



Valledupar, cinco (5) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Doctor
NICOLÁS YEPES CORRALES
Honorable Consejero de Estado
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera, Subsección "C"
secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C.

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Rad: 11001-03-15-000-2021-04937-00

CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA, en mi calidad de Presidente de esta Corporación, atendiendo al auto de fecha 2 de agosto de 2021, proferido por su despacho, estando dentro del término estipulado en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, de la manera más comedida me permito contestar la tutela interpuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, contra la providencia de fecha 25 de marzo de 2021, que decidió confirmar la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de reparación directa con radicado No. 20001-33-33-004-2013-00177-01, siendo Magistrado quien suscribe este informe, en condición de Presidente de esta Corporación, previa las siguientes consideraciones:

Nuestra Carta Política establece en el artículo 86, que la acción de tutela es un instrumento judicial, preferente y sumario, para reclamar "la protección inmediata" de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente de los particulares. Este es un mecanismo subsidiario y residual, lo que implica que, frente a una situación fáctica, procederá en procura de la protección de derechos fundamentales, cuando no exista otra acción de defensa judicial prevista en el ordenamiento para el efecto, o cuando existiendo, no sea eficaz para obtener su amparo; o cuando se promueva como mecanismo transitorio con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según criterio reiterado de la Corte Constitucional, la procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencia está supeditada a la configuración de ciertas hipótesis que han sido desarrolladas jurisprudencialmente por esa Alta Corporación, de la cual se citan algunos apartes:

"En cuanto a los requisitos formales, la procedibilidad de la acción está condicionada a una de las siguientes hipótesis:

"a) Es necesario que la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa previstos en el proceso dentro del cual fue proferida la decisión que se pretende controvertir mediante tutela. Con ello se busca prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso ordinario, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos, pues no es ésta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial.

"b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción.

"c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es urgente la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional.

"5.2.- De otro lado, en cuanto a los requisitos sustanciales la procedencia de la tutela está sujeta a la violación de un derecho fundamental que, ligado al acceso efectivo a la administración de justicia, puede materializarse bajo una de las siguientes hipótesis

"a) En aquellos eventos en los cuales la providencia enjuiciada incurre en defecto orgánico, sustantivo, fáctico o procedimental, ante el desconocimiento de las normas aplicables a un asunto específico.

"De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, (i) el defecto sustantivo opera cuando la decisión cuestionada se funda en una norma evidentemente inaplicable para el caso, ya sea porque perdió vigencia, porque resulta inconstitucional, o porque no guarda conexidad material con los supuestos de hecho que dieron origen a una controversia; (ii) el defecto fáctico tiene lugar cuando el juez carece del apoyo probatorio necesario para aplicar el supuesto normativo en el que fundamenta su decisión o, aunque teniéndolo, le resta valor o le da un alcance no previsto en la ley; (iii) el defecto orgánico se configura cuando la autoridad que dictó la providencia carecía, en forma absoluta, de competencia para conocer de un caso; y finalmente, (iv) el defecto procedimental se presenta cuando el juez actúa por fuera del marco señalado en el ordenamiento para tramitar un determinado asunto.

"A partir de los anteriores conceptos, la Corte ha elaborado la teoría de la vía de hecho judicial, parámetro utilizado de manera relativamente sistemática para fijar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. No obstante, como fue explicado en reciente providencia, "de la evolución jurisprudencial en la materia a estas hipótesis vendrían a sumarse otras que han venido a incorporar el nuevo listado de causales de procedibilidad en comento".

"b) Cuando la providencia tiene graves problemas ante una insuficiente sustentación o justificación de la decisión, o por desconocimiento del precedente judicial, en particular de la Corte Constitucional.

"c) También son controvertibles mediante tutela las decisiones donde la vulneración de los derechos obedece a un error en el que fue inducida la autoridad judicial, que esta Corporación ha denominado vía de hecho por consecuencia.

"d) Si la decisión del juez se adoptó haciendo una interpretación normativa que resulta incompatible con la Carta, o cuando la autoridad judicial no aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser manifiesta la incompatibilidad con aquella y haber sido solicitada expresamente.

"En todo caso, la Sala recuerda que la configuración de cualquiera de los yerros anteriormente descritos no es en sí misma motivo suficiente para concluir la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, porque para ello se requiere la vulneración de algún derecho de naturaleza fundamental". –Se resalta y subraya-

En la solicitud de tutela, la accionante argumenta que este Tribunal incurrió en vía de hecho al proferir la sentencia objeto de la tutela, vulnerándose los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, igualdad, libre acceso a la administración de justicia y principio de publicidad en la vía de hecho judicial interna y en la Convención Americana de Derechos Humanos, al indicar que este Tribunal no realizó una valoración de las pruebas aportadas al proceso por la defensa y también dejó de pronunciarse sobre el caudal de pruebas documentales del proceso e incluso dejó de valorar la prueba testimonial rendida por el señor JAVIER ZAMBRANO MARTINEZ quien fungió como miembro de la Junta de Acción

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-598 de 2003 M. P. Doctora Clara Inés Vargas Hernández.

Comunal de Zapatí al momento de los hechos y en su declaración solo manifestó que el señor CIRO SARABIA conducía el Johnson o lancha que ese era su oficio que los demás ocupantes eran personas malas... y en su declaración la realizó solo a favor del señor CIRO SARABIA.

Manifiesta que la decisión del Tribunal es totalmente errónea y contraria a lo probado en el proceso, ya que si la condena obedeció a que las muertes fueron de civiles y que existió una fuerza desmedida en la operación militar, por qué no se manifestó que no estaban armados puesto que en las pruebas penales y carpeta disciplinaria si está detallado el armamento de arma corta tipo revolver.

Ahora bien que todos no estaban armados eso es cierto, por ello en virtud a la verdad procesal, las hojas de vidas de los militares implicados en la operación militar, el honor de la institución en el conflicto interno de los grupos delincuenciales organizados GAO que son el engendro de las antiguas bandas criminales y ex paramilitares que continuaron delinquiendo con la entrada del post conflicto, hay que recordar que este hecho de combate fue el día 28 de julio de 2011, el estado colombiano se encontraba en negociaciones con la guerrillas y muchas zonas selváticas como el área de Chimichagua limita con la selva del Catatumbo.

En virtud de lo anterior, resulta indispensable analizar las condiciones específicas que condujeron a la Sala de Decisión de esta Corporación, a tomar la decisión de instancia en este caso particular, teniendo en cuenta las razones que sirven de sustento a lo pretendido por los accionantes en su escrito de tutela, así:

Correspondió a la Corporación determinar si había lugar o no a revocar la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, porque en consideración de la entidad demandada, no había lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por la muerte de los señores Ciro Antonio Sarabia Martínez, José de La Paz Villareal Toloza, y Emiliano Flórez Gómez, en hechos ocurridos el 28 de julio de 2011, en Puerto Mamón, corregimiento de Zapatosa, Cesar, por cuanto no existió prueba de que dichas muertes se constituyan en una ejecución extrajudicial, por el contrario si se trató de un acto militar operacional legal.

Con respecto al régimen de responsabilidad, se indicó que el artículo 90 de la Constitución exige dos presupuestos para la viabilidad de la declaración de la responsabilidad extracontractual de una entidad pública: el daño antijurídico e imputación del mismo al Estado. El primero consiste en la lesión a un bien jurídico, sin que el administrado esté obligado a soportarlo. Y el segundo, es la atribución de ese daño a la entidad oficial por falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional.

En los eventos de daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas, al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero².

Dentro de este contexto, el régimen de la falla del servicio en que estructuró la parte demandante su argumentación, supuso para la prosperidad de las pretensiones de la

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de marzo de 2001, exp. 11.222, la cual ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes providencias: del 2 de marzo de 2002, exp. 11.250, del 16 de marzo de 2002, exp. 11.670 y del 26 de abril de 2002, exp. 13.273, de diciembre 4 de 2006, exps. 16.092 y 16.188.

demanda la acreditación del daño y del nexo del mismo con la actuación irregular de la Administración.

En casos como el analizado, en los que se discutió la responsabilidad del Estado, por la muerte de una persona, era necesario acreditar que ésta se debió a una falla imputable a la Administración, por acción u omisión de sus agentes.

Al analizar en caso en concreto, la Corporación entró a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si la entidad demandada era responsable por la muerte de los señores Ciro Antonio Sarabia Martínez, José De La Paz Villareal Toloza, y Emiliano Flórez Gómez.

Advirtiendo que de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado³, en una sentencia en la que estudió un caso similar al debatido, se debía flexibilizar la apreciación de los medios de convicción frente asuntos en los que se expone un caso con fundamento en graves violación a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, como el analizado, pues se trataba de examinar el homicidio de los señores Ciro Antonio Sarabia Martínez, José De La Paz Villareal Toloza, y Emiliano Flórez Gómez, que, según los demandantes constituyó un “falso positivo y/o ejecución extrajudicial”, ante lo cual le correspondía a los jueces valorar los elementos probatorios con un tamiz flexible, a la luz de los principios de equidad y *pro homine*, por tratarse de asuntos que encierran una asimetría de poder y, por tal razón, gran dificultad probatoria. Además, de encontrarse de por medio los intereses de las víctimas, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad y buscan no solo obtener la reparación por el daño causado, sino también conocer lo que efectivamente ocurrió con los occisos, por lo que una exigencia rigurosa en la dinámica probatoria no solo resultaba excesiva sino revictimizante.

De acuerdo con los parámetros establecidos por la Jurisprudencia, la flexibilización de los estándares probatorios a efecto de demostrar la responsabilidad patrimonial del Estado, lleva inmerso, por ejemplo, que las pruebas trasladadas de procesos penales o disciplinarios, se analicen en este contexto con un rasero menor. Esto, por cuanto si bien las pruebas o la sentencia de un proceso penal no llevan a deducir automáticamente la responsabilidad estatal, lo cierto es que en determinados casos resulta plausible reconocerles mérito probatorio como prueba documental, dado que pueden servir de fundamento a la decisión de reparación.

Así entonces, se observó que el caso estudiado, el daño estaba demostrado con los registros civiles de defunción de Ciro Antonio Sarabia Martínez, José De La Paz Villareal Toloza, y Emiliano Flórez Gómez, en los cuales consta que sus muertes ocurrieron el 28 de julio de 2011 (fls. 81, 154 y 178); Informes Periciales de Necropsia, en donde se anotó que la manera de muerte fue violenta- Homicidio, por causa de politraumatismos severos con proyectiles de arma de fuego de alta velocidad y carga única (fls. 505 a 523).

Ahora, con el propósito de determinar si ese daño resultaba imputable a la entidad demandada, fue preciso esclarecer las circunstancias en las que se produjeron los decesos de los señores Ciro Antonio Sarabia Martínez, José De La Paz Villareal Toloza y Emiliano Flórez Gómez. Comoquiera que las evidencias daban cuenta de dos versiones opuestas de los hechos, procediendo la Corporación a determinar cuál de ellas se encontraba mayormente soportada y otorga convicción suficiente para la resolución del caso.

Pues bien, según el informe rendido por el Jefe Comisión SIJIN- Pailitas, de fecha 12 de enero de 2012 (fls.430-435), al Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar, después de todas las actividades de Policía Judicial desplegadas por la Unidad Básica de Investigación Criminal SIJIN-PAILITAS- Comunidades de Zapatí, Zapatosa, Cesar, y teniendo en cuenta

³ Sección Quinta del Consejo de Estado de fecha 10 de octubre de 2019.

elementos materiales probatorios recaudados, las entrevistas realizadas, se logró establecer que los 17 a 18 hombres armados que hicieron presencia en el corregimiento de Zapatí, fueron liderados por los señores Emiliano Flórez Martínez y José De La Paz Villareal, los cuales sembraron el terror, la zozobra, entre los habitantes de estas comunidades, además se pudo establecer que pertenecían al grupo de la banda criminal Los "Rastrojos", de los cuales (13) integrantes se encuentran identificados, así como su estructura criminal, el cargo y la función que cumple cada uno de ellos, anota que los (05) primeros que se relacionan a continuación fueron neutralizados por un procedimiento realizado por el Ejército Nacional, cuyos apartes se transcribieron.

No obstante, tal como lo precisó el *a-quo* la versión reseñada no resultó acorde con lo que se describió en los informes periciales de necropsia, toda vez que, de acuerdo a los diagramas de las lesiones de los occisos se evidenció que las lesiones que causaron los proyectiles de arma de fuego que impactaron sobre la humanidad de las víctimas, presentan orificios de entrada y salida tanto en la parte anterior como posterior de sus cuerpos, lo que hizo suponer que los disparos realizados por los miembros del Ejército Nacional fueron realizados desde varios puntos, lo que desvirtuó la versión de los uniformados de haber pronunciado la orden de alto desde un único punto desde el cual también se defendieron.

Según lo narrado por la defensa de la entidad demandada, a los occisos le fueron halladas las armas de fuego con que dispararon a los miembros del Ejército Nacional, sin embargo en el proceso no se encontró la prueba que acreditara fehacientemente esa afirmación, pues en primera medida no se tuvo certeza el propietario de dichas armas, ni tampoco si las víctimas en realidad si las percutieron, pues no se aportó al expediente el informe de la prueba de absorción atómica (análisis de residuos de disparo) que elabora el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para esclarecer estas circunstancias.

Según el certificado del Coordinador GROPEs 72003-DT-GROPEs-UPJ-6448 de 25 de noviembre de 2011, los señores José De La Paz Villareal Toloza registraba antecedentes penales por el delito de Homicidio y Emiliano Flórez Gómez registra antecedentes penales por los delitos de Hurto Calificado y Agravado, Lesiones Personales y Fabricación Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones (fl. 408).

Los testimonios recibidos en el proceso, a petición de la parte actora, se referían a los oficios desempeñados por los occisos, sus excelentes relaciones familiares, ayuda económica a su familia y a la afectación emocional que causó su muerte en sus familiares.

A la luz del acervo probatorio allegado al expediente, la Corporación encontró que le asistió razón al *a quo* al haber encontrado probada la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas. En efecto, la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada estaba debidamente demostrada, esto por cuanto en el expediente se encontró el argumento esbozado por la parte demandante, avalado por el Juez de primera instancia en torno a que las víctimas fueron emboscadas por el Ejército Nacional cuando descendían de una lancha, sin este se pueda afirmar que los occisos hubieran atacado a los militares, tampoco que tuvieran armas en su poder que pudieran haber disparados, ni mucho menos que las prendas de vestir que llevaba puestas la víctimas o los elementos que llevaban consigo guardaran relación con las que utilizan los miembros de las bandas delincuenciales.

Por todo lo anterior, concluye la Corporación que no se encontró demostrada la existencia de una conducta por parte de las víctimas, que obligara la acción en las que se produjeron sus muertes, ocasionadas por miembros del Ejército. Por el contrario, las pruebas del proceso fueron indicativas de una conducta irregular del Ejército Nacional, por cuanto daban cuenta de que miembros de la institución sometieron a los mencionados ciudadanos, luego de lo cual aparecieron muertos y trataron de exonerarse de responsabilidad al presentarlos como delincuentes dado de baja en combate. Máxime cuando, no se tuvo la prueba idónea, como lo era el análisis de residuos de disparo del Instituto Nacional de Medicina Legal y

Ciencias Forenses, necesario para soportar la tesis sobre la cual se fundamentó la defensa del Ejército Nacional, referente a que su actuar solo obedeció a la reacción del ataque del grupo ilegal del que hacían parte las víctimas.

En un caso como el analizado, la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado consideró que la muerte de personas civiles por parte de miembros de la fuerza pública y su posterior presentación como supuestos subversivos caídos en combate, constituye una modalidad denominada “*ejecuciones extrajudiciales*”, que compromete seriamente la responsabilidad del Estado, cuyos apartes se transcribieron.

En ese orden de ideas, la Corporación decidió confirmar la declaración de responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada realizada en primera instancia al encontrar acreditado, a partir de testimonios y de pruebas indiciarias, que la muerte de Ciro Antonio Sarabia Martínez, José De La Paz Villareal Toloza, y Emiliano Flórez Gómez, se debió a una conducta irregular del Ejército Nacional.

Conforme a lo expuesto, se colige la ausencia de vulneración de derechos fundamentales en la decisión tomada por esta Corporación a través de providencia de fecha 25 de marzo de 2021, cuestionada por la parte accionante, razón por la cual muy comedidamente consideramos que lo procedente en este caso es denegar la acción de tutela impetrada.

PETICIÓN.

Con fundamento en las consideraciones narradas y explicaciones expuestas, respetuosamente solicito al Honorable Consejero Ponente, doctor, NICOLÁS YEPES CORRALES y demás miembros de la Sección Tercera, Subsección “C” del H. Consejo de Estado, que se deniegue la acción de tutela interpuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, por cuanto la providencia proferida por esta Corporación no es constitutiva de vía de hecho judicial.

PRUEBAS.

Solicito señores Magistrados, se tengan como pruebas las aportadas y solicitadas en el escrito de tutela, principalmente la providencia de fecha 25 de marzo de 2021, proferida por esta Corporación, dentro del proceso radicado No. 20001-33-33-004-2013-00177-01, el cual fue solicitado en préstamo de manera digitalizada.

Cordial Saludo,


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Presidente

Calle 14. Carrera 14, esquina. Palacio de Justicia. Piso 8
E-mails: sectriadm@cendoj.ramajudicial.gov.co
Valledupar

