

FLEXIBILIZACION DE LOS ESTANDARES PROBATORIOS EN MATERIA DE VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS-En caso de falsos positivos

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

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

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. Por el contrario, la mera inconformidad con el análisis efectuado por la autoridad judicial no habilita la intervención del juez constitucional.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

De manera reiterada la Corte ha señalado los criterios para identificar o determinar la configuración del defecto por desconocimiento del precedente judicial, a saber: “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 y 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 homine”.

DEFECTO SUSTANTIVO EN ASUNTOS QUE COMPROMETEN GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

## PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Concepto

El precedente es el mecanismo que le da facultades a los funcionarios judiciales para resolver los casos con fundamento en decisiones anteriores, puesto que existen similitudes entre los hechos, los temas constitucionales, las normas y los problemas jurídicos planteados. Así, el precedente se ha definido como “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”.

## CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El precedente de la Corte Constitucional, por ser la autoridad encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, debe acatarse por los funcionarios judiciales con prevalencia al fijado por las demás autoridades judiciales. De no ser así, se incurre en causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, siempre que no se haya agotado la carga argumentativa requerida para que la autoridad judicial se aparte del mismo.

## INDICIO-Concepto

Los indicios son medios de prueba “indirectos y no representativos” que no son percibidos directamente por el juez -como sí 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”.

## PRUEBA INDICIARIA-Elementos que la configuran

“(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 y (iv) el hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental”

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

El Consejo de Estado adecuó los criterios de valoración probatoria a los estándares establecidos por los pronunciamientos internacionales en aras de garantizar una justicia efectiva, al tratarse de graves violaciones a los derechos humanos. De tal forma, 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 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

FLEXIBILIZACION DE LOS ESTANDARES PROBATORIOS EN MATERIA DE VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la necesidad de que el juez ordinario flexibilice los estándares probatorios frente a la demostración de la acción u omisión del Estado, otorgando mayor protagonismo a la prueba indiciaria, en atención a las dificultades probatorias que comportan los casos que comprometen graves afectaciones a los derechos humanos, como los denominados falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto sustantivo por error en la interpretación de los principios pro homine y de equidad, al inaplicar flexibilización en los estándares probatorios para graves violaciones de los derechos humanos

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto fáctico, por indebida valoración de pruebas que evidencian la comisión de una ejecución extrajudicial que compromete responsabilidad del Estado

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del

precedente y defecto sustantivo en proceso de reparación directa por ejecución extrajudicial  
– falsos positivos

Referencia: expediente T-7.811.094

Acción de tutela presentada por Lucelia Velasco de Arcila y otras<sup>1</sup>, contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Magistrado sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Las accionantes -Lucelia Velasco de Arcila<sup>2</sup> y otras- relataron que los señores Diego Alberto Osorio Becerra y Jamil Aurelio Arcila Velasco fueron presentados como bajas en combate durante enfrentamientos presuntamente sostenidos con el Ejército Nacional en la ciudad de Pereira el 8 de septiembre de 2007. Las ciudadanas indicaron que los señores Osorio y Arcila eran dos civiles que no tenían ninguna relación con los grupos al margen de la ley.

1. Señalaron que el señor Osorio Becerra tenía 19 años, convivía con su madre, se desempeñaba como auxiliar de un laboratorio dental y se caracterizaba por su decencia y honradez. Por su parte, destacaron que el señor Arcila Velasco convivía con su compañera permanente hacía cinco años, tenía una hija de escasos meses de edad, profesaba la religión cristiana y era reconocido como un hombre trabajador y responsable.

1. Las demandantes afirmaron que los señores Osorio y Arcila no se conocían, no tenían ningún amigo en común y no habían compartido en el mismo trabajo o en otras actividades. En tal sentido, enfatizaron que pocas horas antes de su deceso fueron reportados como desaparecidos y luego fueron presentados por el grupo Gaula del Ejército Nacional como “miembros de una banda dedicada al robo de casa, la extorsión, el secuestro y al vandalismo en general, [a] vender a las personas plagiadas a la guerrilla”<sup>3</sup>. Sin embargo, en la inspección de los cadáveres no se les encontraron teléfonos celulares, instrumentos de comunicaciones, dinero, listados de propiedades, personas, mapas, cuerdas, ni algún elemento necesario para materializar acciones de secuestro o extorsión. Según las autoridades, en su poder se hallaron dos armas de fuego de fabricación artesanal, de funcionamiento semiautomático y en mal estado por presencia de óxido. Aseguraron que no se encontraron las huellas dactilares de los fallecidos en dichos elementos y tampoco se determinó la antelación con la que las armas habían sido accionadas.

1. Manifestaron que el señor Osorio Becerra solo presentó un impacto de arma de largo alcance en el hueso malar de la cara u occipital del cráneo. Por su parte, el señor Arcila Velasco registró un impacto en el abdomen y otro en el tórax. Según lo dictaminado por el informe de balística del CTI, ambos proyectiles registraron una trayectoria “supero-inferior”. A su juicio, la precisión y la exactitud de los disparos resulta inexplicable porque los militares informaron que no contaban con lentes de visión nocturna, la operación en la que presuntamente resultaron abatidos sus familiares se desarrolló a media noche en una zona rural y boscosa, en un entorno carente de todo tipo de iluminación y a una distancia de 15 a 30 metros.

1. En consecuencia, las accionantes y otros interesados<sup>6</sup> formularon demanda de reparación directa contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, con la pretensión de que se declarara la responsabilidad el Estado en relación con los hechos antes descritos

por considerar que los señores Arcila Velasco y Osorio Becerra no integraban ningún grupo insurgente y fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales por miembros de las fuerzas militares.

1. En primera instancia, mediante sentencia de 10 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo de Risaralda negó las pretensiones de la demanda. El Tribunal encontró demostrado que los militares respondieron a los disparos que provenían de los señores Osorio y Arcila, de manera que se configuró la culpa exclusiva de la víctima.

1. En el trámite de la segunda instancia, con fundamento en un examen acucioso del acervo probatorio, la Procuradora Cuarta Delegada afirmó que los señores Osorio y Arcila fueron víctimas de una ejecución extrajudicial y que no murieron en combate como lo informó el Ejército Nacional. En consecuencia, solicitó declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado.

1. Sin embargo, el 22 de junio de 2017, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó la decisión recurrida bajo los mismos argumentos expuestos en la primera instancia.

1. En contra de la referida decisión, una de las accionantes (Marleny Emilia Becerra Gutiérrez) presentó acción de tutela. En su criterio, se incurrió en un defecto fáctico y se trató de una decisión sin motivación porque se realizó un análisis limitado de las pruebas y se omitió el abundante material probatorio. Igualmente, sostuvo que se evidenció una falta de motivación para justificar la sentencia contenciosa y el cambio jurisprudencial que tal fallo implicaba.

1. En esa acción constitucional, el 5 de abril de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó las pretensiones porque encontró que la autoridad judicial accionada analizó en debida forma los elementos de convicción. A partir de esos elementos, hubo certeza de que el señor Diego Alberto Osorio Becerra portaba un arma que fue accionada al notar la presencia de los integrantes del Ejército Nacional. El Consejo de Estado agregó que la información aportada por la Fiscalía General de la Nación -en virtud de una prueba de oficio decretada- si bien no había sido mencionada en el fallo, no permite llegar a una conclusión sobre la responsabilidad del Estado y no contaba con incidencia en la determinación adoptada.

1. Al resolver la impugnación, el 7 de junio de 2018, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la sentencia de primer orden y accedió a las pretensiones formuladas. En tal sentido, concluyó que la prueba de oficio decretada mediante el auto del 23 de marzo de 2017 relativa al informe remitido por la Fiscalía General de la Nación e incorporada a través del Oficio N° 1468 de 24 de abril de 2017 no fue valorada. La Sección destacó que la prueba omitida incidía en la sentencia contenciosa y tendría la capacidad de variar su contenido. En consecuencia, dispuso que se debía emitir sentencia de segunda instancia en el proceso de reparación directa y que se debía valorar la totalidad del material probatorio.

1. En cumplimiento de lo anterior, el 19 de julio de 2018, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió la decisión de reemplazo y confirmó el fallo de primera instancia. Hizo alusión a la prueba aportada por la Fiscalía y consideró que esta no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad del Estado porque se trataba del criterio de un fiscal investigador frente al hecho que averiguaba y obedecía al juicio de ese órgano en un proceso que aún se encontraba en trámite (indagación) y que, por consiguiente, no ha concluido con una decisión judicial definitiva.

La acción de tutela

1. Las accionantes presentaron acción de tutela en contra de la sentencia proferida el 19 de julio de 2018 por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Las ciudadanas estimaron vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia porque la providencia atacada tiene una estructura argumentativa central idéntica a la providencia de 22 de junio de 2017. En concreto, alegaron las siguientes causales específicas de procedencia:

1. Defecto fáctico porque -en su criterio- la autoridad judicial accionada omitió valorar i) el radiograma; ii) el bosquejo topográfico; iii) el álbum fotográfico del CTI; iv) la orden de operaciones No. 76 “SIRIA”; v) los testimonios de Álvaro Hinestroza Villa, Armando de Jesús Trejos, Geovany Orrego, Jean Paul González Martínez, Luz Marina Gutiérrez Correa y Diana Marisol Agudelo; y vi) la Resolución de 5 de junio de 2009 por medio de la cual la Fiscalía 18 Penal Militar con sede en Armenia remitió a la justicia ordinaria la investigación penal.

De igual forma, consideraron que se incurrió en una indebida valoración del mencionado informe de operaciones No. 76 “SIRIA”, el informe de necropsia de los señores Jamil Aurelio Arcila Velasco y Diego Alberto Osorio Becerra, el informe ejecutivo de actos urgentes de la Fiscalía General de la Nación, el estudio de balística practicado sobre las dos armas de fuego de corto alcance, las declaraciones de los militares y el informe ejecutivo de 24 de abril de 2017 del Fiscal 57 de Unidad de Derechos Humanos. Indicaron que esos elementos de juicio no fueron valorados en su totalidad, ni de forma lógica, coherente y concatenada con el resto del material probatorio. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas pruebas fueron enunciadas en la sentencia cuestionada.

1. Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial porque se desatendió la línea fijada en las sentencias de 26 de octubre de 2013<sup>7</sup>, 5 de abril de 2013<sup>8</sup> y la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014<sup>9</sup> expedidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado. En estas se indicó que se debe flexibilizar la apreciación y la valoración de los medios probatorios en los casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

1. En igual sentido, indicaron que el fallo de lo contencioso administrativo desconoció el precedente constitucional fijado en la sentencia SU-035 de 2018 de la Corte Constitucional que estableció la aplicación flexible de los estándares probatorios en materia de graves violaciones a los derechos humanos.

1. En consecuencia, reclamaron el amparo de sus derechos y solicitaron se dejara sin efectos la sentencia emitida el 19 de julio de 2018 por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En su lugar, solicitaron que se emita un fallo donde se analicen todos los elementos de juicio aportados en el expediente ordinario y con observancia del precedente judicial y constitucional.

#### Respuestas de las accionadas

1. El 4 de febrero de 2019, el magistrado ponente de la sentencia de 19 de julio de 2018 expedida por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, indicó que la petición de amparo no está llamada a prosperar, comoquiera que la referida providencia se fundamentó en las pruebas allegadas al expediente, así como en las reglas jurisprudenciales vigentes, de manera que se garantizó el derecho al debido proceso de las accionantes. Agregó que la parte actora no comparte la tesis jurisprudencial adoptada por la Sala y pretende que se profiera una decisión favorable a sus pretensiones.

1. En respuesta de 7 de febrero de 2019, la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional solicitó negar la protección deprecada en la acción de tutela de la referencia. Manifestó que la parte actora busca convertir este mecanismo constitucional en una tercera instancia del proceso de reparación directa y, con ello, subsanar en esta sede, las falencias probatorias que llevaron a que se desestimaran sus pretensiones. Aunado a ello, destacó que los argumentos presentados en la petición de amparo fueron analizados por el Consejo de Estado en el trámite contencioso administrativo.

## Decisiones objeto de revisión

1. Primera instancia: mediante sentencia proferida el 10 de octubre de 2019, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo. El Consejo consideró que, si bien las pruebas identificadas en el escrito de tutela como pretermitidas no fueron mencionadas por la autoridad judicial accionada, no se configuró un defecto fáctico porque estas no aportaban elementos de juicio para que el juez concluyera la existencia de la responsabilidad estatal por una ejecución extrajudicial. De otro lado, en cuanto a la supuesta valoración indebida de las pruebas, la Sección precisó que la autoridad judicial hizo un estudio conjunto de las mismas. Destacó que el informe de la Fiscalía no generaba la certeza suficiente para deducir la responsabilidad del Estado debido a que se trataba de un criterio subjetivo del operador jurídico en el marco de una investigación que se encontraba en trámite.

La Sección explicó que el examen de los testimonios (i.e. Germán Ocampo Correa) y de las demás pruebas (i.e. balística) llevaron a concluir que los disparos que recibieron los señores Osorio y Arcila fueron a larga distancia y, por ende, no se trataba de un caso de ejecución extrajudicial. Mencionó que la accionada no incurrió en defecto fáctico por omisión o interpretación irracional de las pruebas. En relación con el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial invocado, aclaró que las sentencias citadas desarrollaban una regla tendiente a la flexibilización de las pruebas cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, ese precedente opera cuando se logra demostrar -al menos mediante pruebas indiciarias- que se cometieron ejecuciones extrajudiciales, lo cual no ocurrió en el caso bajo estudio.

1. Impugnación: mediante escrito de 22 de octubre de 2019, la parte accionante impugnó la sentencia de primera instancia. Reiteró la configuración de los defectos fácticos por omisión probatoria e indebida valoración de los elementos de juicio y agregó que la justicia penal militar, de oficio, remitió las diligencias investigativas a la jurisdicción ordinaria el 5 de junio de 2009, tras considerar que las circunstancias que rodearon la muerte de los jóvenes no eran claras.

De igual forma, concluyó que el a quo no analizó ni una sola de las once pruebas que aceptó fueron ignoradas en la sentencia del 19 de julio de 2018 y solo hizo relación tangencial a una de las más de veinte pruebas que fueron acusadas de una indebida interpretación. Aunado a ello, las actoras insistieron en que el precedente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional señala que, ante graves violaciones de derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, se debe aminorar y/o flexibilizar la carga probatoria frente a las víctimas, por la gran dificultad que representa demostrar de manera directa la responsabilidad de la Fuerza Pública. No obstante, la sentencia recurrida no valoró los indicios que acreditaban la responsabilidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo presentados por la parte demandante<sup>10</sup>, ni las subreglas en materia de flexibilización de los estándares probatorios en este tipo de casos.

1. Segunda instancia: en fallo del 2 de diciembre de 2019, la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia. Señaló que no se presentó una incorrecta valoración probatoria que desconociera las reglas de la sana crítica.

Frente a la indebida o ausencia de valoración probatoria, la Sección consideró que dicho análisis quedó superado con la sentencia de tutela emitida en el proceso promovido anteriormente por una de las ahora accionantes, de manera que no es posible reabrirlo en este trámite. Afirmó que en esa oportunidad la Sección Quinta se pronunció sobre cada una de las pruebas indicadas como pretermitidas y concluyó que estas se valoraron debidamente. La única excepción dentro de esta conclusión se refirió al informe ejecutivo y, por esa razón, el juez de primera instancia ordenó su valoración. Finalmente, la Sección concluyó que, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, se debe privilegiar la valoración de los indicios. No obstante, en el presente asunto no se dejaron de estudiar las pruebas indiciarias.

Agregó que, cuando se trata de un proceso de responsabilidad estatal por una falla en el servicio, la parte demandante debe probar el daño antijurídico, la acción u omisión imputable a la entidad y el nexo causal entre ambas. Estos son los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política para que proceda dicha responsabilidad. Por su parte, la entidad debe demostrar la ausencia de daño, la falta de acción u omisión que le sea imputable o la

inexistencia del nexo causal. Aunque en algunas situaciones es válida la distribución de la carga probatoria a la parte que se encuentra en la posición más favorable para aportar la prueba, ello no implica que los demandantes sean exonerados de probar los elementos de la responsabilidad. En los casos de graves violaciones a los derechos humanos le corresponde al juez natural determinar cómo se efectuará la distribución de la carga probatoria.

Finalmente, la Sección Segunda adujo que en la sentencia debatida no se negaron las pretensiones de la demanda tendientes a la declaratoria de la responsabilidad del Ejército Nacional por la ausencia de una decisión condenatoria en materia penal o disciplinaria. La Sección señaló que en esos procesos se configuró la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

#### Pruebas allegadas en instancia

1. Junto con la solicitud de la tutela la parte actora allegó copia de la demanda de reparación directa, los alegatos de conclusión, algunas piezas procesales y las decisiones de primera y segunda instancia, proferidas por el Tribunal Administrativo de Risaralda y la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente.

#### Actuaciones adelantadas en sede de revisión

1. Mediante auto del 22 de septiembre de 2020, el magistrado sustanciador requirió los siguientes elementos de juicio:

i. El expediente de la acción de reparación directa presentada por Bibiana María Arcila Vélez y otros contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, con radicado 66001233100020080025800. Este fue solicitado al Tribunal Administrativo de Risaralda.

i. El expediente de la acción de tutela formulada por Marleny Emilia Becerra Gutiérrez contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, con radicado 11001031500020170295500. Este

fue solicitado a la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

1. En sesión del 23 de septiembre de 2020, la Sala Plena de esta Corporación avocó el conocimiento del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento Interno de la Corte<sup>11</sup>.

1. El 22 de octubre de 2020, la Secretaría General de la Corte remitió un enlace con el expediente de la acción de reparación directa allegado con ocasión del auto de 22 de septiembre de 2020 (10 cuadernos).

1. El 17 de noviembre de 2020, la Secretaría General de la Corte remitió un enlace con el expediente de la acción de tutela formulada por Marleny Emilia Becerra Gutiérrez contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, con radicado 11001031500020170295500.

1. En sede de revisión se recibieron solicitudes de coadyuvancia de Horacio de Jesús Arcila Toro, Ana Lucelly Esmir Arcila Velasco, María Lucero Arcila Velasco, Ayda Lucy Arcila Velasco, Eduin Antonio Arcila Velasco, Ferney Horacio Arcila Velasco y Nelson Libaniel Arcila Velasco, remitidas por correo electrónico el 4 de diciembre de 2020.

1. Mediante correo electrónico de 17 de diciembre de 2020, el apoderado de las accionantes remitió copia de la petición elevada al Consejo de Estado para que enviara a la Corte el expediente digital contentivo de la acción de tutela formulada por Marleny Emilia Becerra Gutiérrez contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, con radicado 11001031500020170295500, previamente requerido mediante auto de pruebas del 22 de septiembre de 2020 por el despacho del magistrado sustanciador.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

## Competencia

1. 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

### Síntesis del caso

1. Las accionantes presentaron demanda de reparación directa para obtener la indemnización de los perjuicios causados con la muerte de sus familiares, que afirman no pertenecían a ningún grupo armado por fuera de la ley y fueron dados de baja por militares simulando un combate. En primera y segunda instancia, se denegaron las pretensiones por cuanto, a juicio de los falladores, se configuró la culpa exclusiva de las víctimas comoquiera que los militares respondieron a los disparos recibidos.

1. Sin embargo, una de las actoras acudió a una acción de tutela inicial al considerar que dichas decisiones desconocieron el abundante material probatorio obrante en el expediente. En esa oportunidad el Consejo de Estado concedió el amparo en segunda instancia y dispuso que la Sección Tercera de esa corporación debía fallar nuevamente el proceso de reparación directa con observancia de todo el material probatorio, en tanto se omitió valorar el informe de la Fiscalía General de la Nación del 24 de abril de 2017, el cual tenía la capacidad de variar el sentido de la determinación adoptada.

1. En consecuencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado emitió nuevamente sentencia de segunda instancia en el asunto contencioso administrativo, en la cual negó las pretensiones de la demanda de reparación directa al considerar que la prueba aportada por

la Fiscalía no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad del Estado porque no se trataba de una decisión judicial definitiva, sino del criterio de un funcionario.

1. En contra de la anterior determinación, las accionantes presentaron acción de tutela invocando la protección de sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad presuntamente vulnerados. En concreto en el escrito de tutela se alegaron los siguientes defectos contra la sentencia de 19 de julio de 2018, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

i. Defecto fáctico: las accionantes manifestaron que la autoridad judicial accionada omitió valorar a) el radiograma; b) el bosquejo topográfico; c) el álbum fotográfico del CTI; iv) la orden de operaciones No. 76 “SIRIA”; d) los testimonios de Álvaro Hinestroza Villa, Armando de Jesús Trejos, Geovany Orrego, Jean Paul González Martínez, Luz Marina Gutiérrez Correa y Diana Marisol Agudelo; y e) la Resolución de 5 de junio de 2009 por medio de la cual la Fiscalía 18 Penal Militar con sede en Armenia remitió a la justicia ordinaria la investigación penal.

Adicionalmente, indicaron que el Consejo de Estado no valoró en debida forma varios elementos de juicio, tales como el informe de operaciones No. 76 “SIRIA”, las necropsias de Jamil Aurelio Arcila Velasco y Diego Alberto Osorio Becerra, el informe ejecutivo de actos urgentes de la Fiscalía General de la Nación, el estudio de balística practicado sobre las dos armas de fuego de corto alcance, las declaraciones de los militares y el informe ejecutivo de 24 de abril de 2017 del Fiscal 57 de Unidad de Derechos Humanos. Al respecto, señalaron que, aunque algunos fueron enunciados en la sentencia objeto de la presente acción, tales elementos no fueron analizados su totalidad, ni de forma lógica, coherente y concatenada con el resto del material probatorio.

i. Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial: de conformidad con la parte actora la sentencia de segunda instancia en el proceso de reparación directa

contravino la línea unificada por el Consejo de Estado<sup>12</sup> en relación con la flexibilización de la apreciación y la valoración de los medios probatorios en los casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

i. Desconocimiento del precedente constitucional: las demandantes alegaron que la providencia censurada desatendió lo dispuesto en la sentencia SU-035 de 2018 respecto de la aplicación flexible de los estándares probatorios en materia de graves violaciones a los derechos humanos.

#### Problema jurídico

1. De acuerdo con los hechos relacionados, le corresponde a la Sala Plena, (i) establecer si es procedente la acción de tutela contra la providencia de 19 de julio de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado; y (ii) determinar si dicha autoridad judicial al emitir la decisión censurada incurrió en los defectos fáctico, sustantivo y por desconocimiento del precedente constitucional, vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia e igualdad de las accionantes.

1. 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 fáctico, 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; y, finalmente, (iv) se resolverá el caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia<sup>13</sup>

1. 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.

1. 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.<sup>14</sup>

1. 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”.<sup>15</sup>

1. 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”<sup>16</sup>.

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.<sup>17</sup>

1. 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 específicos: que son aquellos que, “implican la procedibilidad del amparo y sólo se requiere la configuración de uno de ellos”.<sup>18</sup> Los requisitos generales se explicaron en los siguientes términos:

“(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

(ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

(iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez.

(iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales del accionante.

(v) 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.

(vi) Que no se trate de sentencias de tutela.”

1. Los requisitos específicos aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela, los cuales se establecieron en los siguientes términos:

“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.

f. 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.

g. 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.

h. 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.

i. Violación directa de la Constitución”.

1. Finalmente, esta Corporación ha establecido que al tratarse de acciones de amparo promovidas en contra de providencias judiciales emanadas de los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones -altas cortes- es necesario acreditar i) los requisitos genéricos de procedencia, ii) una o varias causales específicas de tutela contra providencia, y iii) “la configuración de una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional”<sup>19</sup>.

Caracterización del defecto fáctico. Reiteración de jurisprudencia

1. Defecto fáctico. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto fáctico se presenta cuando el funcionario judicial emite una providencia “(...) sin que los hechos del caso se subsuman adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios”<sup>20</sup>. La Corte ha indicado que tal arbitrariedad debe una trascendencia fundamental en el sentido del fallo y ser “de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el juez”<sup>21</sup>.

Se puede estructurar a partir de una dimensión negativa y otra positiva, “La negativa surge de las omisiones o descuido de los funcionarios judiciales en las etapas probatorias, verbi gratia, (i) cuando sin justificación alguna no valora los medios de convicción existentes en el proceso, los cuales determinan la solución del caso objeto de análisis; (ii) resuelve el caso sin tener las pruebas suficientes que sustentan la decisión<sup>22</sup>; y (iii) por no ejercer la actividad probatoria de oficio, es decir, no ordenar oficiosamente la práctica de pruebas, cuando las normas procesales y constitucionales así lo determinan”<sup>23</sup>.

Será positiva la dimensión, cuando se trata de acciones positivas del juez, por tanto, se incurre en ella “(i) cuando se evalúa y resuelve con fundamento en pruebas ilícitas, siempre que estas sean el fundamento de la providencia<sup>24</sup>; y (ii) decidir con pruebas, que por disposición de la ley, no es demostrativa del hecho objeto de la decisión”<sup>25</sup>.

Caracterización del defecto sustantivo. Reiteración de jurisprudencia<sup>26</sup>

1. Este Tribunal ha indicado que este defecto tiene lugar cuando “la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto”<sup>27</sup>.

1. La intervención del juez de tutela ante un defecto sustantivo se justifica únicamente en la

imperiosa necesidad de garantizar la vigencia del texto superior, “sin que ello suponga suplantar la labor de la autoridad judicial competente”<sup>28</sup>. En la sentencia SU-080 de 2020, la Corte caracterizó los eventos en los que se presenta este yerro, así:

“(i) la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente<sup>29</sup>, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada<sup>30</sup>, c) es inexistente<sup>31</sup> d) ha sido declarada contraria a la Constitución<sup>32</sup>, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, ‘no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador’<sup>33</sup>.

(ii) pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable<sup>34</sup> 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<sup>35</sup> o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial,<sup>36</sup>

(iii) la autoridad judicial no toma en cuenta sentencias que han definido el alcance de una norma con efectos erga omnes<sup>37</sup>,

(iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva<sup>38</sup> o contraria a la Constitución<sup>39</sup>

(v) un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza para un fin no previsto en la disposición<sup>40</sup>

(vi) la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso<sup>41</sup>,

(vii) se desconoce la norma aplicable al caso concreto,<sup>42 43</sup>

(viii) la providencia judicial se profiere con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación<sup>44</sup> que afecte derechos fundamentales<sup>45</sup>

(ix) se desconoce el precedente judicial<sup>46</sup> sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia<sup>47</sup> y

(x) el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso<sup>48</sup>".<sup>49</sup>

En conclusión, 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<sup>50</sup>. Por el contrario, la mera inconformidad con el análisis efectuado por la autoridad judicial no habilita la intervención del juez constitucional<sup>51</sup>.

#### Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial<sup>52</sup>

1. En virtud del principio de igualdad, los ciudadanos tienen derecho a recibir un trato igual ante la ley y las autoridades. En la esfera judicial, dicho mandato se materializa en el deber de proferir decisiones análogas ante casos similares; en ese orden, una decisión que se aparta del precedente establecido infringe la garantía consagrada en el artículo 13 superior<sup>53</sup>.

Esta Corporación ha expuesto que el precedente judicial, entendido como "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, [y que] debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"<sup>54</sup>, tiene dos categorías: (i) el horizontal, referido a las providencias judiciales emitidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o el mismo funcionario; y (ii) el vertical, que atiende a las decisiones del superior funcional jerárquico o del órgano de cierre encargado de unificar la jurisprudencia en su jurisdicción.

Ciertamente, a las autoridades judiciales, específicamente a los órganos de cierre, les corresponde el deber 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.

1. La obligatoriedad del precedente de las Corporaciones de cierre, atiende además al señalado “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”<sup>55</sup>; de manera que los administradores de justicia deben aplicar en situaciones análogas aquellas consideraciones jurídicas “ciertas y directamente relacionadas” que emplearon los superiores jerárquicos, a menos que expresen razones serias y suficientes para apartarse.

1. En el supuesto de que se incumpla este deber y la decisión judicial contenga una respuesta contraria a la que surgiría del precedente aplicable, prima facie podría considerarse que la misma es 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”<sup>56</sup>.

1. En consonancia con lo anterior, de manera reiterada la Corte ha señalado los criterios para identificar o determinar la configuración del defecto por desconocimiento del precedente judicial, a saber:

“i) determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales 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 homine”<sup>57</sup>.

1. Por consiguiente, cuando se alega el desconocimiento del precedente, es necesario verificar que los casos omitidos sean semejantes, que exista una decisión que resuelva el caso con supuestos fácticos y jurídicos iguales, y que el fallador se aparte de dicha línea de argumentación sin justificación válida.

Defecto sustantivo en asuntos que comprometen graves violaciones de derechos humanos<sup>58</sup>

En efecto, reiteró la sentencia T-926 de 2014 que estableció que 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.<sup>60</sup> Una de las aplicaciones de este principio es la adaptación del estándar de prueba exigido en ciertos caso”<sup>61</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que en materia de daños “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)<sup>62</sup>”<sup>63</sup>.

1. De ahí, conforme a la jurisprudencia en vigor de este Tribunal, puede evidenciarse un defecto sustantivo cuando no se flexibiliza el estándar probatorio en aplicación del principio de equidad exigido en los casos de reparación directa, acorde con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Estos supuestos, además, desconocen el precedente sobre la materia establecido por este Tribunal, el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## Caracterización del defecto por desconocimiento del precedente constitucional<sup>64</sup>

1. La Corte Constitucional tiene la función constitucional de unificar la jurisprudencia, según lo establece el artículo 241 de la Carta. En ese sentido, sus decisiones se constituyen en precedente de cumplimiento obligatorio no solo por los jueces sino por las mismas cortes.

El precedente es el mecanismo que le da facultades a los funcionarios judiciales para resolver los casos con fundamento en decisiones anteriores, puesto que existen similitudes entre los hechos, los temas constitucionales, las normas y los problemas jurídicos planteados. Así, el precedente se ha definido como “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”<sup>65</sup>.

1. Las decisiones de control abstracto tienen efectos erga omnes y “fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”<sup>66</sup>. En ese orden, esta Corporación ha dicho: “cualquier norma que sea declarada inconstitucional por parte de la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. De otro lado, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto constitucional -bien declaren o no inexecutable una disposición-, debe ser también atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución”<sup>67</sup>.

1. En torno a los fallos de control concreto, el Pleno de esta Corporación ha señalado que por ser la Corte Constitucional la autoridad encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, es obligación de los jueces acoger las decisiones que en materia de tutelas expide<sup>68</sup>. Y si bien se ha precisado que “la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo

de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma”<sup>69</sup>.

1. El fallador, sin embargo, cuenta con la posibilidad de apartarse del mismo en virtud del principio de autonomía judicial, siempre que cumpla con una carga argumentativa en la que “(i) [presente] de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y (ii) demuestre con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales”<sup>70</sup>.

1. En suma, el precedente de la Corte Constitucional, por ser la autoridad encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución<sup>71</sup>, debe acatarse por los funcionarios judiciales con prevalencia al fijado por las demás autoridades judiciales. De no ser así, se incurre en causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, siempre que no se haya agotado la carga argumentativa requerida para que la autoridad judicial se aparte del mismo.

La flexibilización de los estándares probatorios en materia de violaciones graves a los derechos humanos. Reiteración jurisprudencial<sup>72</sup>

1. Como ha advertido esta Corporación<sup>73</sup>, en Colombia el fenómeno de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias 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 a aquellas prácticas efectuadas por miembros de las Fuerzas Militares<sup>74</sup> para posteriormente presentarlos como bajas legítimas en el contexto de un enfrentamiento armado<sup>75</sup>.

Al analizar la situación de Colombia, la Corte Penal Internacional 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” 76.

1. En relación con este fenómeno, se ha reconocido por la jurisprudencia nacional e internacional, la dificultad que representa para las víctimas cumplir con el rigor probatorio en las acciones judiciales, por lo que se ha establecido la posibilidad de flexibilizar los estándares probatorios en casos en que ocurran graves violaciones de derechos humanos, i. e. las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias. En esa medida, se enunciarán las posiciones que sobre el particular ha sostenido el Consejo de Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Corte Constitucional.

#### La flexibilización probatoria en la jurisprudencia del Consejo de Estado

1. Paralelo a la intervención en materia penal por homicidio en persona protegida<sup>77</sup> y en el ámbito disciplinario<sup>78</sup> 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<sup>79</sup>-, el Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ha construido una nutrida línea jurisprudencial en la materia, partiendo del artículo 90 superior, 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, sobre todo, 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<sup>80</sup>.

1. 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<sup>81</sup> y de controlar a sus uniformados en el cumplimiento de la labor encomendada<sup>82</sup>, 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.

1. 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 aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad”<sup>83</sup>.

1. 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<sup>84</sup>, siempre que logren estructurarse los elementos de responsabilidad estatal bajo las reglas de la sana crítica.<sup>85</sup>

1. 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”<sup>86</sup>.

1. De ahí, teniendo en cuenta 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 las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias- el Consejo de Estado ha reconocido que los indicios adquieren una especial relevancia al momento de determinar la responsabilidad patrimonial de la Nación.

Los indicios son medios de prueba “indirectos y no representativos” que no son percibidos directamente por el juez -como sí 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”.<sup>87</sup>

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”<sup>88</sup>.

1. 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”.<sup>89</sup>

1. En ese contexto, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa en la sentencia de 5 de abril de 2013, exp. 2498490 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”<sup>91</sup>. 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.”<sup>92</sup>

1. La anterior postura, fue reiterada en la sentencia de 23 de marzo de 2017, exp. 5094193, 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”<sup>94</sup>. Por tanto, 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 (...) 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) (...).”

1. En sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014<sup>95</sup>, la Sección Tercera del Consejo de Estado resaltó que la mayoría de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al

Derecho Internacional Humanitario en Colombia, han sido desarrolladas “en zonas alejadas de los grandes centros urbanos y en contextos de impunidad<sup>96</sup>”, por lo que las víctimas al encontrarse en situación de debilidad manifiesta, en muchos casos se enfrentan a la “imposibilidad fáctica” de demostrar la vulneración de sus derechos.

Bajo ese entendido, en criterio del Consejo de Estado, “el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas”.

En criterio del alto tribunal, tratándose de graves afectaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se quebranta el principio de igualdad de condiciones y armas de las partes en el proceso, debido a que “las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios<sup>97</sup>”.

La sección coligió que esta línea argumentativa concuerda con los pronunciamientos en los cuales la Corte IDH ha aseverado que el juez goza de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba en casos de responsabilidad por violación de derechos humanos<sup>98</sup>, en atención a que el Estado “tiene el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos dentro de su territorio <sup>99</sup>”. Aunado a ello, resaltó que la jurisprudencia interamericana, tratándose de desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias, impone un estándar probatorio más exigente al Estado por haber consentido tales hechos<sup>100</sup>.

1. En conclusión, el Consejo de Estado adecuó los criterios de valoración probatoria a los estándares establecidos por los pronunciamientos internacionales en aras de garantizar una justicia efectiva, al tratarse de graves violaciones a los derechos humanos. De tal forma, en casos de graves violaciones graves a los derechos humanos<sup>101</sup> -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 jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 29 de julio de 1988 del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras<sup>102</sup>, señaló que los criterios de valoración probatoria 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”. De tal forma, la Corte consideró que “[l]a prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”, de ahí que, “[l]a 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”.

Bajo tal contexto, indicó que “a diferencia del derecho penal interno en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”<sup>103</sup>.

“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.”

1. De ahí, la jurisprudencia interamericana ha destacado la positividad de apreciar y valorar

las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica por parte de los tribunales internacionales, lo cual desplaza la postura rigurosa de frente a la “determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo”<sup>104</sup>. Para la Corte IDH, esta premisa adquiere mayor relevancia tratándose del juzgamiento de violaciones a derechos humanos, pues en estos casos las instancias judiciales internacionales cuentan con una “amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia”<sup>105</sup> a efectos de establecer la responsabilidad del Estado frente a tales infracciones<sup>106</sup>.

Jurisprudencia constitucional en relación con la flexibilización de los estándares de valoración probatoria en materia de graves violaciones a los derechos humanos

1. Inicialmente, en sentencia T-926 de 2014, este Tribunal advirtió que por tratarse de casos en los cuales se analizan graves violaciones a los derechos humanos, la valoración probatoria que realiza el juez debe flexibilizarse, admitiendo la posibilidad de acudir a los indicios como pruebas determinantes de la responsabilidad estatal. De tal forma, la Corte concluyó que:

“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”.

1. En igual sentido, la sentencia 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, la Corte señaló que a partir del estudio de los testimonios que obraban en el expediente, se lograba inferir que 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.

En concreto, se advirtió que “[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, valorando el grado de convicción que ofrece cada medio de prueba, de conformidad con los parámetros de la sana crítica”.

1. A su turno, la sentencia T-237 de 2017 reiteró 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<sup>107</sup>. 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.”

Con tal propósito, esta Corporación ha consultado los parámetros establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo de Estado y 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<sup>108</sup>, entre otros.

La Corte unificó su jurisprudencia y enfatizó 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 lo cual se ha admitido, por ejemplo, demostrar el perjuicio mediante medios de prueba alternos o también a través de indicios<sup>111</sup>.

1. Aunado a lo expuesto, la sentencia SU-062 de 2018 reiteró la jurisprudencia unificada en la materia, según la cual “existe un imperativo de flexibilizar los estándares probatorios y de fortalecer el deber de los jueces de ejercer las potestades que les han sido conferidas en aras de garantizar la justicia material con pleno respeto de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas. Lo anterior trae como consecuencia, entre otras cosas, el uso de las inferencias judiciales razonables”. En esa oportunidad, la Sala Plena ratificó que en los asuntos que involucran ejecuciones extrajudiciales, la presencia de algunos “elementos, conductas o actuaciones pueden ser indicios de responsabilidad del Estado”. En efecto, la Corte hizo referencia algunas de las situaciones reconocidas por el Consejo de Estado, a saber:

“(i) la existencia de casos en los cuales se adelantó un enfrentamiento con armas que no eran idóneas para el combate<sup>112</sup>; (ii) operaciones adelantadas en conjunto por ‘informantes desmovilizados’, que señalan a las víctimas como guerrilleros<sup>113</sup>; (iii) contradicciones e imprecisiones en los testimonios de los militares respecto a la forma en la que se adelantaron los enfrentamientos<sup>114</sup>; y (iv) la no concordancia entre los relatos de los hechos realizados por los miembros de la Fuerza Pública y el protocolo de necropsia<sup>115</sup>”.

De tal forma, la Corte coligió que los jueces deben reconocer la relevancia especial de la prueba indiciaria al momento de valorar la totalidad del acervo probatorio en los asuntos donde se juzgan graves infracciones a los derechos humanos.

1. Por último, en consonancia con los fallos de unificación referidos, mediante la sentencia T-214 de 2020 se analizaron dos acciones de tutela presentadas contra las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa en el marco de procesos de reparación directa por presuntas ejecuciones extrajudiciales. En esa oportunidad, la Corte recalcó que “en materia de procesos que involucran graves violaciones de derechos humanos, el juez debe, entre otros; (i) flexibilizar los estándares probatorios; (ii) reconocer la preponderancia de la prueba indiciaria; (iii) hacer uso de las inferencias judiciales razonables; (iv) aumentar el estándar probatorio del Estado como demandado en el proceso de reparación directa; (v) eventualmente exigirle al Estado que demuestre que no cometió una ejecución extrajudicial; y (vi) hacer uso de las pruebas aportadas a los procesos penales y disciplinarios correspondientes.”

1. En suma, de manera uniforme y consolidada, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la necesidad de que el juez ordinario flexibilice los estándares probatorios frente a la demostración de la acción u omisión del Estado, otorgando mayor protagonismo a la prueba indiciaria, en atención a las dificultades probatorias que comportan los casos que comprometen graves afectaciones a los derechos humanos, como los denominados falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales.

#### Caso concreto

Verificación de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia

1. En el caso que ahora se estudia, la Sala observa que la tutela cumple con los requisitos generales de procedencia, como se pasa a exponer:

#### Legitimación por activa

1. La señora Lucelia Velasco de Arcila y otras<sup>116</sup>, actuando a través de apoderado, presentaron acción de tutela contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En tanto se trata de algunas de las demandantes del proceso de reparación directa decidido por esa autoridad judicial en segunda instancia, la Sala encuentra superado este requisito.

Ahora bien, en sede de revisión, la solicitud de amparo fue coadyuvada<sup>117</sup> por Horacio de Jesús Arcila Toro y otros<sup>118</sup>, quienes también actuaron como demandantes en la acción contencioso administrativa antes referida. Bajo tal contexto, la Corte encuentra que los coadyuvantes cuentan con legitimación en la causa, pues al hacer parte del extremo activo del proceso ordinario, la decisión que se adopte en este caso, en relación con las causales específicas de tutela invocadas contra la sentencia de 19 de julio de 2018, resultan claramente de su interés.

#### Legitimación por pasiva

1. Este requisito se encuentra satisfecho, pues la acción de tutela se presentó contra la autoridad judicial -Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado- que profirió la decisión de segunda instancia a través de la cual se negaron las pretensiones de la acción de reparación directa promovida por las accionantes y los coadyuvantes.

#### Relevancia constitucional<sup>119</sup>

1. El asunto planteado a la Sala posee relevancia constitucional comoquiera que i) pretende el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de los familiares de las presuntas víctimas de una ejecución extrajudicial, cuyas garantías superiores, en principio, pudieran verse afectadas con la decisión censurada; y ii) la vulneración del derecho fundamental al debido proceso alegada surge, al parecer, con ocasión del desconocimiento del precedente del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en materia de flexibilización de los estándares probatorios en casos que debatan graves violaciones a los derechos humanos.

Por tanto, no se trata de meras discrepancias con la valoración de los elementos de juicio allegados al proceso de reparación directa, pues el objeto de esta decisión compromete la flexibilización de los estándares probatorios nacionales e internacionales en materia de lesiones graves y trascendentes a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; premisas que han sido reconocidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, al tiempo que materializan la debida interpretación de los principios pro homine y de equidad. Bajo tal contexto, la presente solicitud de amparo no constituye una controversia de mera legalidad, ni pretende constituirse como una tercera instancia del asunto ordinario; al contrario, persigue la salvaguarda de los derechos de las víctimas reconocidos por el orden internacional y la jurisprudencia nacional.

En consecuencia, la Corte considera que estas circunstancias, en principio, ameritan la intervención del juez constitucional.

#### Agotamiento de los recursos judiciales

1. Al observar las actuaciones surtidas dentro del proceso de reparación directa instaurado por la parte actora, se evidencia que fueron agotados los mecanismos a su alcance para obtener la protección de sus garantías fundamentales, puesto que cuenta con fallo de segunda instancia y no existen recursos ordinarios contra la decisión que pone fin al trámite.

Adicionalmente, tampoco es procedente el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 250120 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debido a que las causales que lo viabilizan son taxativas y tienen naturaleza restrictiva<sup>121</sup>. En esa medida, los cargos propuestos por las accionantes tales como la valoración indebida de las pruebas ante el estándar flexible que exigen los casos de graves violaciones a los derechos humanos, a la luz de los principios pro homine y de equidad, o el desconocimiento del precedente judicial y constitucional, 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”.<sup>122</sup>

De conformidad con lo anterior, se colige que el recurso extraordinario de revisión no es un mecanismo al que pueda acudir la parte actora en el presente asunto. Así las cosas, este presupuesto se encuentra acreditado atendiendo que la decisión censurada mediante la presente acción de tutela corresponde a la segunda instancia en el proceso de reparación directa.

1. Ahora bien, la Corte no desconoce que, en una petición de amparo anterior, la Sección Quinta del Consejo de Estado concedió la protección de los derechos deprecados y ordenó a la Sección Tercera emitir un fallo de reemplazo de segunda instancia en el asunto ordinario, donde se valorara una prueba remitida por la Fiscalía General de la Nación que no se había evaluado por la autoridad judicial.

En esa medida, la Sala colige que la solicitud de cumplimiento y el trámite incidental de desacato frente a la decisión de la referida acción de tutela, no fungen como medios ordinarios idóneos y eficaces para la consecución de la salvaguarda invocada, debido a que en esa oportunidad no se debatió la flexibilidad del estándar probatorio en casos de graves violaciones de derechos humanos, sino que solo se limitó a resolver sobre el defecto fáctico alegado con fundamento en que la Sección Tercera no apreció la totalidad del acervo probatorio. Así las cosas, los mecanismos de cumplimiento y desacato no permiten lograr los propósitos planteados por las accionantes, comoquiera que lo resuelto en esa oportunidad tuvo una finalidad diferente a la hoy discutida.

#### Requisito de inmediatez

1. La Corte ha recalcado que la acción de tutela debe presentarse de manera oportuna y razonable respecto de la ocurrencia del hecho que generó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales; no obstante, esa circunstancia no es inmutable, puesto que de ser así se “afectaría el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela, y se desvirtuaría su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos”<sup>123</sup>.

Así las cosas, se advierte que la sentencia de segunda instancia fue proferida el 19 de julio

de 2018 por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, siendo notificada mediante edicto del día 16 de agosto de 2018. Por su parte, la acción de tutela fue instaurada el 11 de diciembre de 2018, es decir, cuando habían transcurrido menos de cuatro (4) meses desde que tuvieron conocimiento de la decisión desfavorable, lapso que resulta proporcionado y razonable.

En caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales.

1. Este requisito no es aplicable al asunto bajo estudio ya que las anomalías que se alegan son de carácter material. Efectivamente, no se plantea una eventual irregularidad procesal, sino la concurrencia de defectos sustantivo y por el desconocimiento del precedente constitucional, frente a la flexibilización de la valoración probatoria en los asuntos que comprometen graves violaciones a los derechos humanos.

Identificación de los hechos que generaron la vulneración de derechos.

1. Las accionantes identificaron los supuestos de hecho que generaron la vulneración y los derechos presuntamente trasgredidos con la decisión censurada, pues a su juicio, la sentencia expedida el 19 de julio de 2018 por parte de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, desconoció la jurisprudencia constitucional y de esa misma corporación sobre análisis probatorio flexible de los casos que revisten graves violaciones a derechos humanos. Asimismo, resaltaron que el material probatorio obrante en el expediente demuestra que el fallecimiento de sus familiares obedeció a ejecuciones extrajudiciales adelantadas por miembros del Ejército Nacional y no a bajas en combate como lo calificó el fallador contencioso administrativo.

El fallo controvertido no es una sentencia de tutela.

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

#### Análisis de las causales específicas de procedibilidad

1. De conformidad con lo señalado en el escrito de tutela, las accionantes<sup>124</sup> consideran que la sentencia de 19 de julio de 2018 emitida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado desconoció el precedente constitucional y judicial en materia de flexibilización de la valoración probatoria en casos que involucran graves trasgresiones a los derechos humanos.

1. Acorde con los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de esta providencia, la Sala procede a analizar la sentencia de segunda instancia en el proceso de reparación directa objeto de la presente acción, con especial atención en el estándar probatorio aplicado y la valoración de los elementos de juicio que sustentaron la decisión de declarar la causal de hecho exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad del Ejército Nacional, Ministerio de Defensa Nacional, en la muerte de los señores Jamil Aurelio Arcila Velasco y Diego Alberto Osorio Becerra.

1. En efecto, se advierte que las accionantes y los coadyuvantes<sup>125</sup> presentaron demanda de reparación directa con la finalidad de que se declarara responsable administrativamente a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional por el daño ocasionado como resultado de la muerte de Jamil Aurelio Arcila Velasco y Diego Alberto Osorio Becerra a manos de los miembros del Ejército Nacional, grupo Gaula – Risaralda el 8 de septiembre de 2007. Como consecuencia de lo anterior, solicitaron la indemnización de perjuicios morales y materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante.

1. Mediante sentencia de 10 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo de Risaralda negó

las pretensiones de la demanda. Al respecto, consideró que en la muerte de los señores Osorio Becerra y Arcila Velasco no le asiste responsabilidad al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, al no establecerse un nexo de causalidad imputable por un actuar irregular o desproporcionado de los uniformados. A juicio del Tribunal, a partir del material probatorio quedó acreditado que los militares involucrados, “accionaron sus armas de dotación oficial, por la actuación intempestiva de los civiles, quienes, ante la voz de aviso de autoridad, respondieron accionando sus armas, comportamiento que ocasionó el funesto suceso”<sup>126</sup>.

La sentencia de primera instancia indicó que el informe de laboratorio del CTI sobre la trayectoria de los proyectiles, las armas de fuego y granada de fragmentación encontradas, “constituye un indicio en contra de estas personas, quienes estaban portando armas sin los permisos de ley; máxime si de acuerdo con prueba documental allegada al proceso, el señor Jamil Aurelio Arcila, fue condenado por el delito de porte ilegal de armas”.

Por consiguiente, estimó que las personas muertas en el enfrentamiento con el Ejército “portaban armas peligrosas que podían ocasionar un daño a la integridad y a la vida de las personas, y fueron ellos quienes se expusieron al daño que les fue ocasionado al accionar sus armas contra el grupo de soldados que desarrollaban la operación “SIRIA” (...) el Ejército actuó en cumplimiento de un deber legal y en ejercicio de legítima defensa que se considera proporcional; pero también es cierto que se presenta la causal que exime de responsabilidad como es la culpa exclusiva de la víctima (...)”<sup>127</sup>.

1. El 22 de junio 2017, la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia. Encontró configurada la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de las víctimas. Lo anterior, al estimar que lejos de un uso excesivo de la fuerza, el Ejército actuó de manera legítima en tanto “resultó probado que la respuesta de los agentes fue imprescindible para evitar que su integridad resultara gravemente comprometida, pues recuérdese, los particulares accionaron sus armas de fuego en cuatro oportunidades y, además, uno de ellos portaba una granada de fragmentación”<sup>128</sup>.

Sobre el particular, detalló que las evidencias son claras en demostrar que a los señores Osorio Becerra y Arcila Velasco se les encontró material bélico y portaban armas de fuego

que fueron accionadas en contra de los militares. Aclaró que, aunque el informe de balística refirió que el hallazgo de partículas en el guante de uno de los occisos no sugiere la activación del arma de fuego, “valorado de manera conjunta con todo el acervo probatorio, permite concluir que tanto Jamil Aurelio Arcila Velasco como Diego Alberto Osorio Becerra sí dispararon las armas que les fueron encontradas”<sup>129</sup>.

1. Bajo tal contexto se profirió la sentencia de 19 de julio de 2018 por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>131</sup>, mediante la cual se confirmó el fallo de primera instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda de reparación directa.

La autoridad judicial accionada replicó por completo las consideraciones incluidas en la sentencia de 22 de junio de 2017 -que se había dejado sin efectos con ocasión de la referida acción de tutela-. En primera medida, se dio por acreditado el deceso de los señores Osorio y Arcila de conformidad con el material probatorio que obra en el expediente<sup>132</sup>. Al respecto, puntualizó que:

“La necropsia practicada al cadáver del señor Jamil Aurelio Arcila Velasco reveló que éste falleció como consecuencia de dos disparos de arma de fuego que comprometieron órganos vitales y que, en consecuencia, le causaron un choque hemorrágico (f. 280, c. 4). En cuanto a Diego Alberto Osorio Becerra, el respectivo informe pericial de necropsia indicó que falleció como consecuencia de un shock neurogénico derivado de un disparo de arma de fuego que recibió en la cara (f. 30, c. 3). Según la Fiscalía, ambos hombres “recibieron los disparos a larga distancia (superior a 1.20 m de distancia de la boca de fuego)” (f. 560, c. 6).

Está claro, entonces, que las muertes de los señores Jamil Aurelio Arcila Velasco y Diego Alberto Osorio Becerra fueron causadas con arma de dotación accionadas por agentes del Ejército Nacional, de eso no hay duda y, de hecho, así quedó registrado en el informe recién transcrito de esa institución”<sup>133</sup> (negrilla fuera de texto original).

Destacó que el uso de armas de fuego es una actividad peligrosa, frente a la cual el

demandante está obligado a demostrar el daño sufrido y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración; sin embargo, la sola acreditación de tales supuestos no conduce a la declaración de la responsabilidad patrimonial del estado. Bajo tal contexto, el alto Tribunal afirmó que “según la jurisdicción penal militar, actuaron en legítima defensa, se podría considerar, en principio, que el Estado no está en el deber de indemnizar los perjuicios derivados de esos daños, por cuanto estaría configurada la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de las víctimas, teniendo en cuenta que, según las pruebas recién transcritas, aquéllas, al arremeter violentamente en contra de los uniformados, los facultaron para que éstos reaccionaran de la misma manera”<sup>134</sup> (negrilla fuera de texto original). Lo anterior, con único fundamento en la providencia que dispuso no imponer medida de aseguramiento miembros del Ejército Nacional investigados por parte de la Jurisdicción Penal Militar<sup>135</sup>.

Además, la Sección Tercera transcribió apartes del informe ejecutivo entregado por la Fiscalía General de la Nación, así como del estudio de balística. Hizo alusión al “análisis residuo de disparo en mano” que efectuó el C.T.I., en el cual se afirmó que “existía compatibilidad de residuos de disparo en la mano derecha del señor Arcila Velasco y en la mano derecha del señor Osorio Becerra”. Agregó que el acta 604 de inspección al cadáver de Jamil Aurelio Arcila Velasco, da cuenta de que “el occiso portaba un guante en la mano derecha, prenda que fue recolectada por la Fiscalía para análisis de balística, cuyo resultado, según el Departamento Administrativo de Seguridad, fue el siguiente: “SI (SIC) SE ENCONTRARON PARTICULAS (SIC) DE RESIDUOS DE DISPARO EN LAS MUESTRAS TOMADAS A LA SUPERFICIE DE UN GUANTE PARA MOTOCICLETA” <sup>136</sup>.

Al respecto, el Consejo de Estado consideró que tales evidencias coincidían con la declaración rendida por miembros del Ejército Nacional<sup>137</sup>. En consecuencia, coligió que, durante el operativo, los dos occisos “accionaron sus armas de fuego en cuatro oportunidades en contra de los uniformados” al escuchar las consignas del Ejército Nacional, por lo que “provocaron la reacción de los militares, quienes se vieron obligados a proteger sus vidas y a repeler el ataque, accionando de igual forma sus armas de dotación oficial”. En efecto, reiteró que, aunque las pruebas tenidas en cuenta para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos provienen de información y datos suministrados por la institución demandada, lo allí descrito guarda relación con “los resultados obtenidos de otras piezas probatorias como el estudio de balística, el informe ejecutivo de la Fiscalía General de

la Nación y el análisis de “residuo de disparo en mano” realizado por el C.T.I.”<sup>138</sup>.

En esos términos, el alto Tribunal aseguró que “pese a que no hay duda en que funcionarios del Estado causaron la muerte de Jamil Aurelio Arcila Velasco y de Diego Alberto Osorio Becerra, la Sala encuentra configurada la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de las víctimas, toda vez que es evidente que aquellas no obraron de acuerdo con lo que les era exigible, esto es, atender al llamado y al requerimiento de las autoridades y permitir que se llevara a cabo la requisita solicitada, sino que, por el contrario, apartándose por completo del ordenamiento jurídico, arremetieron en contra de las autoridades”<sup>139</sup> (negrilla fuera de texto original). Concluyó que la acción de los agentes fue legítima, imprescindible y se ciñó a los principios de necesidad y de proporcionalidad frente al uso de la fuerza, de cara a evitar afectaciones graves a su integridad con ocasión de los cuatro disparos accionados y que uno de los occisos portaba una granada de fragmentación.

Bajo tales premisas, el Consejo de Estado descartó que se hubiera tratado de una “ejecución extrajudicial”, puesto que “las evidencias a las que ya se ha hecho mención en esta providencia desvirtúan la versión de la parte actora, en tanto son claras en demostrar que, efectivamente, a las víctimas sí se les encontró material bélico, como la granada de fragmentación, y que sí portaban armas de fuego, las cuales fueron accionadas en contra de los militares. Al respecto, es preciso advertir que, si bien es cierto el informe de balística aclaró que el hallazgo de partículas de disparo en la prenda analizada (guante) no sugiere una afirmación de que la persona haya accionado un arma de fuego, también es cierto que dicho informe, valorado de manera conjunta con todo el acervo probatorio, permite concluir que tanto Jamil Aurelio Arcila Velasco como Diego Alberto Osorio Becerra sí dispararon las armas que les fueron encontradas” <sup>140</sup>.

Agregó a su análisis que las conclusiones y los elementos probatorios referidos en el informe ejecutivo de la Fiscalía General de la Nación pueden ser objeto de contradicción, comoquiera que el proceso penal se encontraba pendiente de formulación de imputación y, “en todo caso, no contrarían ni enervan la causal eximente de responsabilidad que se halla probada en esta sentencia”<sup>141</sup>. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“Ahora, es cierto que, según el órgano investigador, tales pruebas permiten ‘predicar la

responsabilidad de los presuntos autores' respecto del ilícito investigado; sin embargo, para esta Sala, dicha aseveración no tiene la virtualidad suficiente para que de ella se deduzca la responsabilidad del Estado por los daños que se alegan en este acción, pues, por un lado, se trata del criterio que tiene el fiscal investigador (y no el juez penal) frente al hecho que averigua y, por otro lado, obedece al juicio que ese órgano hace en un proceso que aún se encuentra en trámite y que, por consiguiente, no ha concluido con una decisión judicial definitiva”<sup>142</sup>.

Adicionalmente, indicó que aun cuando se acreditara la existencia de una sentencia penal dentro de aquel proceso, “lo cierto es que se trataría de una decisión que no necesariamente obligaría a condenar patrimonialmente a la administración, pues, aunque las sentencias penales pueden ser valoradas como pruebas documentales, no tienen per se dicho efecto en los juicios de responsabilidad del Estado” <sup>143</sup>.

Por último, el fallador coligió que “la parte actora no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 177 del C. de P.C., en tanto no aportó al expediente evidencia alguna de la falla en el servicio que predicó respecto de la Administración”<sup>144</sup> (negrilla fuera de texto original). Así, concluyó que, a pesar de que efectivamente los uniformados causaron la muerte de los señores Arcila Velasco y Osorio Becerra, a su juicio se encontraba configurada la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de las víctimas<sup>145</sup>.

1. La magistrada María Adriana Marín aclaró el voto en la referida decisión. Así, consideró que el presente caso cuenta con pruebas que no permiten declarar la responsabilidad del Estado por ejecuciones extrajudiciales, por cuanto “permiten establecer que las víctimas portaban armas de fuego y que las mismas fueron accionadas en contra de agentes del Estado”.

Además, la magistrada planteó que “el nuevo análisis ordenado por la Sección Quinta del Consejo de Estado no alteró la valoración probatoria que se había realizado en la providencia objeto de tutela”, puesto que las pruebas que hacen parte del “informe ejecutivo que remitió la Fiscalía General de la Nación, no aportaron elementos de juicio diferentes que permitan enervar la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de las víctimas”.

Al respecto, destacó que en caso de que surjan nuevos elementos de juicio en el proceso penal, este asunto se podría revisar en el marco de los mecanismos de justicia transicional o del derecho internacional. Concluyó que, de conformidad con la jurisprudencia de ese alto tribunal, “la sentencia penal no produce efectos de cosa juzgada sobre la acción de reparación directa”.

1. En primer lugar, la parte accionante alegó que la sentencia emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un defecto fáctico, porque no se valoraron algunos elementos de juicio y, por otra parte, en razón a que apreció indebidamente otros medios probatorios que obran el expediente contencioso administrativo.

Así, en criterio de las accionantes, la autoridad judicial accionada omitió valorar i) el radiograma; ii) el bosquejo topográfico; iii) el álbum fotográfico del CTI; iv) la orden de operaciones No. 76 “SIRIA”; v) los testimonios de Álvaro Hinestroza Villa, Armando de Jesús Trejos, Geovany Orrego, Jean Paul González Martínez, Luz Marina Gutiérrez Correa y Diana Marisol Agudelo; y vi) la Resolución de 5 de junio de 2009 por medio de la cual la Fiscalía 18 Penal Militar con sede en Armenia remitió a la justicia ordinaria la investigación penal.

1. Sobre el particular, analizado el contenido del fallo de 19 de julio de 2018 (supra f.j. 98), la Sala advierte que la parte accionada encontró acreditada la muerte de Jamil Aurelio Arcila Velasco con fundamento en su acta de defunción y, de Diego Alberto Osorio Becerra con base en el acta de inspección del cadáver y el informe pericial de necropsia. Asimismo, la autoridad judicial demandada, aseguró que tales decesos fueron causados con armas de dotación accionadas por agentes del Ejército Nacional, en atención a lo descrito en el informe de operaciones No. 76.

Aunado a lo expuesto, la Sección Tercera coligió que se habría configurado la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de las víctimas, con base en el auto emitido el 8 de septiembre de 2007 por el Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, en el cual se dispuso no imponer medida de aseguramiento miembros del Ejército Nacional investigados, comoquiera que según esa jurisdicción actuaron en legítima defensa.

En la sentencia de 19 de julio de 2018, se coligió que los militares actuaron en legítima defensa según lo apreciado por la justicia castrense.

1. Conforme a lo reseñado, la Corte colige que, con excepción de la orden de operaciones No. 76 “SIRIA”, los demás elementos de juicio enlistados por la parte actora no fueron enunciados en la providencia, ni tampoco es posible inferir que hubieran sido analizados al momento de adoptar la determinación en cuestión. Así, en atención a lo reseñado, la Sala encuentra que, en la sentencia de reemplazo emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 19 de julio de 2018, no fueron tenidos en cuenta algunos elementos de juicio determinantes que contaban con la potencialidad de afectar el sentido de la decisión impugnada.

1. Se destaca que, entre otras pruebas, a partir del radiograma, se habría podido evidenciar que los miembros del Ejército Nacional accedieron a la escena de los hechos con anterioridad al CTI, puesto que se enlista detalladamente las armas presuntamente encontradas a las víctimas, entre ellas, una granada que al parecer se encontraba al interior del bolsillo de la chaqueta que portaba uno de los occisos. De conformidad con el expediente, el acta de inspección a cadáver en la que se identificó la presencia de ese elemento, fue adelantada por miembros de la Fiscalía General de la Nación a las 03.30 hrs. del 9 de septiembre de 2007<sup>146</sup>; sin embargo, esa información fue plasmada en el radiograma<sup>147</sup> y el informe de operaciones o patrullaje manuscrito anexo que se efectuaron el día anterior -8 de septiembre- por parte de los miembros del Ejército<sup>148</sup>.

1. Por su parte, en el bosquejo topográfico<sup>149</sup> se hubiere podido observar que las vainillas de las armas tipo fusil accionadas por los agentes de las Fuerzas Militares se encontraron debajo y al lado de los cuerpos de las víctimas, pese a que aquellos reportaron que el combate se había producido a 15, 20 y 30 metros de distancia. Esto también fue evidenciado en el acta de inspección a cadáver en la que se señaló que encontró “regadas en el entorno no mayor a 10 metros de los mismos varias vainillas al parecer cal. 7.65 y 5.56” <sup>150</sup>.

1. Además, a partir del álbum fotográfico del CTI<sup>151</sup>, la autoridad judicial hubiere podido analizar las imágenes del cuerpo del señor Diego Alberto Osorio Becerra “empuñando” un arma de fuego aún después de haber recibido un impacto de fusil en su rostro<sup>152</sup>. En el mismo sentido, se hubiere podido contrastar con el acta de inspección a su cadáver suscrita por la Fiscalía General de la Nación, en la cual se indicó que “cada uno en su mano derecha porta un arma de fuego tipo pistola”<sup>153</sup>. Aunado a ello, se hubiere apreciado el registro fotográfico del señor Jamil Aurelio Arcila quien falleció a escasos 30 centímetros del arma de fuego que presuntamente portaba<sup>154</sup>, pese a que recibió dos descargas de fusil en tórax y abdomen<sup>155</sup>.

1. Bajo las anteriores precisiones, se advierte que los elementos de juicio aducidos por la parte actora, pese a que contaban con relevancia suficiente en el presente caso y hubieren podido contribuir para determinar hechos indicadores de la posible responsabilidad del estado, no fueron analizados en la providencia emitida el 19 de julio de 2018, por lo que se configura el defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria alegado en la acción de tutela de la referencia.

1. De cara a lo señalado por la parte 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:

i. Frente al informe de Operación No. 76 SIRIA, elemento probatorio mencionado en la sentencia objeto de la presente acción de tutela, se advierte que no existe nexo causal entre la operación ejecutada el 8 de septiembre de 2007 y la llamada que efectuó el señor Germán Ocampo Correa quien presuntamente dio aviso de llamadas amenazantes previas según lo informado en los testimonios rendidos por algunos militares<sup>156</sup>. Esto, en la medida en que el señor German Ocampo Correa negó haber sido objeto de extorsión o intento de secuestro<sup>157</sup>.

En efecto, en la declaración rendida por el señor Ocampo ante el Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar, si bien informó que había recibido llamadas extrañas en las que le decían que lo querían ver y que le iban a proponer un negocio, de las cuales puso en conocimiento al Gaula, lo cierto es que al momento de pedirle que “indique al despacho si en las llamadas que le estaban haciendo exigencias de contenido económico o había informaciones de un posible secuestro”, este respondió: “la última llamada que recibí me decían lo necesitamos hoy, hoy, nosotros conocemos su carro y le dije ahh bueno que lo conozca”<sup>158</sup>. En el mismo sentido, en entrevista desarrollada ante la Fiscalía, al señor Ocampo indicó que las personas que lo llamaron el 8 de septiembre no lo amenazaron de muerte ni le hicieron exigencias económicas.

Sumado a lo anterior, no se evidencia en el expediente, el reporte de una noticia criminal específica por parte del señor Germán Ocampo y el trámite que se le hubiere impartido al interior del Grupo Gaula – Risaralda.

i. Además, conforme a los reportes que obran en el expediente, en el referido informe de operaciones No. 76 se incluye a un militar que no participó en el operativo -Yuber Armando Morales-, y excluye a otro que sí estuvo presente -Juan Pablo Monsalve Hernández-; de igual forma, allí se asegura haber contado con el apoyo de coordinación del DAS y el CTI sin que ello hubiere ocurrido, puesto que la Fiscalía General de la Nación indicó que fue informada de la situación a las 01.30 hrs y arribó al lugar a las 03.30 hrs. del 9 de septiembre de 2007<sup>159</sup>. Asimismo, en el informe de operación No. 76 SIRIA se refiere la utilización de aparatos de visión nocturna, lo cual fue desmentido en los testimonios recaudados que afirmaron que estaba muy nubado y oscuro y que no tenían contacto visual con sus compañeros por las condiciones atmosféricas y porque se encontraban distanciados a más de 200 mts.<sup>160</sup>.

i. De acuerdo con la versión del Grupo Gaula – Risaralda dada por el sargento Juan Pablo Monsalve Hernández, se afirmó que una vez se dio de baja a los jóvenes la escena había sido acordonada; sin embargo, según el auto del 5 de junio de 2009 del Juez 56 de Instrucción Militar, el sitio no se encontraba acordonado<sup>161</sup>. Inconsistencia que fue ratificada por la Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado<sup>162</sup>.

i. En la diligencia del DAS de análisis e identificación de residuos de disparo por microscopia electrónica de barrido en el cuerpo del señor Jamil Aurelio Arcila Velasco<sup>163</sup>, se encontraron residuos de disparo en las muestras tomadas en la superficie de un guante para motocicleta; empero se aclara que “en ningún momento el perito está afirmando que la persona muestreada ha disparado un arma de fuego, ya que no es posible determinar con absoluta certeza de que forma estas partículas llegaron a las manos y a las prendas” las cuales pueden ser variadas y son descritas en el informe, lo cual también fue reseñado en la sentencia emitida el 19 de julio de 2018 por la Sección Tercera.

i. El informe de necropsia del señor Diego Osorio Becerra indica que recibió “herida por proyectil de arma de fuego en cara y al examen interno se encontró: lesiones de piel, tejido celular subcutáneo, fractura conminuta del hueso malar derecho de la cara, del temporal y del occipital derechos del cráneo, con laceración extensa del lóbulo derecho del cerebelo y hematoma extenso de base del cráneo”<sup>166</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, en el álbum fotográfico del CTI<sup>167</sup> se registra al occiso sujetando en su mano un arma de fuego con posterioridad al impacto de fusil en el rostro que ocasionó su deceso (supra f.j. 107).

i. En las actas de inspección a cadáver No. 603168 y 604169 de Diego Alberto Osorio Becerra y Jamil Aurelio Arcila Velasco, respectivamente, suscritas por la Fiscalía General de la Nación, se indicó que los occisos no portaban ningún objeto como “teléfonos celulares, instrumentos de comunicaciones, dinero, listados de propiedades, personas, mapas, cuerdas, ni algún elemento necesario para materializar acciones de secuestro o extorsión”.

i. No obra ninguna prueba que permita concluir que los fallecidos hacían parte de una organización criminal, ni reportes de inteligencia que así lo sugirieran, investigaciones iniciadas o algún tipo de información que diera lugar a una sospecha en su contra, lo cual cuestiona que “no había razón alguna para haberlos dado de baja en el mismo sitio, hora y

circunstancias acusados de pertenecer a una organización criminal” como lo afirman los demandantes<sup>170</sup>.

i. La presencia de las diez (10) vainillas recuperadas -entre ellas las seis (06) calibre 5.56 correspondientes a la munición de los fusiles utilizados por el Ejército- a centímetros de los cuerpos de las víctimas, no es congruente con el relato de los miembros de las Fuerzas Militares que afirman que el “combate” se produjo a una distancia de 15, 20 o 30 metros (supra f.j. 106). El gasto de munición según la cantidad de vainillas recuperadas tampoco da cuenta de la existencia de un “combate” de 5 a 10 minutos como afirman las declaraciones de los militares<sup>171</sup>.

i. Conforme a la descripción gráfica de los hechos, se evidencia una superioridad numérica y de armamento de los diez uniformados que participaron en la operación<sup>172</sup>, no se evidencian condiciones proporcionales para hablar de un acto de legítima defensa.

i. Las armas hechizas presuntamente halladas a las víctimas eran de calibre 7.65 mm y poseían proveedores hechizos metálicos del mismo calibre. Es cuestionable la idoneidad de tales elementos para sostener un combate, puesto que en el dictamen de balística se determinó que el arma No. 1 se encontraba “en mal estado de conservación por presencia de óxido”<sup>173</sup>; mientras que el arma No. 2 estaba “funcionando irregularmente, ya que en ocasiones el cartucho ingresa demasiado en la recámara, al punto que la aguja percutora no alcanza a iniciarlo (el arma llegó con un cartucho en el interior de su recámara no percutido (...)) en mal estado de conservación por presencia de óxido”<sup>174</sup>.

i. En el dictamen de balística se relacionan, once (11) vainillas 9 mm adicionales, entregadas junto con el arma No. 1 que, no coincidirían, en principio, ni con el armamento que las Fuerzas Militares reportaron haber usado, ni con las armas que al parecer fueron encontradas a las víctimas. En el referido documento, tampoco se hizo un análisis de esas vainillas.

i. No existe dictamen que establezca que las armas encontradas junto a los cuerpos de las víctimas hubiesen sido detonadas en tiempo cercano a la ocurrencia de los hechos.

i. Contrario a lo afirmado en la sentencia de 19 de julio de 2018 por la Sección Tercera, valorado de manera conjunta todo el acervo probatorio, no permite concluir que Jamil Aurelio Arcila Velasco y Diego Alberto Osorio Becerra hayan disparado las armas que les fueron encontradas.

1. Ahora bien, frente al informe ejecutivo remitido por el Fiscal 57 Especializado de Medellín<sup>175</sup>, en cumplimiento de la prueba de oficio ordenada por el mismo fallador mediante auto de 23 de marzo de 2017, la Corte no desconoce que las actuaciones penales no constituyen cosa juzgada para definir la responsabilidad del Estado en el proceso contencioso administrativo, como tampoco desatiende la imparcialidad e independencia de las autoridades judiciales; no obstante, la enunciación de múltiples elementos probatorios, así como la afirmación de que se trata de un homicidio en persona protegida donde las víctimas se encontraban en estado de indefensión al momento del deceso, deben ser observados bajo las reglas de la sana crítica y cuando menos pueden constituir un indicio en contra de la presunta baja en combate y la legítima defensa.

1. Conforme a lo anotado en precedencia, la Sala encuentra que, así como lo alegaron las accionantes en la solicitud de amparo, la decisión adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un defecto fáctico por indebida valoración de varias pruebas, entre ellas, los informes de necropsia de los señores Jamil Aurelio Arcila Velasco y Diego Alberto Osorio Becerra, el Informe de Operaciones No. 76 SIRIA, el informe ejecutivo de actos urgentes de la Fiscalía General de la Nación, el estudio de balística practicado sobre las dos armas de fuego presuntamente encontradas a las víctimas, las declaraciones de los militares y el informe ejecutivo de 24 de abril de 2017 del Fiscal 57 de Unidad de Derechos Humanos.

En el mismo sentido, la Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se revocara la sentencia del 10 de mayo de 2012 del Tribunal Administrativo de Risaralda, al estimar que en el presente caso efectivamente se había incurrido en una falla en el servicio por parte del Ministerio de Defensa -Ejército Nacional. Consideró que el fallo recurrido incurrió en una “grave apreciación fragmentaria de la prueba, que lo llevó a calificar como ‘culpa exclusiva de la víctima’ un operativo que desde su falta de requisitos formales, hasta su ejecución llena de vacíos y contradicciones, evidencia la ocurrencia de una ejecución extrajudicial o como ha sido denominado en el argot popular ‘falso positivo’”<sup>176</sup>. De tal forma, la Procuraduría consideró que dichas irregularidades permitían concluir que los señores Osorio y Arcila fueron víctimas de una ejecución extrajudicial y que no murieron en combate como lo informó el Ejército Nacional.

De ahí, este Tribunal colige que los elementos de juicio que obran en el expediente, como se explicó, no fueron valorados en conjunto, bajo un racero lógico, coherente y concatenado; de manera que se configuró un defecto fáctico -en su dimensión negativa- comoquiera que la decisión adoptada por el Consejo de Estado se muestra en contravía de la evidencia probatoria y sin apoyo fáctico claro, y se dieron por probados hechos que no contaban con soporte probatorio dentro del proceso.

1. En efecto, la Sala encuentra que los hechos indicadores reseñados en fundamentos anteriores no constituyen prueba directa de la presunta ejecución extrajudicial. 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.

Así las cosas, se advierte que los aspectos identificados en las anteriores consideraciones no fueron abordados en la sentencia en cuestión, ni confrontados con los medios probatorios en ella analizados. Sin ánimo de usurpar la competencia del juez natural, la Sala Plena considera que tales inconsistencias como mínimo debieron analizarse de cara a la importancia de la prueba indiciaria en prácticas como las ejecuciones extrajudiciales y la aplicación de los principios de equidad y pro homine en casos de graves violaciones a derechos humanos.

1. En ese sentido, la Sección Tercera 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 ejecución extrajudicial, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia de ese Tribunal, constituye una grave violación a los derechos humanos y, por tanto, exige que se aplique el rasero probatorio menos riguroso -al de cualquier otro tipo de casos-, de manera 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”<sup>177</sup>.

1. En esa medida, la autoridad judicial accionada debió apreciar en su conjunto los hechos probados y los indicios que de ellos se desprenden, a efecto de determinar si la muerte de los señores Osorio Becerra y Arcila Velasco 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.

Sobre el particular, se evidencia que los argumentos de la sentencia expedida el 19 de julio de 2018 se apoyan en la lectura aislada de algunos medios probatorios, que por sí solos no tienen la entidad suficiente para demostrar la existencia de una legítima defensa y la causal eximente de responsabilidad “hecho exclusivo de la víctima”. De hecho, el fallador da especial connotación a que el Juez 56 de Instrucción Penal Militar no haya impuesto medida de aseguramiento a los militares involucrados en la operación, lo cual pierde valor al considerar que en la actualidad la investigación de los hechos se adelanta ante la jurisdicción ordinaria por la Fiscalía General de la Nación.

Adicionalmente, el Consejo de Estado coligió que “al arremeter violentamente en contra de los uniformados, los facultaron para que éstos reaccionaran de la misma manera (...) resultó probado que la respuesta de los agentes fue imprescindible para evitar que su integridad resultara gravemente comprometida, pues, recuérdese, los particulares accionaron sus

armas de fuego en cuatro oportunidades y, además, uno de ellos portaba una granada de fragmentación”; sin embargo, su único soporte fue la versión oficial del Ejército, plasmada en la orden de operaciones No. 76 SIRIA transcrita, la referida providencia de la justicia penal militar y los testimonios de los militares que corroboraron lo allí descrito. Al respecto, la Sala encuentra que la sentencia carece de fundamento para declarar la legítima defensa, pues a partir de los elementos de juicio que obran en el expediente no es dable asegurar que los militares se vieron forzados a usar las armas de dotación de manera inevitable.

1. Asimismo, la Sección Tercera debió considerar que tratándose de casos de ejecuciones extrajudiciales materializadas por agentes del Estado, la jurisprudencia de esa Corporación<sup>178</sup> 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, entre otros. Además, la Corte Constitucional ha enunciado otros hechos indicadores como: i) la existencia de un presunto enfrentamiento con armas que no eran idóneas para el combate; ii) operaciones adelantadas en conjunto por informantes desmovilizados, que señalan a las víctimas como guerrilleros; iii) contradicciones e imprecisiones en los testimonios de los militares respecto a la forma en la que se adelantaron los enfrentamientos; iv) la no concordancia entre los relatos de los hechos realizados por los miembros de la Fuerza Pública y el protocolo de necropsia y otros informes técnicos allegados al proceso<sup>179</sup>. Situaciones estas que no fueron, siquiera, enunciadas en el fallo del proceso de reparación directa.

1. La falencia de orden sustantivo de la autoridad judicial accionada, ocasionó que la providencia censurada llegara a conclusiones cuestionables, por cuanto de los hechos indicadores era dable inferir la ocurrencia de una ejecución extrajudicial y no la culpa exclusiva de la víctima, ni la respuesta legítima de los miembros de las fuerzas militares. Pues a la luz de los principios de la equidad y pro homine no es admisible i) la muerte de dos personas que no se conocían entre sí; ii) que se encontraban en estado de “indefensión”<sup>180</sup>; iii) que no portaban ningún elemento indicativo de que hicieran parte de una organización criminal o se dedicaran a actuaciones ilícitas como secuestros y/o extorsiones; iv) frente a los

cuales no obra ningún reporte de inteligencia, investigaciones iniciadas o algún tipo de información que diera lugar a una sospecha en su contra; v) cuyo deceso ocurrió por el accionar de los miembros del Ejército Nacional; y vi) sin que estuviese probado un combate; se concluya que no logró probarse el daño antijurídico imputable a los agentes del Estado.

Así las cosas, al exigir un estricto cumplimiento de la carga de la prueba para demostrar la falla en el servicio y no aplicar la flexibilización de los estándares probatorios en interpretación de los principios de equidad y pro homine, la Sección Tercera perdió de vista la jurisprudencia consolidada 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.

En orden a lo anterior, al juez de lo 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. 181

1. En ese contexto, para la Corte en el asunto bajo estudio, el Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo por un error en la interpretación de los principios pro homine 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. Por el contrario, al denegar las pretensiones de la demanda indicó que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba que le impone la ley.

De acuerdo con lo expuesto en la parte general de esta providencia ante presuntas violaciones graves a los derechos humanos, a los jueces valorar les corresponde 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, por lo que una exigencia rigurosa en la dinámica probatoria no solo resulta excesiva sino revictimizante.

1. Sumado a ello, la Sala Plena advierte que la determinación de la Sección Tercera también incurrió en un desconocimiento del precedente constitucional y en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, toda vez que en materia de homicidios en persona protegida -denominados comúnmente falsos positivos-, existe una nutrida línea jurisprudencial por parte de esta Corporación (supra f.j. 76 a 82) y también del Consejo de Estado (supra f.j. 62 a 72) sobre la flexibilización de los estándares probatorios en materia de violaciones graves a los derechos humanos.

En concreto, se advierte que la sentencia objeto de la presente acción de tutela desconoció el precedente constitucional fijado en la SU-035 de 2018 y SU-062 de 2018, así como el precedente judicial establecido en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el cual se ha determinado que demostrar una ejecución extrajudicial 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 y, por consiguiente, flexibilizando el estándar probatorio de en estos casos porque comprometen graves afectaciones a los derechos humanos.

En el asunto sub judice, la autoridad judicial accionada no hizo expresa su intención de apartarse del precedente constitucional y judicial antes referido, como tampoco asumió la carga argumentativa necesaria para separarse del mismo, simplemente, de facto, procedió a decidir el proceso de reparación directa aplicando un tamiz probatorio riguroso frente a la obligación de la parte actora de demostrar la responsabilidad del estado y concluyó que la parte “actora no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 177 del C. de P.C., en tanto no aportó al expediente evidencia alguna de la falla en el servicio que predicó respecto de la Administración”<sup>182</sup> (negrilla fuera de texto original).

1. 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, la Sala considera que el yerro encontrado en la sentencia censurada es de tal magnitud que amerita la intervención del juez constitucional, al comprometerse la satisfacción de garantías fundamentales, vulneradas en el marco de un proceso de reparación directa por graves violaciones a los derechos humanos.

1. En suma, la Corte colige que, el propio Consejo de Estado manifestó que miembros del Ejército Nacional provocaron el deceso de las dos víctimas en la sentencia de 19 de julio de 2018. A partir de esta premisa, esta Corporación advierte que la autoridad judicial contencioso administrativa reconoció la existencia de un daño imputable al Estado en el presente asunto.

Ahora bien, evaluado el material probatorio que obra en el expediente, este Tribunal no encontró el debido soporte probatorio de la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de las víctimas reconocida por la autoridad accionada. Recuérdesse que el Consejo de Estado fundamentó su postura, principalmente, en la determinación de no imponer medida de aseguramiento a los militares involucrados por parte del Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar, providencia en la cual se aseveró que aquellos habían actuado en legítima defensa en medio de un combate. Al contrario, la Sala identificó múltiples hechos indicativos que llevan a una conclusión diametralmente opuesta, esto es, la existencia de un nexo causal entre la muerte de los señores Osorio y Arcila y la actuación del Ejército Nacional, bajo las reglas de la flexibilización probatoria en materia de graves afectaciones a derechos humanos, como ocurre en los casos de las ejecuciones extrajudiciales.

1. Por lo expuesto, se revocará la sentencia 2 de diciembre de 2019, proferida por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado que, a su vez confirmó la providencia del 10 de octubre de 2019 emitida por la Sección Cuarta de esa Corporación mediante la cual se había negado la protección solicitada por Lucelia Velasco de Arcila y otras.

1. En su lugar se concederá el amparo de los derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia a las accionantes y, por consiguiente, se ordenará a la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferir un nuevo fallo de segunda instancia en el asunto de la referencia, bajo siguientes los parámetros:

i. Está probada la existencia de un daño imputable al Estado, pues según lo planteado por el Consejo de Estado en el presente asunto “no hay duda en que funcionarios del Estado causaron la muerte de Jamil Aurelio Arcila Velasco y de Diego Alberto Osorio Becerra” (supra f.j. 100).

ii. No se acredita la existencia de la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima en la muerte de Diego Alberto Osorio Becerra y Jamil Aurelio Arcila Velasco, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente.

iii. A la luz del estándar flexible de apreciación de los medios probatorios y la aplicación de los principios pro homine y equidad, está probado un nexo causal entre la muerte de Diego Alberto Osorio Becerra y Jamil Aurelio Arcila Velasco, ocurrida el 8 de septiembre de 2007 y la actuación de la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional (supra f.j. 109).

iv. En asuntos que comprometan graves violaciones de derechos humanos, es un imperativo la flexibilización de la valoración probatoria por parte de las autoridades judiciales frente a la demostración de la acción u omisión del Estado, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia (supra f.j. 71, 79 y 80).

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia 2 de diciembre de 2019, proferida por la Sección Segunda,

Subsección A, del Consejo de Estado que, a su vez confirmó la providencia del 10 de octubre de 2019 emitida por la Sección Cuarta de esa Corporación mediante la cual se había negado la protección solicitada por la señora Lucelia Velasco de Arcila y otras. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de las accionantes.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia expedida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A el 19 de julio de 2018, dentro del proceso de reparación directa de Bibiana María Arcila Vélez y otros contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, con radicado 66001233100020080025800.

Tercero.- ORDENAR al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, profiera una nueva sentencia de segunda instancia en el expediente con radicado 66001233100020080025800, bajo siguientes los parámetros:

i. Está probada la existencia de un daño imputable al Estado, pues según lo planteado por el Consejo de Estado en el presente asunto “no hay duda en que funcionarios del Estado causaron la muerte de Jamil Aurelio Arcila Velasco y de Diego Alberto Osorio Becerra”.

ii. No se acredita la existencia de la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima en la muerte de Diego Alberto Osorio Becerra y Jamil Aurelio Arcila Velasco, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente.

iii. Está probado un nexo causal entre la muerte de Diego Alberto Osorio Becerra y Jamil Aurelio Arcila Velasco, ocurrida el 8 de septiembre de 2007 y la actuación de la Nación - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

iv. En asuntos que comprometan graves violaciones de derechos humanos, es un imperativo la flexibilización de la valoración probatoria por parte de las autoridades judiciales, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- ORDENAR que por Secretaría General se libre la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrado

Aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

A LA SENTENCIA SU060/21

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Establecer los parámetros para que el Consejo de Estado profiera la nueva providencia, afecta la autonomía e independencia judicial (Aclaración de voto)

La Sala Plena debió limitarse a dejar sin efectos la decisión acusada y ordenar que la autoridad judicial accionada emitiera una nueva sentencia en la que tuviera en cuenta los elementos de prueba que omitió; sin establecer los parámetros para proferir la nueva providencia. Tal decisión afecta la autonomía e independencia judicial, presupuestos necesarios de la actividad jurisdiccional en el marco de un Estado de Derecho; esos parámetros pueden interferir con el ejercicio de las competencias que el artículo 237.1 de la Constitución Política le encargó al Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo; si la decisión que se dicte compromete derechos fundamentales, la acción de tutela resulta procedente contra esa nueva providencia judicial.

FLEXIBILIZACION DE LOS ESTANDARES PROBATORIOS EN MATERIA DE VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS-Aplica para el juicio de atribución de responsabilidad extracontractual, pero no para la cuantificación de los perjuicios causados (Aclaración de voto)

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Con el debido respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. En mi criterio, la Sala Plena debió limitarse a dejar sin efectos la decisión acusada y ordenar que la autoridad judicial accionada emitiera una nueva sentencia en la que tuviera en cuenta los elementos de prueba que omitió; sin establecer los parámetros para proferir la nueva providencia.

1. Estoy de acuerdo con que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico porque no valoró las pruebas del expediente a la luz del precedente pacífico de la Sección

Tercera del Consejo de Estado<sup>183</sup> y la Corte Constitucional<sup>184</sup>, en virtud del cual es necesario valorar las pruebas indiciarias de manera flexible y de acuerdo con los principios pro actione y de equidad, cuando se juzga la responsabilidad extracontractual del Estado por graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario.

Desde esa perspectiva, la subsección accionada debió valorar las pruebas testimoniales (fls. 3 y 15 del Cdno. 5 y fls. 137 a 160 y 233 a 251 del Cdno. 6) y documentales (fls. 413 del Cdno. 5 y 512 del Cdno. 6) del expediente, así como también las actuaciones que adelantó la Fiscalía General de la Nación al investigar la presunta configuración del delito de homicidio en persona protegida (fls. 36 a 39 del Cdno. 9 y 418 del Cdno. 10). Algunas de estas evidencias, incluso, fueron incorporadas al expediente de reparación directa en virtud de la prueba de oficio que decretó la propia autoridad judicial accionada.

2. Sin perjuicio de lo anterior, no estoy de acuerdo con que la Sala Plena hubiera definido unos parámetros bajo los cuales debe expedirse la sentencia de reemplazo (párr. 120 y 122 y resolutivo 3º). Esto, por tres razones: primero, porque tal decisión afecta la autonomía e independencia judicial, presupuestos necesarios de la actividad jurisdiccional en el marco de un Estado de Derecho; segundo, porque esos parámetros pueden interferir con el ejercicio de las competencias que el artículo 237.1 de la Constitución Política le encargó al Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo; y, tercero, porque si la decisión que se dicte compromete derechos fundamentales, la acción de tutela resulta procedente contra esa nueva providencia judicial.

3. Por otro lado, estimo necesario aclarar mi voto para precisar que la flexibilidad probatoria a la que se hizo referencia en el numeral primero supra, aplica para el juicio de atribución de responsabilidad extracontractual, pero no para la cuantificación de los perjuicios causados. Tal precisión es importante porque la decisión objeto de esta aclaración da a entender que tal flexibilización en materia probatoria también aplica para la cuantificación de los perjuicios<sup>185</sup>.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

2 Ibídem.

3 Folio 1, cuaderno 1.

4 Entre otras, relacionan que: i) el cuerpo del señor Osorio Becerra se encontró empuñando un arma de fuego pese a haber sido impactado en su rostro con un fusil; ii) el Comandante del grupo Gaula conocía todas las especificaciones de las armas presuntamente halladas a los cadáveres solo 15 minutos después del operativo y lo registró en el radiograma, pese a que el CTI tardó en llegar al lugar 3 horas; iii) según la orden de operaciones Siria No. 76, el operativo debía desarrollarse de manera conjunta con el DAS y el CTI, sin embargo, esta instrucción fue omitida; iv) en los registros de la operación fueron incluidos militares que no participaron en la misma y se eliminó un miembro del Ejército que efectivamente hizo parte de la misma; v) también se adulteró la relación de vehículos utilizados; vi) las incongruencias en el testimonio del Capitán Durán Caselles que en algunas ocasiones afirma haber disparado en 5 oportunidades y en otras niega haber accionado su arma de fuego; vii) la “falsedad” consignada sobre el acordonamiento y protección de la escena por parte de los militares, la cual fue desvirtuada por el CTI.

5 Folio 5, cuaderno 1.

6 De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente contencioso administrativo, instauraron la acción de reparación directa la señora Bibiana María Arcila Vélez (compañera permanente actuando en nombre propio y en representación de su hija menor Karem Mireya Arcila Arcila), los señores Horacio de Jesús Arcila Toro y Lucelia Velasco de Arcila (padres actuando igualmente en nombre propio y en representación de su hija menor Ana Lucelly Esmir Arcila Velasco -hermana-), y los señores Ruby Esmeralda, María Lucero, Aleyda, Yamileth Yorladis, Ayda Lucy, Eduin Antonio, Ferney Horacio y Nelson Libaniel Arcila Velasco. A este proceso se acumuló la demanda presentada por la señora Marleny Emilia Becerra Gutiérrez, obrando como madre de una de las víctimas.

7 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, expediente N° 18850, M.P.: Stella

Conto Díaz del Castillo.

8 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, expediente N° 29484, M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

9 Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente N° 32988, M.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

10 Los indicios enunciados fueron: “1. Las víctimas no pertenecían a grupos delincuenciales o al margen de la ley ni contaban con orden de captura vigente o estaban plenamente identificados como actores armados en el lugar donde ocurrieron los hechos, 2. Ambos ciudadanos desaparecieron de sus lugares de residencia, 3. Una persona condenada por su condición de reclutador en casos de falsos positivos entró en contacto con uno de ellos el día anterior a su desaparición, 4. La autoridad penal obtuvo las actas de pago de recompensa de la operación militar, 5. La escena no fue acordonada ni protegida por la Fuerza Pública, 6. La participación de otras autoridades de naturaleza judicial —como el fiscal delegado ante el Gaula, el Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) y el entonces Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)— era indispensable y obligatoria antes y durante el operativo, pero el Ejército Nacional ocultó su realización y no notificó a ninguno de ellos del mismo, 7. Los proyectiles presentan en ambos cadáveres trayectorias supero-inferiores, 8. Dos proyectiles de las armas de dotación se hallaron debajo de uno de los dos cadáveres de las víctimas, lo que no concuerda con un supuesto enfrentamiento o combate sostenido a larga distancia, esto es, a 15 o 20 metros, como lo aseguraron los militares, 9. Existen diferencias entre los integrantes de la tropa sobre la duración del supuesto combate, 10. Las víctimas se movilizaban a pie a altas horas de la noche en una zona rural despoblada y desprovista de transporte público que los apoyara en la comisión de las supuestas conductas ilícitas de extorsión y secuestro ni poseían instrumentos de comunicación, para coordinar sus movimientos o contactar a las víctimas, 11. La prueba de residuo de disparo recaudada en mano cubierta supuestamente con un guante misteriosamente arrojó un resultado positivo, 12. No se demostró que las armas ubicadas en la escena habían sido disparadas recientemente, 13. No se encontraron huellas dactilares de las víctimas sobre las armas que le fueron endilgadas, 14. El oficial que tenía a su cargo el grupo indicó que no había disparado su arma, pero él mismo se retractó y sus subordinados afirmaron lo contrario, 15. La orden de operaciones no fue elaborada antes del inicio del operativo y 16. La orden de operaciones y el Informe que da cuenta de su ejecución presentan protuberantes

contradicciones y falsedades.”

11 Así consta en el auto de 29 de septiembre de 2020.

12 Refirió las siguientes: i) sentencia de 26 de octubre de 2013, expediente N° 18850, M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Sección Tercera, Subsección “B”; ii) sentencia de 5 de abril de 2013, expediente N° 29484, M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Sección Tercera, Subsección “B”; iii) sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 expediente N° 32988, M.P.: Ramiro Pazos Guerrero, Sección Tercera.

13 La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de las sentencias SU-035 de 2018 SU-072 de 2018 y SU-116 de 2018.

14 Sentencia SU-396 de 2017.

15 Sentencia SU-396 de 2017, citando la T-555 de 2009.

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

17 Sentencia T-145 de 2017.

18 Sentencia SU-573 de 2017.

19 Sentencias SU-917 de 2010, SU-050 de 2017, SU-035 de 2018, entre otras.

20 Sentencia T-587 de 2017.

21 Sentencia T-456 de 2010. Recapitulada en la SU-632 de 2017.

22 Sentencia C-590 de 2005.

23 Sentencia SU-355 de 2017.

24 Sentencia SU-159 de 2000.

25 Sentencia SU-455 de 2017 y T-1082 de 2007, entre otras.

26 La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de las sentencias SU-035 de

2018, SU-072 de 2018, T-195 de 2019 y SU-014 de 2020.

28 Sentencia SU-035 de 2018.

29 Sentencia T-189 de 2005.

30 Sentencia T-205 de 2004.

31 Sentencia T-800 de 2006.

32 Sentencia T-522 de 2001.

33 Sentencia SU-159 de 2002.

34 Sentencias T-051 de 2009, T-1101 de 2005. y T-1222 de 2005.

35 Sentencia T-462 de 2003, Sentencia T-001 de 1999.

36 Sentencia T-066 de 2009. Sentencia T-079 de 1993.

37 Sentencia T-814 de 1999.

38 Sentencia T-018 de 2008

39 Sentencia T-086 de 2007

40 Sentencia T-231 de 1994.

41 Sentencia T-807 de 2004.

42 Sentencia T-056 de 2005. Ver además T-066 de 2009.

43 Sentencia T-949 de 2009.

44 Sentencia T-114 de 2002, T- 1285 de 2005.

45 Sentencia T-086 de 2007.

46 Ver las sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

47 Sentencia T-086 de 2007.

48 Sentencia T-086 de 2007.

49 Sentencia T-949 de 2009.

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

51 Sentencia T-118A de 2013.

52 La base argumentativa de este acápite se extrae de la sentencia SU-014 de 2020.

53 Sentencia SU-556 de 2014.

54 Sentencias SU-354 de 2017 y SU-035 de 2018.

55 Sentencia SU-035 de 2018.

56 Sentencia T-731 de 2006, reiterado en las sentencias T-146 de 2014 y SU-035 de 2018.

58 La base argumentativa de este acápite se extrae de la sentencia SU-035 de 2018.

59 “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.”

60 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.

61 Sentencia T-926 de 2014.

62 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.

63 Sentencia T-926 de 2014.

64 La base argumentativa de este acápite se extrae de la SU-069 de 2018.

65 Sentencia SU-053 de 2015.

66 Sentencia C-104 de 1993.

67 Sentencia SU-091 de 2016.

68 Sentencia T-260 de 1995 reiterada en la T-715 de 1997 y SU-354 de 2017.

69 Sentencia T-439 de 2000, entre otras.

70 Sentencias T-342 de 2016, T-459 de 2017, entre otras.

71 Art. 241 C. Pol.

72 La base argumentativa de esta sección hace parte de la sentencia SU-035 de 2018.

73 Sentencias SU-035 de 2018, SU-068 de 2018, entre otras.

74 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Verdad, Justicia y Reparación, Cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia. El informe identificó los siguientes supuestos para la materialización los falsos positivos: “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”.

75 Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en Colombia, consultado en [http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/news\\_imported\\_files/COI\\_2791](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/news_imported_files/COI_2791).

76 Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Situación en Colombia. Reporte intermedio, noviembre de 2012, párr. 93.

77 Código Penal (Ley 599 de 2000), artículo 135.

78 Ley 734 de 2002, artículo 48 y concordantes y Ley 836 de 2003, artículos 56 y ss.

79 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.

80 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.

81 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, Subsección A, sentencia de 14 de julio de 2016, Exp. 35029.

82 Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado 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, Subsección A, sentencia de 14 de julio de 2016, Exp. 35029.

83 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de agosto de 2010, Exp. 18480.

84 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 26958.

85 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, Exp. 29028.

86 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de agosto de 2018, Exp. 56451.

87 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de julio de 2013, Exp. 27913.

88 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 otras.

89 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.

91 Pazos Guerrero, Ramiro y otro, op. cit. p. 147.

92 Ib. p. 148. La anterior postura fue reiterada en la sentencia del 26 de octubre de 2014, Exp. 24724.

93 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de marzo de 2017, Exp. 50941.

94 Ibídem.

95 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2014, radicación, 05001-23-25-000-1999-01063-01 (32988).

96 En Colombia la violencia desencadenada por el conflicto armado interno se ha concentrado históricamente en las zonas rurales. Ver: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Colombia Rural, razones para la esperanza, Informe Nacional de Desarrollo Humano, Bogotá, INDH-PNUD, 2011, p. 231; Centro Nacional de Memoria Histórica, Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad, Bogotá, 2013, p. 323 y s; BERRY, Albert, "Aspectos jurídicos, políticos y económicos de la tragedia de la Colombia rural de las últimas décadas: hipótesis para el análisis", en Tierra, Guerra y Estado, Revista Estudios Socio-Jurídicos, n.º 1, volumen 16, junio del 2014, Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 7-23.

97 La Subsección B de la Sección Tercera en sentencia del 27 de septiembre del 2013, rad. 19939, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, al resolver un caso de graves violaciones a los

derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario acudió a la flexibilización de los estándares probatorios en materia de prueba documental: “Puestas las cosas en los términos anteriormente señalados y tratándose, como en el presente caso, del deber de reparar integralmente a víctimas de graves vulneraciones de derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario, sean directas o indirectas, resulta indispensable aplicar el principio de equidad y, en consecuencia, flexibilizar el estándar probatorio. Es que las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en un caso como el presente –en el que, además, como lo revelan los hechos y lo reconoce la sentencia de primera instancia, las autoridades en lugar de facilitar la búsqueda del desaparecido entorpecieron las labores de su madre y hermanos–, ocupan el lado más débil de la balanza así que, de conformidad con lo ordenado por el artículo 13 superior, requieren mayor soporte y protección. Se reitera en este lugar lo ya afirmado arriba y es que en estos casos los principios de verdad, de justicia y de reparación integral han sido catalogados como derechos fundamentales que rigen en virtud del ius cogens, por lo que no cabe alegar obstáculos de orden normativo interno para efectos de dificultar su realización”.

98 Para tal efecto, el Consejo de Estado hizo referencia a la sentencia de 15 de septiembre del 2005, caso Mapiripán vs. Colombia, párr. 73; sentencia del 24 de junio del 2005, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, párr. 41; sentencia del 23 de junio del 2005, caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 108; sentencia del 20 de junio del 2005, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, párr. 45; sentencia del 2 de julio del 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 57.

99 Citó la sentencia del 6 de julio del 2009, caso Escher y otros vs. Brasil, párr. 127; sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135; sentencia del 28 de enero del 2009, caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 98; sentencia del 3 de abril del 2009, caso Kawas Fernández vs. Honduras, párr. 95.

100 Se apoyó en la sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135.

101 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.

102 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 Garbi 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.

103 Se remite a los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: sentencia del 6 de julio del 2009, caso Escher y otros vs. Brasil, párr. 127; sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135; sentencia del 28 de enero del 2009, caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 98; sentencia del 3 de abril del 2009, caso Kawas Fernández vs. Honduras, párr. 95.

104 Cfr. sentencia de 15 de septiembre del 2005, caso Mapiripán vs. Colombia, párr. 73

105 Ibídem.

106 Cfr. sentencia de 15 de septiembre del 2005, caso Mapiripán vs. Colombia, párr. 73; sentencia del 24 de junio del 2005, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, párr. 41; sentencia del 23 de junio del 2005, caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 108; sentencia del 20 de junio del 2005, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 45; sentencia del 2 de julio del 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 57.

107 Sentencia T-926 de 2014.

108 En sentencia C-438 de 2013, la Corte señaló que el principio pro homine o pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”. En otras palabras, se indicó que “[e]l principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el

respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”.

109 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.

110 Sentencia T-926 de 2014.

111 Sentencias T-237 de 2017 y T-926 de 2014.

112 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 050012325000199901063-01 (32988).

113 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente (E): Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00747-01.

114 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07386-00(28075).

115 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B”. Bogotá, D. C., seis (06) de diciembre de dos mil trece (2013). Proceso número:190012331000199900202-01 (28122).

116 Rubí Velasco Arcila, Aleyda Velasco Arcila, Yamileth Yorladis Velasco Arcila, Bibiana María Arcila Vélez en representación de su hija menor de edad Karem Mireya Arcila Arcila y Marleny Emilia Becerra Gutiérrez.

117 Esta figura procesal se encuentra prevista en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Allí se establece que “[q]uien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”. Además, esta Corporación ha considerado que: “la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir las reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia”. Cfr. sentencia T-070 de 2018.

118 Ana Lucelly Esmil Arcila Velasco, María Lucero Arcila Velasco, Ayda Lucy Arcila Velasco, Eduin Antonio Arcila Velasco, Ferney Horacio Arcila Velasco y Nelson Libaniel Arcila Velasco.

119 En la sentencia SU-020 de 2020, la Corte reiteró que “esta exigencia, además, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, persigue por lo menos las siguientes dos finalidades: (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad, y, (ii) impedir que esta se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces.”

120“Artículo 250. CAUSALES DE REVISIÓN. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión: 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. || 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. || 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. || 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. || 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. || 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. || 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal

necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. || 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”

121 Al respecto, en la sentencia SU-035 de 2018, se destacó que: “[c]onforme 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’.”

122 Cfr. Sentencia C-004 de 2003, reiterado en la C-520 de 2009.

124 Lucelia Velasco de Arcila, Rubí Velasco Arcila, Aleyda Velasco Arcila, Yamileth Yorladis Velasco Arcila, Bibiana María Arcila Vélez en nombre propio y en representación de su hija menor de edad Karem Mireya Arcila Arcila y Marleny Emilia Becerra Gutiérrez. En sede de revisión se recibieron solicitudes de coadyuvancia de Horacio de Jesús Arcila Toro, Ana Lucelly Esmít Arcila Velasco, María Lucero Arcila Velasco, Ayda Lucy Arcila Velasco, Eduin Antonio Arcila Velasco, Ferney Horacio Arcila Velasco y Nelson Libaniel Arcila Velasco.

125 De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente contencioso administrativo, instauraron la acción de reparación directa la señora Bibiana María Arcila Vélez (compañera permanente actuando en nombre propio y en representación de su hija menor Karem Mireya Arcila Arcila), los señores Horacio de Jesús Arcila Toro y Lucelia Velasco de Arcila (padres actuando igualmente en nombre propio y en representación de su hija menor Ana Lucelly Esmít Arcila Velasco -hermana-), y los señores Ruby Esmeralda, María Lucero, Aleyda, Yamileth Yorladis, Ayda Lucy, Eduin Antonio, Ferney Horacio y Nelson Libaniel Arcila Velasco. El 30 de junio de 2010, el Tribunal Administrativo de Risaralda acumuló a este proceso, la demanda presentada por la señora Marleny Emilia Becerra Gutiérrez el 3 de

diciembre de 2009.

126 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 22.

127 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 28.

128 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 284.

129 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 285.

130 “Tercero: Ordénase a la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado que, dentro del término de treinta (30) días, profiera una decisión de reemplazo en la que valore el informe ejecutivo remitido por el fiscal 57 Especializado de Medellín, visible a folios 418 a 435 del proceso de reparación directa de forma conjunta con los demás medios probatorios, y en los términos señalados en la parte motiva de este fallo (...).”.

131 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 296 a 315.

132 En esa oportunidad, la Subsección A del Consejo de Estado hizo alusión a los siguientes elementos de juicio: registro civil de defunción de Jamil Aurelio Arcila Velasco; frente al deceso de Diego Alberto Osorio Becerra, enunció el acta de inspección a cadáver 603 realizada por la Fiscalía General de la Nación, el registro de cadena de custodia del mismo, el informe pericial de necropsia médico legal practicada el 10 de septiembre de 2007 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el acta 593-07 de reconocimiento de cadáver realizada en la Fiscalía.

133 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 304.

134 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 304.

135 En esa providencia, el Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional consideró que “queda claro que los hechos se desarrollaron en un acto de combate ya que además de que a los hoy occisos, les fue encontrado armamento en su poder con el cual al parecer fueron atacados los militares acá sindicados, también se hallaron vainillas calibre 7.65 en el sector donde se produjeron los eventos que se investigan, lo que indica efectivamente que la tropa fue agredida y que los militares acá sindicados respondieron,

actuando legalmente y cumpliendo un deber constitucional. (...) Este hecho nos lleva a la conclusión de que los militares... habiendo estado en cumplimiento de una orden militar de operaciones en este caso la operación No 076 'SIRIA', dieron muerte a dos sujetos, quienes minutos antes abrieron fuego en contra de los militares aquí procesados y en esa situación fueron abatidos por la pronta acción de las tropas razón anterior que demuestra que los investigados se encuentran amparados bajo la premisa del artículo 34 inciso 1 y 4 del Estatuto Castrense”.

136 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 307.

137 Hizo referencia a las declaraciones de los agentes Fernando Giraldo León (f. 100 a 104, c. 4), Juan Pablo Monsalve Hernández (f. 105 a 109, c. 4), Herlán Antonio Ramos Quintero (f. 110 a 113, c. 4) y Bernardo Antonio Morales Bañol (f. 114 a 117, c. 4), todas rendidas en audiencia pública del 24 de agosto de 2009, ante el Tribunal Administrativo de Risaralda.

138 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 310.

139 Ibídem.

140 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 311.

141 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 313.

142 Ibídem.

143 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 315.

144 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 316.

145 En esa oportunidad, la Subsección A del Consejo de Estado hizo alusión a los siguientes elementos de juicio: registro civil de defunción de Jamil Aurelio Arcila Velasco; frente al deceso de Diego Alberto Osorio Becerra, enunció el acta de inspección a cadáver 603 realizada por la Fiscalía General de la Nación, el registro de cadena de custodia del mismo, el informe pericial de necropsia médico legal practicada el 10 de septiembre de 2007 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el acta 593-07 de reconocimiento de cadáver realizada en la Fiscalía. Además, En torno a las circunstancias de tiempo, modo y

lugar que rodearon los hechos, el informe de operaciones ORDOP 76 SIRIA elaborado por el Ejército Nacional,

146 Proceso de reparación directa, cuarto cuaderno, folio 176.

147 Proceso de reparación directa, quinto cuaderno, folio 494.

148 Proceso de reparación directa, quinto cuaderno, folio 495.

149 Proceso de reparación directa, cuarto cuaderno, folios 249.

150 Proceso de reparación directa, cuarto cuaderno, folio 176 (reverso).

151 Proceso de reparación directa, quinto cuaderno, folios 414 a 422.

152 Así se registra en el informe pericial de necropsia que obra a folio 243-247 del quinto cuaderno del proceso de reparación directa.

153 Proceso de reparación directa, cuaderno 4, folio 176 (reverso).

154 Como consta en informe ejecutivo de actos urgentes de la Fiscalía General de la Nación que obra a folio 220 del cuarto cuaderno del proceso de reparación directa.

155 Así se registra en el informe pericial de necropsia que obra a folio 119-124 del cuarto cuaderno del proceso de reparación directa.

156 Proceso de reparación directa. Sexto cuaderno, folio 564. Declaración del cabo primero Herlan Ramos Quintero.

157 Cfr. alegatos de conclusión del apoderado de la señora Marleny Becerra. Proceso de reparación directa. Primer cuaderno, folios 141 a 160.

158 Proceso de reparación directa. Quinto cuaderno, folio 311.

159 Proceso de reparación directa. Cuarto cuaderno, folio 176.

160 Proceso de reparación directa. Sexto cuaderno, folio 564, declaración del cabo primero Herlan Ramos Quintero; folio 566, declaración del soldado profesional Bernardo Antonio

Morales Banol; folio 568, declaración del soldado profesional Fernando Giraldo León.

161 Cfr. alegatos de conclusión del apoderado de la señora Marleny Becerra. Proceso de reparación directa. Primer cuaderno, folios 141 a 160.

162 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folios 168 y 169.

163 Proceso de reparación directa. Quinto cuaderno, folios 371 y 372.

164 Proceso de reparación directa. Cuarto cuaderno, folio 222.

165 Proceso de reparación directa. Sexto cuaderno, folio 548.

166 Proceso de reparación directa. Tercer cuaderno, folios 33 a 36.

167 Proceso de reparación directa. Segundo cuaderno, folio 14.

168 Proceso de reparación directa. Cuarto cuaderno, folios 223 a 225.

169 Proceso de reparación directa. Cuarto cuaderno, folios 226 a 228.

171 Proceso de reparación directa. Sexto cuaderno, folio 564, declaración del cabo primero Herlan Ramos Quintero; folio 566, declaración del soldado profesional Bernardo Antonio Morales Banol; folio 568, declaración del soldado profesional Fernando Giraldo León.

172 Proceso de reparación directa. Quinto cuaderno, folio 502.

173 Proceso de reparación directa. Tercer cuaderno, folio 366.

174 Proceso de reparación directa. Tercer cuaderno, folio 367.

175 Proceso de reparación directa. Sexto cuaderno, folios 3 a 19

176 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folios 168 y 169.

177 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre del 2014, Rad. 20411. Reiterada en la sentencia SU-035 de 2018.

178 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.

179 Sentencia SU-062 de 2018.

180 Así fue calificada por la Fiscalía General de la Nación. Cfr. Proceso de reparación directa. Tercer cuaderno Principal, folios 5 a 21.

181 En sentencia C-438 de 2013, la Corte señaló que el principio pro homine o pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”. En otras palabras, se indicó que “[e]l principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”.

182 Proceso de reparación directa. Cuaderno principal, folio 316.

183 Cfr. Consejo de Estado, sentencias del 3 de octubre de 2007 (19286), 23 de mayo de 2008 (15237), 10 de marzo de 2011 (18722), 22 de junio de 2011 (18592), 22 de noviembre de 2012 (26657), 6 de diciembre de 2013 (30814), 10 de septiembre de 2014 (29186), 5 de marzo de 2015 (32955); 2 de mayo de 2016 (37755) y 29 de agosto de 2016 (37185), entre muchas otras.

184 Sentencia SU-035 de 2018.

185 Cfr. fj. 79 (párr. 2).