la causal de exoneración de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

Acerca de la declaratoria de falta de legitimación en la causa por activa de la demandante, el Tribunal estimó que “[n]o obra prueba de que la menor Maelida Peña Rangel (sic), sea hija del señor Olivo Peña Ortega, pues no se aportó la prueba idónea, esto es, el registro civil de nacimiento. (...) Igualmente, estima la Sala que tampoco puede tenerse en calidad de damnificada, pues en el proceso no existe ningún elemento probatorio que permita deducir con certeza dicha condición”. [3] En consecuencia, concluyó que no podía inferirse su calidad de damnificada a partir de la prueba que acreditaba que la señora Fidelina Ortega se posesionó como su curadora, “siendo imposible deducir que esta sea hija del fallecido señor Olivo Peña Ortega, así coincidan unos apellidos, pues en ninguna parte de la diligencia se consagra que la menor fuese hija del citado señor.” [4]

13. Contra la anterior decisión, la parte actora, apeló reclamando incluir como legitimada en la causa a Amélida Peña Rangel. Por su parte, la alzada del Ministerio de Defensa Nacional radicó en que en el caso sub examine la causal de exoneración de

responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, toda vez que el señor Olivo Peña fue ultimado por los militares en legítima defensa y en cumplimiento de un deber legal y constitucional y, de manera subsidiaria, contravirtió la cuantificación de la condena impuesta.

14. La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 1º de febrero de 2016[5], revocó la decisión del a quo y, en su lugar, halló acreditada la legitimación en la causa por activa por parte de Amélida Peña Rangel y negó las pretensiones de la acción de reparación directa formulada.

Acerca de la legitimación por activa de Amélida Peña Rangel, la Sección Tercera encontró que era “necesario aplicar como medida para la efectividad y eficacia del derecho de acceso a la justicia -tutela judicial efectiva- de una mujer, menor de edad y campesina, que por la escasa o nula comprensión que podía Amelida, o su representante, tener de la exigencia del mencionado documento, y que advertido que obra una prueba mínima que permite establecer la relación de familiaridad de la menor con la víctima Olivo Peña Ortega, como son el acta de la diligencia de posesión de la tutora y los declarado por Antonio María Peña Ortega [fl.15 cuaderno de pruebas 1], y así llegar a la conclusión objetiva y razonable que para hacer efectivos y eficaces sus derechos debe reconocérsele la legitimación en la causa por activa, sin perjuicio de su encuadramiento en alguno de los niveles correspondientes a las tablas de indemnización, de llegar a pronunciarse de fondo la Sala, como más adelante se definirá, lo que se hace para dar plena prevalencia al principio convencional del interés superior del niño (...)”.[6]

En cuanto a la valoración probatoria de las pruebas trasladadas de los procesos penal y disciplinario que se adelantaron en contra de los uniformados que participaron de la acción armada en la que resultó muerto el señor Olivo Peña Rangel, el alto tribunal, ejerciendo como juez de convencionalidad, estableció que serían valorados como indicios.

Luego, el Consejo de Estado, planteó los problemas jurídicos a resolver y abordó el estudio de los presupuestos del daño antijurídico, explicando en primer lugar, que no está probado que hubiere existido culpa exclusiva de la víctima porque los medios probatorios allegados al plenario, permiten concluir que no podía “contarse con ningún tipo de contribución determinante y excluyente de la víctima OLIVO PEÑA ORTEGA en la producción del daño

antijurídico ocurrido el 15 de agosto de 2008, e incluso indiciariamente se tiene que se encontraba en estado de indefensión.”[7]

Continuando con el estudio de los presupuestos para la determinación de “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento” de los mandatos constitucionales y legales en cabeza de las fuerzas militares con los que se producen daños antijurídicos en miembros de la población civil, procedió a estudiar la imputación del daño antijurídico en el caso concreto, a partir de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y la verificación probatoria. En ese sentido, señaló:

“Valoradas conjunta, contrastada, ponderada y críticamente las pruebas anteriores que permiten establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar quedando demostrado: (1) los hechos ocurrieron el 15 de agosto de 2008 a las 2:00 a.m. aproximadamente; (2) en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla del municipio de San Calixto -Norte de Santander-; (3) en los mismos falleció OLIVO PEÑA ORTEGA recibiendo cinco [5] disparos “que laceraron vasos de mediano calibre, parénquima pulmonar y se presentaron fracturas de piezas dentarias y de maxilar inferior”; (4) no se tiene certeza mínima que su muerte violenta se produjo como consecuencia de los disparos realizados por el pelotón “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerilla No.95 de la Segunda División del Ejército Nacional, quienes portaban fusiles de calibre 5.56, pero sin que se pueda dilucidar a la hora de los hechos se dispararon veinte [20], tres [3] o cien [100] cartuchos, ya que no coincide lo afirmado en las declaraciones y versiones de los miembros de la unidad militar, contrastado con consignado en el acta de inspección técnica del cadáver y en el acta de gasto de munición; (5) si bien existía una orden de operaciones y la orden fragmentaria “ABARROTE”, son coherentes las declaraciones y versiones de los miembros de la unidad militar y de los informes entregados en afirmar que la orden de operaciones que contenía la misión táctica “ABARROTE” se realizó en la fecha y coordenadas programadas, sin perjuicio que el informe de situación de la tropa para el 15 de agosto de 2008 el pelotón “COYOTE UNO” no se ubica específicamente en la zona donde se produjeron los hechos; (6) los miembros del pelotón que participaron en los hechos y rindieron declaraciones y versiones libres cumplieron con lo ordenado por la orden de operaciones que contenía la misión táctica “ABARROTE”; (7) respecto a la escena de los hechos y el material bélico incautado existen serias dudas del tipo de armas accionadas, ya que las vainillas encontradas proceden de dos diferentes tipos, cuando la unidad militar tenía un solo tipo de arma de dotación y aquel

presuntamente sólo tenía una INGRAMS, además, sin haber sido realizada la prueba técnica al cuerpo de OLIVO PEÑA ORTEGA para determinar si accionó la misma; (8) al fallecido PEÑA ORTEGA le fue incautada una INGRAMS calibre 9mm con un proveedor con trece [13] cartuchos que no estaban percutidos, pese a encontrarse tres [3] vainillas del mismo calibre, las que no fueron objeto de cotejo y valoración balística para determinar su procedencia; (9) el supuesto combate o enfrentamiento tuvo una corta duración, de dos [2] a tres [3] minutos; (10) no hay explicación razonable para haber sido utilizados cien [100] cartuchos del calibre 5.56 de las armas de dotación oficial de los miembros de la unidad militar, pese a que su oponente presuntamente portaba una INGRAMS, sin haber sido precisado o establecido la presencia de más personas en el lugar de los hechos; (11) sin que, además, se haya producido lesión alguna en los miembros de la unidad militar como está corroborado; (12) se produjo en un lugar de difícil acceso, sin la cercanía de viviendas y contando con las condiciones de oscuridad y climáticas de la zona; (13) las prendas de vestir con las que fue encontrado coinciden con las que usualmente tenía según sus familiares y conocidos; (14) en todo caso la víctima vestía de civil al momento de su fallecimiento como ha quedado corroborado; (15) ni la orden de operaciones fragmentaria “ABARROTE”, ni en las demás pruebas que obran en este proceso permiten establecer de manera directa o indirecta que OLIVO PEÑA ORTEGA perteneciera, o hiciera parte de un grupo armado insurgente, de una banda criminal al servicio del narcotráfico, o de la delincuencia común, sino por el contrario que esta persona no tenía antecedentes penales o judiciales; (16) sin perjuicio de las declaraciones rendidas por los reinsertados Edward Alexis Arteaga, Naín Ríos Ballena y Antonio Serrano Arteaga, que identifican y ubican a la víctima como colaborador y miliciano de una organización armada insurgente en la zona, información que no ha podido ser contrastada con la información de inteligencia y disponible por el Ejército Nacional, o por cualquier autoridad policial y judicial en el país.”[8]

Finalmente, en el juicio de imputación, el Consejo de Estado concluyó que “el daño antijurídico ocasionado a la víctima OLIVO PEÑA ORTEGA y a sus familiares no es atribuible fáctica y jurídicamente a las demandadas Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por la falla en el servicio que derivó en la muerte de OLIVO, ya que la prueba directa, y los indicios que se generan de la valoración de otros medios no permiten concretar ni la afirmación de la culpa exclusiva de la víctima, ni la imputación del mencionado daño antijurídico a las entidades demandadas, al no existir presupuestos probatorios suficientes

para determinar que la muerte de PEÑA ORTEGA se produjo o no en un enfrentamiento armado, si este accionó o no el arma encontrada, si se encontraba con un otras personas o no miembros de un grupo u organización armada insurgente, si hubo un uso o no desproporcionado de la fuerza armada”.[9]

Trámite de instancia

15. Admisión: mediante auto del 13 de mayo de 2016 la Sección Cuarta del Consejo de Estado, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la Subsección C de la Sección Tercera de esa Corporación y al Ministerio de Defensa Nacional.

Además, el estudio de la segunda instancia no se circunscribió únicamente al marco de la apelación sino a todo el debate, dando aplicación a la jurisprudencia de la Sección Tercera, en virtud de la cual, cuando ambas partes hayan apelado el “superior resolverá sin limitaciones” conforme a las normas del procedimiento civil[10].

Afirmó que no se trasgredió el precedente porque las sentencias que se invocan desconocidas no eran aplicables al caso concreto, toda vez que los supuestos de hecho no guardan similitud con el asunto bajo examen.[11]

17. El Ministerio de Defensa Nacional guardó silencio.

18. Primera instancia: la Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante sentencia de 23 de febrero de 2017, concedió el amparo de los derechos fundamentales y dejó sin efecto la sentencia del 1.º de febrero de 2016, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Lo anterior, al considerar que la providencia censurada arribó a conclusiones contradictorias con el análisis efectuado en la parte motiva y concluyó que al haberse determinado la existencia del daño antijurídico le correspondía aplicar el régimen de responsabilidad que se ajustara a los hechos del caso. Así mismo, señaló que se debió dar aplicación a la sentencia de unificación del 11 de septiembre de 2013, que estableció la responsabilidad objetiva para este tipo de casos. En consecuencia, estimó que el fallo acusado incurrió en los defectos endilgados y resolvió que se debía proferir una nueva decisión.

19. El cumplimiento a la orden de tutela: la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo

de Estado mediante sentencia del 9 de junio de 2017, dio cumplimiento a la decisión de tutela de primera instancia, confirmando la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, al concluir “[c]on base en los anteriores argumentos, razonamientos y justificaciones la Sala de Sub-sección confirmara la sentencia de primera instancia, declarando la responsabilidad de las entidades demandadas por la falla en el servicio consistente en el despliegue de “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” por parte de los miembros del pelotón “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerrilla Nº 95 de la Segunda División del Ejército Nacional, que produjo la muerte violenta de OLIVO PEÑA ORTEGA, el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto -Norte de Santander-, en los términos de la presente providencia.”[12] En consecuencia, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO. CUMPLIR el numeral tercero [3º] de la sentencia de tutela de 23 de febrero de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que ordenó proferir una nueva decisión siguiendo las consideraciones de la parte motiva de la misma providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR los numerales primero, cuarto, sexto, séptimo y octavo del resuelve de la sentencia de 22 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y con base en la parte motiva de la presente providencia-.

TERCERO. CONFIRMAR, ACTUALIZAR Y MODIFICAR la sentencia de 22 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto a los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales con base en la parte motiva de esta providencia que quedará de la siguiente manera:

Víctima

Porcentaje

SMLMV

Equivalente en moneda legal colombiana

Maide Peña Rangel [hija]

100 %

Incremento

100

100

\$73.771.700.00

Amelida Peña Rangel [hija]

100%

Incremento

15

100

\$73.771.700.00

CUARTO. CONFIRMAR Y MODIFICAR la sentencia de 22 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto a los perjuicios inmateriales, en la modalidad de afectación relevante a bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados, con base en la parte motiva de esta providencia, agregándose las siguientes medidas que obligatoriamente deben cumplir las entidades públicas demandadas:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) Así mismo, y como garantía de no repetición el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional desde la ejecutoria de la presente sentencia, realizarán capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares y policiales según los estándares convencionales y constitucionales, exigiéndose la difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en el Batallón Contraguerrilla N°95 y la Segunda División del Ejército Nacional, con sede en Ocaña, Norte de Santander.

(5) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que abra las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto -Norte de Santander-, y se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo de Casanare, a los familiares de la víctimas y a los medios de comunicación de circulación local y nacional.

(6) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Justicia Penal Militar, para que abra la investigación penal militar, con el objeto de establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008, sin perjuicio que la justicia penal militar haya dado traslado de las diligencias a la justicia ordinaria en su momento.

(7) Los familiares de OLIVO PEÑA RANGEL son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

(8) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

(9) Copia de esta providencia debe remitirse por la Secretaría de la Sección Tercera al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales la pongan en conocimiento de las siguientes instancias: (i) del Relator Especial para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas que elabore actualmente los informes de Colombia, para que se incorpore la información que comprende esta providencia; (ii) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; (iii) a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para que conozca y tome en cuenta en sus informes del país esta decisión judicial; y, (iv) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia.

(10) De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

QUINTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas

a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO. ABSTENERSE de condenar en costas a la demandada.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.”

20. La impugnación: el Ministerio de Defensa Nacional señaló que la sentencia controvertida fue adoptada con argumentación suficiente, basándose en las pruebas y el título de imputación aplicable, para finalmente concluir que no había certeza sobre las circunstancias en que se produjo la muerte del señor Olivo Peña. Además, reiteró que no se trató de una ejecución extrajudicial, al no configurarse los presupuestos exigidos en los instrumentos internacionales y al demostrar que el Ejército Nacional se encontraba cumpliendo su deber misional determinado por “el actuar de la víctima lo que se corrobora en el expediente con los informes”.^[13]

21. Segunda instancia: mediante sentencia de 29 de junio de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la decisión de primer grado y negó el amparo solicitado, al estimar que al proferir el fallo censurado el juez contencioso actuó legítimamente y no profirió una decisión sin motivación, “decididamente defectuosa o abiertamente insuficiente”.^[14]

Además, afirmó que si bien es cierto que la decisión puede contener algunas imprecisiones argumentativas o párrafos complejos de entender; también lo es que esas circunstancias no dan lugar a configurar una sentencia sin motivación que haga viable la acción de tutela, toda vez que las conclusiones están justificadas en las facultades del juez, en las normas jurídicas aplicables y en las pruebas del proceso, “sin que el juez de tutela tenga competencia para imponer una estrategia o fórmula diferente de decisión. Por el contrario, ante la existencia de una decisión que se encuentra debidamente explicada, lo procedente es dar prevalencia al principio de autonomía judicial”.

Finalmente, indicó que para determinar la responsabilidad del Estado, esa Sala acudió a las sentencias de unificación de la Sección Tercera acerca del régimen de responsabilidad que han señalado que le corresponde al juez definir la motivación de la decisión que adopta, dando cabida a diversos “títulos de imputación” para resolver los casos propuestos a su

consideración, “sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”.[15]

Pruebas allegadas en instancia

22. Junto con la solicitud de la tutela la parte actora allegó copia de la demanda de reparación directa y de las decisiones de primera y segunda instancia, proferidas por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente.

II. ACTUACIONES SURTIDAS EN REVISIÓN

Pruebas decretadas por el Magistrado sustanciador

23. Mediante auto de 11 de octubre de 2017, esta Corporación solicitó a la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado remitir con destino a este proceso el expediente Rad. 54001233100020100037001, contentivo de la acción de reparación directa incoada por Maide Peña Rangel y otra contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional. En cumplimiento de lo anterior, por oficio del 17 de octubre de 2017, la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado remitió el referido expediente.

Presentación del caso en Sala Plena

24. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015, “por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”, el Magistrado Sustanciador presentó el asunto ante la Sala Plena de esta Corporación, que avocó el conocimiento del asunto y, en virtud de ello, por auto del 10 de noviembre de 2017, se decretó la suspensión de términos.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

25. Esta Sala es competente para examinar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del

Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología de decisión

26. La actora y su hermana acudieron a la acción de reparación directa para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados con la muerte de su padre, quien según su dicho, era un campesino de la región que fue ejecutado por militares, simulando un combate que no existió. En primera instancia, se accedió parcialmente a las pretensiones, excluyendo a la demandante de las medidas adoptadas en la sentencia, al no haber acreditado la relación de parentesco con la víctima.

La accionante acudió en sede de apelación ante el Consejo de Estado, que si bien en el fallo encontró que la señora Amélida Peña Rangel estaba legitimada en la causa por activa, lo cierto es que terminó pronunciándose sobre los elementos de la responsabilidad civil extracontractual y concluyó que no había prueba suficiente para determinar si existió o no la ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria reclamada.

Por lo anterior, la actora instauró la acción de tutela la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a fin de obtener el amparo de los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad, presuntamente vulnerados con el fallo de segunda instancia.

Según la actora, el ámbito de competencia del juez de segunda instancia estaba limitado por los argumentos expuestos por ella en la apelación, por lo que le estaba vedado pronunciarse sobre los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial estatal. Asimismo, señala que no hubo una valoración adecuada de las pruebas y se inaplicó el precedente judicial sobre el título de imputación, como pasa a explicarse a continuación.

Cuestión previa

27. De acuerdo con el escrito de tutela, la sentencia de 1.º de febrero de 2016, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en los siguientes yerros:

(i) Defecto procedimental: el Consejo de Estado al decidir la alzada entró a estudiar la totalidad del caso, apartándose de los argumentos esbozados por las partes en la apelación,

omitiendo que el marco de su competencia estaba limitado por los argumentos de la apelación, es decir, la legitimación en la causa por activa de la actora como hija de la víctima, para reclamar la reparación por el perjuicio causado con la muerte de Olivo Peña Ortega.

(ii) Defecto fáctico: el fallo censurado no aclaró el valor probatorio otorgado a las pruebas documentales trasladadas de los procesos penal y disciplinario, al no precisar si fueron o no apreciadas, ya que en algunos apartes del fallo, el Consejo de Estado manifestó que serían desechadas por no cumplir con los requisitos formales; en otras, dio a entender que de manera excepcional serían valoradas; y, finalmente, arguyó que únicamente tendrían el valor de indicios, para concluir que ninguno de los puntos relevantes de la controversia estaba probado. De otra parte, la demandante sostuvo que los argumentos expuestos en el fallo, resultan ambiguos, contradictorios y confusos, al no evidenciar coherencia en la valoración fáctica, probatoria y jurídica, lo que derivó en una decisión que no guarda armonía entre la parte considerativa y resolutive.

(iii) Desconocimiento del precedente: según la demandante, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad civil extracontractual del Estado por hechos causados con armas de fuego de dotación oficial, ha establecido que el título de imputación es el objetivo por riesgo excepcional[16].

28. En efecto, la actora formuló tres cargos contra la providencia censurada (los defectos procedimental, sustantivo y por desconocimiento del precedente), empero, observa la Sala Plena que dos de ellos no encajan dentro de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que dichos yerros se configuren, por lo que esta Corporación en un ejercicio de hermenéutica jurídica, de oficio, adecuará lo expuesto por la actora al yerro que corresponden, toda vez que los fundamentos de sus pretensiones son lo suficientemente claros para comprender donde radica la presunta vulneración.

29. En relación con el defecto procedimental absoluto alegado, se observa que la discusión que plantea encierra la aplicación de una norma procedimental que restringe la actuación del juez de segunda instancia al estudiar la apelación. En ese contexto, la discusión que plantea la actora guarda un contenido normativo y, en esa medida, la pretensión materialmente podría encajar en el yerro sustantivo.

30. Acerca del defecto fáctico, que según la demandante se configura por las inconsistencias y falta de claridad en el valor otorgado a las pruebas trasladadas de los procesos penal y disciplinario, que derivaron en una decisión ambigua y contradictoria, que no guarda coherencia entre la apreciación fáctica, probatoria y jurídica. La Sala Plena observa que en el escenario planteado, la actora reclama la reparación por la muerte de su padre, quien según su dicho fue víctima de un “falso positivo”, la cual fue negada por el juez de segunda instancia bajo el argumento de que no había prueba suficiente, olvidando que de acuerdo con la jurisprudencia, en materia de graves violaciones a los derechos humanos, los estándares probatorios se flexibilizan a efecto de dar aplicación a los principios pro homine y de equidad.

En ese escenario, la actuación que describe la accionante en la tutela, más que un defecto fáctico reprocha una interpretación judicial equivocada a los hechos y a las pruebas allegadas, por lo que el defecto endilgado a la providencia censurada se circunscribe en un yerro sustantivo, el cual -como se explicará más adelante- se configura cuando se presenta un grave error en la interpretación de las disposiciones jurídicas aplicables al caso.

31. Así las cosas, los reproches efectuados por la actora a la sentencia del 1.º de febrero de 2016 proferida por el Consejo de Estado, se estudiarán a la luz de los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente, los cuales serán desarrollados en caso de resultar procedente la acción, es decir, una vez superados los presupuestos generales de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales.

Problema jurídico

32. De acuerdo con los hechos relacionados y las aclaraciones previas efectuadas, le corresponde a la Sala Plena, (i) establecer si es procedente la acción de tutela contra la providencia de 1.º de febrero de 2016 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado; y (ii) determinar si dicha autoridad judicial al emitir la decisión censurada incurrió en los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente, vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia e igualdad de la señora Amélida Peña Rangel.

Metodología de la decisión

33. Para resolver los problemas jurídicos propuestos, la Sala se pronunciará en torno a (i) las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) la caracterización de los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente; (iii) la jurisprudencia del Consejo de Estado y esta Corporación en torno a la flexibilización de los estándares probatorios en casos de graves violaciones a los derechos humanos, destacando el valor de la prueba indiciaria tratándose de violaciones graves a los derechos humanos – por ej. el comúnmente denominado “falso positivo”-; y, finalmente, (vi) se resolverá el caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

34. La Constitución en el artículo 86 instituyó la acción de tutela como el dispositivo de defensa judicial preferente, informal y sumario de los derechos fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión las autoridades públicas o de los particulares, en los casos de ley.

Su procedencia está determinada por la inexistencia de otro mecanismo idóneo y eficaz de protección o ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual, el recurso de amparo desplaza transitoriamente a las acciones ordinarias a fin de evitar que se produzca el daño irreparable.

35. Los jueces de la República son autoridades públicas y pese a que sus actuaciones se encuentran amparadas por los principios de autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica y cosa juzgada; las providencias que emiten deben sujetarse a la Constitución, a la ley y, en todo caso, respetar las garantías superiores de los asociados.[17]

36. En virtud de lo anterior, esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones de los jueces, cuyo propósito es, “efectuar un juicio de validez constitucional de una providencia judicial que incurre en graves falencias, las cuales tornan la decisión incompatible con la Carta Política”.[18]

37. Sin embargo, ello no implica que la intervención del juez constitucional tenga la virtualidad de desplazar o suplantar al juez natural del caso, cuya competencia le fue

asignada por la ley, pues de ninguna manera, este Tribunal desconoce que las decisiones de las autoridades judiciales: “(i) son el escenario habitual de reconocimiento y realización de derechos fundamentales; (ii) de ellas se predica el efecto de cosa juzgada el cual es garantía de la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado democrático y (iii) están amparadas por el principio de respeto a la autonomía e independencia de los jueces”[19].

En suma, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional y se circunscribe a vigilar si la decisión conlleva la vulneración de los derechos constitucionales, especialmente, del debido proceso y el de acceso a la administración de justicia.[20]

Para efectos de verificar la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, la sentencia C-590 de 2005 sistematizó los presupuestos que deben observarse, diferenciando entre: (i) los requisitos generales, que, “habilitan el estudio constitucional y deben cumplirse en su totalidad”; y (ii) los especiales: que son aquellos que, “implican la procedibilidad del amparo y sólo se requiere la configuración de uno de ellos”. [21]

Requisitos generales de procedencia

38. De acuerdo con la jurisprudencia decantada, los requisitos generales son[22]:

a. Que la cuestión que se controvierte revista relevancia constitucional: esto quiere decir que le corresponde al juez verificar que en el caso bajo estudio se encuentre de por medio la afectación de derechos fundamentales y no se trate de discusiones propias del proceso ordinario ni tampoco de una instancia adicional que busque reabrir el debate procesal.[23]

b. “Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial disponibles, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable”[24]: este requisito obedece al carácter subsidiario de la acción de tutela, en virtud del cual, solo puede acudir a este mecanismo cuando se hayan agotado las herramientas de defensa judicial ordinarias y extraordinarias establecidas en el ordenamiento jurídico para obtener la protección que se reclama. Salvo que se acredite la existencia de un perjuicio irremediable.[25]

c. “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”[26]: este presupuesto se deriva de la naturaleza misma del amparo y consiste en que se acuda a la justicia dentro de un plazo “razonable y proporcionado” contado desde que ocurrió el hecho o la omisión que dio lugar a la vulneración.[27]

e. “Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible”[29]: conforme a este requisito le corresponde a las partes identificar de manera clara y razonable las actuaciones u omisiones que dieron lugar a la vulneración que se reclama y, además, de ser posible haberlo reclamado al interior del proceso judicial.[30]

f. Que no se trate de sentencias de tutela ni contra decisiones del Consejo de Estado que resuelven acciones de nulidad por inconstitucionalidad.[31]: este presupuesto está dirigido a evitar la prolongación de los procesos judiciales a través del “sucesivo sometimiento a control de las actuaciones de los jueces”, máxime cuando se trata de acciones que son susceptibles de revisión o a través de las cuales se efectuó un control de constitucionalidad por parte de un órgano de cierre.[32]

Requisitos especiales de procedibilidad

39. Como se explicó líneas atrás, además de satisfacer los requisitos generales que habilitan el estudio de la solicitud de amparo constitucional, es preciso que la providencia censurada presente al menos uno de los defectos identificados por la jurisprudencia de la Corte en la sentencia C-590 de 2005, sistematizados así:

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

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución”.

40. Esta Corporación[33] estableció un criterio adicional, al determinar que tratándose de acciones de tutela dirigidas contra providencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia la procedencia es mucho más restrictiva, en razón a que son órganos judiciales que definen y unifican la jurisprudencia en su respectiva jurisdicción[34].

Concretamente se afirmó en las sentencias SU-573 y SU-050 de 2017[35] que solo es procedente el recurso de amparo cuando la decisión censurada riñe abiertamente con la Carta y es incompatible con la jurisprudencia de esta Corte cuando ha definido el alcance de un derecho o ha ejercido el control abstracto de constitucionalidad. En otras palabras, los fallos mencionados, establecieron que debe tratarse de una anomalía de tal magnitud que haga imperiosa la intervención de este Tribunal. En caso contrario, debe preservarse la autonomía e independencia de los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones.

Así las cosas, las acciones de tutela dirigidas contra providencias proferidas por la Corte

Suprema de Justicia y el Consejo de Estado deben cumplir: (i) los requisitos generales de procedencia; (ii) los especiales de procedibilidad; y (iii) “la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional”. [36]

Caracterización de los defectos endilgados a la sentencia censurada

Defecto sustantivo. Reiteración de jurisprudencia

41. Este yerro encuentra su fundamento en el principio de igualdad, en los derechos de acceso a la administración de justicia y el debido proceso. Está asociado a la irregular aplicación o interpretación de una norma por parte del juez al momento de resolver el caso puesto a su consideración, porque si bien las autoridades judiciales gozan de autonomía e independencia para emitir sus pronunciamientos, lo cierto es que dicha prerrogativa no es absoluta porque, en todo caso, deben ajustarse al marco de la Constitución. [37]

En ese orden, la intervención excepcional del juez de tutela ante un defecto sustantivo se justifica únicamente en la imperiosa necesidad de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y el texto superior, sin que ello suponga suplantar la labor de la autoridad judicial competente. [38] En la sentencia T-543 de 2017, la Corte caracterizó los eventos en los que se presenta este yerro, así:

“(i) la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador;

(ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial;

- (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes;
- (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución;
- (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”;
- (vi) la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso; o
- (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto[39]”.

En suma, se configura un defecto sustantivo cuando el juez realiza una interpretación irrazonable, desproporcionada, arbitraria y caprichosa de la norma o la jurisprudencia aplicable al caso, generando una decisión que se torna contraria a la efectividad de los derechos fundamentales[40]. Por el contrario, la mera inconformidad con el análisis efectuado por la autoridad judicial no habilita la intervención del juez constitucional.[41]

42. Siguiendo con el derrotero expuesto, este Tribunal[42] en materia de reparaciones a propósito de graves violaciones a los derechos humanos, ha considerado que el defecto sustantivo también se configura cuando se presenta un grave error en la interpretación de las disposiciones jurídicas aplicables al caso[43], por ejemplo, al no tener en cuenta el principio de equidad establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.[44]

Esta Corporación en la sentencia T-926 de 2014 expuso que de acuerdo con la doctrina, la equidad tiene “una función derogatoria o correctiva de la ley, ya sea por vía de la interpretación o de la flexibilización de norma general.[45] Una de las aplicaciones de este principio es la adaptación del estándar de prueba exigido en ciertos caso”.[46]

En materia de daños, por ejemplo, la providencia en mención, trajo a colación que la doctrina ha dicho que, “en ausencia de medios probatorios se suele acudir a la equidad para determinar el monto del daño. Esta tendencia de la Corte parte del principio que algunas víctimas de graves violaciones a los derechos humanos no se encuentran en la misma posición de igualdad procesal que otro tipo de peticionario ante tribunales civiles

ordinarios (muchas veces por la propia naturaleza del daño, las víctimas no pueden llegar a reunir las pruebas necesarias para acreditar el daño)”[47].

43. En ese escenario, la Corte ha reconocido que en casos como el sub judice, donde se discuten violaciones a los derechos humanos que encierran manifestaciones de poder irregular, desequilibrios de fuerzas o estructuras de delincuencia institucional y organizada, es “fácil suponer que en muchas situaciones haya una ruptura deliberada e injusta de la correlación entre la prueba del daño y la prueba del perjuicio[48].”[49] Por lo que hay lugar a flexibilizar la valoración probatoria en este tipo de asuntos, en virtud del principio de equidad.[50]

Concretamente, sobre la flexibilización de la valoración probatoria tratándose de graves violaciones a los derechos humanos la sentencia T-926 de 2014, sostuvo:

“Las trágicas circunstancias que rodean a las violaciones de derechos humanos entrañan múltiples dificultades probatorias. Por eso es cierto que hay dificultades de prueba de ciertos daños, ya sea porque las víctimas no sabían que debían guardar la prueba, o porque no estuvieron en condiciones de hacerlo o porque no pudieron. Por eso resulta relevante que los jueces tengan en cuenta el tipo de población que participa en el proceso y la clase de violación de derechos que sufrió, por ejemplo, las graves violaciones de derechos humanos ocurridas con falla en el servicio deben ser valoradas de distinta manera que la responsabilidad objetiva en la que el Estado actúa lícitamente”.

Lo anterior fue reiterado en la sentencia T-237 de 2017, que también prohijó la tesis de la flexibilización de los estándares probatorios en casos de graves violaciones de derechos humanos como manifestación del principio de equidad, a fin de garantizar los derechos de las víctimas.[51] Para ello, incluso, esta Corporación ha acudido a los parámetros establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos[52], en la jurisprudencia del Consejo de Estado[53] y de la Corte Suprema de Justicia que sobre la materia han admitido la demostración de un perjuicio y su quantum a través de indicios, hechos notorios, las reglas de la experiencia y la guía interpretativa del principio pro homine, entre otros.

44. La Corte[54] ha enfatizado en la necesidad de que los jueces aligeren o dinamicen la carga probatoria en casos en los que se discute la reparación integral a las víctimas de los

daños materiales causados en forma antijurídica por el Estado colombiano, para ello se ha admitido, por ejemplo, demostrar el perjuicio mediante medios de prueba alternos o también a través de indicios. [55]

45. En conclusión, para el caso que ahora ocupa a la Sala Plena, puede presentarse un error de orden sustantivo cuando el juez inaplica una norma -las relacionadas con la competencia del juez de segunda instancia para resolver la apelación- o no flexibiliza el estándar probatorio en aplicación del principio de equidad exigido en los casos de reparación directa -prevista en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998- y desconoce el precedente sobre la materia establecido por este Tribunal, el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desconocimiento del precedente. Reiteración de jurisprudencia

46. Este defecto encuentra fundamento por un lado, en el principio de igualdad (artículo 13 C. Pol.), en virtud del cual los asociados tienen derecho a recibir un trato igual ante la ley y por parte de las autoridades. Ello quiere decir que ante casos similares, en cumplimiento de dicho mandato, deben proferirse decisiones análogas, por lo que una decisión judicial que se aparte del precedente establecido, infringe dicha garantía constitucional.[56]

Y por otro lado, según lo ha señalado esta Corporación, en el deber que le asiste a las autoridades judiciales, específicamente los órganos de cierre de unificar su jurisprudencia “de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento”, en virtud de los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución.[57]

47. Esta Corte ha definido como precedente judicial “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”[58]. El cual tiene dos categorías: (i) el precedente horizontal: referido a las providencias judiciales emitidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o el mismo funcionario y su fuerza vinculante atiende a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima; y (ii) el precedente vertical: atiende a las decisiones judiciales proferidas por el superior funcional jerárquico o por el órgano de cierre encargado de unificar la jurisprudencia en su jurisdicción, su vinculatoriedad atiende al principio de

igualdad y limita la autonomía de los jueces inferiores, a quienes les corresponde seguir la postura de las altas cortes o los tribunales.[59]

48. Este Tribunal ha sostenido que es deber de las autoridades judiciales aplicar en situaciones análogas aquellas consideraciones jurídicas “ciertas y directamente relacionadas” que emplearon los jueces superiores jerárquicos y de las Corporaciones de cierre para resolverlos, a menos que expresen razones serias y suficientes para apartarse y, “en el supuesto de que se incumpla el deber precitado, la Corte ha reiterado recientemente que, cualquier decisión judicial que omita toda referencia al precedente vigente y que, por lo tanto, contiene una respuesta contraria a la que surgiría del precedente aplicable, es una decisión que, en principio, se muestra irrazonable e incurre en arbitrariedad, porque ‘carece de la debida justificación o comporta el desconocimiento de normas de mayor jerarquía, dentro de las cuales se encuentran los postulados constitucionales y las sentencias con efectos erga omnes de la Corte Constitucional, así como la doctrina probable adoptada por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado en su labor de unificación de la jurisprudencia constitucional’”. [60]

49. Asimismo, esta Corte de manera reiterada ha fijado los criterios que deben consultarse al momento de estudiar la causal de desconocimiento del precedente, así: “i) Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisorias contenidas en los mismos. ii) Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad. iii) Verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien sea por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, o por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine.” [61]

50. En suma, cuando se alega el desconocimiento del precedente se debe verificar que los casos omitidos sean análogos y, además, se haya argumentado y probado una de las hipótesis mencionadas en los párrafos anteriores, en otras palabras, que exista una decisión que resolvió un caso con supuestos fácticos y jurídicos iguales y que el fallador se haya apartado de dicha línea de argumentación sin justificación válida.

La flexibilización de los estándares probatorios en materia de violaciones graves a los derechos humanos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Reseña jurisprudencial

Los denominados “falsos positivos” en Colombia

51. En Colombia este fenómeno ha estado presente desde los años 80 y se incrementó durante la primera década del siglo XXI, donde se le acuñó el término de falsos positivos[62] a aquellas efectuadas por miembros de las Fuerzas Militares para posteriormente presentarlos como bajas legítimas en el contexto de un enfrentamiento armado.[63] Según el Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en Colombia, en marzo de 2010, sobre el particular advirtió:

“Las fuerzas de seguridad han perpetrado un elevado número de asesinatos premeditados de civiles y han presentado fraudulentamente a esos civiles como ‘bajas en combate’. Aunque al parecer estos llamados falsos positivos no respondían a una política de Estado, tampoco fueron hechos aislados. Esos homicidios fueron cometidos por un gran número de unidades militares y en todo el país. Se produjeron porque las unidades militares se sintieron presionadas para demostrar que su lucha contra las guerrillas tenía resultados positivos a través del ‘número de bajas’. Hubo además algunos alicientes: un sistema oficioso de incentivos ofrecidos a los soldados para que produjeran bajas y un sistema oficial de incentivos ofrecidos a los civiles para que proporcionaran información que condujera a la captura o muerte de guerrilleros. Este último sistema careció de supervisión y transparencia. En general, hubo una falta fundamental de rendición de cuentas y problemas en todas las etapas de los procesos disciplinarios y de investigación.”[64]

52. En igual sentido, en la publicación Verdad, Justicia y Reparación, Cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2014, se enunciaron los supuestos para la materialización los falsos positivos como práctica, identificando los siguientes: “i) ejecución de miembros de la guerrilla hors de combat; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con

organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o retenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales); y vii) ‘errores militares’ encubiertos por la simulación de un combate”. [65]

53. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado[66], “el cúmulo de casos sobre ejecuciones extrajudiciales u homicidios en persona protegida, o los mal denominados ‘falsos positivos’, pone de presente una falla sistemática y estructural relacionada con la comisión de tales violaciones graves a derechos humanos y/o al derecho internacional humanitario por parte de la Fuerza Pública del Estado colombiano, aunada a la ausencia de un riguroso control dentro de la institución militar, tanto en el proceso de incorporación a la institución, como en la permanencia y en el funcionamiento o ejercicio de funciones por parte de los miembros de la Fuerza Pública, falencias éstas que debilitan la institución militar y que dificultan su adecuado accionar en pos de cumplir con el cometido que le es propio, de paso, se pierde legitimidad y se compromete la estabilidad misma del Estado y de la sociedad”. [67]

La flexibilización de los estándares probatorios en materia de violaciones graves a los derechos humanos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Reseña jurisprudencial

54. Paralelo a la intervención en materia penal por homicidio en persona protegida[70] y en el ámbito disciplinario[71] contra los agentes del Estado que en servicio y prevalidos del cumplimiento de un deber misional han incurrido en dicha conducta -v. g. los falsos positivos[72]-, el Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo ha construido una nutrida línea jurisprudencial en la materia, donde partiendo de la base del artículo 90 de la Carta[73], le ha imputado responsabilidad al Estado por las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de sus agentes, tomando elementos del derecho internacional, realizando un control de convencionalidad y, sobretodo, flexibilizando la valoración probatoria como lo ha admitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal tratándose de violaciones graves a los DD.HH.[74]

55. Al respecto, el Consejo de Estado ha admitido que demostrar la omisión de los agentes de las fuerzas militares y de policía de proteger la vida de los habitantes del territorio

nacional[75] y de controlar a sus uniformados en el cumplimiento de la labor encomendada[76], encierra dificultades probatorias porque la mayoría de ellos ocurren en circunstancias asociadas al conflicto, en lugares remotos y las víctimas son personas que se encontraban en estado de indefensión. Por ello ha flexibilizado los estándares probatorios a efecto de demostrar la responsabilidad patrimonial del Estado, aceptando, por ejemplo, que las pruebas trasladadas de procesos penales o disciplinarios, se analicen en este contexto con un rasero menor.

56. En otras palabras, se ha afirmado que existe una diferenciación en materia probatoria entre la responsabilidad penal y estatal, ya que la ausencia de la primera de ellas, no necesariamente implica la de la Nación. La anterior afirmación se apoya en que, “(...) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que (...) el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad”. [77]

57. Pese a la distinción anterior, el Consejo de Estado ha admitido que si bien las pruebas o la sentencia del proceso penal no llevan a deducir automáticamente la responsabilidad estatal, lo cierto es que en determinados casos resulta plausible reconocerles mérito probatorio como prueba documental, dado que pueden servir de fundamento a la decisión de reparación. Concretamente, en casos de violaciones graves a los derechos humanos – como los falsos positivos – las pruebas recopiladas en el proceso penal pueden ser analizadas y valoradas como elementos suficientes y necesarios para justificar una condena patrimonial a la Nación[78], siempre que logren estructurarse los elementos de responsabilidad estatal bajo las reglas de la sana crítica.[79]

58. De acuerdo con lo anterior, en el evento que haya una incompatibilidad probatoria que dé lugar a varios supuestos fácticos, “el juez deberá privilegiar racionalmente aquellas que acrediten un grado superior de probabilidad lógica o de probabilidad prevaleciente, resultado que se obtiene aplicando las reglas de la experiencia que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o generalizaciones del sentido común”[80].

La valoración de la prueba indiciaria en la jurisprudencia del Consejo de Estado tratándose de violaciones graves a los derechos humanos

59. Siguiendo con el planteamiento inicial de este capítulo referido a la dificultad que existe para probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que suelen ocurrir las graves violaciones a los derechos humanos -como los falsos positivos-, el Consejo de Estado ha reconocido que los indicios adquieren una especial relevancia al momento de determinar la responsabilidad patrimonial de la Nación.[81]

Los indicios son medios de prueba “indirectos y no representativos” que no son percibidos directamente por el juez -como si ocurre con la inspección judicial-, sino que “[e]n la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso”.[82]

Asimismo, por vía jurisprudencial se ha identificado que los indicios se componen de los siguientes elementos:“(i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso, (ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento, (iii) una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar, (iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental”.[83]

60. El Consejo de Estado ha admitido que en casos donde no puede identificarse a los autores de una ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria, la prueba indiciaria “resulta idónea y única” y se constituye en la “prueba indirecta por excelencia” para determinar la responsabilidad estatal, donde a partir de hechos acreditados a través de una operación lógica y aplicando las máximas de la experiencia puede establecerse uno desconocido. Ahora bien, siguiendo con lo establecido en el procedimiento civil, los indicios deben apreciarse en conjunto con “las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración su gravedad, concordancia, convergencia y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación procesal (...). Así mismo, para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso y el juez podrá deducir

indicios de la conducta procesal de las partes”.[84]

En ese contexto, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa en la sentencia del 5 de abril de 2016, exp. 24984[85] destacó que a diferencia del derecho penal, en materia de responsabilidad extracontractual, la valoración probatoria es más flexible, “donde no es necesario el mismo grado de individualización de los actores y determinación de las circunstancias de modo en las que ocurrieron.”[86] Al respecto, se consideró “la importancia de flexibilizar el baremo probatorio exigido para la comprobación de los hechos dañosos en el contexto de una acción de reparación directa, especialmente relativa a hechos vinculados con la ejecución extrajudicial, y hacer énfasis en la necesidad de marcar una distinción clara respecto de lo que sucede con la acción penal. La Sala insistió en la importancia de valorar las pruebas a la luz de patrones delictivos, como el de las ejecuciones extrajudiciales. Se comprobó que el arma de fuego hallada junto al cadáver no pudo haber sido accionada por presentar fallas.”[87]

La anterior postura, fue reiterada en la sentencia del 23 de marzo de 2017, Exp. 50941, el Consejo de Estado conoció el caso de una persona que fue sacada de su finca por miembros del Ejército Nacional, llevada a una vereda contigua, asesinada y presentada como guerrillero muerto en combate, con un fusil AK47 en su poder. No se le practicó la inspección de cadáver, sino que fue trasladado a una unidad militar en helicóptero y luego entregado a una morgue de un municipio aledaño. La víctima era un joven agricultor de la región y nunca tuvo vínculos con grupos al margen de la ley.

En esa oportunidad el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo encontró que las pruebas obrantes en el expediente evidenciaron que no existió un combate, al no haber ningún elemento que permitiese afirmar que había portado el fusil encontrado ni que lo hubiere disparado, concretamente señaló que “[t]odo lo anterior, impide a la Sala que se pueda llegar a deducir, con algún grado mínimo de certeza, que en verdad el hoy occiso hubiera disparado, ni mucho menos que hubiere portado dicho fusil o, de lo que resulta esencial, que hubiera representado peligro alguno para los uniformados cuando fue abatido, como afirmó la demandada para justificar el uso de las armas en su contra.”[88] Analizadas las pruebas, el Consejo de Estado condenó a la Nación al encontrar que:

“Con fundamento en los referidos hechos indicadores y teniendo en cuenta los requisitos y

elementos de la prueba o razonamiento indiciario que se dejaron esbozados, forzoso resulta concluir para la Sala que en el caso concreto se configuró una grave falla en el servicio imputable al Ejército Nacional, comoquiera que las circunstancias que rodearon la muerte del joven Darío Alberto Mejía Buitrago ponen de presente un actuar que resulta desde todo punto de vista arbitrario y antijurídico, pues se ultimó a un ciudadano que no se halla demostrado que ofreciera peligro alguno para el grupo de militares que ocasionó su muerte, amén de que ese lamentable hecho no ha sido debidamente investigado y juzgado por las autoridades judiciales competentes.

Todo lo anterior permite a la Sala concluir que el fallecimiento del señor Darío Mejía Buitrago se enmarca dentro del fenómeno denominado por los medios de comunicación como “falso positivo”, pero que, desde el punto de vista jurídico corresponde con lo que técnicamente se designa como ejecución extrajudicial u homicidio en persona protegida; en efecto, el homicidio en persona protegida se encuentra tipificado en Colombia en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (...).[89]

61. En conclusión, el Consejo de Estado ha precisado que en casos de graves violaciones graves a los derechos humanos[90] -como los falsos positivos- la prueba directa es muy difícil de obtener por las circunstancias en que ocurren, de modo que la indiciaria se erige como el elemento probatorio prevalente para determinar la responsabilidad estatal, en un ejercicio de flexibilización de los estándares probatorios.

La flexibilización probatoria en la justicia internacional

86. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988[91], en cuanto a los criterios de valoración probatoria señaló que son menos formales por la gravedad de las conductas que encierran, de ahí que lo correspondiente sea aceptar que la prueba directa -documental o testimonios- “no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”[92], de ahí que, “La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las

víctimas”.[93]

La flexibilización de los estándares probatorios en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Reiteración de jurisprudencia

En igual sentido, el fallo T-535 de 2015 al estudiar una acción de tutela contra una decisión judicial que negó la condena a la Nación por la ejecución extrajudicial de unos jóvenes, resaltó la importancia de flexibilizar los estándares probatorios aplicables. Al respecto, señaló que al adentrarse en el estudio de los testimonios que obraban en el expediente, estos daban cuenta de las víctimas estuvieron un “bazar” hasta altas horas de la noche y después aparecieron muertos, vestidos de camuflado, fueron trasladados en vehículos desconocidos y posteriormente, los cadáveres custodiados por militares, sumatoria de indicios que llevó a concluir, a través de las reglas de la experiencia, que se trató de una falla en el servicio.[95]

En la sentencia T-237 de 2017, al decidir una acción de tutela contra una providencia judicial que negó la reparación de los perjuicios causados por la ejecución extrajudicial de un campesino que posteriormente fue presentado como muerto en combate, esta Corporación reiteró la necesidad e importancia de flexibilizar los estándares probatorios cuando se trate de casos que entrañan graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, la Corte sostuvo que tratándose de graves violaciones a los derechos humanos, la “justicia rogada” no opera con todas sus formalidades, recayendo sobre el juez la obligación de garantizar los derechos de quienes acuden a la justicia, debiendo si es del caso, decretar pruebas de oficio y adoptar las medidas necesarias para resolver la controversia puesta a su consideración.

Adicionalmente advirtió la Corte que en situaciones de vulnerabilidad “crece de forma inversamente proporcional la obligación de la autoridad judicial de utilizar todos los medios a su alcance para salvaguardar los derechos de aquel (equidad), con miras a otorgar una administración de justicia eficiente y de calidad. Lo anterior, tiene asidero en las obligaciones constitucionales y legales de los jueces como protectores de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en la función de administración de justicia que les corresponde, la cual, en materia de graves violaciones a los derechos humanos, les impone los deberes de búsqueda de la verdad real, realización de la justicia material y eficacia de

los derechos sustantivos.”

63. Con base en las decisiones anteriores se concluye que en materia de graves violaciones de los derechos humanos, es imperativo aplicar de manera flexible los estándares probatorios y es deber de los jueces el ejercer las facultades oficiosas a fin de garantizar la justicia material, respetando los derechos fundamentales de las partes.

Caso concreto

La presente acción de tutela es procedente

64. El presente asunto guarda relevancia constitucional al invocarse la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de las presuntas víctimas de una ejecución extrajudicial, cuyas garantías superiores, en principio, parecieran verse afectadas con la decisión censurada. Además, satisface el requisito de la inmediatez porque la sentencia impugnada fue proferida el 1.º de febrero de 2016 y notificada por edicto el 11 de febrero del mismo año.

Por su parte, la acción de tutela fue instaurada el 12 de mayo de 2016, es decir, cuando habían transcurrido tres (3) meses desde la decisión desfavorable, lapso que resulta proporcionado y razonable. Asimismo, se observa que la parte actora agotó todos los medios judiciales de defensa que tenía a su alcance, puesto que al estar en presencia de un proceso de segunda instancia, y al no existir recursos ordinarios contra la decisión que pone le fin al trámite, la accionante no dispone de otras herramientas.

65. Además, se observa que tampoco es procedente el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, debido a que las causales que lo viabilizan son taxativas y tienen naturaleza restrictiva[96]. En ese orden, aspectos como la valoración indebida de las pruebas -que dio lugar a una decisión incongruente y ambigua según el dicho de la actora- o el desconocimiento del precedente, no pueden ser cuestionados a través de dicho mecanismo, dado que su finalidad no es “corregir errores ´in judicando` ni puede fundamentarse en las mismas pruebas que sirvieron de soporte a la decisión que puso término al proceso, pues para estos yerros están previstos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del propio proceso”.[97]

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, este recurso es una acción que pretende “un examen detallado de ciertos hechos nuevos que afectan la decisión adoptada y el sentido de justicia que de ella emana. La acción de revisión, en la medida en que afecta la certeza brindada por la cosa juzgada, es no sólo extraordinaria sino que además procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, y no es posible aducir otras distintas. Y esta taxatividad es razonable, pues se trata de “una figura que modifica providencias amparadas en el principio de cosa juzgada”, y por ello “las causales previstas para la revisión deben ser aplicadas e interpretadas en sentido restringido”[98]

En consecuencia, la revisión no es un recurso extraordinario al que pueda acudir la parte actora para controvertir la sentencia del Consejo de Estado – por (i) la valoración probatoria, (ii) una decisión ambigua y ambivalente, (iii) el desconocimiento del precedente jurídica, y (iv) una extralimitación en la competencia del juez de apelación – quedando la acción de tutela como el único medio del que dispone para reclamar la protección de sus derechos.

66. También la demandante identificó los hechos que generaron la vulneración y los derechos trasgredidos con la decisión censurada, y se verificó que no se instauró contra una decisión de tutela ni se trata de una sentencia de constitucionalidad proferida por el Consejo de Estado, sino una adoptada en el marco de una acción de reparación directa.

Cumplidos los criterios generales de procedibilidad la Sala pasará a examinar si se configuran los defectos alegados por la accionante en el escrito de tutela.

Análisis de las causales específicas de procedibilidad

67. A efecto de resolver este punto, la Sala desarrollará los defectos endilgados a la providencia censurada, en el evento de que alguno de ellos prospere, por sustracción de materia se abstendrá de estudiar los restantes.

(i) No configuración de defecto sustantivo al resolver el recurso de apelación

Para resolver el anterior cuestionamiento la Sala debe: i) establecer normativa y jurisprudencialmente el contenido y alcance del defecto que invoca; ii) precisar -con las pruebas que obran- en el expediente, cuál fue el objeto de la apelación dentro de la acción de reparación directa incoada por la parte actora contra la Nación – Ministerio de Defensa

Nacional – Ejército Nacional y iii) determinar, con base en las conclusiones de los puntos antes mencionados, si en el presente caso se incurrió en la causal genérica de procedibilidad alegada u en otra que amerite dejar sin efecto la decisión judicial acusada.

a) Contenido y alcance del defecto invocado

69. De acuerdo con la situación fáctica descrita por la actora en el escrito de tutela y lo previamente señalado por la Sala, lo que la demandante verdaderamente invoca no se inscribe dentro del concepto jurídico defecto procedimental, pues sus argumentos se alejan de cualquier discusión de tipo procesal, dado que no se trató de la pretermisión de una etapa procesal cuya incidencia sea relevante en la decisión censurada; por el contrario, se acerca al concepto de defecto sustantivo si se observa que sus razonamientos tienen que ver con las normas sustanciales que limitan la competencia de los jueces contenciosos administrativos para decidir las respectivas apelaciones.

En conclusión, pese a que la actora invocó el defecto procedimental, su contenido está dirigido a controvertir otra causal, por lo que de oficio, la Sala lo adecuará al yerro sustantivo y estudiará su pretensión en el marco de la indebida aplicación de la norma que establece la competencia de los jueces al resolver la apelación.

b) El objeto de la apelación presentada por las demandantes y demandada dentro del proceso de reparación directa contra el Ejército Nacional

70. Observa la Sala que en la sentencia de primera instancia del 22 de agosto de 2014, proferida dentro del proceso de reparación directa de Amélida Peña Rangel y otra, contra la Nación-Ejército Nacional, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander: a) Estableció la existencia de responsabilidad civil extracontractual del Estado por la muerte del señor Olivio Peña Ortega, teniendo como título de imputación la falla en el servicio; b) condenó al Estado -Ejército Nacional- a indemnizar en favor de Maide Peña Rangel el daño antijurídico -derivado de la muerte del señor Olivio Peña Ortega-, mediante el pago de una indemnización; y c) negó el reconocimiento del daño a Amélida Peña Rangel por no encontrar acreditada su legitimidad por activa, pues no probó el parentesco con el occiso.

Como consecuencia de la anterior decisión, contra esta se presentaron dos apelaciones, a saber: i) la señora Amélida Peña Rangel señalando que el a quo erró al no reconocer su

legitimidad por activa y, asimismo, el derecho que le asistía ser indemnizada en razón del daño antijurídico derivado de la muerte del señor Olivio Peña Ortega; y ii) la entidad demandada que solicitó revocar la decisión de primera instancia y negar la totalidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto la responsabilidad civil extracontractual del Estado no se configuró, en tanto que no hubo falla del servicio, y toda vez que, medió una causal eximente como lo es la culpa exclusiva de la víctima, expresando además como argumentos subsidiarios, la falta de apreciación de dos (2) testimonios obrantes en el proceso, la errónea tasación de los perjuicios y haberse proferido un fallo extra petita.

c) Análisis del yerro endilgado

71. Teniendo presente que la demanda de reparación directa, en la cual fue expedida la decisión judicial que ahora es objeto de acción de tutela, fue presentada bajo la vigencia del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - y los recursos de apelación fueron presentados bajo la vigencia del Código General del Proceso -año 2014-, son estas dos las codificaciones las pertinentes para efectos del análisis que debe hacerse sobre la competencia sustancial de segunda instancia de los jueces contencioso administrativos.[99]

El Código Contencioso Administrativo si bien regula los recursos ordinarios, entre ellos el de apelación contra las sentencias proferidas por los órganos judiciales que comprenden la jurisdicción contenciosa administrativa, no establece de manera expresa el ámbito de la competencia sustancial en segunda instancia, motivo por el cual por remisión expresa del artículo 267 idem, debe acudir al Código General del Proceso en cuyo artículo 328 establece que la competencia en segunda instancia se circunscribe a los argumentos expuestos por el apelante, y que, cuando ambas partes hayan apelado la totalidad de la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior puede resolver sin limitaciones.

Lo anterior indica que, el ámbito de la competencia sustancial del juez superior -en este caso el de segunda instancia- en principio tiene la siguiente dinámica: a) en el caso de haber apelante único, está restringido a los argumentos expuestos en la apelación y únicamente en lo favorable a éste -salvo que la modificación de la sentencia haga indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con la apelación-; b) en caso de

apelación parcial de ambas partes -demandante y demandado- y el ámbito de competencia se restringe a los argumentos de las apelaciones -por obvia razones sin la prohibición de que la decisión resulte desfavorable alguna de ellas-; c) en caso de apelar ambas partes y que dichas apelaciones abarquen toda la sentencia, el juez -por obvias razones- puede resolver sin limitaciones.

72. Ahora bien, en el presente caso como se indicó en líneas previas se presentaron dos apelaciones, por lo tanto el juez de segunda instancia estaba circunscrito a la segunda de las opciones antes mencionadas esto es podía resolver todos los cuestionamientos planteados por las partes apelantes e incluso de oficio adoptar las decisiones en los casos que permita la ley.

73. Teniendo presente lo señalado en líneas anteriores se observa que si bien la demandante circunscribió el objeto de sus apelaciones a la legitimidad por activa y a la tasación de la indemnización de los perjuicios, la demandada contravirtió expresamente la existencia de la responsabilidad civil extra contractual del Estado -argumentando inexistencia de falla del servicio y culpa exclusiva de la víctima-, asunto este último que en virtud del contenido normativo antes señalado el juez estaba en la obligación legal de revisar.

En ese orden de ideas, así como ocurrió en la sentencia enjuiciada, el Consejo de Estado al analizar uno de los argumentos de las apelaciones -la existencia de la responsabilidad civil extra contractual del Estado- concluyó que no existía título de imputación para la responsabilidad estatal, por lo que es jurídicamente válido concluir que aquella decisión no incurrió en la situación descrita en sede de tutela y, en consecuencia, no se configuró el defecto objeto de análisis.

74. No sobra señalar y precisar que en el caso bajo estudio la apelación de la señora Amélida Peña Rangel y aun cuando se circunscribía únicamente a discutir su legitimación por activa no podía restringir el ámbito de competencia del superior funcional a ese asunto porque no se trataba de apelante única, puesto que la demandada cuestionó el fundamento de la responsabilidad estatal. Por tanto, el juez tenía la obligación de, una vez resueltos y aceptados los argumentos de aquélla, relacionados con la legitimidad por activa, proceder a revisar el fundamento de la responsabilidad estatal teniendo, incluso, la facultad de revocar

la sentencia de primera instancia en el evento de no encontrarla jurídicamente demostrada.

Por lo expuesto, el cargo endilgado, no está llamado a prosperar, razón por la cual la Sala Plena abordará el estudio del defecto fáctico por indebida valoración probatoria que se alega.

(ii) Configuración del defecto sustantivo y por desconocimiento del precedente al no aplicar la flexibilización de los estándares probatorios en materia de graves violaciones a los derechos humanos

75. De acuerdo con los parámetros plasmados en las consideraciones generales de esta providencia, este Tribunal procede a analizar la decisión proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el marco del proceso de reparación directa, con especial atención en la aplicación de los principios de equidad y pro homine en la valoración de las pruebas que sustentaron la decisión de no encontrar demostrada la responsabilidad del Ejército Nacional, Ministerio de Defensa Nacional, en la muerte del señor Olivo Peña Ortega.

a) Valor probatorio de las pruebas trasladadas

76. En la demanda de tutela la actora reprocha que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado no precisó de manera “inequívoca” el valor otorgado a la prueba trasladada de los procesos disciplinario y penal que se adelantaron contra los miembros del Ejército Nacional involucrados en la muerte de Olivo Peña, toda vez que el fallo es confuso y “no señaló explícitamente y concretamente si les negó valor a esos medios de pruebas, o se la otorgó, pudiéndose inferir que se la negó, dado que no habrían sido practicados con audiencia concreta de la parte demandada; no obstante más adelante hace copiosa referencia a esos medios suasorios, lo que impide conocer cuál fue la decisión adoptada respecto a ellos, y en el numeral 25, refiere que valorará todos los medios de prueba trasladadas de los procesos penales y disciplinarios, pero con las limitaciones y en las condiciones señaladas, lo que impide conocer cuáles consideró plenamente eficaces, cuáles excluyó de plano y cuáles eventualmente tendría en cuenta como indicios”. [100]

En efecto, la providencia objeto de esta tutela, luego de analizar la viabilidad de traer las

pruebas trasladadas desde los procesos penales y disciplinarios adelantados a propósito de la muerte del señor Olivo Peña Ortega, concluyó:

“Con base en los anteriores criterios, la Sala al no encontrar reunidos alguno de los supuestos de excepción no dará valor probatorio a medios probatorios trasladados desde el proceso penal ordinario, sin perjuicio de lo cual la Sala constata que examinados los mismos se valoraran como indicios, especialmente aquellos que establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció violentamente OLIVO PEÑA ORTEGA, ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la vulneración de derechos humanos y las violaciones al derecho internacional humanitario o a otras normas convencionales que habrá que establecer con posterioridad, y para lo que es necesario tener en cuenta como indicio lo contenido en las mencionadas declaraciones, dando prevalencia a lo sustancial por sobre el excesivo rigorismo procesal”. [101]

De lo expuesto se desprende que la sentencia no le otorgó valor probatorio a los documentos trasladados de los procesos penal y disciplinario, empero, les dio tratamiento de indicios.

77. En consecuencia, se admite que si bien no fueron apreciados como prueba directa, fueron estudiados por el juez de lo contencioso administrativo como indicios como se verá más adelante. Por tanto, el cargo por defecto fáctico por no valoración de las pruebas trasladadas, no está llamado a prosperar.

78. Según la parte actora, la sentencia impugnada contiene argumentos “ambiguos, contradictorios y confusos” [102], que desconocen el deber legal que le asistía al juez de emitir decisiones claras y comprensibles, basadas en una valoración fáctica adecuada, sin conclusiones antagónicas y contradictorias. [103]

79. De acuerdo con lo expuesto en la parte general de esta providencia en relación con el defecto sustantivo, ante presuntas violaciones graves a los derechos humanos, le corresponde a los jueces valorar los elementos probatorios con un tamiz flexible, a la luz de los principios de equidad y pro homine, por tratarse de asuntos que encierran una asimetría de poder y, por tal razón, gran dificultad probatoria. Además, de encontrarse de por medio los intereses de las víctimas, quienes generalmente son población vulnerable que busca obtener la reparación por el daño causado, por lo que una exigencia rigurosa en la dinámica

probatoria no solo resulta excesiva sino revictimizante.

De cara a lo señalado por la actora y contrastado con la sentencia censurada, la Sala Plena observa que de las pruebas obrantes en el expediente, al menos pueden extraerse los siguientes hechos indicadores:

a. De acuerdo con el “Informe Especial de Inteligencia” de la Central Táctica de Ocaña (visible a folio 23 del cuaderno 2), existía información relacionada con la presencia de miembros del frente Carlos Armando Cacua Guerrero del ELN en la jurisdicción del municipio de San Calixto, veredas La Perla y Puente Real. Por lo que se efectuaron unas recomendaciones encaminadas a “reorientar una operación militar sobre este sector a fin de neutralizar posibles acciones terroristas en contra de las tropas”. En virtud de ello, se inició la operación Atenas, misión táctica Abarrote, adelantada por la Unidad Coyote Uno (fl. 107 del cuaderno 3).[104]

b. Según los reportes consignados por los militares el día en que murió el señor Olivo Peña Ortega[105], ellos se encontraban realizando una labor de patrullaje “[e]l día 14 de Agosto (sic) del 2008 se inicia movimiento a partir de las 20:30 horas (...) se inicia infiltración. Se escucharon unos ruidos extraños (...) se procedio (sic) a gritar la proclama del Ejército Nacional el cual respondieron con fuego inmediatamente se respondió con fuego hacia el sector donde nos disparaban. Aproximadamente el intercambio de disparos duró de 2 a 3 minutos”. [106]

c. La muerte del señor Olivo Peña Ortega, fue a consecuencia de los disparos por arma de fuego que recibió, según el informe pericial de necropsia No. 20081010154498000122 del 18 de agosto de 2008:

“INFORMACIÓN DISPONIBLE AL MOMENTO DE INICIAR LA NECROPSIA

Datos del acta de inspección:

- Resumen de hechos: persona adulta que fallece el 15 de agosto al parecer durante enfrentamiento armado en zona rural de San Calixto.
- Hipótesis de manera aportada por la autoridad: Violenta – homicidio

- Hipótesis de causa aportada por la autoridad: Proyectoil de arma de fuego

RESUMEN HALLAZGOS

Se encontraron durante el procedimiento de la necropsia cinco heridas por proyectil de arma de fuego que laceraron vasos de mediano calibre, parénquima pulmonar y se presentaron fracturas de piezas dentarias y de maxilar inferior.

OPINIÓN PERICIAL

Se trata de un hombre adulto de constitución (sic)s mediana de ocupación agricultor, de estado civil separado quien fallece en shock hipovolémico secundario a heridas de proyectil de arma de fuego en la vereda la Perla jurisdicción del municipio de San Calixto al parecer durante combates contra el ejército.

EXAMEN EXTERIOR

DESCRIPCIÓN DEL CADAVER: Hombre adulto (a), de Contextura MEDIANA. Quien presenta múltiples impactos por proyectil de arma de fuego.

(...)

PRENDAS: botas, color negro, material, caucho, talla: nd, marca: venus, observación: nd, pantalón, color: café, material: dril, talla: 28 (...) observación: con desgarros en el pantalón que corresponden a los orificios hallados en el cuerpo, camiseta, color: gris

(...)

DESCRIPCIÓN ESPECIAL DE LESIONES

DESCRIPCIÓN DE LAS LESIONES POR ARMA DE FUEGO (CARGA ÚNICA)

1.1 Orificio de Entrada: De 0.3 cm de diámetro sin tatuaje ni ahumamiento localizado a 48 cm del talón localizada en tercio distal cara interna de muslo derecho cara posterior.

1.4 Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

2.1 Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizada en tercer espacio intercostal izquierdo con línea axilar posterior sin tatuaje ni ahumamiento a 18 cm de la línea media posterior y a 36 cm del vertex.

2.4 Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha.

3.1 Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en tercio proximal externo de brazo izquierdo a 11 cm del acromion sin tatuaje ni ahumamiento.

3.4 Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha.

4.1 Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro sin tatuaje ni ahumamiento localizado parte alta izquierda de cuello cara posterior a 7 cm de la línea media posterior y a 18 cm del vertex

4.4 Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha

5.1 Orificio de Entrada: de 0.5 cm de diámetro sin tatuaje ni ahumamiento localizado en región escapular derecha a 8 cm de la línea media anterior y a 32 cm del vertex

5.4 Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha”.[107]

d. De acuerdo con el Formato de Inspección Técnica a cadáver realizado el 15 de agosto de 2008, diligenciado por la Policía Judicial del CTI de Ocaña en la vereda La Perla del corregimiento de Puente Real del municipio de San Calixto (Norte de Santander), se hicieron los siguientes hallazgos:

“DESCRIPCIÓN DEL LUGAR DE LA DILIGENCIA (Incluyendo los hallazgos y procedimientos realizados) (...)llegamos al sitio de los hechos a las 11:35 el terreno es plano y a los lados de la vía es zona montañosa al llegar al lugar no se observa acordonado el lugar de la escena, la observación y localización de los elementos materiales de prueba (...) localizándose los siguientes elementos así: EMP N° 1 una (1) vainilla calibre 5.56 con su

fulminante percutido, EMP N° 2 una (1) vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido EMP N° 3 una (1) vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido EMP N° 4 una (1) vainilla calibre 9mm con su fulminante percutido EMP N° 5 un bolso verde tipo morral en su interior se hallaron dos (2) granadas de 60 mm para mortero una (1) cuchilla con su vaina, un (1) bolso tipo canguro camuflado EMP N° 6 occiso N.N. MASCULINO. EMP N° 7 una (1) subametralladora INGRANS USA Serie 334455 con un proveedor que en su interior se hallaron trece (13) cartuchos calibres (sic) 9 mm, el cadáver se halló en una bajada pronunciada con vegetación espesa de difícil acceso y EMP N° 8 tres (3) (cartuchos) se corrigió tres vainillas calibres (sic) 9 mm. Todos estos elementos fueron registrados, fotografiados y topográficamente donde se plasman las medidas.

(...)

7. OBSERVACIONES No se toma muestra de residuos de disparo porque las manos estuvieron expuestas durante 5 horas a la lluvia, las granadas de mortero se destruyen”.[108]

f. Según el certificado del Comando General de las Fuerzas Militares, la víctima no aparecía registrada como portadora legal de armas de fuego.[109]

g. Dentro del proceso disciplinario que se inició en contra de los militares que participaron en la operación táctica “Abarrote”, en la que resultó muerto el señor Peña Ortega, los miembros del Ejército Nacional coincidieron en afirmar que no vieron a ningún miliciano, pues solo uno de ellos observó a alguien que se movía y que al gritar la proclama del Ejército Nacional, respondió con fuego, por lo que tuvieron que accionar sus armas de fuego para repelerlo.[110]

h. Durante el enfrentamiento armado, la unidad Coyote Uno gastó 100 cartuchos de munición asignados, tal y como consta en el Acta de material gastado del 15 de agosto de 2008.[111] Asimismo, el “Radiograma” da cuenta de que en esa fecha, se gastaron 100 cartuchos de los fusiles de dotación oficial, calibre 5.56. Al respecto:

“PERMITOME INFORMAR ESE COMANDO X GASTO MATERIAL GUERRA COMBATE DE ENCUENTRO X DIA 15 AGOSTO DE 2008 06:00 X EN DESARROLLO DE LA OPERACIÓN ATENAS MISION TACTICA ABARROTE X VEREDA PUENTE REAL X MUNICIPIO DE SAN CALIXTO

X COORDENADAS (8°33'18" - 73°09'01") X CONTRA NARCOTERRORISTAS PERTENECIENTES A LA CUADRILLA CARLOS CACUA GUERRERO DEL ELN X MUNICION CALIBRE 5.56 INDUMIL LOTE 0659 CANTIDAD 100 X CS. HERNANDEZ MORA JAIME 20 X SLP. CAICEDO MEDRANO JUAN 28 X SLP BERNAL RINCON FREDY 30 X SLP CAMILO FIGUEROA JHON 22 X MY HERRAN VILLALBA JOSE REINEL X CDT. BCG95".[112]

i. En la "orden de batalla" del Ejército Nacional, que diseñó la ofensiva militar en la zona de San Calixto y El Tarra, para contrarrestar la estructura criminal que delinquía en el sector, se identificaron como milicianos de grupos al margen de la ley a personas distintas a la víctima.[113]

80. En efecto, la Sala Plena observa que los hechos indicadores reseñados en los literales desde la a) a la i) no constituyen prueba directa del presunto falso positivo. Sin embargo, no puede perderse de vista que la jurisprudencia admite las pruebas indirectas como válidas, entre ellas los indicios. Correspondiéndole al juez, a partir de hechos conocidos, realizar una inferencia lógica, para determinar la existencia de un supuesto fáctico.

81. En ese orden, el Consejo de Estado debió tomar los hechos indicadores y realizar la inferencia lógica a partir de las reglas de la sana crítica en clave de los principios de equidad y pro homine. En otras palabras, el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa debió flexibilizar los estándares probatorios, por tratarse de un presunto caso de falso positivo, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia de ese Tribunal, constituye una grave violación a los derechos humanos y, por tal virtud, exige que el rasero probatorio sea inferior -al de cualquier otro tipo de casos- y que ante la duda debía "privilegiar racionalmente aquellas que acrediten un grado superior de probabilidad lógica o de probabilidad prevaleciente, resultado que se obtiene aplicando las reglas de la experiencia que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o generalizaciones del sentido común"[114].

82. Así las cosas, la Sección Tercera debió apreciar en su conjunto los hechos probados y los indicios que de ellos se desprenden, a efecto de determinar si la muerte del señor Olivo Peña Ortega tuvo como causa o finalidad la legítima defensa del orden público por parte del Ejército Nacional o, si por el contrario, devino como consecuencia de una actuación ilegal e ilegítima de las Fuerzas Militares.

83. Los anteriores elementos de juicio también debieron analizarse de cara al contexto histórico en que sucedieron los hechos, pues como bien lo dice la sentencia censurada, se ha acudido a recrear escenarios de supuestos enfrentamientos armados para “involucrar a la víctima quien seguramente fue escogida al azar para proceder a esta ´falsa acción para el cumplimiento de mandatos constitucionales`”.[115]

84. Asimismo, debió considerar que tratándose de casos de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias -como los comúnmente denominados falsos positivos- adelantadas por miembros de las fuerzas armadas, la jurisprudencia del Consejo de Estado[116] ha precisado cómo la existencia de ciertos elementos, conductas o actuaciones pueden ser indicios de la responsabilidad del Estado, por ejemplo, las declaraciones efectuadas por los uniformados involucrados o la ausencia de antecedentes penales de la víctima, entre otros.

85. La falencia de orden sustantivo de la Sección Tercera, llevó a que la sentencia censurada arribara a conclusiones contradictorias, por cuanto los hechos indicadores despertaban por lo menos una duda acerca de la ocurrencia de los hechos. Pues a la luz de los principios de la equidad y pro homine no es admisible que (i) una muerte calificada como “violenta y atroz”[117], (ii) de una persona identificada como jornalera de la región, (iii) sin antecedentes penales, (iv) que se encontraba en estado de “indefensión” por la posición en que fue encontrado en cadáver y la trayectoria de los disparos, (v) cuyo deceso ocurrió por el accionar de los miembros del Ejército Nacional; y (vi) sin que estuviese probado un combate; derive en que no logró probarse ninguna de las tesis propuestas por las partes y, por tanto, no configurado el daño antijurídico imputable a los agentes del Estado.

86. Al no aplicar los principios de equidad y pro homine en la flexibilización de los estándares probatorios, la Sección Tercera perdió de vista su propia jurisprudencia, que ante los denominados falsos positivos, ha admitido que obtener una prueba directa del suceso es casi imposible por las confusas circunstancias en que ocurren los hechos, la vulnerabilidad de las víctimas y, principalmente, porque la prueba está en manos de la contraparte.

87. De lo expuesto, la Sala observa que le asiste razón a la demandante al afirmar que la

sentencia es contradictoria, ya que en algunos apartes, basada en los indicios, afirma que la muerte del señor Olivo Peña ocurrió de manera “violenta y atroz”[118], encontrándose la víctima en “estado de indefensión”[119] en un combate que no existió. Sin embargo, al final concluye que no hay pruebas suficientes que determinen si la muerte de la víctima ocurrió a causa del accionar del Ejército y como producto de un acto contrario al deber de proteger la vida de los habitantes del territorio nacional.[120]

88. En orden a lo anterior, al juez contencioso administrativo le correspondía morigerar las reglas de valoración probatoria, concretamente de los indicios, y aplicar los criterios que fueron referidos en el capítulo denominado “la flexibilización probatoria en casos de graves violaciones a los derechos humanos”, para resolver el caso, con plena y rigurosa observancia de las garantías de justicia material y del debido proceso. Empero, interpretó erróneamente la ley, al asignarles un rasero muy alto para lograr la convicción del juez, olvidando aplicar los principios de equidad y pro homine.

89. Finalmente y siguiendo con los presupuestos que exige la jurisprudencia de la Corte para que proceda la acción de tutela contra decisiones de órganos de cierre, el error encontrado en la sentencia censurada es de tal magnitud que amerita la intervención del juez constitucional, al encontrarse de por medio la satisfacción de garantías fundamentales, vulneradas en el marco de un proceso de reparación directa por graves violaciones a los derechos humanos.

90. En conclusión, la Corte Constitucional encontró que el Consejo de Estado incurrió en un desconocimiento del precedente, toda vez que en materia de homicidios en persona protegida -denominados comúnmente falsos positivos-, existe una nutrida línea jurisprudencial por parte de ese Tribunal y también de esta Corporación sobre la flexibilización de los estándares probatorios en materia de violaciones graves a los derechos humanos, admitiendo que demostrar tal hecho mediante una prueba directa es casi imposible por la vulnerabilidad de las víctimas y la posición dominante que ejercen las Fuerzas Militares, por lo que se ha establecido que los indicios son los medios probatorios que por excelencia permiten llevar al juez a determinar la responsabilidad de la Nación, aplicando un rasero menor que el que podría aplicarse en materia penal.

En ese contexto, halló la Sala Plena que en el asunto bajo estudio, el Consejo de Estado

también incurrió en un defecto sustantivo por un error en la interpretación de los principios pro hómine y de equidad, al no haber aplicado la ya mencionada flexibilización de los estándares probatorios a efecto de privilegiar la justicia material, utilizando medios de prueba indirectos como los indicios o morigerando la carga de la prueba para demostrar el perjuicio material objeto de la reclamación.

91. Finalmente, la Corte advierte que al haber prosperado los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente en cuanto a la flexibilización de los estándares probatorios, por sustracción de materia, la Corte no estudiara el cargo por desconocimiento del precedente en cuanto al régimen de imputación objetivo por daños causados con arma de dotación oficial.

Las órdenes por impartir

92. Por lo expuesto, se revoca la sentencia de 29 de junio de 2017, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado y se confirma la providencia del 23 de febrero de 2017 emitida por la Sección Cuarta de esa Corporación que había concedido el amparo solicitado por Amélida Peña Rangel, dejando sin efectos la decisión censurada y ordenándole a la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferir un nuevo fallo.

93. Teniendo en consideración que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 9 de junio de 2017, dentro del expediente de reparación directa No. 54 001 23 31 000 2010 00370 01 (53704), dio cumplimiento a la decisión de tutela de primera instancia que se confirma y que le ordenó proferir una nueva decisión en este asunto, la Sala Plena dejará en firme dicha providencia.

94. Finalmente, se dispone levantar la suspensión de términos decretada por la Sala Plena mediante auto del 10 de noviembre de 2017.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada por la Sala Plena en auto del 10 de noviembre de 2017.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de 29 de junio de 2017, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado y CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión del 23 de febrero de 2017, emitida por la Sección Cuarta de esa Corporación, que amparó los derechos fundamentales de la señora Amélida Peña Rangel, dejando sin efectos el proveído de 1.º de febrero de 2016, proferido por la Subsección C de la Sección Tercera de la misma Institución.

TERCERO.- DEJAR EN FIRME la sentencia del 9 de junio de 2017, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del expediente de reparación directa No. 54 001 23 31 000 2010 00370 01 (53704), por medio de la cual dio cumplimiento a la decisión de tutela de primera instancia que se confirma y que le ordenó proferir una nueva decisión en este asunto.

CUARTO.- ORDENAR que por Secretaría General se libren las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Impedimento aceptado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

En comisión de servicios

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

[1] A efecto de dar claridad al relato, los hechos descritos fueron complementados con los consignados en el proceso de reparación directa surtido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyo expediente fue aportado al trámite de revisión de la tutela.

[2] Citó las sentencias del 29 de mayo de 2014, Rad. 2000-4596-01; del 11 de agosto de 2010, Rad. 19289; y del 11 de noviembre de 2009, Rad. 17927, 10 de agosto de 2005, Rad. 15127, 14 de julio de 2001, Rad. 12696 del Consejo de Estado.

[4] Ver sentencia de primera instancia, fl. 228, del cuaderno 2.

[5] Sentencia censurada.

[6] Ver sentencia impugnada, folio 398 vto del cuaderno 2.

[7] Ver sentencia impugnada, folio 354 del cuaderno 2.

[8] Ver sentencia impugnada, folio 368 del cuaderno 2.

[9] Ver sentencia impugnada, folio 372 vto del cuaderno 2.

[10] Citó las sentencias de unificación de 9 de febrero de 2012, Exp. 21060 y 20104 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que al respecto, sostuvieron que: “la non reformatio in pejus como garantía que le imposibilita al juez de segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política” (subrayas y negrillas del texto).

[11] Se señala que: (i) la sentencia de 9 de mayo de 2011, Exp. 19976, resolvió un caso de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado por muerte de una persona con arma de dotación oficial; (ii) el fallo de 28 de abril de 2014, Exp. 21896, decidió caso del homicidio a un menor de edad con arma de dotación oficial por asuntos personales, “que no

guardaron relación alguna con el servicio”; y (iii) el fallo de 16 de agosto de 2012, Exp. 24990, resolvió un caso por lesiones personales con arma de dotación oficial portada de manera irregular. Las anteriores decisiones resolvieron casos diferentes al planteado por la demandante, por lo que no constituyen un precedente aplicable.

[12] Cfr. Fl. 128 de la providencia en cita. Negrillas y mayúsculas del texto.

[13] Ver escrito de impugnación, folio 221.

[14] Cfr. Sentencia de tutela de segunda instancia.

[15] Sentencias de unificación del 19 de abril, exp. 21515 y del 23 de agosto de 2012, exp. 24392 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

[16] Cita las sentencias del 29 de mayo de 2014, Exp. 29882; 28 de abril de 2014, Exp. 21896; 9 de abril de 2014, Exp. 29811; 16 de agosto de 2012, Exp. 24990; 9 de mayo de 2011, Exp. 19976; 11 de agosto de 2010, Exp. 19289; 22 de abril de 2004, Exp. 15088; y 14 de julio de 2001, Exp. 12696.

[17] Sentencia SU-396 de 2017.

[18] Sentencia SU-396 de 2017, citando la T-555 de 2009.

[19] Sentencia T-031 de 2016, T-497 de 2013, T-320 de 2012, T-891 y T-363 de 2011.

[20] Sentencia T-145 de 2017.

[21] Sentencia SU-573 de 2017.

[22] Sentencias SU-573, SU-414 SU-396 y SU-354 de 2017; T-574, T-429 y T-324 de 2016; SU-695, SU-567, T-534 y T-718 de 2015, T-474 de 2014 y T-429 de 2011, entre muchas otras, reiterando la C-590 de 2005.

[23] Sentencias SU-573, SU-414 SU-396 y SU-354 de 2017 y C-590 de 2005.

[24] Ib.

[25] Ib.

[26] Ib.

[27] Ib.

[28] Ib.

[30] Ib.

[31] Sentencias SU-573 y SU-391 de 2016. Al respecto, la Corte sostuvo: “[C]onsidera la Corte que es improcedente la acción de tutela contra decisiones de la Corte Constitucional y, se agrega en esta oportunidad, contra decisiones del Consejo de Estado que resuelven acciones de nulidad por inconstitucionalidad. Esta sería entonces una causal adicional de improcedencia que complementaría los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales establecidos por la jurisprudencia a partir de la sentencia C-590 de 2005, de acuerdo con la cual no procede la acción de tutela contra las sentencias de la Corte Constitucional ni contra las del Consejo de Estado por nulidad por inconstitucionalidad”.

[32] Sentencias SU-573, SU-414, SU-396 y SU-354 de 2017; T-574, T-429 y T-324 de 2016; SU-695, SU-567, T-534 y T-718 de 2015, T-474 de 2014 y T-429 de 2011, entre muchas otras, reiterando el fallo C-590 de 2005.

[32] Sentencias SU-573, SU-414, SU-396 y SU-354 de 2017 y C-590 de 2005.

[33] Sentencias SU-573 y SU-050 de 2017 y SU-917 de 2010.

[34] Sentencia SU-050 de 2017.

[35] Ver sentencia SU-917 de 2010.

[36] Sentencia SU-050 de 2017.

[37] Cfr. Sentencia T-543 de 2017.

[38] Ib.

[39] Sentencias SU-399 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico

nº 4; SU-400 de 2012. M.P. (e) Adriana María Guillén Arango, fundamento jurídico nº 6.1.; SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico nº 5; y SU-050 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 4.2.

[40] Sentencias T-453 y SU-050 de 2017, SU-427 de 2016, SU-432 y SU-241 de 2015.

[41] Sentencia T-118A de 2013.

[42] Sentencia T-926 de 2014.

[43] Ver punto (ii) del párrafo 42.

[44] “Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

[45] BARRETO ARDILA, Hernando. Cuantificación de la Indemnización Judicial en Equidad o en Derecho en el Marco de la Ley de Justicia y Paz. Publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia. Volumen XXXIII, número 95, Julio a Diciembre del 2012. Página 109. Disponible en internet:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path%5B%5D=3422&path%5B%5D=3109>. Consulta efectuada el 25 de mayo de 2014, a las 6:38 p.m.

[46] Sentencia T-926 de 2014.

[47] HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, Alier Eduardo, SOLARTE PORTILLA Mauro y otros. Daño y Reparación Judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz. Publicación de la Agencia de Cooperación Técnica Alemana, proyecto ProFis, la Fiscalía General de la Nación y la Embajada de la República Federal de Alemania. Primera Edición. Bogotá. 2010. Página 211.

[48] En las masacres por ejemplo, los propios testigos son asesinados; en los casos de desplazamientos forzados, nunca hay tiempo para conservar y recoger la prueba ni siquiera

de la propia existencia de las víctimas: los registros civiles son abandonados o destruidos, las fuentes de información oficial son eliminadas; en la desapariciones forzadas, la indefinición en el tiempo excede todos los límites del rigor de la demostración; en esas situaciones se afianza la certeza de que el daño se ha construido, pero es probable que se desconozca la condición particular del perjuicio, la identificación de la víctima o las características particulares de la extensión del detrimento o del menoscabo en su entorno familiar.

[49] Sentencia T-916 de 2014.

[50] Ib.

[51] Sentencia T-926 de 2014.

[52] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de noviembre de 2013, caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia, donde se flexibilizó el estándar probatorio respecto a la identidad y estado civil de las víctimas. Concretamente sostuvo: “el hecho de no aparecer en el registro no puede llevar a la conclusión de la inexistencia de una persona. En particular, el Estado no indicó si todas las personas que nacen en Colombia cuentan con registro civil de nacimiento y/o con cédula de ciudadanía. Adicionalmente, el Tribunal nota que varios nombres de presuntas víctimas aparecen escritos de manera distinta en los documentos que fueron presentados ante esta Corte, también es posible que el registro pueda contener nombres escritos de forma diferente y por tanto arrojar resultados erróneos en cuanto a la “existencia” o no de determinadas presuntas víctimas.”

[53] Se abordará en el siguiente título.

[54] Sentencias T-237 de 2017 y T-926 de 2014.

[55] Ib.

[56] Sentencia SU-556 de 2014.

[58] Sentencia SU-053 de 2015.

[59] Sentencia SU-354 de 2017.

[60] Sentencia T-731 de 2006, reiterado en la sentencia T-146 de 2014.

[61] Sentencias T-153 de 2015 y T-146 de 2014.

[62] Por su parte, la Corte Penal Internacional acerca de los casos de falsos positivos en Colombia, señaló que las “ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas públicas para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate – aparentemente se remontan a los años ochenta. Sin embargo, comenzaron a ocurrir por todo el país con alarmante frecuencia a partir de 2004. Los civiles ejecutados fueron reportados como guerrilleros muertos en combate tras alteraciones de la escena del crimen. La información disponible indica que estos asesinatos fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas, operando a veces con paramilitares y civiles como parte de un ataque dirigido contra civiles en varias partes de Colombia. En algunos casos, las ejecuciones estuvieron precedidas por detenciones arbitrarias, tortura y otras formas de malos tratos.” Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Situación en Colombia. Reporte intermedio, noviembre de 2012, párr. 93.

[63] QUINTERO, Juan Sebastián. Las desapariciones forzadas y los “falsos positivos”. Del derecho internacional al derecho administrativo colombiano, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016, pp. 162.

[64] Consultado el 1 de diciembre de 2017, en el siguiente enlace:
http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/news_imported_files/COI_2791

[65] Cfr. Párrafo 126.

[66] Al respecto, pueden consultarse las sentencias sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, cuyas decisiones se han basado esencialmente en indicios, por ejemplo, los fallos de 1 de junio de 2017, Exp. 51623; 24 de mayo de 2017, Exp. 49358; 23 de marzo de 2017, Exp. 50941; 14 de julio de 2016, Exp. 35029; 5 de abril de 2016, Exp. 24984; 26 de junio de 2015, Exp. 34749; 26 de junio de 2014, Exp. 24724; 11 de septiembre del 2013, Exp. 20601; 13 de marzo del 2013, Exp. 21359; 29 de marzo del

2012, Exp. 21380; 11 de febrero de 2009, Rad. 16641; y 9 de julio de 2005, Exp. 15129.

[67] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio de 2016, Exp. 35029.

[68] Como se estudiará en el siguiente punto de esta providencia.

[69] Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vereda La Esperanza vs Colombia, en la sentencia de 31 de agosto de 2017.

[70] Código Penal (Ley 599 de 2000), artículo 135.

[71] Ley 734 de 2002, artículo 48 y concordantes y Ley 836 de 2003, artículos 56 y ss.

[72] Concretamente, la jurisprudencia sobre los denominados falsos positivos se encuentra en las sentencias de 18 de mayo de 2017, Exp. 41511; 13 de marzo de 2017, Exp. 47892; 14 de junio de 2016, Exp. 35029; 1.º de abril de 2016, Exp. 46028; 25 de febrero de 2016, Exp. 49798; 26 de junio de 2015, Exp. 35752; 26 de junio de 2015, Exp. 34749; 15 de abril de 2015, Exp. 30860; 26 de febrero de 2015, Exp. 28666; 26 de junio de 2014, Exp. 24724; 30 de abril de 2014, Exp. 28075; 6 de diciembre de 2013, Exp. 26669; 27 de septiembre de 2013, Exp. 19886; 11 de septiembre de 2013, Exp. 20601; 5 de abril de 2013, Exp. 24984; 29 de octubre de 2012, Exp. 21377; 9 de mayo de 2012, exp. 22891; 11 de febrero de 2009, Exp. 16641; 9 de junio de 2005, Exp. 15129; 19 de abril de 2001, Exp. 11940; y 16 de febrero de 2001, Exp. 12936, entre otras.

[73] “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

[74] PAZOS GUERRERO, Ramiro y otro. Graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario: Jurisprudencia básica del Consejo de Estado desde 1916, Bogotá, Consejo de Estado, Imprenta Nacional de Colombia, 2017, pp. 101-166.

[75] Al respecto el Consejo de Estado ha concluido que “el cúmulo de casos sobre ejecuciones extrajudiciales u homicidios en persona protegida, o los mal denominados falsos positivos, pone de presente una falla sistemática y estructural relacionada con la comisión de tales violaciones graves a derechos humanos y/o al derecho internacional

humanitario por parte de la Fuerza Pública del Estado colombiano, aunada a la ausencia de un riguroso control dentro de la institución militar, tanto en el proceso de incorporación a la institución, como en la permanencia y en el funcionamiento o ejercicio de funciones por parte de los miembros de la Fuerza Pública, falencias éstas que debilitan la institución militar y que dificultan su adecuado accionar en pos de cumplir con el cometido que le es propio, de paso, se pierde legitimidad y se compromete la estabilidad misma del Estado y de la sociedad”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio de 2016, Exp. 35029.

[76] Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado[76] la responsabilidad civil extracontractual del Estado imputada a título de falla en el servicio por omisión en el deber de ejercer control sobre el comportamiento y actuar de su personal “todo ello con el fin de evitar que los hombres e instrumentos perviertan el servicio a ellos encomendado, como en este evento aconteció. Preocupa profundamente a la Sala el crecido número de casos en los cuales miembros de la Fuerza Pública encubren bajo la apariencia de muertos en combate, homicidios que obedecen a diversas circunstancias distintas a esa, la de un combate, por lo cual debe decirse que se trata de una práctica sistemática y generalizada en materia de violaciones graves a derechos humanos. En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha debido condenar en diversas ocasiones a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por víctimas del conflicto armado que, inexplicablemente, perdieron la vida en presuntos operativos militares o en imaginarios combates con grupos organizados al margen de la ley, que al examinarse los hechos, estos muestran otras realidades nacidas de los excesos de la guerra y de una lógica aborrecible que encuentra enemigos en quienes solamente son civiles que habitan en los lugares de conflicto”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2016, Exp. 00479-11.

[77] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2014, Exp. 20411.

[78] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 2015, Exp. 26958.

[79] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2014, Exp. 29028.

[80] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre del 2014, Exp. 20411.

[81] Sentencia T-237 de 2017.

[82] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, Exp. 27913.

[83] Consejo de Estado, sección Tercera, sentencias de 3 de octubre de 2007, Exp. 19286; 23 de mayo de 2008, Exp. 15237; 10 de marzo de 2011, Exp. 18722; 22 de junio de 2011, Exp. 18592; 22 de noviembre de 2012, Exp. 26657; 6 de diciembre de 2013, Exp. 30814; 10 de septiembre de 2014; Exp. 29186; 5 de marzo de 2015, Exp. 32955; 2 de mayo de 2016, Exp. 37755; 29 de agosto de 2016, Exp. 37185; entre muchas otras.

[84] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, Exp. 16337, reiterada en el fallo de 14 de abril de 2011, Exp. 20145.

[85] La anterior postura fue reiterada por la Sección Tercera[85] al decidir el caso de Jaime Garzón Forero, donde a partir de indicios se determinó la responsabilidad patrimonial de la Nación en su asesinato. Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Exp. 34349.

[86] Pazos Guerrero, Ramiro y otro, op. cit. p. 147.

[87] Ib. p. 148. Negrilla fuera del texto. La anterior postura fue reiterada en la sentencia del 26 de octubre de 2014, Exp. 24724.

[88] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de marzo de 2017, Exp. 50941.

[89] Ib. Resaltado del texto.

[90] Al respecto, pueden consultarse las sentencias sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, cuyas decisiones se han basado esencialmente en indicios, por ejemplo, los fallos de 1 de junio de 2017, Exp. 51623; 24 de mayo de 2017, Exp. 49358; 23 de marzo de 2017, Exp. 50941; 14 de julio de 2016, Exp. 35029; 5 de abril de 2016, Exp. 24984; 26 de junio de 2015, Exp. 34749; 26 de junio de 2014, Exp. 24724; 11 de septiembre del 2013, Exp. 20601; 13 de marzo del 2013, Exp. 21359; 29 de marzo del 2012, Exp. 21380; 11 de febrero de 2009, Rad. 16641; y 9 de julio de 2005, Exp. 15129.

[91] En igual sentido los casos González Medina y Familiares Vs. República Dominicana, sentencia de 27 de febrero de 2012, párrs 131 y 132; Godínez Cruz Vs. Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 134 a 137; Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 131 a 134; y Blake Vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, párrs. 133 a 137.

[92] Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez ss. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

[93] Ib. En igual sentido, en el caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia, donde se flexibilizó el estándar probatorio respecto a la identidad y estado civil de las víctimas. Esta sentencia ya fue referida en el pie de página 52.

[94] Se dijo en aquella ocasión que, “En las masacres por ejemplo, los propios testigos son asesinados; en los casos de desplazamientos forzados, nunca hay tiempo para conservar y recoger la prueba ni siquiera de la propia existencia de las víctimas: los registros civiles son abandonados o destruidos, las fuentes de información oficial son eliminadas; en la desapariciones forzadas, la indefinición en el tiempo excede todos los límites del rigor de la demostración; en esas situaciones se afianza la certeza de que el daño se ha construido, pero es probable que se desconozca la condición particular del perjuicio, la identificación de la víctima o las características particulares de la extensión del detrimento o del menoscabo en su entorno familiar”. Cfr. sentencia T-926 de 2014.

[95] En concreto, se advirtió: “[l]a construcción de la prueba indiciaria debe cumplir con el principio de legalidad, esto es, que en la argumentación el juez debe mostrar el hecho indicado, el hecho indiciario, la conclusión y las reglas de la experiencia que permiten la inferencia entre las premisas y la aserción[95], valorando el grado de convicción que ofrece cada medio de prueba, de conformidad con los parámetros de la sana crítica.”.

[96]“Artículo 188: son causales de revisión: Son causales de revisión: 1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.// 2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mejor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. // 3. Aparecer, después de dictada la

sentencia a favor de una persona, otra con mayor derecho para reclamar. // 4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión 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. // 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. // 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. // 7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. // 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.”

[97] Cfr. Sentencia C-004 de 2003, reiterado en la C-520 de 2009.

[98] Ib.

[99] Mediante auto del 25 de junio de 2014, Exp. 00395-12, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado unificó el criterio jurisprudencial determinando que para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Código General del Proceso, entró en vigencia el 1° de octubre de 2014. Igualmente, mediante auto del 6 de agosto de 2014, Exp. 50408, la Subsección C de la Sección Tercera, señaló que también a los procesos tramitados bajo el “sistema escritural”, es decir, el Código Contencioso Administrativo, les aplicaba el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

[100] Ver folio 15 del expediente.

[101] Folio 32 de la sentencia censurada.

[102] Folio 17 de la demanda de tutela.

[103] Al respecto, la accionante afirmó: “[L]a Corporación basándose en los medios de prueba obrantes en la actuación, estableció que (...) la culpa exclusiva de la víctima (...), no operó ni plena ni concurrencialmente, y además agrega que lo probado indiciariamente es que la víctima murió estando sometida e indefensa. Pero esa conclusión es negada más adelante, al sostener que, pese a que la accionada reconoce que sus agentes mataron a

OLIVO PEÑA ORTEGA y que el Ad quem da por probado que la víctima pereció el 15 de agosto de 2008, (...) la conclusión es que el fallo ha de ser revocado por no haberse probado quien mató a la víctima (...). Con esa afirmación, en la reconstrucción histórica del hecho, la Corporación señaló que no existía prueba de que miembros de la referida unidad militar hubieran causado la muerte de OLIVO PEÑA ORTEGA, ni en estado de indefensión, ni en combate, ni en ninguna circunstancia, con lo que da a entender que no se supo quién lo ultimó; no obstante, más adelante, (...) sostiene todo lo contrario (...). Esa dubitación existe, porque los dos supuestos son defendidos como conclusiones en el mismo proveído. En el último evento se podrá advertir lo contradictorio de que se califique una muerte de atroz, se dé por probado que la consumaron militares, se afirme que no se probó que ocurrió en un combate e indique que lo indiciariamente establecido es que ocurrió hallándose la víctima en estado de indefensión, y aun así se exonere de responsabilidad a la administración, aduciendo que el hecho ni siquiera fácticamente les es imputable.” Cfr. Folios 16 y 17 de la demanda de tutela.

[105] Según consta en el registro civil de defunción, visible a folio 137 del cuaderno 2.

[106] Folio 19 del cuaderno 2.

[107] Cfr. Folios 42 a 51, 143, 153 a 159 del cuaderno 1; y 61 a 65 del cuaderno 2.

[108] Cfr. Folio 7 a 15, 19 a 21, 23 a 35 y 146 del cuaderno 2; y 159 a 161 del cuaderno 3.

[109] Cfr. Folio 125 del cuaderno 2.

[110] Cfr. Folios 305 a 331 y 341 a 349 del cuaderno 3.

[111] Cfr. Folios 42 a 51, 143, 153 a 159 del cuaderno 1; y 61 a 65 del cuaderno 2.

[112] Folio 168 del cuaderno 2.

[113] Cfr. Folios 139 del cuaderno 1; 86 a 92, 96 a 116 del cuaderno 2; 113 a 134 y 207 del cuaderno 3.

[114] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre del 2014, Rad. 20411.

[115] Cfr. sentencia censurada, folio 92.

[116] Cfr. Sentencias de 18 de mayo de 2017, Exp. 41511; 13 de marzo de 2017, Exp. 47892; 14 de junio de 2016, Exp. 35029; 1.º de abril de 2016, Exp. 46028; 25 de febrero de 2016, Exp. 49798; 26 de junio de 2015, Exp. 35752; 26 de junio de 2015, Exp. 34749; 15 de abril de 2015, Exp. 30860; 26 de febrero de 2015, Exp. 28666; 26 de junio de 2014, Exp. 24724; 30 de abril de 2014, Exp. 28075; 6 de diciembre de 2013, Exp. 26669; 27 de septiembre de 2013, Exp. 19886; 11 de septiembre de 2013, Exp. 20601; 5 de abril de 2013, Exp. 24984; 29 de octubre de 2012, Exp. 21377; 9 de mayo de 2012, Exp. 22891; 11 de febrero de 2009, Exp. 16641; 9 de junio de 2005, Exp. 15129; 19 de abril de 2001, Exp. 11940; y 16 de febrero de 2001, Exp. 12936, entre otras.

[117] Calificada así por el Consejo de Estado, cfr. Sentencia censurada folio 91.

[118] Calificada así por el Consejo de Estado, cfr. Sentencia censurada folio 91.

[119] Cfr. Sentencia censurada, folio 63.

[120] Cfr. Sentencia censurada, folio 95.