Sentencia SU355/17

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO-Reiteración de jurisprudencia

El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta en los casos donde el juez o magistrado obstaculiza "la efectividad de los derechos constitucionales por motivos formales", es decir, el procedimiento es una barrera para la eficacia del derecho sustancial y en ese sentido, deniegan justicia, por "(i) aplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva y que en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o (iii), incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas".

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

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

El defecto fáctico, por su parte, se estructura 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; 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. La dimensión positiva, como su nombre lo indica, se refiere a acciones positivas del juez, por lo 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; y (ii) decidir con pruebas, que por disposición de la ley, no es demostrativa del hecho objeto de la decisión.

CONCURRENCIA ENTRE DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO Y DEFECTO FACTICO-Reiteración de jurisprudencia

En algunos eventos la Corte ha considerado que existe concurrencia entre el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y el defecto fáctico en su dimensión negativa, por ejemplo, (i) cuando no se valora la prueba aportada en copias, a pesar de que las partes la conocieron y no la controvirtieron; (ii) por no hacer uso de la potestad para decretar pruebas de oficio a fin de allegar los originales de los documentos aportados en copia simple o no practicar las pruebas sugeridas en el proceso y se precisan para determinar la verdad de lo ocurrido.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Alcance

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Antecedentes/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Ámbitos en que se proyecta/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Requisitos para su configuración/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Comprende la responsabilidad extracontractual, precontractual y contractual

DAÑO ANTIJURIDICO-Concepto

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO-Fundamento constitucional

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Carácter institucional

REGIMEN PROBATORIO EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Prueba sobre el fallecimiento de una persona

sistema probatorio en la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que el Código de Procedimiento Civil y -hoy- en el Código General del Proceso, se fundamenta en la libertad probatoria. Ambos estatutos conservan similitud en sus normas, se mantienen los mismos medios de convicción, el mismo sistema de admisibilidad y el mismo método para apreciar las pruebas, esto es, el de la sana crítica. De igual manera, se faculta a los jueces y magistrados para decretar pruebas de oficio cuando adviertan la presencia de aspectos oscuros o difusos. Conforme con el Decreto 1260 de 1970 el deceso de las personas debe inscribirse ante la oficina de registro del estado civil por los familiares o encargados del lugar

donde se produjo el deceso, pero si el mismo se produjo de manera violenta, se requiere la orden judicial. Así mismo, quedó establecido que el certificado civil de defunción es la prueba por excelencia del fallecimiento, no obstante, es un hecho que puede demostrarse por otro medio como el certificado médico, el testimonio, el acta de levantamiento o la necropsia.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto fáctico en concurrencia con un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, en relación con la valoración de la prueba sobre el fallecimiento de una persona

Referencia: Expediente T-5.750.738

Acción de tutela instaurada por Belkis Tapiero García y otros contra la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente (e):

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos en segunda instancia por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado y, en primera, por la Sección Cuarta de la misma Corporación, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito radicado el 22 de octubre de 2013 en la Secretaría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la señora Belkis Tapiero García1 –y otros- interpuso acción de tutela contra la Sección Tercera Subsección A del Consejo de Estado,

invocando el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. Lo anterior, porque en la sentencia del 24 de julio de 2013, proferida dentro del proceso de reparación directa, radicado núm. 73001 23 31 000 2000 00685 01 (28317), se revocó el fallo de primera instancia y se absolvió a la Policía Nacional, al considerar que no se acreditó la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho, en tanto no se allegó el registro civil de defunción.

A través de auto del 27 de septiembre de 2016, el presente asunto fue seleccionado para revisión por la Sala Novena de Selección2 de la Corte Constitucional. En la sesión del 23 de noviembre, la Sala Plena decidió asumir el conocimiento del caso conforme con lo previsto en el artículo 61 del Reglamento Interno y se suspendieron los términos en auto del 15 de diciembre del mismo año. El 28 de febrero de 2017 la Corte en pleno ordenó la suspensión de los términos por tres (3) meses.

1. Hechos

1.1. Fermín Cerquera Camacho y Humberto Ortiz Bermúdez fueron capturados por miembros de la Policía Nacional, por el presunto delito de homicidio, el 23 de noviembre de 1998 en el corregimiento Puerto Saldaña del municipio de Rioblanco (Tolima).

1.2. Tres días después, esto es, el 26 de noviembre de 1998, cuando los señores Cerquera Camacho y Ortiz Bermúdez eran conducidos en un bus de servicio público con destino al municipio de Chaparral, custodiados por dos agentes de civil adscritos a la Policía Nacional, fueron abordados por varias personas del Frente 21 de las FARC, quienes luego de requerir la entrega de las armas a los policiales y bajar a los detenidos del vehículo, los asesinaron en presencia de los demás pasajeros y los mismos agentes, a los cuales les devolvieron los revólveres. Con fundamento en estos hechos, las familias de cada una de las víctimas, de manera separada, formularon demandas de reparación directa contra la Policía Nacional.

1.3. En efecto, la parentela de Humberto Ortiz Bermúdez, esto es, la cónyuge María del Carmen Oliveros y sus hijas Andrea, Adriana y Ana Dilsa Ortiz Oliveros, formularon la demanda el 30 de octubre de 2000 ante el Tribunal Administrativo del Tolima. En esa instancia, mediante fallo del 19 de diciembre de 2002 se declaró administrativamente

responsable a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, de los perjuicios ocasionados a los demandantes.

Esta decisión fue recurrida en apelación por el apoderado de la demandada; no obstante, el 7 de febrero de 2008, en audiencia de conciliación, las partes llegaron a un acuerdo, comprometiéndose el Ministerio de Defensa a efectuar el pago de los perjuicios. A través de providencia del 10 de abril de 2008, la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado3, aprobó el acuerdo conciliatorio y declaró terminado el proceso.

1.4. Por su parte, el 3 de marzo de 2000, la cónyuge y la compañera permanente de Fermín Cerquera Camacho, señoras Esther Camacho de Cerquera y Belkis Tapiero García, y los hijos Elmer Eduardo y Jorge Andrés Cerquera García, así como Luis Fernando Tapiero García y el padre del occiso, incoaron la acción ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima4. Mediante sentencia del 28 de abril de 2004 se condenó a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y morales.

El apoderado de la demandada recurrió en apelación la sentencia, así como de manera parcial por el mandatario de los accionantes. Mediante fallo del 24 de julio de 2013, la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado5, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la parte demandante no demostró el daño, ya que no aportó el registro civil de defunción del señor Fermín Cerquera Camacho, el cual "es necesario para acreditar la ocurrencia de la muerte, habida consideración de que ningún hecho o acto relacionado con el estado civil de las personas, que sea sujeto a registro, hace fe ante alguna autoridad si no ha sido debidamente inscrito" (fl. 167 y 168 c. reparación directa).

Asimismo se indicó que si bien en otros eventos, de manera excepcional, se admitió el protocolo de necropsia y el acta de levantamiento para demostrar la defunción de una persona, "lo cierto es que, en el presente asunto, tampoco obra ninguno de esos elementos probatorios" (fl 168 expediente de reparación).

1.5. Con fundamento en lo expuesto, los accionantes solicitaron el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. En consecuencia, pidieron dejar sin efecto el fallo emitido el 24 de julio de 2013 por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de

Estado y, en su lugar, se ordene emitir uno nuevo que acate las normas constitucionales y legales, así como las pruebas allegadas al expediente y los lineamientos trazados por el fallo de tutela.

A juicio de los accionantes, la providencia del Consejo de Estado incurrió en un defecto procedimental porque no se tuvo en cuenta que conforme con el artículo 79 del Decreto 1260 de 1970 cuando "la muerte fue violenta, su registro estará precedido de autorización judicial. También se requiere esa decisión en el evento de una defunción cierta, cuando no se encuentre o no exista el cadáver". Precisión que realizaron dado que la muerte del señor Cerquera Camacho se produjo cuando se hallaba detenido por la Policía Nacional y, por tanto, el registro de la defunción no correspondía a los demandantes, puesto que la norma en cita señala que debe efectuarse por autorización judicial.

Así mismo, señalaron que no obstante que el proceso contaba con el protocolo de necropsia del cadáver, realizada en el Hospital "María Inmaculada" del municipio de Rioblanco (Tolima), del cual se infiere que el cuerpo presentaba 18 orificios de entrada de proyectiles de arma de fuego, siendo la causa probable de la muerte "Laceración cerebral", "Heridas por proyectil de Arma de fuego múltiple", fue denegada "aduciendo una nota final donde equivocadamente se afirma no haberse realizado la necropsia".

Aunado a lo expuesto, indicaron que tampoco se tuvieron en cuenta las (i) actas de levantamiento, enviadas por la Inspectora de Policía; (ii) el informe del Comandante del Batallón de Infantería, en el cual se da cuenta de los homicidios; (iii) los 5 oficios del Comandante de la Estación de Policía de Rioblanco (Tolima) donde se hace referencia a la captura y los hechos relacionados con la muerte de Cerquera Camacho y Ortiz Bermúdez; y (iv) las fotocopias del libro de anotaciones del Comando de Policía de Rioblanco en las que se consignaron los acontecimientos que dieron lugar al deceso de las personas antes mencionadas.

De otro lado, manifestaron que se incurrió en un defecto fáctico, en su dimensión negativa, por omitir la práctica de la prueba que requería para establecer los supuestos de hecho. Ello teniendo en cuenta que desde la demanda se "solicitó librar oficios a la Fiscalía 27 de la ciudad de chaparral (sic), a la Registraduría del Estado Civil de Rioblanco y al Notario Único de Chaparral Tolima, pidiéndoles copia del registro civil de defunción mencionado" (fl. 3 c.

principal).

Así entonces, consideraron que al ignorar las pruebas citadas se incurrió por la accionada en violación del artículo 174 del C. de Procedimiento Civil cuyo precepto señala “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

1. Trámite procesal

A través de auto del 25 de noviembre de 2013, la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, admitió la acción de tutela y ordenó dar traslado a la entidad accionada, a los terceros con interés -Ministerio de Defensa y Policía Nacional-, para que ejercieran el derecho de defensa, concediéndoles para ello dos días.

1. Respuestas de las entidades accionadas

3.1. El Consejero de Estado Carlos Alberto Zambrano Barrera consideró que la tutela no “está llamada a prosperar”, puesto que si bien es cierto que la muerte de una persona debe inscribirse mediante orden de autoridad judicial, no es menos que la carga de denunciar el fallecimiento está en cabeza del cónyuge y los parientes más cercanos de la víctima, según lo establece el artículo 74 del Decreto 1260 de 1970. Además, el artículo 75 expresa que cuando no se puede registrar dentro de los 2 días siguientes, “sólo se procederá mediante orden del inspector de policía… para lo cual, en todo caso, se requerirá”…previa solicitud escrita del interesado…” (fl. 37, cuaderno de tutela, 1ª instancia).

Con relación a la no demostración del daño, se acogió a lo expuesto en el fallo cuando señaló que no se allegó el registro civil de defunción, cuya prueba debió ser aportada por la parte demandante y “si bien se tiene copia de un escrito firmado por quien afirma ser el director (E) del Hospital María Inmaculada, en el que se certifica que el cadáver del señor Fermín Cerquera Camacho tenía varios impactos por arma de fuego, lo cierto es que para la Sala tal escrito no merece credibilidad, toda vez que el mismo resulta contradictorio, pues al inicio de él se afirma que al señor Cerquera Camacho se le practicó necropsia, pero, al concluir, se consigna que ‘No se realizó necropsia por no contar con la dotación requerida y necesaria

para tal fin', afirmación que corrobora el oficio remisorio obrante a folio 16 del cuaderno 2 y que resulta suficiente para descartar su valoración probatoria" (fl. 36 y 37 exp. 1ª instancia de tutela).

3.2. El Secretario General de la Policía Nacional, en escrito del 9 de diciembre de 2013, indicó que por parte de esa entidad no existió vulneración al debido proceso, puesto que la actividad de la Policía Nacional no es la de tomar decisiones judiciales, aspecto que es del resorte exclusivo de las autoridades judiciales.

4. Decisiones de tutela objeto de revisión

4.1. El 26 de mayo de 2016, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, negó el amparo, al considerar que en el asunto objeto de estudio no se presenta irregularidad alguna constitutiva de defecto fáctico que permita acceder a la tutela. Indicó que la providencia atacada expuso de manera concreta y con fundamento en el material probatorio arrimado las razones por las cuales no se halló demostrada la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho. Estimó que el argumento presentado por la parte accionante apenas sí entraña una "disconformidad con las explicaciones de la sentencia acusada, pero no revela la existencia de una valoración irrazonable o arbitraria de los medios probatorios del proceso".

Así entonces, consideró que no es del resorte del juez constitucional discernir sobre el análisis del material probatorio elaborado por el juez ordinario competente, pues la acción de tutela no es instancia adicional para su revisión ni tampoco son sus razones las que deben imponerse.

Por último, aseveró que a pesar de que la accionante allegó con la acción de tutela el registro civil de defunción "conviene precisar que dicho medio de convicción no existía al momento en que se dictó el fallo acusado, luego no puede servir para dejarlo sin efecto" (fl. 72 cuad. principal de tutela).

4.2. A través de escrito del 8 de junio de 2016, el apoderado de la accionante impugnó la decisión. Criticó que el fallo de primera instancia solo hubiese examinado la sentencia atacada sin detenerse en el análisis de los diversos medios de convicción allegados a la acción de reparación. Igualmente reprochó que no se tuvieron en cuenta los artículos 5 y 106

del Decreto 1260 de 1970. Asimismo, indicó que el registro civil de defunción aportado con la demanda de tutela tenía como finalidad demostrar que el mismo no existía, en tanto sólo en el año 2013 se ordenó la inscripción de la muerte de Cerquera Camacho, lo que equivale a decir que el documento era inexistente.

Señaló que la afirmación plasmada en la sentencia atacada, en torno a que las actas de autopsia y levantamiento de cadáver no obraban en el expediente, es "errónea y contradictoria, dado que la respectiva necropsia y la constancia del acta de levantamiento del cadáver correspondiente a Fermín Cerquera Camacho, lo mismo que otras pruebas documentos (sic) de carácter oficial que figuran dentro del proceso, establecen a todas luces la muerte de esta persona". En ese sentido, se refirió al protocolo de necropsia firmado por el médico Director del Hospital "María Inmaculada", obrante a folio 62 del cuaderno de anexos, y a los oficios provenientes de los uniformados de los cuales se establece "inequívocamente" la muerte de Cerquera Camacho.

Consideró, igualmente, que no se aplicó el precedente judicial, puesto que en el caso del señor Humberto Ortiz Bermúdez –fallecido en los mismos hechos- el mismo Consejo de Estado, Sección Tercera, en segunda instancia aprobó el acuerdo conciliatorio, para lo cual se señaló que "la muerte del señor Humberto Ortiz Bermúdez se produjo a causa de la omisión, por parte de la entidad demandada", fallecimiento que se fundamentó en el mismo "conjunto probatorio aportado en esta tutela".

Por su parte, mediante oficio S-2016 del 23 de junio de 2016, el Secretario General de la Policía Nacional reiteró el argumento en torno a su falta de legitimidad por pasiva, por no tener en sus competencias la emisión de decisiones judiciales, así como la de negar el amparo porque no existen causales para su procedencia (fls. 119 a 120 c. ppal de tutela).

4.3. La Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 4 de agosto de 2016 decidió confirmar la sentencia de primera instancia, puesto que en su sentir no existió desconocimiento del precedente judicial, ya que en el proceso de reparación directa por la muerte del señor Ortiz Bermúdez el pronunciamiento se hizo en torno a la aprobación de la conciliación y si bien se tuvieron en cuenta algunas pruebas del proceso adelantado por el fallecimiento de Cerquera Camacho, "lo cierto es que para probar la muerte del señor Humberto Ortiz Bermúdez, se aportó copia auténtica de la licencia de

inhumación".

De otro lado, se dijo que no era cierto que la autoridad accionada hubiese desconocido las pruebas, en especial aquellas relacionadas por el actor, puesto que al examinar la prueba estableció que para demostrar la muerte de una persona se requiere el registro civil de defunción y, si bien jurisprudencialmente, se ha aceptado que ella se puede probar con otros medios de convicción, "lo cierto es que no son aquellos que la parte actora solicita se tengan en cuenta para la prosperidad de sus pretensiones". En ese orden de ideas, estimó que el examen realizado en la sentencia del 24 de julio de 2013 no fue caprichoso o irracional, en tanto no se acreditó, de manera legal, el fallecimiento del señor Cerquera Camacho (fls. 125 a 136, c. ppal.).

5. Pruebas

5.1. Allegadas por la parte accionante:

5.1.1. Fotocopia de la demanda de reparación directa, con los respectivos poderes de los demandantes (contenidos en un cuaderno anexo entre folios 1 y 23).

5.1.2. Fotocopia de registro civil de nacimiento de Fermín Cerquera Camacho (fl. 25 cuaderno anexo).

5.1.3. Fotocopia del oficio núm. 240 del 2 de diciembre de 1998, suscrito por el Inspector de Rioblanco, el cual hace referencia al envío de las actas de levantamiento, pero que no se logra identificar con claridad los nombres de los occisos (fl. 39 c. anexo).

5.1.4. Fotocopia del oficio núm. 200, del 25 de noviembre de 1998, a través del cual el Comandante de la Estación Rioblanco informa al Personero Municipal de esa población, sobre la captura de Fermín Cerquera Camacho y Humberto Ortiz Bermúdez, por encontrarse "sindicados por el delito de homicidio agravado".

5.1.5. Fotocopia del oficio núm. 202 del 26 de noviembre de 1998 suscrito por el

Comandante de la Estación Rioblanco, dirigido al Secretario Judicial Fiscalía General de la Nación de Chaparral, por el cual se deja a disposición a los capturados, quienes serán "custodiados" por dos patrulleros "en traje de civil" (fl. 42 c. anexo).

5.1.6. Fotocopia del oficio núm. 271 firmado por el Comandante de Estación Rioblanco, dirigido a su homólogo del Distrito Cinco de Policía Chaparral, a través del cual le da a conocer lo sucedido el 26 de noviembre de 1998, con el desplazamiento de los capturados Cerquera Camacho y Ortiz Bermúdez (fl. 44 c. anexo).

5.1.7. Fotocopia del informe núm. 4799 del 26 de noviembre de 1998, enviado al Comandante del Departamento de Policía Tolima por parte del Comandante del Batallón de Infantería No. 17 Gral. Caicedo, en el que da a conocer sobre la muerte de los señores Fermín Cerquera Camacho y Humberto Ortiz Bermúdez (fl. 45 c. anexo).

5.1.8. Fotocopia de tres folios del libro de anotaciones, en el cual se observan constancias sobre (i) la salida de los capturados el 26.11.98, a las 04:30 a.m. en cumplimiento de orden del Comando del Distrito núm. 5 con destino a la Fiscalía de Chaparral; (ii) el mismo día, a las 06:00, en la que se indica que de la Estación El Limón se informó que los agentes que conducían a los retenidos se presentaron allí e indicaron que fueron interceptados por unos hombres que les quitaron la munición y asesinaron a los detenidos. (fls. 46 a 47 c. anexo).

5.1.9. Fotocopia del auto emitido el 31 de marzo de 2000 por el Tribunal Administrativo del Tolima (radicado 0685/2000), a través del cual se admite la demanda de reparación directa promovida por los familiares cercanos de Cerquera Camacho (fl. 49 c. anexo).

5.1.10. Fotocopia del oficio 742-29040 de la Registradora del Estado Civil de Chaparral dirigido al Secretario del Tribunal Administrativo de Ibagué, en el que se le da a conocer que "revisado el archivo de esta oficina en lo relacionado a defunciones se buscó desde el 28 de Noviembre de 1998 hasta el mes de Junio de 1999 y no se encontró registro de defunción de FERMIN CERQUERA CAMACHO" (fl. 53 c. anexo).

5.1.11. Fotocopia del acta de audiencia de recepción de testimonios del 25 de octubre de 2000 por el Magistrado instructor. En ella se advierte la declaración del Agente Carlos Arturo Bernal Arroyave –uno de los encargados de conducir a los occisos a Chaparral- (fl.54 y 55 c. anexo).

5.1.12. Copia del escrito con fecha del 29 de septiembre de 2000, firmado por el Jefe Administrativo H. María Inmaculada, con destino al Secretario del Tribunal Administrativo del Tolima, por el cual envía copia del oficio del 1º de diciembre de 1998 "donde se comunica que no se realizó necropsia a FERMIN CERQUERA CAMACHO, por no contar con la dotación requerida y necesaria para tal fin". A este escrito fue adjuntado el documento suscrito por el médico director encargado en el que se da cuenta de los 18 orificios de entrada y 15 de salida, así como que la causa probable de la muerte fue "Laceración cerebral", por heridas ocasionadas con proyectil de arma de fuego.

5.1.13. Fotocopia de la decisión del 1º de agosto de 2000, por medio de la cual se archivó la investigación disciplinaria impulsada por el Comando del Departamento de Policía del Tolima, respecto de los Agentes Carlos Bernal Arroyave y Rigoberto Suárez Ibáñez (fls. 68 a 71 c. anexo).

5.1.14. Fotocopias de las actas de testimonios vertidos por Marco Evelio Cárdenas Lasso, Ferney de Jesús Vinasco Gómez, Edgar Ramírez Ariza, Alfonso Carvajal y Jairo Gutiérrez. Los dos primeros dieron fe del parentesco de Fermín Cerquera Camacho con los demandantes. Los dos siguientes eran pasajeros del bus y el último era el conductor. Estos de manera uniforme aseveraron que tanto los uniformados como los detenidos fueron obligados a descender del vehículo y una vez en el piso "mataron" a los reclusos (fls. 81 a 88 c. anexo).

5.1.15. Fotocopia del auto del 10 de agosto de 2000 emitido por el Tribunal Administrativo del Tolima, a través del cual decreta las pruebas pedidas por la parte demandante (fls. 90 y 91 c. anexo).

5.1.16. Fotocopias de los oficios núms. 5771 y 5772 del 25 de noviembre de 1998, suscrito por el Secretario Judicial II de la Unidad de Fiscalías de Chaparral. El primero dirigido al Comandante de la Estación de Policía Rioblanco, solicitando dejar a su disposición a los capturados, y el segundo, al Director del Centro de Rehabilitación Social de Rioblanco, pidiendo "mantener encarcelados en esas instalaciones a disposición de la Fiscalía 26 de esta Unidad, a FERMIN CERQUERA CAMACHO y HUMBERTO ORTIZ BERMUDEZ, quienes se encuentra (sic) imputados del delito de HOMICIDIO AGRAVADO…Así mismo solicito se sirva ordenar lo pertinente para que los antes mencionados, sean trasladados bajo las estrictas medidas de seguridad, hasta las instalaciones del centro de Rehabilitación Social de esta

localidad…toda vez que los mismos serán escuchados en injurada el día veintiséis de los cursantes a partir de las 2:00 y 4:00 de la tarde" (fls. 92 y 93 c. anexo).

5.1.17. Fotocopia de informe de policía, mediante el cual el Comandante Quinto del Distrito Chaparral da a conocer a su homólogo del Departamento de Policía del Tolima los hechos relacionados con la muerte de los señores Cerquera Chaparro y Ortiz Bermúdez (fls. 94 y 95 c. anexo).

5.1.18. Fotocopia de las actas de testimonios del Capitán José Patrocinio Sánchez Reyes –Comandante Distrito Chaparral-, Jairo Gutiérrez –conductor del bus- y de los agentes Carlos Arturo Bernal Arroyave, Rigoberto Suárez Ibáñez (fls. 96 a 98 c. anexo).

5.1.19. Fotocopia del informe suscrito por los agentes Rigoberto Suárez Ibáñez y Carlos Arturo Bernal Arroyave enviado al Comandante del Distrito Quinto Chaparral, poniendo en su conocimiento los hechos ocurridos en la madrugada del 26 de noviembre de 1998 y donde perdieron la vida los capturados (fls. 104 a 105 c. anexo).

5.1.20. Fotocopias de los oficios dirigidos por el Secretario del Tribunal Administrativo del Tolima al Comandante de Policía Tolima, al Fiscal 27 de Chaparral y Fiscal Regional ante la Sijin del Tolima, para que remitan copias de las investigaciones disciplinaria y penales que se impulsen en cada una de esas oficinas con ocasión del fallecimiento de los señores Fermín Cerquera Camacho y Humberto Ortiz Bermúdez (fls. 106 a108 c. anexo).

5.1.21. Fotocopias de los oficios núms. 8576 y 8577 del 5 de septiembre de 2000 mediante los cuales el Secretario del Tribunal instructor solicita al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como al Hospital de Rioblanco la copia del protocolo de necropsia sobre el cadáver de Cerquera Camacho (fls. 111 y 112 c. anexo).

5.1.22. Fotocopias de los oficio núm. 8591 y 8592 del 5 de septiembre de 2000, firmados por el Secretario del Tribunal Administrativo del Tolima solicitando al Registrador del Estado Civil copia del registro civil de defunción del occiso Cerquera Camacho (fls. 113 y 114 c. anexo).

5.1.23. Fotocopia de la sentencia emitida el 28 de abril de 2004 por el Tribunal Administrativo del Tolima, radicado 0685/00, en la que se declaró "Administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por la muerte causada al

señor FERMIN CERQUERA CAMACHO, en hechos acontecidos el 26 de noviembre de 1998, en la vía que de Rioblanco conduce al Municipio de Chaparral Tolima" (fls. 122 a 141 c. anexo).

5.1.24. Fotocopia de la sentencia de segunda instancia del 24 de julio de 2013 proferida por la Subsección A, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de la cual se revoca la sentencia del 28 de abril de 2004 y, en su lugar, niega "las pretensiones de la demanda" (fls. 157 a 165 c. anexo).

5.1.25. Fotocopia del Registro civil de defunción serial núm 06112177 a nombre de Fermín Cerquera Camacho. En el documento se advierte que su registro se produjo el 7 de junio de 2013 autorizada por la Fiscalía 56 Seccional de Chaparral Este documento aparece expedido en la misma fecha de inscripción (fl. 174 c. anexo).

5.1.26. Fotocopia de respuesta a un derecho de petición, con fecha del 6 de junio de 2013, dirigida a la señora María Reyes Cerquera Camacho, suscrita por la Asistente de la Fiscalía 56 de Chaparral. En ella le informa que la investigación por la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho se impulsó por la Fiscalía 4ª Especializada de Ibagué y fue enviada al Juzgado Penal del Circuito de Chaparral con resolución de acusación en contra de Desiderio Soria Daza y Edilberto Rubio García (fl. 175 c. anexo).

II. TRÁMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN

1. Conforme con el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte) que faculta a esta Corporación para arrimar elementos de convicción, en sede de revisión, mediante auto del 3 de abril de 2017 se decretaron las siguientes pruebas:

1.1. Al Tribunal Administrativo del Tolima se le solicitó remitiera en calidad de préstamo y con destino a este trámite, el expediente contentivo del proceso de Reparación Directa, interpuesta por Belkis Tapiero García y otros, contra la Nación –Ministerio de Defensa – Policía Nacional, radicado núm. 73001233100020000685-01. En igual sentido, se solicitó al Consejo de Estado, puesto que al parecer allí reposó el expediente.

1.2. Al Juzgado Penal del Circuito de Chaparral (Tolima), para que enviara en calidad de préstamo y con destino a este trámite, el expediente contentivo del proceso penal adelantado por el homicidio de los señores Fermín Cerquera Camacho y Humberto Ortiz

Bermúdez, siendo procesados Desiderio Soria Daza y Edilberto Rubio García.

1.3. Al Secretario General del Consejo de Estado para que informara el trámite dado a la presente acción de tutela, indicando la fecha de presentación, su desarrollo y fecha de remisión a la Corte.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para analizar 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.

2. Presentación del caso y del problema jurídico.

2.1. Los accionantes, por intermedio de apoderado, solicitaron el amparo constitucional, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad con la sentencia proferida el 24 de julio de 2013 por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de reparación directa, radicado núm. 73001233100020000685-01, promovido contra la Nación, el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. Sentencia a través de la cual se revocó la emitida el 28 de abril de 2004 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la que se declaró administrativamente responsable a las demandadas por la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho.

La Sección Tercera del Consejo de Estado expuso como razón para revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, la ausencia de prueba demostrativa del daño, esto es, de la muerte de Fermín Cerquera Camacho. En efecto, señaló el fallador que al proceso no se arrimó el certificado civil de defunción y, a pesar de que existía un escrito firmado por el Director (e) del Hospital "María Inmaculada", en el que se certificaba que "el cadáver de Fermín Cerquera Camacho tenía varios impactos por arma de fuego, no le daba credibilidad por ser contradictorio, en tanto que en la parte inicial se afirma que se practicó necropsia, pero al final se consigna que no se realizó "por no contar con la dotación requerida y necesaria para tal fin".

En sentir de los accionantes, la sentencia del Consejo de Estado incurrió en dos causales de procedencia de la acción de tutela respecto de providencias judiciales, esto es, en (i) defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, en tanto desconoció el material probatorio demostrativo de la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho, y (ii) defecto fáctico por no practicar las pruebas que requería para establecer los supuestos de hecho.

2.2. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones de instancia, corresponde a la Sala Plena determinar si en el asunto sub júdice procede la acción de tutela para controvertir la providencia proferida en segunda instancia por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, el 24 de julio de 2013, dentro del proceso de reparación directa que adelantó la familia del señor Fermin Cerquera Camacho contra la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional con ocasión de su muerte. Si la Sala encuentra que la acción de amparo resulta procedente, pasará a determinar si la autoridad judicial demandada incurrió en una violación del derecho al debido proceso, particularmente en los defectos procedimental y fáctico, al proferir la decisión acusada, en la que revocó la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima que había accedido a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que no se demostró el daño, es decir, que no se acreditó el fallecimiento del causante.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte examinará previamente los siguientes temas: (i) las causales generales y específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, caracterizando de manera específica los defectos procedimental (por exceso ritual manifiesto) y fáctico; (ii) la responsabilidad del Estado; (iii) el régimen probatorio en la jurisdicción contencioso administrativa; y, (iv) la prueba sobre el fallecimiento de una persona, haciendo breve referencia a la diligencia de necropsia. Una vez precisados estos aspectos, v) abordará el estudio del caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.1. La Constitución Política de 1991, en el artículo 86, instituyó la acción de tutela como un mecanismo orientado a la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por actos de las autoridades públicas o de un particular. En desarrollo de esa norma surgió el Decreto Estatutario 2591 de 1991, en cuyo artículo 40 consagraba la

competencia especial para conocer de las acciones contra las providencias judiciales proferidas por "los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado". No obstante, esta Corporación declaró su inconstitucionalidad a través de la sentencia C-543 de 1992, al considerar que la acción no procede contra esa clase de providencias, excepto cuando el funcionario judicial incurra en una ostensible y grave actuación de hecho. Es en esas circunstancias en que debe brindarse protección a los derechos fundamentales de quienes los consideran vulnerados a través de una sentencia judicial, sin que al respecto pueda negarse el amparo bajo el pretexto de garantizar la seguridad jurídica y la autonomía judicial de los funcionarios.

3.2. La Corte, en torno a establecer la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre las causales genéricas y específicas que permiten examinar a profundidad las demandas y establecer la vulneración o no de los derechos fundamentales.

3.3. Así entonces, se distinguen como causales generales aquellas que posibilitan el estudio del fondo del asunto, como es la inmediatez, el principio de subsidiariedad, la importancia del caso para el derecho constitucional, que no se trate de sentencia de tutela y que en los casos en que se alegue irregularidad procesal, sea determinante y amenace derechos fundamentales del actor. En la sentencia C-590 de 2005, fueron definidas así:

"a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones6. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. 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 irremediable7. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus

derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración8. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. 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 de la parte actora9. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible10. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela11. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta

Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas"12 (resalto añadido).

3.4. En cuanto a las causales especiales de procedibilidad, antes señaladas como "vías de hecho", en la misma sentencia C-590 de 2005, esta Corte señaló que para la procedencia de la acción se requiere la presencia de por lo menos una de ellas, debidamente demostrada:

"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 inconstitucionales13 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 vulnerado14.

i. Violación directa de la Constitución". "Se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición ius

fundamental a un caso concreto15; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución16”17.

Breve caracterización del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

3.6. Entre las causales de procedibilidad de la acción tuitiva contra providencias judiciales encontramos el defecto procedimental, que se puede estructurar a partir de dos formas: (i) la absoluta, que se presenta en los eventos donde el funcionario judicial sigue un procedimiento diferente al establecido en la ley, u omite alguna de las principales fases del proceso y quebranta los derechos de defensa y contradicción de las partes; y (ii) por exceso ritual manifiesto, el cual se manifiesta cuando el fallador desconoce el contenido del artículo 228 de la Constitución Política, en tanto le impide a las personas el acceso a la administración de justicia19 y el deber de dar prevalencia al derecho sustancial.

En ese sentido, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta en los casos donde el juez o magistrado obstaculiza “la efectividad de los derechos constitucionales por motivos formales”20, es decir, el procedimiento es una barrera para la eficacia del derecho sustancial y en ese sentido, deniegan justicia, por “(i) aplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva y que en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o (iii), incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas”21.

Igualmente, esta Corporación ha reiterado que el funcionario judicial “incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales”22.

Para la procedencia de la tutela por defecto procedimental, en cualquiera de sus dos formas, se precisa la concurrencia de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional: “(i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia

directa en el fallo que se acusa de [vulnerar] derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada [dentro] del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y (iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración [de] derechos fundamentales"23.

Breve caracterización del defecto fáctico.

3.7. El defecto fáctico, por su parte, se estructura 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 decisión24; 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.

La dimensión positiva, como su nombre lo indica, se refiere a acciones positivas del juez, por lo tanto, se incurre en ella (i) cuando se evalúa y resuelve con fundamento en pruebas ilícitas, siempre que estas sean el fundamento de la providencia25; y (ii) decidir con pruebas, que por disposición de la ley, no es demostrativa del hecho objeto de la decisión26.

Concurrencia de los defectos procedimental por exceso ritual manifiesto y fáctico.

3.8. En algunos eventos la Corte ha considerado que existe concurrencia entre el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y el defecto fáctico en su dimensión negativa, por ejemplo, (i) cuando no se valora la prueba aportada en copias, a pesar de que las partes la conocieron y no la controvirtieron; (ii) por no hacer uso de la potestad para decretar pruebas de oficio a fin de allegar los originales de los documentos aportados en copia simple o no practicar las pruebas sugeridas en el proceso y se precisan para determinar la verdad de lo ocurrido27.

3.8.1. Así por ejemplo, en sentencia T-599 de 2009, se conoció el caso de demanda de reparación directa interpuesta por una señora a quien le causaron graves daños en su vivienda por una incursión guerrillera en el año 2000. La demandante allegó como prueba un oficio dirigido al Gobernador del Departamento del Huila, al Presidente de la República, al Comandante de la Brigada del Ejército, al Coordinador de la Red de Solidaridad Social y al

Obispo de la Diócesis por el Alcalde Municipal, el Personero Municipal y el Párroco, en el cual se les dio a conocer la urgencia de proteger la población por la inminencia de la toma guerrillera. Oficio que en sentir de la accionante fue valorado de manera indebida, cuando en otro proceso, por los mismos hechos sí fue apreciado debidamente.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila negó las pretensiones porque el documento que daba cuenta de la incursión guerrillera fue aportado en copia simple y no podía ser considerado como medio de prueba. Además, porque se trató de una agresión indiscriminada, dirigida a todos los residentes del municipio, mas no se dirigió exclusivamente contra instituciones estatales, afectando la vida de varias personas, la Alcaldía, la Estación de Policía, Telecom, la Casa de la Cultura y el Banco Agrario, al igual que la Iglesia, la Casa Cural y varias viviendas particulares. En ese sentido, el riesgo no era excepcional.

Esta Corporación encontró que pese a que en el proceso se insinuaron pruebas y que en otro expediente se recurrió a prueba testimonial para dar certeza al documento, el Tribunal Administrativo del Huila omitió decretar de manera oficiosa las pruebas que le permitieran arribar a la verdad sobre lo ocurrido y, en ese sentido, incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. Concedió el amparo solicitado, además, entre otras cosas, ordenó recaudar de oficio la copia autentica del documento aportado por la demandante o decretar oficiosamente los testimonios de las personas que suscribieron el documento.

3.8.2. Igualmente, en sentencia T-817 de 2012 se conoció de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la compañera permanente de un capitán (r.) del Ejército Nacional, quien en vida fue pensionado por la Caja de Retiros de las Fuerzas Militares, pero quedó pendiente el pago de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios que le pudiera corresponder a la accionante (cónyuge del fallecido), así como a la compañera permanente del difunto, “hasta tanto la jurisdicción competente determinara a cuál de las dos peticionarias le asistía el derecho a acceder a la prestación”.

El Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué, tras vincular a la cónyuge como litisconsorte necesario, a pesar de no haber acreditado en su momento el vínculo matrimonial a través del respectivo registro civil, ordenó reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la

compañera permanente, “sin que en ninguna de las referidas sentencias se haya declarado a mi poderdante como cónyuge culpable que dio lugar a la separación de hecho”, para a partir de allí establecer su exclusión como beneficiaria de la prestación a pesar de estar convocada dentro del trámite procesal.

La Sala Novena de Revisión concedió el amparo a la cónyuge, al considerar que los despachos judiciales accionados incurrieron en defecto por exceso ritual manifiesto y a la vez en defecto fáctico, en su dimensión negativa, puesto que a pesar de haber sido vinculada al proceso como listisconsorte necesario en calidad de cónyuge del causante, se omitió ordenar pruebas de oficio orientada a solicitar el registro civil de matrimonio de la accionante, el cual era trascendental para decidir el asunto, relacionado con los derechos constitucionales.

3.8.3. Del mismo modo, en sentencia SU-915 de 2013 se ventiló el caso de un estudiante que apareció “ahorcado” en las instalaciones de la Sijin Bogotá. La familia demandó en reparación directa a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, solicitaron como prueba las copias de la investigación penal y así fueron requeridas, pero no las remitieron en su debida oportunidad.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones, al considerar que no se allegó prueba que permitiera establecer que los “captores fueran pertenecientes a la Policía Nacional” y, además, “Contrario a lo afirmado por los demandantes se allega prueba por parte de la sala de retenidos de la SIJIN, de la cual se establece que para el mes de los hechos, no se registró entrada alguna con el nombre de VÍCTOR JAVIER CAÑAS ÁLVAREZ, igualmente informan que durante los últimos cinco años no se ha reportado muerte violenta ni natural, dentro de sus instalaciones”.

Sostuvieron los accionantes que, antes de proferirse el fallo, arrimaron las copias de la investigación penal y disciplinaria para que se tuviera en cuenta, no obstante, la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó la sentencia, al considerar que no se podían valorar los documentos porque fueron allegados en copia simple y no fueron aportados dentro de los términos legales.

La Corte amparó los derechos de los actores al concluir que se presentó un defecto, porque no se insistió en la prueba que había sido pedida y decretada oportunamente, la cual era fundamental para los derechos de los padres de la víctima. En efecto se indicó que “la

actitud esperada, en respeto del derecho fundamental al debido proceso y a la verdad de los demandantes, era la de proceder a requerir o solicitar nuevamente tales documentos a la Fiscalía General de la Nación, haciendo uso de las facultades procesales otorgadas por el legislador".

3.8.4. Asimismo, en sentencia SU-774 de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió amparar los derechos de un accionante en proceso de pérdida de investidura, al considerar que el Consejo de Estado le vulneró sus derechos, al negar las pretensiones porque no aportó las copias auténticas de los contratos que permitían demostrar la causal alegada.

En ese caso, esta Corporación consideró que al no practicarse pruebas de oficio, concretamente por no requerirse los originales de los documentos públicos que fueron aportados en copias simples, se incurrió en un exceso ritual manifiesto en concurrencia con un defecto fáctico.

3.8.5. En sentencia T-535 de 2015 la Sala Octava de Revisión analizó el caso de un joven que en la madrugada del 1º de julio de 2007 cuando se dirigía a su vivienda, acompañado por un amigo, fue interceptado y obligado a abordar un vehículo al parecer de la brigada y, posteriormente, aparecieron muertos en la vereda Brazuelos del municipio de Chaparral (Tolima). Según los accionantes, los autores del homicidio fueron miembros de la VI Brigada del Batallón No. 17, quienes adujeron que fueron dados de baja en combate, puesto que se encontraban delinquiendo.

La primera instancia condenó a la Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, al considerar que se presentaron graves irregularidades en la muerte de los jóvenes, de quienes se supo se dedicaban a lavar los carros y a hacer mandados en el parque del municipio. En torno a los testimonios de los uniformados se dijo que eran cuestionables porque provenían de quienes dieron de baja a aquellas personas y "en ese sentido, lo más lógico es que buscaran una coartada". Por su parte, el Tribunal Administrativo del Tolima, revocó la sentencia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, puesto que en su sentir no se encontraba probada la falla en el servicio por parte del Ejército Nacional, quienes "… en cumplimiento de un deber legal, atendida una zona de alto riesgo, la existencia de información de que había gente uniformada en el sector, procedió a dirigirse a la vereda

‘Brazuelos’, siendo recibidos con disparos y la activación de una granada de fragmentación, por lo que procedieron a hacer uso de las armas”.

Esta Corporación al conocer en sede de revisión la acción de tutela interpuesta por las madres de los occisos, concedió el amparo, por lo tanto, dejó sin valor ni efectos la sentencia de segunda instancia y mantuvo en firme la de primera, puesto que el Tribunal Administrativo del Tolima desestimó el nexo de causalidad, sobre la única base de no hallar probado que el vehículo en el que presuntamente fueron transportados los jóvenes Lozada García y Bravo Montiel perteneciera al Ejército Nacional. Así se expresó: “En cuanto ninguna de las declaraciones indican que la persona o el carro en el que fueron vistos en la madrugada de los hechos pertenecían a instituciones del Estado”. Esa inferencia, en sentir de la Corte, “comporta la ocurrencia de un defecto fáctico en dimensión negativa, por indebida valoración probatoria, ya que no es razonable la conclusión a la que arriba el juzgador de segunda instancia, si se tiene en cuenta el análisis del conjunto de las pruebas que obran en el proceso, las cuales fueron integralmente valoradas por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Ibagué.

Lo anterior, en tanto existían testimonios que daban fe no solo de que los jóvenes departieron hasta altas horas de la noche en un bazar y luego aparecieron muertos con uniformes camuflados, sino que fueron transportados en un vehículo cuya propiedad no se había determinado y posteriormente aparecieron sus cuerpos vigilados por miembros del Ejército Nacional. La Corte estimó que “La sumatoria de estos indicios conlleva a concluir, indefectiblemente, a través de las reglas de la experiencia que, conforme lo determinó el juez contencioso de primera instancia, se deba atribuir responsabilidad al Estado por falla en el servicio”.

Señaló la Sala de Revisión que en el trabajo de construir la prueba indiciaria se debe acatar la máxima de legalidad, es decir, que en la argumentación se muestre el hecho indicado, el indiciario, la conclusión y las reglas de la experiencia que determinan la inferencia entre las premisas y la aserción28, y conforme con los parámetros de la sana crítica, valorar el grado de convicción que ofrece cada medio de prueba. Análisis que no realizó el Tribunal accionado.

3.8.6. Esta Corporación en sentencia SU-636 de 2015 se pronunció sobre el caso en que el

Frente 19 de las FARC penetró a unas fincas preguntando por el padre de los accionantes y, tras proferir amenazas y acusaciones, le incendiaron las instalaciones, destruyeron las construcciones e implementos de trabajo. El Tribunal Administrativo del Magdalena condenó a la Nación al hallar acreditados los elementos de la falla en el servicio por el Ministro de Defensa –Ejército y Policía Nacional. En segunda instancia, la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado revocó el fallo, porque en su sentir hubo deficiencia probatoria, ya que los demandantes no acreditaron ser los propietarios de las fincas destruidas y saqueadas, constituyéndose esto en una falta de legitimación por activa. Y no se podían considerar como poseedores porque ello implicaría cambiar la causa petendi, ya que lo hicieron en calidad de propietarios.

La Corte expresó que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto tiene relación con el defecto fáctico, lo cual ocurre, entre otros eventos, cuando: i) el funcionario judicial no valora una prueba documental aportada en copia simple, a pesar de que pudo ser conocida y no controvertida por las partes; y, ii) cuando no utiliza su facultad oficiosa para decretar la práctica de los elementos requeridos para llegar a la verdad y obtener los originales de los documentos.

En esta situación la Corte concluyó que no había exceso ritual manifiesto en la valoración probatoria realizada por el Consejo de Estado, porque: i) la calidad de propietarios fue controvertida desde el inicio del proceso por las entidades demandadas en la acción de reparación directa; (ii) los accionantes no mostraron una actitud diligente para satisfacer la carga probatoria que les correspondía, como era la inscripción de la escritura pública en la respectiva oficina de registro de instrumentos públicos, ni tampoco explicaron las razones por las cuales no aportaron los elementos probatorios requeridos para acreditar su calidad de propietarios, ni solicitaron su práctica dentro de las oportunidades probatorias.

3.8.7. Recientemente en sentencia T-031 de 2016 se conoció un caso donde el Fondo Nacional del Ahorro presentó demanda ejecutiva con título hipotecario contra una pareja por incumplir el pago de la deuda contraída con el mismo. El Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá libró mandamiento de pago, el cual fue notificado personalmente. El notificador afirmó que la demandada manifestó que “su esposo el señor Miguel Ángel Díaz no puede notificársele ya que él se encuentra desaparecido desde hace varios años”. El apoderado de la demandada solicitó “los beneficios legales y jurisprudenciales” por la desaparición del

cónyuge y, por petición del juez, presentó un escrito en el cual manifestó que “agentes del Estado perpetuaron contra mi cónyuge Miguel Ángel Díaz Martínez el delito de desaparición forzada. Por lo tanto no he tenido conocimiento alguno hasta la fecha desde el día de su desaparición; es decir, que al ser la desaparición forzada un delito continuado no ha sido posible establecer o no su defunción o por el contrario su supervivencia, de tal suerte que cuando ello se establezca iniciaré las acciones judiciales a las que haya lugar”.

El curador ad litem del ejecutado desaparecido propuso la excepción que denominó extinción del derecho por operar la prescripción, lo cual así se declaró. Remitido el proceso a otro Juzgado de Descongestión ordenó seguir adelante con la ejecución respecto de la demandada, porque “dentro del término legal no propuso ningún medio de defensa”; decretó la venta en pública subasta del bien inmueble y la liquidación del crédito, pero sólo del 50% de la cónyuge.

El apoderado de la demandada presentó incidente de nulidad “de lo actuado a partir de la sentencia inclusive y se dicte una nueva donde se tenga en cuenta la existencia de un litisconsorte necesario y se extienda los efectos de la prescripción a los dos demandados en relación con una única e indivisible deuda”. No obstante, la diligencia de remate se llevó a efecto y se adjudicó a la señora Martha Patricia Gómez Rodríguez el 50% del bien inmueble hipotecado. El 5 de agosto de 2011, la actora pidió la suspensión de la subasta por encontrarse tramitando “el acceso a los beneficios contemplados en la Ley 986 de 2005”, pero fue negada, porque “(i) ya se había efectuado el remate, (ii) lo perseguido no era la cuota parte del demandado Miguel Ángel Díaz Martínez, y (iii) entre los deudores no se había pactado solidaridad”. La nulidad también fue denegada.

En enero de 2012 el curador pidió la suspensión del proceso con base en el artículo 14 de la Ley 986 de 2005, en tanto, esa medida procedía para proteger “no sólo los intereses de su representado sino también las prerrogativas de su familia, puesto que la norma, al proteger a las víctimas de desaparición forzada, extiende sus efectos al cónyuge y a los hijos del sujeto pasivo del delito”. El Juzgado no accedió, porque en el proceso no se persiguen bienes del cónyuge desaparecido y la demandada no puso al día la obligación hipotecaria, por lo menos hasta la fecha en que desapareció el esposo. Terminado el proceso, la accionante interpuso la acción tuitiva al considerar que se configuró un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, al prescribir la obligación en favor del desaparecido y continuarla respecto de la

cónyuge.

En este caso, la Corte concluyó que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presentaba "cuando el funcionario jurisdiccional no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, situación que lo lleva a denegar o vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia". Así mismo se indicó que "si bien la actuación judicial se presume legítima, se torna en vía de hecho cuando el actuar del juez se distancia abiertamente del ordenamiento normativo, principalmente de la normatividad constitucional, ignorando los principios por los cuales se debe regir la administración de justicia"29. En ese orden, consideró que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto "se encuentra estrechamente relacionado con problemas de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba y, por tanto, se estructura en concurrencia con un defecto fáctico. A este respecto, cabe precisar que entre uno u otro defecto material "no existe un límite indivisible, pues tan solo representan una metodología empleada por el juez constitucional para facilitar el estudio de la alegación iusfundamental formulada en el escenario de la acción de tutela contra providencias judiciales"30.

En esta decisión, la Corporación reiteró que en eventos donde se involucran "graves violaciones de derechos humanos y frente a la dificultad que, en muchos casos, representa para las víctimas probar la existencia del daño antijurídico, el principio de equidad impone al juez administrativo el deber de flexibilizar las normas procesales y, en particular, las exigencias probatorias, de modo que, para formar su convencimiento, acuda a otros elementos de juicio, tales como: "los hechos notorios (art. 177 CPC); (ii) al juramento estimatorio (Art. 211 CPC); (iii) en el caso de violaciones masivas a los derechos humanos, la cuantificación de las reparaciones puede adoptar modelos baremo o diferenciados 'esto es, a partir de la demostración del daño acaecido a ciertas personas, podrá deducirse también y hacerse extensiva tal cuantificación a quienes se encuentren en situaciones similares pero no hubieren orientado adecuadamente su labor a acreditar el quantum de los perjuicios sufridos'; (iv) a las presunciones, que invierten la carga de la prueba a favor de las víctimas; (v) a las reglas de la experiencia, entre otros, bajo la guía interpretativa del principio pro homine"31. Esta orientación también la ha seguido el Consejo de Estado32.

3.8.8. Finalmente, en sentencia SU-454 de 2016 la Corte conoció del caso del señor Hernando Pinilla Pacheco, quien presentó por intermedio de apoderado, acción de tutela

contra las Subsecciones B, Secciones Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, al considerar que mediante los fallos judiciales proferidos dentro del proceso de reparación directa contra el INVIAS, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, con las determinaciones meramente formales que emitieron. Ello, por cuanto no dieron prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, al exigirle prueba de posesión de un inmueble cuando acreditó la propiedad sobre el mismo.

En ese proceso dijo la Corte que era "innegable la intrínseca relación entre el exceso ritual manifiesto y los defectos fáctico y sustantivo, cuando se trata de errores en la valoración de elementos probatorios. De tal suerte que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto es el resultado de la aplicación rigorista de las normas procesales, lo que en relación con el defecto fáctico inciden en la interpretación del acervo probatorio contenido en el expediente y provoca una visión distorsionada de la realidad procesal, que a su vez, afecta gravemente los derechos fundamentales, por lo que su configuración hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta figura no afecta la amplia libertad para valorar el acervo probatorio que tienen los jueces, pero si exige que esta potestad sea ejercida en consideración a la justicia material y a la prevalencia del derecho sustancial, puesto que su desconocimiento incide en las resultas del proceso y en la vigencia de los derechos fundamentales. Por su parte, existe una relación con el defecto sustantivo cuando los jueces no aplican los principios que rigen los procedimientos, puesto que se tratan de garantías sustanciales que se deben observar en los procesos. Un claro ejemplo es el principio de equidad exigido en los casos de reparación directa de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 pues en el sentido de flexibilizar de los estándares probatorios y ejercer las potestades judiciales en la materia a fin de lograr justicia material" (Subrayado fuera de texto original).

4. Responsabilidad administrativa del Estado.

4.1. La responsabilidad del Estado surgió como producto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual se fundamentó en el Código Civil y los principios del Estado de derecho, dado el contexto nacional y financiero de la época. De hecho, esta Corporación en sentencia C-832 de 2001 señaló que se trataba de una transformación en todo el ámbito del derecho comparado y por esa razón ha indicado que "la responsabilidad de la Administración

Pública es hija del intervencionismo del Estado".

Sobre el origen de la responsabilidad patrimonial, la Corte en sentencia C-957 de 2014, expresó:

"La idea de que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado fuera de creación básicamente jurisprudencial, obedeció a dos circunstancias históricas determinantes. En primer lugar, hasta principios del siglo XX, la tradición clásica de soberanía que imperaba en el campo jurídico y político, reforzaba y justificaba la idea de la potestad absoluta del Estado en el ejercicio del poder, y su correspondiente "irresponsabilidad", por daños a terceros. En segundo lugar, ni en la ley, ni en la Carta Política anterior, se establecía una cláusula expresa que consagrara este tipo de responsabilidad33, -en gran parte por la razón previamente enunciada -, lo que exigió respuestas de los jueces, al actuar en casos concretos.

(…)

En consecuencia, bajo reglas de derecho privado, la Corte Suprema de Justicia desarrolló entonces la jurisprudencia inicial en estas materias, y tal y como lo destacó la sentencia C-644 de 2011 de esta Corporación, con la providencia del 22 de octubre de 1896, la Corte Suprema de Justicia sostuvo por primera vez, que " a pesar de que las entidades estatales eran personas jurídicas, y por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos"34.

A partir de este momento, se fue consolidando paulatinamente una jurisprudencia por parte de esa Corporación, que puede describirse en tres etapas distintas, en las que el concepto de responsabilidad estatal fue evolucionando paulatinamente, así: (a) el de la responsabilidad indirecta del Estado, – que suponía que las personas de derecho público respondían por las acciones u omisiones de sus agentes, bajo el entendido de que se trataba del hecho de otro, ante el daño causado -35; (b) el de la responsabilidad directa, -que admitía que quien provocaba el daño finalmente, era la persona natural al servicio del Estado, lo cual implicaba en últimas, que el verdadero causante del daño era la entidad pública de manera directa36-, y (c) el de la falla del servicio37".

4.2. Posteriormente, al Consejo de Estado, a través de la Ley 167 de 1941, se le otorgó

competencia para conocer de acciones reparatorias contra las entidades públicas, lo cual se hizo realidad con el Decreto 528 de 1964. A partir de allí, elaboró su propia jurisprudencia pero con base en los principios constitucionales de legalidad, la garantía de la propiedad privada y derechos adquiridos con justo título, así como con el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Es decir, la responsabilidad del Estado se constituyó en el "principio autónomo de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos"38.

El Consejo de Estado centrado en la idea de la falta o falla del servicio, "derivó la responsabilidad estatal del acto administrativo, de la expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, de trabajos públicos, del almacenaje, de las vía s de hecho y del daño especial"39. En ese orden de ideas, antes de la constituyente de 1991, al Estado se le atribuía responsabilidad básicamente, "no por el hecho de otro, sino por el hecho propio, en razón a que las acciones u omisiones de los agentes del Estado se consideraba inescindiblemente vinculadas a la función pública que desempeñaban40".

4.3. Con la Constitución Política de 1991, en el artículo 9041, se estableció, por primera vez, el principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con la acción u omisión de las autoridades públicas, puesto que los derechos y libertades de las personas no sólo se protegen con solicitar a los agentes estatales que actúen legalmente, sino que se precisa de la reparación integral de los daños que se han ocasionados por los mismos42. En torno a esta disposición la Corte, al conocer de una demanda de inexequibilidad contra el artículo 50 –parcial- de la Ley 80 de 1993, se pronunció en los siguientes términos:

"Como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra

la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual"43.

En la sentencia C-333 de 1996 la Corte concluyó que el artículo 90 se inspiró en la doctrina española, que define el daño antijurídico "no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana".

En el precepto del artículo 90 Superior se compendian dos premisas distintas pero que se relacionan entre sí. La primera se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado y el deber de responder por el daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes estatales o autoridades públicas. La segunda, se relaciona con la responsabilidad de los servidores públicos por ese daño antijurídico ocasionado con su conducta dolosa o gravemente culposa y el deber del Estado de demandar en repetición44.

Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, la Corte ha señalado que ese mandato es "imperativo"45, ya que obliga al Estado a responder patrimonialmente por los daños imputables al mismo y a su vez, se genera la protección a los derechos de los ciudadanos46.

Así mismo se ha establecido que la responsabilidad es institucional, ya que comprende las actuaciones de todas las autoridades públicas "sin importar la rama del poder público a que pertenezcan, lo mismo cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado"47.

4.4. El Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en el artículo 86 estableció la acción de reparación directa como uno de los mecanismos que efectiviza la responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto le permite a los ciudadanos demandar de manera directa el resarcimiento de los daños ocasionados por "un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa".

4.5. Actualmente la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) mantuvo la figura de la reparación directa como un medio de control para obtener la indemnización del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, de ahí que en el artículo 140 estableciera que el "Estado responderá, ente otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma".

4.6. En conclusión, la responsabilidad patrimonial del Estado es una institución de carácter constitucional cuya finalidad es la de permitir a los ciudadanos demandar al Estado para obtener el pago de los perjuicios ocasionados por sus agentes. Se puede ejercer a través de varios mecanismos, uno de ellos es el medio de control de reparación directa, en la cual deben demostrarse dos elementos: (i) el daño y que (ii) el mismo sea imputable a una autoridad pública.

5. Régimen probatorio en la jurisdicción contencioso administrativa.

5.1. El artículo 168 del Decreto 01 de 1984 establecía que en los procesos ante esta jurisdicción "se aplicaran en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración".

Por su parte, el artículo 169 permitía al ponente "en cualquiera de las instancias" decretar las pruebas de oficio que considerara conducentes o necesarias para "el esclarecimiento de la verdad". Incluso, si al momento de decidir existían puntos oscuros o dudosos, podían practicar las pruebas respectivas que permitieran dilucidarlos.

5.2. En la Ley 1437 de 2011 las normas que regulan el régimen probatorio mantuvieron la remisión al Código de Procedimiento Civil, así como la faculta al juez o magistrado ponente para decretar de oficio los medios de convicción que considere necesarios para establecer la realidad de lo ocurrido. En ese sentido el artículo 213 prescribe:

Además, oídas las alegaciones el juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer

puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días" (subraya fuera de texto).

5.3. Siguiendo la lógica establecida por los estatutos es del caso determinar ¿cuál es el régimen de admisibilidad de los medios de convicción, el modo como se deben recoger y la forma de valorarlos? Para ello acudiremos nuevamente al Código de Procedimiento Civil y (hoy) al Código General del Proceso.

5.3.1. En efecto, el Código de Procedimiento Civil además de establecer en el Título del régimen probatorio los principios de la necesidad de la prueba y la carga de la misma, contenía las máximas sobre la conducencia y pertinencia, en tanto fija que los medios de convicción deben ceñirse al objeto materia del proceso. Así entonces, se rechazarán aquellos que estén prohibidos por la ley, los ineficaces o que versan sobre hechos impertinentes y las manifestaciones superfluas.

5.3.2. Con relación al modo como se deben practicar, el estatuto dedicaba varios de sus artículos a los medios de prueba como la confesión judicial, sus requisitos e indivisibilidad, el interrogatorio y careo de las partes, el juramento estimatorio, el testimonio de terceros, el dictamen pericial la inspección judicial, los documentos e indicios (arts. 194 a 301 C. P. Civil). En este punto es relevante señalar que los documentos se dividen en públicos y privados.

Según el artículo 251 del C. de P. Civil, documento público es el "otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención", por el contrario, el documento privado, es el que no reúne los requisitos para ser público. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, señala el artículo 252 ibídem.

5.3.3. En torno al régimen de valoración de las pruebas, el Código de Procedimiento Civil en el artículo 187 planteaba el de la sana crítica, "sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos".

5.3.4. En similar sentido se refiere el Código General del Proceso a la actividad probatoria, ya que como medios de prueba consagra, en el artículo 165, los mismos que fueron reseñados en el C. de Procedimiento Civil y, en el artículo 176. Expresamente señala que "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio

de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos". Así mismo, los artículos 168, 169 y 170 autorizan al juez para rechazar de plano las pruebas ilícitas, las impertinentes, inconducentes y superfluas, y para decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

5.3.5. Sobre la sana crítica, la doctrina ha indicado:

"Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"48.

Por su parte, esta Corporación señaló que el sistema de la sana crítica o persuasión racional, es aquel en que el "juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia". Sistema que igualmente, requiere motivación, la cual consiste en la exposición de las razones que el juez ha tenido para determinar el valor de cada una de las pruebas, con fundamento en las reglas citadas49.

5.3.6. Lo anterior significa que el juez cuenta con autonomía e independencia para valorar las pruebas que se aportan al proceso. Ese análisis probatorio debe realizarse de manera conjunta, descartando las pruebas ilegales, las que no fueron aportadas oportunamente y justificando el valor que se le da a aquellas que sustentan la decisión. No obstante, la Corte

ha expresado que a pesar de la libertad que tiene el juzgador para interpretar las pruebas, ella no puede ser caprichosa y debe fundarse en razonamientos justos e imparciales:

“Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (C.P.C., art.187 y C.P.L., art.61), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a éste desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”50.

5.3.7. En cuanto a la excepción consagrada en el artículo 176 del C. General del Proceso, “sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”, se debe observar que los actos jurídicos, según la manera como se conforman, son consensuales o formales. En ese sentido se ha afirmado que “Los primeros se perfeccionan por la sola voluntad de los operadores jurídicos, sin que sea necesario su expresión mediante una forma predeterminada, conforme a la vieja regla “solus consensus obligat”; mientras que los segundos requieren el cumplimiento de ciertas formalidades prescritas por la ley para su existencia y validez, conforme a la regla “forma dat esse rei” (art. 1.500 del Código Civil)51.

Igualmente, los actos formales se dividen en solemnes (ad solemnitatem o ad substantiam actus) y formales (ad probationem). Esta Corporación ha indicado que “La existencia de los actos solemnes está supeditada a la observancia de las formas prescritas en la ley o determinadas por las partes, es decir, la voluntad de los agentes debe expresarse a través de un preciso cauce legal o convencional, de tal manera que su inobservancia hace que el acto se repute inexistente, o que se transforme en otro acto (teoría de la conversión de los

actos jurídicos). La institución de los actos solemnes se debe a que la ley, inspirada en los criterios de seguridad e interés social, ha exigido ciertos requisitos con la finalidad de asegurar, precisar y conservar ciertos hechos u operaciones que repercuten en el ámbito social. Tratándose de los actos formales, por el contrario, a pesar de que se requiere de una determinada solemnidad jurídica, la inobservancia de la misma no afecta la existencia o la validez del acto jurídico, sino su prueba"52.

5.4. En conclusión, el sistema probatorio en la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que el Código de Procedimiento Civil y -hoy- en el Código General del Proceso, se fundamenta en la libertad probatoria. Ambos estatutos conservan similitud en sus normas, se mantienen los mismos medios de convicción, el mismo sistema de admisibilidad y el mismo método para apreciar las pruebas, esto es, el de la sana crítica. De igual manera, se faculta a los jueces y magistrados para decretar pruebas de oficio cuando adviertan la presencia de aspectos oscuros o difusos.

6. La prueba sobre el fallecimiento de una persona.

6.1. De acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1260 de 197053 "el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determinada su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley". Y conforme con el art. 2º el estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos.

Los hechos y actos como el nacimiento, el reconocimiento de hijos, las adopciones, el matrimonio, el divorcio, cambio de nombres, defunciones y presunción de muerte, entre otros, deben ser inscritos en el registro civil competente, según lo establecen los artículos 5º y 6° del Decreto 1260 de 1970 y ninguno de estos hechos, actos y providencias sujetos a registro, dice el artículo 106, "hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado a funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación". No obstante, esta norma tiene una excepción, cuando advierte: "salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro". Es decir, que existen hechos que pueden demostrarse por otros medios de convicción, como los documentos y el testimonio, entre otros.

Si la inscripción no se realizó en esos dos (2) días, su registró solo podrá efectuarse con "orden judicial impartida luego de trámite incidental", según el artículo 75 del Decreto 1260 de 1970. Igualmente, se requiere de orden judicial cuando "la muerte fue violenta" o "en el evento de una defunción cierta, cuando no se encuentre o no exista el cadáver", acorde con el artículo 79 ibídem.

6.3. Ahora, en torno a la forma en que debe acreditarse la muerte ante el funcionario del estado civil para su respectiva inscripción, señala el artículo 76: "mediante certificado médico, expedido bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma". Entiéndase médico general, especialista, forense, de sanidad o el médico que desempeñe en el lugar un cargo oficial relacionado con esa profesión y "todo profesional médico", a solicitud del encargado del registro. Y, "Tan sólo en caso de no haber médico en la localidad se podrá demostrar mediante declaración de dos testigos hábiles".

6.4. El Consejo de Estado ha señalado que ante la ausencia del registro civil de defunción de una persona, es aceptable otros documentos como la necropsia y el certificado de defunción. Así lo sostuvo en sentencia del 27 de junio de 2012, radicado 88001-23-31-000-2000-00053-01 (24791):

"Como el registro civil de defunción del señor Federico McLean Martínez, que obra en copia simple, no encuadra en ninguno de los supuestos previstos en la norma transcrita, no puede dársele valor probatorio en este proceso.

Sin embargo, obra la copia auténtica del certificado de defunción A030300 y la necropsia clínica 09-98, practicada el 10 de septiembre de 1998, ambos documentos suscritos por funcionarios del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de San Andrés Islas. Si bien, de conformidad con el artículo 106 del Decreto 1260 de 197054, el medio idóneo para probar la muerte de una persona es el respectivo registro civil de defunción, los documentos acabados de mencionar serán tenidos en cuenta para acreditar la del señor McLean Martínez, en virtud de que son documentos públicos, de los que se presume su autenticidad, al haber sido suscritos por funcionarios públicos, en ejercicio de su cargo. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación ha dicho:

"… el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico

y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.55”

Postura reiterada en sentencia del 2 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 47001-23-31-000-2005-01061-01 (36541)56:

“La Sala advierte que sin desconocer que el registro civil de defunción es el documento legalmente dispuesto para probar la muerte de una persona en los términos de los artículos 73 y siguientes del Decreto 1260 de 1970, que señalan que el fallecimiento debe quedar inscrito en la oficina de registro del estado civil y, en consecuencia, tal registro o certificado constituye la prueba idónea de ese hecho, esta Sección ha decantado que esa circunstancia también puede tenerse como cierta cuando se cuenta en el expediente con otros elementos que permitan llegar a esa conclusión, sin que lo anterior implique el desconocimiento de las normas que regulan la materia porque lo que se pretenden es garantizar el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal”.

6.5. Significa lo anterior que conforme con el Decreto 1260 de 1970 el deceso de las personas debe inscribirse ante la oficina de registro del estado civil por los familiares o encargados del lugar donde se produjo el deceso, pero si el mismo se produjo de manera violenta, se requiere la orden judicial. Así mismo, quedó establecido que el certificado civil de defunción es la prueba por excelencia del fallecimiento, no obstante, es un hecho que puede demostrarse por otro medio como el certificado médico, el testimonio, el acta de levantamiento o la necropsia.

– Del protocolo de necropsia.

Según el Decreto 786 de 1990 la necropsia es el “procedimiento mediante el cual a través de observación, intervención y análisis de un cadáver, en forma tanto externa como interna y teniendo en cuenta, cuando sea del caso, el examen de las evidencias o pruebas físicas relacionadas con el mismo, así como las circunstancias conocidas como anteriores o posteriores a la muerte, se obtiene información para fines científicos o jurídicos”.

En el sistema procesal penal, la necropsia se ubica dentro de la categoría de la prueba pericial que deben cumplir los médicos forenses. La diligencia como tal se divide

esencialmente en tres partes que corresponden al (i) examen exterior, (ii) el interior y (iii) la conclusión. El primero se relaciona con los datos de la persona y, en general, "los signos recientes de trauma, en su localización y extensión; los miembros superiores y con particular atención las manos, son examinadas minuciosamente para buscar heridas de "defensa" que tendrán gran valor en el proceso para clarificar homicidios en riñas"57, así como todas las cicatrices que presente el cadáver.

El examen interior, como su nombre lo indica corresponde a la exploración de los órganos, con el fin de establecer el nexo de causalidad, la naturaleza de las lesiones y la supervivencia probable del occiso, entre otros.

Y la conclusión, es la parte que contiene la causa de la muerte, el nexo de causalidad ente las lesiones recibidas y el deceso, el tipo de arma o instrumento que ocasionó la muerte, extraer proyectiles y el cálculo de supervivencia. "Es la etapa más importante de la autopsia, ya que las conclusiones llevarán al juez a tomar una determinada conducta. Decir la causa de la muerte es obligatorio dentro de las conclusiones. Debe recordarse que esta constancia constituye el "certificado de defunción", con el cual se autoriza la inhumación del cadáver" (subraya fuera de texto)58.

En suma, una necropsia completa debe estructurarse a través de tres etapas como son el examen exterior, el interior y la conclusión, con la finalidad de establecer, en primer lugar, la muerte de la persona, y, segundo, a través del estudio de los órganos, determinar si el fallecimiento se produjo o no como consecuencia de la lesión inferida, la posible supervivencia y particularidades de las lesiones.

7. Análisis del caso concreto.

7.1. Procedencia genérica de la acción de tutela.

7.1.1. Como se señaló en la parte dogmática de esta decisión, si bien la norma que permitía la acción de tutela contra providencias judiciales fue declarada inexequible, la jurisprudencia de la Corte excepcionalmente la admite en eventos donde el funcionario incurre en ostensibles y graves actuaciones de hecho. La acción de tutela es procedente59 siempre que se satisfaga los (i) requisitos generales de procedibilidad, a través de las cuales se establece si la decisión atacada puede ser examinada por el juez constitucional; y (ii) las causales

específicas o especiales, que definen la suerte de la decisión demandada, en la medida que permiten establecer si se violaron o no los derechos presuntamente vulnerados.

7.1.2. En el presente caso la acción de tutela resulta procedente en tanto concurren los presupuestos generales de procedibilidad para acometer el estudio de la misma. En efecto, revisada la actuación se advierte que:

(i) La acción objeto de este fallo es de relevancia constitucional en tanto a través de ella se debate la presunta vulneración de los derechos fundamentales constitucionales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, concretamente por no dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal dentro de un proceso de reparación directa –exceso ritual manifiesto-, por parte del Consejo de Estado, lo cual determina que el debate jurídico se oriente a establecer si se respetaron los artículos 29, 228 y 229 de la Carta. Esa circunstancia faculta a la Corte para establecer si se presentó o no causal específica de procedencia de la acción.

(ii) Los accionantes no cuentan con otros medios de defensa judicial, puesto que la decisión que denegó sus pretensiones se emitió en el trámite de la segunda instancia por parte del Consejo de Estado al revisar la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por lo tanto, no tenía a su alcance la posibilidad de recurrir en apelación la decisión, como tampoco era susceptible del recurso extraordinario de revisión, porque no se estructura causal alguna de las previstas en el Estatuto Contencioso Administrativo60.

En efecto, el numeral 1º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 consagra como una de las causales de revisión el que con posterioridad al fallo se encuentren “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”. Esta realmente no se muestra idónea ni eficaz en este caso, puesto que la causal como tal parte de la hipótesis de que en el trámite del proceso hubo diligencia, mediante el decreto y práctica de las pruebas; mientras que en el asunto objeto de decisión surge de un presupuesto atribuible al juez, el cual aplicando principios como la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 Constitución Política) y el derecho a una pronta y efectiva justicia (art. 229 Superior) le era posible advertir la existencia de la prueba y con un mayor grado de diligencia probatoria verificarla o comprobarla.

Aunado a lo expuesto, tampoco puede afirmarse que en este evento la prueba del certificado civil de defunción surgió con posterioridad a la sentencia, porque el documento ya existía como tal en la Registraduría Nacional del Estado Civil, oficina de Rioblanco (Tolima), desde el 7 de junio de 2013 -cuando la Fiscalía 56 Seccional ordenó su inscripción- y el fallo acusado fue proferido el 24 de julio del mismo año, por lo tanto, si el funcionario administrativo lo consideraba necesario para emitir el fallo, sólo bastaba reiterar la petición a la autoridad respectiva y, en ese sentido, allegarlo al expediente antes del fallo. Así las cosas, el requisito de subsidiariedad se encuentra acreditado en la actuación.

(iv) La acción de tutela se interpuso con fundamento en la posible afectación de los derechos fundamentales por presentarse los defectos procedimental por exceso ritual manifiesto y fáctico en su dimensión negativa, por no valorar una prueba allegada al expediente y/o no hacer uso de la facultad de decretar pruebas de oficio. Vicios que en sentir de los accionantes afectó la demostración del daño y, por supuesto, que las pretensiones de la demanda se despacharan de manera negativa. En ese orden, debe repararse que efectivamente el fundamento del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A para negar las peticiones fue precisamente el no haberse demostrado la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho por ausencia del certificado civil de defunción, aspecto que eventualmente pudo establecerse con otros medios de prueba u ordenando traer al proceso el citado documento.

(v) Analizada la acción de tutela se percibe que los accionantes identificaron de manera razonable los hechos que originaron la violación de los derechos fundamentales. En efecto, señalaron que el acontecimiento surgió de la sentencia emitida el 24 de julio de 2013 por parte de la demandada, al revocar el fallo del Tribunal Administrativo del Tolima que había condenado a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Revocatoria que se fundamentó en la inexistencia en el proceso del certificado civil de defunción del señor Fermín Cerquera Camacho, cuando en el expediente existían otros medios de convicción que daban cuenta del deceso y/o haber ordenado, de oficio, allegar el respectivo documento a la entidad pública pertinente.

(vi) La decisión objeto de análisis mediante esta acción de tutela es una sentencia emitida dentro de un proceso de reparación directa, lo que de suyo descarta que se trate de providencia emitida en otra acción de tutela.

(vii) Finalmente, debe advertirse que no hubo negligencia de parte de los accionantes en la presentación del certificado civil de defunción, porque desde la demanda advirtieron la inexistencia del mismo y, por esa razón, solicitaron como prueba que se pidiera a la Registraduría del Estado Civil y a la notaría el citado documento, como a las autoridades penales y disciplinarias copias de las actuaciones de esa naturaleza. La defunción del señor Cerquera Camacho solo se registró el 7 de junio de 2013 autorizado por la Fiscalía 56 Seccional de Chaparral (fl. 174 c. anexo).

7.1.3. En conclusión, los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela se encuentran acreditados en la presente actuación, razón por la cual es oportuno el análisis de las causales específicas.

7.2. Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela.

7.2.1. Corresponde ahora a la Sala establecer si la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, al expedir la sentencia del 24 de julio de 2013, vulneró los derechos fundamentales del debido proceso de los accionantes, al revocar el fallo del 19 de diciembre de 2000 emitido por el Tribunal Administrativo del Tolima61, al considerar que no se demostró el daño, por no acreditarse la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho.

7.2.2. Pues bien, de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente, se estableció que efectivamente la parentela del señor Fermín Cerquera Camacho, fallecido el 26 de noviembre de 1998 cuando era conducido en un bus de servicio público por la Policía Nacional hacia el municipio de Chaparral (Tolima), presentó demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional con el fin de que se les repararan los perjuicios ocasionados. Esas circunstancias fueron debidamente demostradas con los siguientes medios de convicción:

7.2.2.1. Oficio núm. 200 del 25 de noviembre de 1998, a través del cual el Comandante de la Estación Rioblanco informa al Personero Municipal de esa población, sobre la captura de Fermín Cerquera Camacho y Humberto Ortiz Bermúdez, por encontrarse “sindicados por el delito de homicidio agravado” y, además, haber recibido dos llamadas anónimas preguntando por los retenidos y si iban a ser trasladados a otro sitio (fl. 40, c. anexo).

7.2.2.2. Fotocopias de los oficios núms. 5771 y 5772 del 25 de noviembre de 1998, suscrito por el Secretario Judicial II de la Unidad de Fiscalías de Chaparral. El primero dirigido al Comandante de la Estación de Policía Rioblanco, solicitando dejar a su disposición a los capturados, y el segundo, al Director del Centro de Rehabilitación Social de Rioblanco, pidiendo "mantener encarcelados en esas instalaciones a disposición de la Fiscalía 26 de esta Unidad, a FERMIN CERQUERA CAMACHO y HUMBERTO ORTIZ BERMUDEZ, quienes se encuentra (sic) imputados del delito de HOMICIDIO AGRAVADO…Así mismo solicito se sirva ordenar lo pertinente para que los antes mencionados, sean trasladados bajo las estrictas medidas de seguridad, hasta las instalaciones del centro de Rehabilitación Social de esta localidad…toda vez que los mismos serán escuchados en injurada el día veintiséis de los cursantes a partir de las 2:00 y 4:00 de la tarde" (fls. 92 y 93 c. anexo).

7.2.2.3. Oficio núm. 202 del 26 de noviembre de 1998 suscrito por el Comandante de la Estación Rioblanco, dirigido al Secretario Judicial Fiscalía General de la Nación de Chaparral, por el cual deja a disposición a los capturados, quienes serán "custodiados" por dos patrulleros "en traje de civil" (fl. 42 c. anexos).

7.2.2.4. Oficio núm. 271 firmado por el Comandante de Estación Rioblanco, dirigido a su homólogo del Distrito Cinco de Policía Chaparral, a través del cual le da a conocer sobre la pérdida del material de guerra (42 cartuchos calibre 38 largo) el 26 de noviembre de 1998 y lo sucedido con el desplazamiento de los capturados Cerquera Camacho y Ortiz Bermúdez. En efecto, señaló que cuando estos eran trasladados en un bus adscrito a la "empresa contrasur (sic), línea de las 04:30 horas el día de hoy 26.11.98, los cuales fueron interceptados sobre la vía Rioblanco el Limón en el sitio los Naranjos por al pareser (sic) 10 bandoleros en traje de civil, utilizando armamento de diferentes calibres, al parecer por miembros del 21 frente de las FARC, fueron posteriormente bajados del vehículo aduciendo que solo querían a los retenidos, los cuales momentos después fueron asesinados sobre la vía" (fl. 44 c. anexos).

7.2.2.5. Informe núm. 4799 del 26 de noviembre de 1998, enviado al Comandante del Departamento de Policía Tolima por parte del Comandante del Batallón de Infantería No. 17 Gral. Caicedo, en los siguientes términos:

"Con el presente me permito informar a ese comando los hechos ocurridos en la vereda Los

Mandarinos jurisdicción del municipio de Rioblanco en donde bandoleros al parecer de las 21 cuadrilla de las ONT-FARC ultimaron con arma de fuego a los señores FERMIN CERQUERA CAMACHO Y HUMBERTO ORTIZ BERMUDEZ quienes se encontraban a disposición de la Fiscalía 50 de Rioblanco y eran transportados por dos agentes de la Policía…. Este Comando no fue enterado del desplazamiento de las personas asesinadas, por parte de las autoridades correspondientes. El presente con el propósito de que se adelanten las diligencias que ese Comando estime convenientes" (fl. 45 c. anexo).

7.2.2.6. Tres folios del libro de anotaciones del Comando de la Estación de Policía de Rioblanco (Tolima), en el cual existen las siguientes constancias sobre lo sucedido:

(i) "26.11.98, 04:30 salen los señores Fermín Cerquera Camacho y Humberto Ortiz Bermúdez los cuales se encuentran sindicados por el delito de homici (sic). Lo anterior en cumplimiento y bajo la autorización del comando de Dtto cinco Chaparral el cual (sic) serán dejados a disposición mediante oficio 202 del 26.11.98 a Fiscalía Seccional Chaparra (sic)".

(ii) "261198, 06:00. Informa la estación de Policía del limón que se presentaron los ag….manifestando q (sic) en el bus No. WYG-368 de No interno 232 donde movilizaban junto con los retenidos Fermín Cerquera y Humberto Ortiz Bermúdez los cuales eran sindicados por el delito de homicidio agravado, se subieron unos sujetos de traje de civil a la altura del sitio los mandarinos y …hicieron parar el bus y bajaron a los policías junto con los retenidos, despojándolos de los revólveres para sacarle la munición y luego devolviéndoselos, informándoles que ellos no tenían o no querían nada con los policías y que se subieran nuevamente al bus, posteriormente fueron al parecer asesinados cerca a los naranjos vía al limón".

(iii) "261198, 10:00 HS. Levantamiento. A la hora indicada Inspolicia de esta localidad practicó levantamiento cadáveres de los srs Fermin (sic) Cerquera Camacho…el cual presenta varios impactos diferentes partes cuerpo producidos con arma de fuego al parecer pistola calib 7,65. Humberto Ortiz Bermudez (sic)… el cual presenta varios impactos diferentes partes cuerpo al parecer con arma de fuego pistola calib 7,65. Los antes mencionados se encontraban a disposición fisc. seccional chpl bajo custodia esta unidad, ya que el director del centro carcelario de este municipio hizo caso omiso a la orden impartida de la fiscalía en referencia sobre la custodia de los retenidos en este centro carcelario.

Siendo las 04:30Hs. del día de hoy los retenidos fueron trasladados hacia la fiscalía en mención los cuales eran custodiados por los agts Suárez Ibañez Rigoberto, Bernal Arroyave Carlos Arturo. Traje civil, portando armamento corto alcance revolver dotación oficial, en el bus nro. Int. 232, placas wyg-368 adscrito a la empresa cointrasur y a la altura del sitio los naranjos entre Rioblanco y el Limón, fueron interceptados por aproximadamente 10 sujetos en traje civil utilizando arma diferentes calibres ente los cuales cuatro (4) de los anteriores viajaban dentro del vehículo, quienes se identificaron como miembros del 21 Frente de las FARC, posteriormente fueron bajados del vehículo intimidándolos con sus armas, como resultado de ella el homicidio de los mencionados". (fls. 46 a 48 anexos).

7.2.2.7. Fotocopia del informe suscrito por los agentes Rigoberto Suárez Ibáñez y Carlos Arturo Bernal Arroyave enviado al Comandante del Distrito Quinto Chaparral, dándole a conocer los hechos ocurridos:

"cuando fuimos encañonados con armas de juego (sic) por la parte de atrás a la altura de la cabeza por dos sujetos que manifestaron ser guerrilleros y otros dos que se encontraban en las sillas de adelante nos apuntaban a la altura del pecho, en ese momento otro sujeto de traje de civil le hizo el alto al conductor del bus, se subió y posteriormente encañonó al conductor para que este detuviera la marcha, fuimos despojados por los dos que nos apuntaban a la cabeza del armamento que portábamos y al tiempo que nos decían que no nos moviéramos Policías porque nos dejaban fríos que con nosotros ellos no tenían ningún problema que a los que necesitaban eran a ese par de pájaros que hacían días los estaban esperando como pan al desayuno, luego nos ordenaron descender del bus junto con los retenidos a los cuales les hicieron tender boca a bajo (sic) al lado derecho de la vía junto a la puerta de descenso del vehículo, uno de ellos nos dijo que los Policías al otro lado de la vía frente al capó del bus y ahí nos volvieron a decir que con nosotros no tenían nada que estábamos trabajando bien, que sigamos así que aunque hay unos civiles que son una porquería que no se dejaban manejar por las buenas, que eso lo tenían ellos en cuenta; en ese momento se escucharon varios disparos, uno de los supuestos guerrilleros que estaban con los retenidos fue donde nosotros y os pidió las llaves de las esposas, se las entrejamos (sic), la tomó, se retiró y luego volvió y nos dijo que las quitaramos (sic) nosotros porque el (sic) no había podido, entregaron una de las dos llaves y quitamos las esposas a uno de los retenidos ya muerto, al otro no fue posible ya que la otra llave la extraviaron y son de otro tipo de esposas" (fls. 104 y 105, c. anexo).

7.2.2.8. Fotocopia del informe de policía suscrito por el Comandante del Quinto Distrito de Chaparral el 27 de noviembre de 1998, dirigido al Comandante del Departamento de Policía Tolima, en los términos que se citan:

"Fue así como se coordinó el traslado de los capturados para el día 26-11-98 en horas de la madrugada por medidas de seguridad y a las 04:50 horas del día 261198 a escasos 10 minutos de la localidad de Rioblanco fueron interceptados los Policías por varios sujetos que dijeron manifestar pertenecer a la Guerrilla y los despojaron de sus armas (revólveres), procediendo a bajar a todos los pasajeros que venían en el Bus No. interno 232 afiliado COINSTRASUR y dieron muerte a los dos capturados y le dijeron a los Policiales que con ellos no era la cuestión y que estaban trabajando bien y procedieron a dar muerte a los capturados. Posteriormente le devolvieron los revólveres a los Agentes sin la munición y huyeron"…Los uniformados instauraron la correspondiente denuncia ante la Autoridad competente" (fls. 94 y 95 c. anexo).

7.2.2.9. Oficio núm. 240 del 2 de diciembre de 1998, suscrito por el Inspector (E) de Rioblanco, dirigido a la Fiscalía de la misma localidad, en el cual informa que "Revisado el escritorio del señor Inspector Municipal se encontraron las actas de levantamiento de los señores HUMBERTO ORTIZ BERMUDEZ, FERMIN CERQUERA CAMACHO y LIDIA LOPEZ SALAZAR", practicados los dos primeros el 26 de noviembre de ese año en el sitio Los Naranjos y, el segundo, en la vereda Bocas de Rioblanco. Igualmente dejó constancia que "se envían en el estado que se encontraron" (fl. 39, c. anexo). En el mismo folio se observa un sello de recibido de la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Rioblanco Tolima con fecha del 02 de diciembre de 1998.

7.2.2.10. Oficio del 1º de diciembre de 1998 suscrito por el Médico Director (E) del Hospital "María Inmaculada" de Rioblanco y dirigido al Inspector Municipal, en el cual se indica:

"Damos respuesta a su oficio número 238 del 26 de noviembre del presente año, realizándose Necropsia a FERMÍN CERQUERA CAMACHO; presentando:

1) 18 orificios de entrada de proyectil de Arma de Fuego, localizados en:

* Uno en región Parieto Occipital

* Uno en región Occipital

* Dos en región Dorsal derecha de tercio superior

* Seis en región Dorsal izquierda de 2/3 inferiores

* Tres en dorso Lumbar izquierda

* Uno en región Hombro derecho

* Uno en región de Cara anteromedial de brazo derecho, tercio medio.

* Uno en región de Cara anterior de antebrazo derecho, tercio medio

* Dos en región de cara anterior de antebrazo derecho, tercio distal.

15 orificios de salida localizados en:

* Uno en región Frontal Central

* Uno en región Parietal

* Uno en región Clavicular derecha, tercio medio

* Uno en región de cara lateral, tercio proximal, brazo derecho

* Uno en región de cara anterior, tercioi proximal, brazo derecho

* Uno en región de cara lateral, tercio medio, brazo derecho.

* Dos en región de cara posterior, tercio medio de antebrazo derecho

* Uno en región de cara posterior, tercio distal de antebrazo derecho

* Uno en región axilar anterior derecha.

* Tres en región tórax anterior, t4ercio medio, c on línea para esternal derecha.

* Dos en región Toraco-abdominal derecha.

2. Elementos Causantes: Proyectil de Arma de fuego.

3. Causa Probable de Muerte:

* Laceración cerebral

* Heridas por proyectil de Arma de Fuego múltiple.

NOTA: No se realizó Necropsia por no contar con la dotación requerida y necesaria para tal fin".

7.2.2.11. Analizados los medios de convicción que se acaban de relacionar, sin duda se constituyen en prueba demostrativa de lo ocurrido. En efecto, se trata de verdaderos documentos públicos cuya veracidad no se presta a dudas, en tanto fueron expedidos por autoridades públicas en ejercicio de sus funciones y no fueron censurados o tachados de falsos en este trámite de tutela por la parte accionada ni dentro del proceso de reparación directa (excepto la denominada necropsia, que el juez constitucional de segunda instancia consideró contradictorio y que es precisamente el objeto de esta decisión), de tal manera que su eficacia probatoria se mantiene. Además, el documento del Director del Hospital si bien no es una necropsia, sí constituye su componente externo, por lo que no puede afirmarse que es contradictorio, como equivocadamente lo valoró el Consejo de Estado.

7.2.3. En cuanto a la prueba testimonial se cuenta con las fotocopias de las declaraciones entregadas tanto por los agentes de Policía que conducían al occiso hacia el municipio de Chaparral, como del conductor del bus intermunicipal y algunos pasajeros del mismo, quienes de una u otra forma coincidieron en afirmar que efectivamente el señor Cerquera Camacho fue obligado a descender del vehículo y una vez en el piso lo sacrificaron con arma de fuego.

7.2.3.1. El uniformado Carlos Arturo Bernal Arroyave, en testimonio vertido cinco días después de lo ocurrido, esto es, el 1º de diciembre de 1998 dentro del proceso disciplinario adelantado en la Policía Nacional – Departamento de Policía Tolima – Oficina de Asuntos

Disciplinarios, señaló que para el 26 de noviembre de ese año le ordenaron desplazarse con los retenidos en el bus de las cuatro y media de la mañana junto con el compañero Rigoberto Suárez Ibáñez y luego de abordar el carro, "como a los diez minutos después de haber salido el vehículo…dos señores que iban en la parte de atrás de nosotros nos pusieron de apistola (sic) en la cabeza en ese mismo instante se pararon dos señores que iban al pie de la puerta quienes también (sic) nos encañonaron con pistolas, el señor que se subió al bus iba armado e hizo parar el bus, en ese instante uno de los que nos encañaron dijo quietos policías no hagan ningún mobimiento (sic) por que (sic) los dejamos frios (sic) a ustedes no les vamos (sic) a hacer nada apuntandonos (sic) nos desarmaron y nos dijeron (sic) solo necesitamos estos pajaros (sic) que mantienen robando y matando gente inocente, nos hicieron parar y nos digeron (sic) somos Guerrilleros y nos digeron(sic) que nos bajaramos (sic) del Bus (sic) a los dos retenidos y a nosotros dos (sic) hicieron tender en el piso a los detenidos los cuales estaban por cuenta de la fiscalía seccional de chaparral por el Delito de Homicidio al parecer eran Paramilitares, anosotros nos hicieron por laparte izquierda del Bus y de nuevo nos digeron (sic)que tranquilos que nosnos ibana ahcer nada….. en ese mismo instante le hicieron varias descargas a los detenidos ocasionándole la muerte…. En el Limón le informamos al Comandante de guardia del Limón y así mismo al Comandante del distrito y de Rioblanco, quedo (sic) la respectiva denuncia en la fiscalía 27 de chaparra (sic)" (fls. 100 a 101 anexo).

Casi dos años después de los hechos, es decir, el 25 de octubre de 2000 ante el Magistrado instructor del proceso de reparación directa, el testigo, en lo esencial, dijo lo mismo: "fue así como diez minutos después de haber arrancado el bus, aproximadamente faltando diez minutos para las cinco de la mañana, no me acuerdo muy bien la fecha pero creo que fue el veintiséis de noviembre del noventa y ocho y en una hondanada de la carretera se subió un sujeto e hizo parar el bus, así mismo nos dijeron unos sujetos que venían en la parte de atrás del bus, encañonándonos en la cabeza con pistola quietos policías, no hagan nada porque los dejamos fríos….Dijeron solo necesitamos a estos pájaros que mantienen robando y matando gente inocente…. Fue así como uno de ellos dijo a tierra y nos hicieron bajar a los dos retenidos y a nosotros los dos policías. Primero de (sic) bajó uno de los retenidos entonces le dijeron contra el piso, yo iba enseguida y me iba a tirar al piso también entonces uno de los guerrilleros que iba en la parte de atrás dijo no los policías no, los policías la frente (sic) del bus, fue así como nos prestaron seguridad, nos tenían ahí y nos estaba hablando un guerrillero y así mismo se escucharon varios impactos de bala y fue cuando mataron a los

dos muchachos" (resalto fuera del texto obrante en los fls.54 y 55 anexos).

7.2.3.2. En igual sentido, el 1º de diciembre de 1998 se pronunció el agente Rigoberto Suárez Ibáñez (fls. 96 a 98 anexos), cuando indicó que efectivamente salieron a las 4:30 de la mañana del 26 de noviembre de 1998 con destino a Chaparral a cumplir con la orden dada y, luego de salir, aproximadamente a los diez minutos, dos hombres que venían de la parte de atrás del bus "nos colocaron pistolas en la cabeza por la parte de atrás diciéndonos (sic) quietos policias (sic) o los dejamos frios (sic) cuando yo observe (sic) la parte delantera había otro sujeto con una pistola apuntandome (sic) a la altura del pecho y otro le estaba apuntando a mi compañero BERNAL también con pistola a la altura de la cabeza también por la parte de atrás…uno de civil que se encontraba sobre la via (sic) le hizo alto al conductor del bus y cuando el paro para recoger el supuesto pasajero, también (sic) fue encañonado, con el fin que el bus no siguiera la marcha…nos quitaron las armas de dotación que eran revólveres, cuando desendimos (sic) del vehículo ordenaron tirarse boca abajo al piso…cuando bajamos del vehículo uno de ellos dijo ese par son pajaros (sic) y se la pasan matando y robando…después nos mandaron a la parte contraria del bus donde estaban los retenidos y uno de ellos que ya se había identificado como guerrilleros nos dijo, ustedes tranquilos policías (sic) con ustedes no tenemos nada ahí ya se escucharon unos impactos de armas de fuego…el que os estaba custodiando nos dijo estos pajaros (sic) mataron a un aguacatero en puerto Saldaña….a éstos no los podemos dejar pasar por que (sic) en ocho días están por fuera y vuelven a hacer las mismas" (fls. 102 y 103 c. anexo).

El 6 de diciembre de 2000 ante el Juez Civil del Circuito de Chaparral, por comisión del Tribunal Administrativo del Tolima, el señor Gutiérrez hizo la misma presentación de los hechos, al afirmar que luego de salir de Rioblanco con destino a Ibagué "como a los 15 minutos de recorrido un señor abrió la puerta del bus de división. Me dijo señor pare el bus un momento encañonándome a mí, vamos a bajar unos señores aquí, y lo primero que yo vi bajaron (sic) dos agentes de la policía, que estaban de civil, y después bajaron otros dos señores, los dos señores los botaron en el piso bocaabajo (sic) y los agentes los colocaron en la parte adelante del bomper del bus con las luces encendidas, dos sujetos les dispararon a los que estaban boca abajo en varias ocasiones, sin conocer los muertos ni los nombres de ellos, a los agentes les quitaron las armas y volvieron se las entregaron a ellos luego de haber matado a las dos personas que bajaron, las cuales estaban esposadas y a los policías los hicieron entrar al bus y seguimos la marcha quedando los dos muertos ahí y los que los

mataron también….los agentes se bajaron en El Limón" (fls. 87 y 88 cuad. anexos).

7.2.3.4. Los pasajeros Edgar Ramírez Ariza y Alfonso Carvajal, escuchados en la misma audiencia del 6 de diciembre de 2000 por el Juez Civil del Circuito de Chaparral, afirmaron que tanto los uniformados como los detenidos fueron obligados a descender del vehículo y una vez en el piso "mataron" a los reclusos (fls. 81 a 88 anexos). En efecto, el primero, advirtió que cuatro años atrás conocía a Fermín Cerquera Camacho en Rioblanco donde lo veía con frecuencia "borracho", pero "no era persona problemática". Sobre lo ocurrido expresamente señalo: "ese día de su muerte, salimos de Rioblanco hacia aca (sic) – Chaparral, y como a unos 15 o 20minutos observe (sic) que el bus paro (sic), pense (sic) que era una falla mecanica (sic), pero me di cuenta que lo habían hecho parar unos señores, y entonces en el bus venían dos policias (sic) de civiles y traían a dos detenidos esposados, y los hicieron bajar, y los agentes entregaron las armas, no hicieron nada para evitar cualquier suceso, y fue así como procedieron y mataron al señor FERMINA (sic)" (fls. 84 y 85 anexo).

7.2.3.5. Alfonso Carvajal, por su parte, luego de señalar que conoció al señor Cerquera Camacho, expuso que iba dormido en el bus cuando escuchó "el alboroto de unos hombres armados, y entonces todos nos pusimos asustados y vi cuando los policías o los civiles le pasaron las armas a las personas que se subieron en el bus, y sacaron a don FERMIN CERQUERA y al otro señor, los sacaron y los policia (sic) no hicieron nada, y en la carretera los mataron" (fl. 86 anexo)

7.2.4. Analizados los citados testimonios bajo el tamiz de la sana crítica, surgen creíbles, no solo porque fueron vertidos por quienes de manera directa conocieron los hechos en los cuales perdió la vida el señor Cerquera Camacho, sino por su capacidad de percepción para el momento de la ocurrencia, en la medida que se trataba de personas con capacidad de observar y escuchar, así como de evocar lo percibido o, por lo menos, no se demostró lo contrario. Además, a pesar de que fueron interrogados en dos ocasiones, en el fondo, siempre dijeron lo mismo de manera clara, coherente y sin intención alguna de pretender tergiversar lo sucedido.

7.2.5. En suma, el acopio probatorio documental y testimonial aportado a este trámite de tutela, de manera palmaria evidencia que la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho fue un hecho que se produjo el 26 de noviembre de 1998 en inmediaciones del municipio

Rioblanco en el departamento del Tolima, en las condiciones presentadas por los testigos y los informes entregados por las autoridades policivas.

7.2.6. En similar sentido lo concibió el Tribunal Administrativo del Tolima cuando en sentencia del 28 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, a través de la cual se declaró administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y en consecuencia pagar a los demandantes los siguientes valores:

Nombre

S.M.L.M.V.

Total ($)

VICTORINO CERQUERA (padre)

70

25’060.000

ESTHER CAMACHO DE CERQUERA (madre)

70

25’060.000

BELKIS TAPIERO GARCÍA (Compañera permanente)

75

26’850.000

ELMER EDUARDO CERQUERA TAPIERO (Hijo)

70

25’060.000

JORGE ANDES CERQUERA TAPIERO (Hijo)

70

25’060.000

LUIS FERNANDO TAPIERO GARCÍA (Hijo Póstumo)

70

25’060.000

Para arribar a la citada decisión, como se dijo, el Tribunal Administrativo del Tolima tuvo en cuenta no solo la prueba documental analizada sino igualmente la testimonial vertida por el conductor del bus y los agentes encargados del traslado de los aprehendidos. Posteriormente, en el punto que denominó “Análisis sustancial” hizo referencia a los tres elementos que la jurisprudencia ha decantado como esenciales para deducir la responsabilidad de la administración en los casos de faltas o fallas en el servicio. En efecto, refirió que esos requisitos eran: (i) “Una falla en la prestación del servicio por retraso, irregularidad, ineficiencia omisión o ausencia del mismo”; (ii) “Un daño que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutela”; y (iii) “Un nexo de causalidad entre la falla o falta de prestación del servicio a que la Administración está obligada y el daño”.

Señaló el a-quo que, en el caso concreto, se hallaba de cara a una falla en el servicio: “en razón a la perdida de la vida de los señores Cerquera Camacho y Ortiz Bermúdez, en momentos en que se encontraban bajo la custodia, protección y cuidado del estado, más concretamente, de la Policía Nacional, razón por la cual, debió la institución armada, desplegar los medios y mecanismos suficientes para preservar la integridad de quienes en ese momento se encontraban a su cargo, más aun cuando como lo anota el mismo Comandante de Estación de Rioblanco, se habían recibido llamadas amenazantes anónimas” (fls. 132 y 133).

7.2.7. Por su parte, la accionada en la respuesta a la acción de tutela mantuvo la posición exhibida en la sentencia del 24 de julio de 2013, al considerar que la muerte del señor Cerquera Camacho no se hallaba demostrada por no contar con el certificado civil de defunción y que, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido como prueba del

deceso otros documentos, por ejemplo el acta de levantamiento y el protocolo de necropsia, en este evento a pesar de existir un escrito firmado por quien dijo ser el Médico Director, encargado, del Hospital "María Inmaculada" de Rioblanco (Tolima) en el cual se indica que se realizó necropsia, no le dio validez porque, en su sentir, el mismo presentaba inconsistencias, en tanto que en la parte superior se señalaba que se trataba de la autopsia, mientras que al final de la misma se decía que "No se realizó necropsia por no contar con la dotación requerida y necesaria para tal fin". El fallo atacado textualmente expresa:

"Pues bien, la Sala advierte que no se encuentra demostrado el daño por cuya indemnización demandan los actores, por cuanto la parte demandante, teniendo la carga de su prueba, en los términos del artículo 177 del C. de P. C., no aportó el registro civil de defunción del señor Fermín Cerquera Camacho, el cual, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 106 del Decreto 1260 de 1970, es necesario para acreditar la ocurrencia de la muerte, habida consideración de que ningún hecho o acto relacionado con el estado civil de las personas, que sea sujeto a registro, hace fe ante alguna autoridad si no ha sido debidamente inscrito.

Ahora, si bien en la demanda se solicitó "…Librar oficios a la Registraduría del Estado Civil de Rioblanco Tolima y al Notario único de ciudad (sic) Chaparral, pidiendo copia del Registro Civil de defunción correspondiente a GERMÍN CERQUERA CAMACHO…", lo cierto es que, decretada esa prueba por el a quo, la Registraduría informó que, en sus archivos, no encontró el solicitado registro civil de defunción, mientras que la Notaría guardó silencio ante el mismo requerimiento. Frente a esto, la parte actora se mostró conforme, habida cuenta de que nada dijo al respecto" (fls. 163 y 164 c. anexo).

"Si bien se tiene copia de un escrito firmado por quien afirma ser el director (E) del Hospital "María Inmaculada", en el que se certifica que el cadáver del señor Fermín Cerquera Camacho tenía varios impactos por arma de fuego, lo cierto es que para la Sala tal escrito no merece credibilidad, toda vez que el mismo resulta contradictorio, pues al inicio de él se afirma que al señor Cerquera Camacho se le practicó necropsia, pero, al concluir, se consigna que "…No se realizó Necropsia (sic) por no contar con la dotación requerida y necesaria para tal fin", afirmación que corrobora el oficio remisorio obrante a folio 16 del cuaderno 2 y que resulta suficiente para descartar su valoración probatoria (fls. 16, 17 y 18, C.2)".

7.2.8. Al respecto considera la Corte que el documento excluido por la accionada ciertamente

revela, sin discusión alguna, que la diligencia practicada por el médico del Hospital "María Inmaculada" de Rioblanco en el cadáver de quien en vida respondía al nombre de Fermín Cerquera Camacho, así no observe algunos requisitos formales para una adecuada necropsia (ausencia del examen interno) sí abriga el valor probatorio necesario como documento público62 que acredita la muerte violenta. En efecto, el libelo se encuentra suscrito por el Dr. Diego Germán Charry, quien fungía como director encargado del citado centro hospitalario y en el da fe no sólo de la muerte sino de que se produjo por proyectil de arma de fuego, es decir, se trata de un verdadero documento público, en los términos citados por los Códigos de Procedimiento Civil y General del Proceso.

7.2.9. Aunado a lo anterior, no puede desconocerse que el medio probatorio que debe aportarse a la oficina de registro del estado civil para inscribir la defunción de una persona es el "certificado médico", el cual da plena fe de lo ocurrido y que se entenderá prestado bajo juramento, por el solo hecho de la firma. Lo cual ratifica que la muerte puede demostrarse por este medio, situación a la cual también se ha referido el Consejo de Estado (ver parte dogmática 6.4.), sin embargo, la accionada en este evento no la tuvo en cuenta, a pesar de que fue una de las sentencias en que se apoyó al responder la tutela. Es más, según el artículo 76 del Decreto 1260 de 1970, en caso de no existir médico en la localidad, se podrá demostrar mediante dos testimonios de personas hábiles.

7.2.10. De acuerdo con lo determinado en la parte dogmática de esta sentencia, el defecto fáctico proviene de varias circunstancias, entre ellas, por la apreciación irracional de una prueba y por no observarse en conjunto los elementos probatorios. En el caso objeto de decisión, considera la Corte que el amparo solicitado a través de esta acción de tutela debe concederse puesto que dentro del proceso de reparación directa se incurrió en defecto fáctico, en su dimensión negativa, por realizar una valoración inadecuada del certificado médico, en el cual se dejó establecida la muerte del señor Fermín Cerquera Camacho y por no haberse analizado de manera global todos los medios de convicción arrimados a este trámite que igualmente daban certeza sobre la citada defunción.

7.2.11. Si bien el artículo 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y, como consecuencia del mismo, el juzgamiento debe realizarse con observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, su aplicación irrestricta no puede sacrificar el derecho sustancial porque se incurre

en un defecto procedimental por exceso de ritualismo. En este caso, la Sección Tercera del Consejo de Estado al no tener como prueba idónea el certificado del médico de Rioblanco, para exigir en cambio como prueba única demostrativa del fallecimiento del señor Fermín Cerquera Camacho el registro civil de defunción, incurrió en un exceso ritual manifiesto, en tanto dio prelación a las exigencias o requisitos formales sobre lo realmente acontecido, esto es, el fallecimiento violento de una persona, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar ampliamente señaladas en esta decisión. En otras palabras, la autoridad judicial accionada renunció conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, por dar aplicación en exceso rigurosa de la exigencia formal de acreditar el fallecimiento del señor Cerquera Camacho con el registro civil de defunción, documento que, no sobra señalarlo, no podía aportarse al proceso por cuanto solo hasta el mes de junio del año 2013 se produjo el registro de la defunción por autorización de la Fiscalía 56 Seccional de Chaparral (fl. 174 anexos).

Visto lo anterior, es posible afirmar que en el fallo atacado la accionada no sólo valoró de manera irracional un documento público que certificaba la muerte de una persona, sino que igualmente se dejaron de justipreciar pruebas de importante valor probatorio para la decisión final, vulnerando de esa manera el derecho fundamental constitucional al debido proceso de los demandantes en el proceso de reparación directa, puesto que el fallo se apartó de lo realmente probado en el proceso.

7.2.12. De igual manera, si la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado consideraba que el documento público emitido por el Médico del Hospital de Rioblanco, como tampoco el material probatorio analizado le era suficiente para dar certeza de la muerte de Cerquera Camacho, debió acudir a la facultad oficiosa de decretar pruebas (arts. 185 C. C. Adm. y 213 Ley 1437 de 2011). En efecto, las citadas normas autorizan al funcionario judicial para que, aún al momento de emitirse sentencia, en el caso de advertir "puntos oscuros o difusos de la contienda" ordene las pruebas que considere necesarias, en este evento, insistir en el certificado civil de defunción y/o arrimar las actas de levantamiento, toda vez que se trataba de documentos axiales en el proceso de reparación.

7.2.13. En ese orden, la Sala estima que la sentencia dictada el 24 de julio de 2013, por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desconoció el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, incurriendo específicamente en un

defecto fáctico en concurrencia con un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. Por tal razón, la Corte procederá a dejar sin efectos dicha providencia, concediendo el amparo solicitado y revocando las sentencias de tutela que negaron el mismo. En consecuencia, se ordenará a la autoridad judicial accionada, proceda a emitir un nuevo fallo que analice las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

7.2.14. Finalmente, debe advertirse que a pesar de que los hechos del caso ahora en estudio corresponden a los mismos sucesos juzgados en el proceso de reparación directa por la muerte del señor Ortiz Bermúdez, el derecho a la igualdad no se vulneró, porque en este último caso sí se contaba con el registro civil de defunción mientras que en este evento se echaba de menos.

IV. 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 las sentencias proferidas el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primera instancia, y el cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016), por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, por las cuales negaron la acción de tutela formulada por la señora Belkis Tapiero García y otros. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia –por no dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal- de los actores.

Segundo. DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013), proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, a través de la cual revocó el fallo del veintiocho (28) de abril de dos mil cuatro (2004) emitido por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de reparación directa instaurado por la señora Belkis Tapiero García y otros.

Tercero. ORDENAR al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A que, en el improrrogable término de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva sentencia de fondo, en la que deberá tener en cuenta lo expuesto en esta sentencia.

Cuarto. Líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Vicepresidente

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

Magistrado

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (e.)

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

ROCÍO LOAÍZA MILIÁN

Secretaria General

1 Por intermedio de apoderado.

2 Conformada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (e) y Jorge Iván Palacio Palacio.

3 Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, acompañado por los Consejeros Miriam Guerrero de Escobar y Ramiro Saavedra Becerra, los otros dos estuvieron ausentes.

4 M.P. Carlos Arturo Mendieta Rodríguez, en Sala con los Magistrados José Arleth Ruiz Castro y José Manuel Santana Murillo.

5 Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Lo acompañaron los Consejeros Hernán Andrade Rincón y Mauricio Fajardo Gómez.

6 Sentencia T-173 de 1993.

7 Sentencia T-504 de 2000.

8 Ver entre otras Sentencia T-315 de 2005.

9 Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000.

10 Sentencia T-658 de 1998.

11 Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

12 Sentencia T-590 de 2005.

13 Sentencia T-522 de 2001.

14 Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625de 2000 y T-1031 de 2001.

15 Dice la Corte en la Sentencia C–590 de 2002 que se deja de aplicar una disposición iusfundamental en los casos en que, "… si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales".

16 En la sentencia C–590 de 2005 se reconoció autonomía a esta causal de procedibilidad de la acción de tutela, y se establecieron algunos criterios para su aplicación.

17 Sentencia Su-198 de 2013.

18 Ver SentenciasT-120 de 2014 y T-214 de 2012.

19 La Corte ha señalado que el derecho al acceso de la administración de justicia, supone la garantía de obtener respuestas definitivas a las controversias planteadas, así que los jueces se encuentran obligados adoptar todas las medidas pertinentes para evitar los pronunciamientos inhibitorios, bien sea de forma manifiesta, o de forma implícita, cuando una decisión es solo en apariencia de mérito. Cfr. Sentencias T-134 de 2004 y T-1017 de 1999.

20 Sentencia T-264 de 2009.

21 Sentencia SU-636 de 2015.

22 Sentencia T-429 de 2011.

23 Sentencia T-591 de 2011.

24 Sentencia C-590 de 2005.

25 Sentencia SU-159 de 2000.

26 Sentencia T-1082 de 2007.

27 Sentencias SU-774 de 2014 y 636 de 2015.

28 Cargas Probatorias Dinámicas, Jorge W. Peyrano, Inés Lepori White, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.

29 Cfr. T-1306 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En esta misma providencia, la Corte estableció que "(…) si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228)."

30 Sentencia T-591 de 2011.

31 Sentencia T-926 de 2014.

32 Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. 28 de agosto de 2014. Radicación 32988. "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".

33 Sentencia C-832 de 2001.

34Sentencia C-644 de 2011.

35 Sentencia C-832 de 2001. El sostén original de esta tesis parte de la idea de culpa en contra de la persona jurídica, pues se supone que ésta ha debido de elegir bien a sus agentes (culpa in eligiendo) o ha debido vigilarlos diligentemente (culpa in vigilando).

36 Cfr. sentencia C-832 de 2001.

37 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del Junio 30 de 1962. M.P. José J. Gómez. La tesis de falla del servicio público o culpa de la administración, se estructuró bajo el supuesto de que "entre los deberes sociales del estado sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño". Como lo reconoció esta Corte previamente en la sentencia C-285 de 200237, la responsabilidad indirecta del Estado se sustentó por la Corte Suprema de Justicia básicamente, en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, mientras que la responsabilidad

directa, lo hizo en el artículo 2341 de ese mismo estatuto, incorporando la teoría de la culpa de la administración a la explicación de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado

38 Sentencia T-926 de 2014.

39 Sentencia C-957 de 2014.

40 Sentencia C-832 de 2001, citada en sentencia C-957 de 2014.

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

42 Sentencia C-832 de 2001.

43 Sentencia C-333 de 1996.

44 Sentencia C-957 de 2014.

45 Sentencia C-043 de 2004.

47 Sentencia C-484 de 2002.

48 Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962.

49 Sentencia C-202 de 2005.

50 Sentencia T-442 de 1994.

51 Sentencia SU-1185 de 2001.

52 Ibídem.

53 “Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas”.

54 Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas.

55 Sentencia del 11 de agosto de 2010. Expediente: 19056 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo, sentencia del 18 de julio de 2012, radicado 24.963.

56 CP. Danilo Rojas Betancourth.

57 Medicina Forense, Giraldo G. César Augusto. 10ª edición, 2001, Señal Editora, págs. 250 a 259.

58 Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados, Solórzano Niño, Roberto. Ed. Temis, 2009, pág. 372.

59 Sentencia C-590 de 2005. En esa ocasión, la Corte Constitucional declaró inexequible una norma en la cual se disponía que contra los fallos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los que se declarara fundada una causal propuesta, no procedía recurso “ni acción”. Esta Corporación sostuvo entonces que sí procedía acción de tutela, con determinados requisitos.

60 Arts. 185 Código Contencioso Administrativo y 250 de la Ley 1437 de 2011.

61 A través del cual se declaró administrativamente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, de los perjuicios ocasionados a los demandantes.

62 No fue tachado por las partes dentro del proceso de reparación directa. La Nación –Mindefensa – Policía Nacional al responder la demanda se opuso a las pretensiones, toda vez que a su juicio no se demostró la falla del servicio y, por el contrario, dio por probado el daño al advertir que este “ocurrió por fuerza mayor a manos de terceros ajenos a la Administración. Ver fl. 159 c. anexo.