

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA / PRUEBA DIRECTA - Inexistencia / ANÁLISIS DE MATERIAL PROBATORIO BAJO LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA - Deber judicial / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / ALTERACIÓN DE LA ESCENA DE LOS HECHOS / INADECUADA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS / ENFRENTAMIENTO ENTRE EJÉRCITO NACIONAL Y GRUPO SUBVERSIVO - Inexistencia**

[A] diferencia de lo sostenido por el Tribunal accionado, que habida cuenta de las imprecisiones y la disparidad de versiones en las que incurrieron los soldados integrantes de la "Compañía Exparta" acerca de las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos suscitados el 29 de marzo de 2006, no puede conferírsele a la prueba testimonial practicada un grado absoluto de certeza, sino que, por el contrario, la Sala guarda relativa reserva en cuanto a la eficacia probatoria del dicho de los soldados deponentes, máxime cuando ellos, por ser los directamente involucrados en los hechos debatidos, conservan un interés o motivo que tiene la potencialidad de afectar su imparcialidad (...) la Sala concluye que, bajo la hipótesis de que el señor [T.C] hubiere perecido por consecuencia del combate presuntamente suscitado en la vereda Naranjal del Municipio de Dibulla - La Guajira, en ejecución de la misión táctica "Mesopotamia", al soldado que estaba al mando de la "Compañía Exparta", le correspondía la obligación legal de proteger y conservar intacta la escena de los hechos. Sin embargo, como pudo observarse, se procedió en contravía de ese mandato, trasladando el cuerpo del señor [T.C] de la escena de los hechos sin precisar las condiciones de recolección de los elementos físicos materia de prueba hallados en la misma, y retrasando el momento para la práctica de las inspecciones y exámenes técnicos correspondientes (...) el señor [T.C] no accionó el arma que aparentemente le fue encontrada al término del combate que habría tenido lugar en la vereda el Naranjal (...) lo que en sí mismo sugiere la inexistencia de tal enfrentamiento, toda vez que, bajo el supuesto de que el señor [T.C] fuere integrante de las F. A. R. C., ¿Por qué habría desistido de la posibilidad de disparar al verse envuelto en las hostilidades narradas por los soldados de la "Compañía Exparta"? En efecto, la experiencia indica que una persona integrante de un grupo alzado en armas, adiestrado en armamento y táctica militar, encontrándose inmerso en un combate, para sobrevivir al mismo, haría uso del armamento con el que contare (...) En efecto, el Tribunal optó por apartarse del deber establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en casos de ejecución extrajudicial, consistente en examinar integralmente la totalidad de los medios de prueba incorporados al expediente, de manera armónica y coherente y en atención a las reglas de la sana crítica, habida cuenta de la inexistencia de pruebas directas que revelaren el acaecimiento de una ejecución extrajudicial (...) Por lo expuesto, se hace patente la configuración del defecto fáctico invocado por los actores.

**NOTA DE RELATORÍA:** La sentencia desarrolla la evolución jurisprudencial de los requisitos generales de procedencia y causales específicas de procedibilidad de la acción de la acción de tutela contra providencia judicial, cuando la misma vulnera derechos fundamentales. En relación con la valoración del material probatorio bajo las reglas de la sana crítica y ante la ausencia de pruebas directas, ver las sentencias del 14 de abril de 2011, exp. 1996-00237-01(20145) y del 05 de abril de 2013, exp. 1999-00217-01(24984), M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Sobre el deber de aseguramiento y conservación de la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios, consultar la sentencia del 27 de septiembre de 2013, exp. 1995-05276-01(19886), M.P. Danilo Rojas Betancourth. Finalmente, respecto a la protección de la escena de los hechos, ver la sentencia del 28 de

febrero de 2013, exp. 2000-02546-01(26866), M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, todas las anteriores de esta Corporación.

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN PRIMERA

**Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00743-00(AC)**

**Actor: MANUEL JOAQUÍN TOUS YANCE Y MARY LUZ CARBONÓ MARTÍNEZ**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

#### I. ANTECEDENTES

La Sala decide la acción de tutela interpuesta, por conducto de apoderado judicial especial<sup>1</sup>, por los ciudadanos **Manuel Joaquín Tous Yance** y **Mary Luz Carbonó Martínez**, contra la sentencia de 26 de julio de 2016, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la vida.

##### 1.1. La solicitud

Los señores **Manuel Joaquín Tous Yance** y **Mary Luz Carbonó Martínez**, por conducto de apoderado judicial especial, presentaron acción de tutela orientada a que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida y a la igualdad, los cuales estiman conculcados por la **Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira**, al proferir el fallo de segunda instancia de 26 de julio de 2016<sup>2</sup>, mediante el cual se resolvió revocar la sentencia de primera instancia proferida el 26 de febrero 2015<sup>3</sup> por el Juzgado Primero Administrativo en Oralidad del Circuito Judicial de Riohacha y, en consecuencia, negar las súplicas de

<sup>1</sup> Folios 380 y 381 del expediente de la acción de tutela radicada bajo el N.º 2017-00743-00.

<sup>2</sup> Folios 364 y siguientes del "libro N.º 2" del expediente digital contentivo de la acción contenciosa con pretensión de reparación directa promovida por Manuel Joaquín Tous Yance y Otros contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, radicado bajo el N.º 2013-00030-01.

<sup>3</sup> *Ibid.*, folios 301 y siguientes.

la demanda formulada en el marco del proceso ordinario con pretensión de reparación directa radicado bajo el nro. 2013-00030.

## **1.2. Los hechos**

**1.2.1.** Los accionantes afirman que su hijo, el señor Nelson Enrique Tous Carbonó, fue visto con vida por última vez en la ciudad de Santa Marta para el año 2006, época desde la cual no se supo más de su existencia; por tal motivo, presentaron denuncia por desaparición ante la Fiscalía Seccional de Santa Marta<sup>4</sup>.

**1.2.2.** Los accionantes manifiestan que el 12 de mayo de 2012, la Fiscalía Seccional de Santa Marta, les comunicó que su hijo, el señor Nelson Enrique Tous Carbonó, había sido “*dado de baja*” mediante tres impactos de bala con arma de fuego por parte de una cuadrilla del Ejército Nacional del Batallón “General José María Córdoba” de Santa Marta, en el marco de un enfrentamiento armado contra “*la guerrilla, fuertemente armada con fusiles*”, en la vereda Naranjal del Municipio de Dibulla del Departamento de La Guajira.

**1.2.3.** Que con ocasión de la muerte del señor Nelson Enrique Tous Carbonó, el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar del Batallón de Infantería nro. 5 “General José María Córdoba” de la ciudad de Santa Marta, inició el correspondiente proceso investigativo preliminar (nro. 291-2006), el cual concluyó con la declaratoria de preclusión de la investigación por inexistencia de pruebas que inculparan a los militares involucrados en los hechos relatados.

**1.2.4.** La parte actora afirma que del análisis del expediente nro. 291-2006, se puede concluir que el Ejército Nacional había “*retenido, secuestrado, torturado y masacrado*” a Nelson Enrique Tous Carbonó, por cuanto del acervo probatorio se evidenció que:

i) Los militares inculcados violaron la cadena de custodia de las pruebas al trasladar el cadáver desde la escena del crimen (vereda Naranjal – Dibulla – La Guajira) hasta “*La “Y”, vereda de San Salvador – Palomino Guajira*”, donde el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar le practicó diligencia de inspección judicial. En tal virtud, los militares involucrados en los hechos pudieron haber acomodado “*las pruebas inexistentes*”.

---

<sup>4</sup> Folios 21 y 22 del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

ii) Con base en el acta de necropsia de Medicina Legal, los impactos de bala que recibió el señor Tous Carbonó, fueron realizados a menos de un metro de distancia –a quemarropa-, toda vez que se observó que uno de los orificios de entrada de los proyectiles estaba acompañado de quemadura de pólvora y, los dos restantes, de sendos “anillos de contusión”. Este hecho desvirtúa la hipótesis del enfrentamiento armado y apunta a que la víctima estaba en poder de los militares.

iii) Los proyectiles que penetraron la humanidad del señor Tous Carbonó indican un recorrido transverso, “unos de arriba hacia abajo, y otros de abajo hacia arriba”, luego entonces la víctima, al ser impactada en una primera ocasión, estaba arrodillada y después volvió a ser impactada estando acostada sobre el suelo.

iv) En la escena del crimen, al señor Tous Carbonó no se le encontró fusil alguno, al igual que se estableció que no llevaba algún logotipo o insignia de un guerrillero y, que, por el contrario, las ropas que llevaba eran las de un civil, al punto de que el mismo informe militar del comandante refiere que la víctima “era un particular”.

v) Con base en el estudio realizado por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, no se encontraron residuos de pólvora en las manos del señor Tous Carbonó, con lo cual se puede concluir que no pudo haber disparado un arma de fuego en la escena del crimen. Además, aduce que en la fotografía tomada al cadáver del señor Tous Carbonó, no se observa que hubiere estado uniformado, tampoco el arma ni el equipo de radio con el que los militares lo presentaron ante el Juez Diecinueve Penal Militar.

**1.2.5.** Con base en las pruebas científicas obrantes en el proceso penal militar nro. 291-2006, los ciudadanos **Manuel Joaquín Tous Yance** y **Mary Luz Carbonó Martínez**, padres del señor Nelson Enrique Tous Carbonó, así como otros familiares del mismo<sup>5</sup>, por conducto de apoderado judicial especial,

---

<sup>5</sup> “Manuel Joaquín Tous Yance, Mary Luz Carbonó Martínez, padres de Nelson Enrique Tous Carbonó; los hermanos de este, Walter Antonio, Yoryanis Patricia y Erika Luz Tous Carbonó; los sobrinos y hermanos de crianza del causante, Villina Marcela Tous Carbonó, representada por su madre biológica Erika Luz Tous Carbonó; Dayana Yoryeth., Heidi Sofía y Milagro de Jesús Padilla Tous, representados por su madre biológica Yoryanis Patricia Tous Carbonó; la compañera

presentaron acción contenciosa con pretensión de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por causa de “la desaparición forzada, tortura y posterior ejecución extralegal” del señor Tous Carbonó, en la vereda Naranjal del Municipio de Dibulla – La Guajira.

**1.2.6.** Mediante sentencia de 26 de febrero de 2015, el Juzgado Primero Administrativo en Oralidad de Riohacha, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

*“1. **DECLÁRESE** patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por los perjuicios ocasionados a los accionantes como consecuencia de la ejecución extrajudicial de la cual fue víctima el joven Nelson Enrique Tous Carbonó, en los hechos ocurridos el 29 de marzo de 2006 en la Vereda el Naranjal – Corregimiento de Palomino – Municipio de Dibulla – La Guajira, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*2. **CONDÉNESE** a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales la suma de trescientos cincuenta y cuatro millones trescientos noventa y dos mil quinientos pesos (\$354.392.500), de conformidad a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia (...).<sup>6</sup>”.*

Asimismo, como fundamento de su decisión, el Juzgado Primero Administrativo en Oralidad de Riohacha expuso que en el caso concreto se acreditó la existencia de los tres elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, en la medida en que se evidenció tanto el daño antijurídico sufrido por la víctima directa y los perjudicados indirectos, como la imputabilidad del mismo, comoquiera que en el marco de la misión táctica “Mesopotamia” desarrollada por los miembros de la Compañía “Exparta” del Ejército Nacional (adscrita al Batallón de Contraguerrillas nro. 2 “Guajiros”), el 29 de marzo de 2006, se suscitó un presunto enfrentamiento armado en el sector de Alto Naranjal de la vereda Naranjal del corregimiento Palomino – Municipio de Dibulla – La Guajira, producto del cual terminó abatida<sup>7</sup>

---

*permanente del causante, Dary Luz Marriaga Ariza en su nombre y en el de su hijo menor y común con el causante, Nelson Rafael Tous Marriaga (...).”*

<sup>6</sup> 100 S. M. L. M. V. para el padre, la madre, la compañera permanente y el hijo de la víctima y 50 S. M. L. M. V. para cada uno de los tres hermanos.

<sup>7</sup> Certificado de defunción nro. 04514002 visible en folios 24 y siguientes del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

una persona que correspondía con la identidad<sup>8</sup> del señor Nelson Enrique Tous Carbonó, y cuya muerte obedeció al “*Choque Hipovolemico (sic). Causa de Muerte. Heridas por Proyectoil de Arma de Fuego. Probable Manera de Muerte: Homicidio*”<sup>9</sup>.

Por último, el Juzgado Primero Administrativo en Oralidad de Riohacha afirmó que no se logró determinar que el señor Tous Carbonó estuviera ejerciendo actividades ilícitas en la región, o que efectivamente hubiera provocado el enfrentamiento como integrante de algún grupo insurgente, toda vez que no se demostró que el arma que se le encontró<sup>10</sup> hubiere sido accionada. Por estas razones el Juzgado consideró que, efectivamente, existe un nexo de causalidad entre el daño y la prestación del servicio de los miembros de las Fuerzas Militares y que, además, no se acreditó la existencia de una causa extraña que deshiciera dicha relación de causalidad.

**1.2.7.** Con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante sentencia de 26 de julio de 2016, resolvió “*revocar la sentencia de 26 de febrero de 2015 proferida por el Juzgado Primero Administrativo en Oralidad del Circuito Judicial de Riohacha (...) y negar las súplicas de la demanda (...)*”, teniendo en cuenta que, aunque sí está demostrado el daño antijurídico y la respectiva imputación fáctica, no puede establecerse la responsabilidad extracontractual de la Nación por cuanto la muerte del señor Tous Carbonó se dio en el contexto de un combate armado entre miembros del Ejército Nacional e integrantes del grupo subversivo “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” –F. A. R. C.-, quienes al encontrarse con los uniformados embistieron contra ellos, obligándolos a accionar sus armas hacia el lugar de donde provenían las hostilidades.

El Tribunal agregó que no hay pruebas determinantes que permitan dar cuenta de la actuación irregular –falla del servicio- del Ejército Nacional en los hechos ocurridos en 29 de marzo de 2006 en la vereda Naranjal del Municipio de Dibulla – La Guajira, y que su accionar se desarrolló en cumplimiento de un deber legal.

---

<sup>8</sup> Informe nro. S.I./321911 de 17 de enero de 2007, basado en la necrodactilia practicada al finado. Folios 92 a 97 del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

<sup>9</sup> Folios 107 del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

<sup>10</sup> “*Acta de inspección judicial con examen de cuerpo N.º 07*”, realizada por el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar, *Ibíd.*, folios 39 a 42.

**1.2.8.** Los accionantes reprochan que la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira, incurrió en el error de analizar únicamente el informe militar y las declaraciones ofrecidas por los mismos militares, además de desconocer el valor de los medios de prueba aportados y que conducían a respaldar las deducciones detalladas en el numeral 1.2.4.

**1.2.9.** La parte actora informó que, en virtud de lo anterior, contrató a un “*experto investigador criminalístico*”, quien rindió un dictamen pericial, mediante el cual se reiteran los razonamientos expuestos en el hecho 1.2.4.

### **1.3. Acción de tutela contra providencia judicial**

#### **1.3.1. Pretensiones**

Con fundamento en los hechos expuestos, los señores **Manuel Joaquín Tous Yance** y **Mary Luz Carbonó Martínez** solicitan que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida e igualdad y, en consecuencia, que se declare la nulidad de la sentencia proferida el 26 de julio de 2016, por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira, “*y en su defecto*” ordenar restablecer sus derechos fundamentales, tal y como se solicitó en las pretensiones de la demanda o como lo estableció la sentencia de primera instancia pronunciada por el Juzgado Primero Administrativo de Riohacha, más los derechos que de oficio se estimen reconocer.

#### **1.3.2. Actuaciones**

El despacho ponente admitió la acción de tutela mediante auto de 20 de abril de 2017<sup>11</sup> y ordenó notificar a los Magistrados del Tribunal Administrativo de la Guajira, para efectos de que contestaran el escrito de la presente acción de tutela y allegaran los documentos que pretendieran hacer valer como pruebas. De igual forma, ordenó comunicar de la iniciación del trámite procesal de la referencia: i) al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Riohacha, por haber tramitado la primera instancia del proceso ordinario. También se le solicitó que allegara en calidad de préstamo el expediente nro. 2013-00030-01 correspondiente al proceso ordinario dentro del cual se profirió la decisión

---

<sup>11</sup> Folio nro. 391 del Cuaderno principal del expediente.

cuestionada; ii) a los señores Walter Antonio Tous Carbonó, Yoryanis Patricia Tous Carbonó, Erika Luz Tous Carbonó y Dary Luz Marriaga Ariza, por haber integrado la parte demandante en el proceso ordinario de reparación directa radicado bajo el nro. 2013-00030; y al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por haber constituido la parte demandada en el proceso ordinario antedicho, para que manifestaran lo que creyeren pertinente.

Ante la negativa de poner a disposición de este Despacho el expediente nro. 2013-00030-01 y la necesidad de analizarlo de primera mano para efectos de emitir una decisión de fondo, mediante auto de 18 de mayo de 2017<sup>12</sup>, se le solicitó nuevamente al Juzgado Primero Administrativo en Oralidad de Riohacha que remitiera en calidad de préstamo el expediente mencionado. Finalmente, este fue recibido por el Despacho el 26 de mayo de 2017<sup>13</sup>.

### **1.3.3. La contestación**

La Magistrada (E) del Tribunal Administrativo de la Guajira, María del Pilar Veloza Parra, mediante escrito allegado el 27 de abril de 2017, manifestó que la parte actora no cumplió con la carga de demostrar la configuración de alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto, y que, por el contrario, el mismo fue resuelto de conformidad con el marco jurídico y jurisprudencial aplicable. Finalmente afirmó que la aspiración de los accionantes es obtener *“una sentencia de remplazo de tercera instancia”* y que, además, no se satisfizo el requisito de inmediatez.

Por último, aun cuando fueron notificados<sup>14</sup> en debida forma de la existencia de la acción constitucional de la referencia, tanto el Ministerio de Defensa Nacional, como el Ejército Nacional de Colombia, optaron por guardar silencio.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **2.1. Competencia de la Sala**

Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con el artículo 1º y 32 del Decreto 2591 de 1991, *“por el cual se reglamenta la acción de*

<sup>12</sup> *Ibíd.*, folio nro. 407.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, folio nro. 417.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, folios nros. 393 y revés, 395 (revés) y 396.



*tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” y el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, “por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”.*

## **2.2. Generalidades de la acción de tutela**

La acción de tutela ha sido instituida como un instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente señalados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

## **2.3. Problema jurídico**

Le corresponde a la Sala determinar si la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira, al proferir la sentencia de 26 de julio de 2016, mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negaron las súplicas de la demanda, incurrió en defecto fáctico al analizar de manera indebida las pruebas obrantes en el expediente contentivo del medio de control de reparación directa radicado bajo el nro. 2013-00030, y que, a juicio de los accionantes, daban cuenta de la responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional de Colombia, por la muerte del señor Nelson Enrique Tous Carbonó a título de falla del servicio.

Es así como la Sala procederá a determinar si se configuró el defecto fáctico alegado y si, efectivamente, con ello se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

## **2.4. Procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales**

Con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello (*Rad.: 2009-01328, Consejera Ponente: María Elizabeth García González*), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, en sentencia del 31 de julio de 2012, consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – *sin importar la instancia y el órgano que las profiera* -

que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

## **2.5. Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción constitucional cuando se dirige contra decisiones judiciales**

Esta Sección<sup>15</sup> adoptó como parámetros a seguir los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como **requisitos generales** de procedibilidad de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el uso de todos los medios de defensa judiciales salvo la existencia de un perjuicio irremediable; iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de la vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que no se trate de tutela contra tutela.

Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005 precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos **requisitos especiales** de procedibilidad, que el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que *“de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial”*<sup>16</sup>.

Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: i) orgánico; ii) procedimental absoluto; iii) fáctico; iv) material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente; y viii) violación directa de la Constitución.

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, accionante Nery Germanía Álvarez Bello, Rad.: 2009-01328, M.P. María Elizabeth García González, el 31 de julio de 2012.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia de 3 de septiembre de 2009, Rad.: T-619, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial: en primer lugar, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo término, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “dejar sin efecto o modular la decisión”<sup>17</sup> que encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, radicado: 11001031500020120220101, (Consejero Ponente, Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

En el caso bajo examen se advierte que la acción de tutela presentada por los ciudadanos **Manuel Joaquín Tous Yance** y **Mary Luz Carbonó Martínez** cumple con los requisitos generales que exige la sentencia C-590 del 2005 para la procedencia contra providencia judicial, toda vez que: a) es evidente que la cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, comoquiera que se acusa la presunta afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la vida; b) cumplió con el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que la providencia judicial enjuiciada se profirió el 26 de julio de 2016 y se notificó vía correo electrónico el 9 de septiembre del mismo año<sup>18</sup>, mientras que la acción de tutela fue interpuesta el 3 de marzo de 2017<sup>19</sup>, es decir dentro del término de seis (6) meses que por regla general esta Corporación ha considerado como razonable<sup>20</sup>; c) los accionantes agotaron todos los medios ordinarios de defensa

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

<sup>18</sup> Folios 384 y siguientes del cuaderno digital “Consejo de Estado Libro 2”.

<sup>19</sup> Folio 1 del expediente.

<sup>20</sup> Sentencia del cinco (5) de agosto de 2014, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado No. 11001-03-15-000-2012-02201-01, Demandante: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., Demandado: Consejo de Estado – Sección Primera. En dicho pronunciamiento, en lo pertinente, se sostuvo: “Anótese que el término o plazo de inmediatez no es

judicial y a la fecha no cuentan con otro mecanismo legal para lograr la protección de los derechos fundamentales invocados; d) la presente acción de tutela no versa acerca de una presunta irregularidad procesal; e) los actores identificaron los hechos y los derechos cuya vulneración alegan; y f) no se trata de una acción de tutela contra sentencia de tutela, sino contra una providencia proferida en segunda instancia en el marco de un juicio ordinario.

No obstante, en lo que atañe al requisito específico de procedibilidad defecto fáctico, la Sala desarrollará el análisis respectivo al estudiar el caso concreto.

## **2.6. Caso concreto.**

En lo que refiere a la situación fáctica del presente caso, se destaca que los señores **Manuel Joaquín Tous Yance** y **Mary Luz Carbonó Martínez** interpusieron acción de tutela contra la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira porque, a su juicio, dicha autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales **al debido proceso, a la igualdad y a la vida**, por cuenta de haber proferido la sentencia de 26 de julio de 2016, mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negaron las súplicas contenidas en la demanda contenciosa con pretensión de reparación directa interpuesta contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional de Colombia, y radicada bajo el nro. 2013-00030.

La parte actora fundamentó su censura contra la sentencia del 26 de julio de 2016, en que la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira analizó de manera indebida las pruebas obrantes en el expediente y que daban cuenta de que el 29 de marzo de 2006, el Ejército Nacional de Colombia eliminó a su hijo, el señor Nelson Enrique Tous Carbonó, en inmediaciones a la vereda Naranjal del Municipio de Dibulla en el Departamento de La Guajira. En efecto, los actores aseguran que el Tribunal accionado incurrió en defecto fáctico al

---

*único. Eso explica que las diversas secciones del Consejo de Estado hayan fijado pautas diferentes sobre este aspecto.*

*Por eso, la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente. Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad. La regla general del plazo de seis meses se acoge, además, teniendo en cuenta: i) que el plazo ha sido considerado como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y; (ii) se trata de una decisión judicial adoptada en un proceso jurisdiccional.”*

fundamentar su decisión, exclusivamente, en el informe militar y las declaraciones ofrecidas por los militares involucrados en los hechos, además de desconocer que:

i) Los militares inculcados violaron la cadena de custodia de las pruebas al trasladar el cadáver desde la escena del crimen (vereda Naranjal – Dibulla – La Guajira) hasta “La “Y”, vereda de San Salvador – Palomino Guajira”, donde el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar le practicó diligencia de inspección judicial. En tal virtud, los militares involucrados en los hechos pudieron haber acomodado “*las pruebas inexistentes*”.

ii) Con base en el acta de necropsia de Medicina Legal, los impactos de bala que recibió el señor Tous Carbonó, fueron realizados a menos de un metro de distancia –a quemarropa-, toda vez que se observó que uno de los orificios de entrada de los proyectiles estaba acompañado de quemadura de pólvora y, los dos restantes, de sendos “anillos de contusión”. Este hecho desvirtúa la hipótesis del enfrentamiento armado y apunta a que la víctima estaba en poder de los militares.

iii) Los proyectiles que penetraron la humanidad del señor Tous Carbonó indican un recorrido transversal, “*unos de arriba hacia abajo, y otros de abajo hacia arriba*”, luego entonces la víctima, al ser impactada en una primera ocasión, estaba arrodillada y después volvió a ser impactada estando acostada sobre el suelo.

iv) En la escena del crimen, al señor Tous Carbonó no se le encontró fusil alguno, al igual que se estableció que no llevaba algún logotipo o insignia de un guerrillero y, que, por el contrario, las ropas que llevaba eran las de un civil, al punto de que el mismo informe militar del comandante refiere que la víctima “*era un particular*”.

v) Con base en el estudio realizado por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, no se encontraron residuos de pólvora en las manos del señor Tous Carbonó, con lo cual se puede concluir que no pudo haber disparado un arma de fuego en la escena del crimen. Además, aduce que en la fotografía tomada al cadáver del señor Tous Carbonó, no se observa que hubiere

estado uniformado, tampoco el arma ni el equipo de radio con el que los militares lo presentaron ante el Juez Diecinueve Penal Militar.

En ese orden de ideas, la Sala procederá a determinar si se configuró el defecto fáctico alegado y si, efectivamente, con ello se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

## 2.7. Análisis del caso concreto

2.7.1. Bajo el anterior contexto, le asiste a la Sala el deber de precisar que la Corte Constitucional, mediante sentencia SU-424 de 2012 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), se refirió al **defecto fáctico** en los siguientes términos:

*“5.1.1. Para la Corte<sup>[21]</sup>, el **defecto fáctico**<sup>(22)</sup> puede darse tanto en una dimensión positiva<sup>[23]</sup>, que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada<sup>(24)</sup>, o en la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello, así como en una dimensión negativa<sup>[25]</sup>, es decir, por la omisión en la valoración de una prueba determinante, o en el decreto de pruebas de carácter esencial<sup>[26]</sup>. Al respecto, esta Corporación ha precisado:*

*“En punto a los fundamentos y al margen de intervención que tiene el juez de tutela para configurar la ocurrencia de un defecto fáctico, la Corte ha fijado los siguientes criterios de aplicación:*

---

<sup>21</sup> Extracto de la Sentencia T-264 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>22</sup> (...) surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba. sentencia T-264 de 2009 (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>23</sup> Cfr. Sentencias SU-159 de 2002, T-538 de 1994 y T-061 de 2007.

<sup>24</sup> Sentencia T-554 de 2003.

<sup>25</sup> Ver sentencias T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-239 de 1996 y SU – 159 de 2002, T-244 de 1997.

<sup>26</sup> Cfr. Sentencia SU-159 de 2002.

- La intervención del juez de tutela, frente al manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que en sede de tutela se lleve a cabo un examen exhaustivo del material probatorio.

- Las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y **salvo hechos que acrediten lo contrario**, que la valoración de las pruebas realizadas por aquél es razonable y legítima”.<sup>[27]</sup>

Por último, la Sala Plena reitera que para que la tutela resulte procedente por la configuración de un error fáctico, “El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”<sup>[28]</sup>. [Resalta la Sala].

En cuanto a la **falta apreciación del material probatorio anexado al expediente**, la Corte Constitucional ha manifestado que se produce cuando el Juez no tiene en cuenta, para la resolución del debate jurídico, pruebas debidamente aportadas al proceso. Por ser de la mayor relevancia, la Sala se permite citar la sentencia T-1065 de 2006<sup>29</sup>, que ha sido reiterada por esta Corporación hasta la fecha y en la que se dijo<sup>30</sup>:

---

<sup>27</sup> Sentencia T-590 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>28</sup> Sentencia T-008 de 1998 y T-636 de 2006, citadas en la sentencia T-264 de 2009.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1065 de 2006, Referencia: expediente T-1327448, Acción de tutela instaurada por Ciro Becerra Quintero contra Tribunal Superior de distrito Judicial de Cúcuta, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, 7 de diciembre de 2006.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de mayo de 2017, Rad. N.º 2016-02334-00. C.P: Hernando Sánchez Sánchez.

*‘[...] Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque 'no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente. 'Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien 'el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva' dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita.’ (Resalta la Sala).*

Teniendo en cuenta las sentencias citadas en precedencia, el fundamento de la existencia del defecto fáctico por falta apreciación del material probatorio anexado al expediente se constituye cuando el Juez falla en contra de las pruebas que hacen parte del plenario.

Para resolver el caso *sub judice*, la Sala seguirá rigurosamente los parámetros dictados por la Corte Constitucional respecto al defecto fáctico, a fin de determinar si, efectivamente, la entidad accionada incurrió en el yerro en mención.

**2.7.2.** En ese orden de ideas, la Sala debe poner de presente que el Tribunal Administrativo de la Guajira fundamentó la sentencia proferida el 26 de julio de 2016 en las siguientes consideraciones:

*‘[...] se encuentra acreditado en el sub lite que el deceso del señor Nelson Enrique Tous Carbonó ocurrió el 29 de marzo de 2006, tal como se demuestra con el certificado de defunción visible a folio 104 del cuaderno de antecedentes, y aun cuando en el informe de protocolo de necropsia se consigna como nombre definitivo NN, posteriormente se demostró que el cadáver inspeccionado correspondía al señor Tous Carbonó, el cual fuera combatido por militares en un enfrentamiento armado.*

[...]



[...] se tiene que evidentemente en desarrollo de la Orden de Operaciones "Mesopotamia" se obtuvo como resultado la muerte del señor Nelson Enrique Tous Carbonó, frente a la cual existen dos versiones la de los uniformados que participaron en dicha misión según la cual acaeció en combate y la de la parte actora quien indica que fue resultado de una ejecución extrajudicial por parte de los militares.

Al respecto, el Tribunal en aras de corroborar lo declarado por los uniformados comparó entre sí lo narrado por ellos, obteniendo como resultado contrario a lo manifestado por el A quo, que todas coinciden en lo que respecta a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos, pues en cuanto al **tiempo** señalaron estaba nublosos y que fue entre las 5:30 y 6:00 de la mañana del día 29 de marzo de 2006; del **modo** indicaron que cuando se encontraban realizando labores de registro y control de área militar, ejecutando una misión táctica, comandados por el SV. Mangas Lugo Juan Carlos, con la finalidad de contrarrestar la presencia de criminales que extorsionaban en el sector, fueron atacados por el enemigo integrado entre 5 y 8 personas, lo que los obligó a repeler la agresión accionando sus armas; y del **lugar** manifestaron que la visibilidad era limitada y el terreno era marañoso y/o boscoso, razón por la cual gozan de pleno valor probatorio.

Ahora el tribunal tampoco comparte la apreciación del Juez de tener como contradictorias las declaraciones de los uniformados por el hecho de colocar en tela de juicio la descripción de las armas que portaban los subversivos descritas por el SLP. TTTTT, a raíz de las condiciones del lugar, toda vez que para las personas vinculadas a la entidad castrense por las labores que ejecutan a diario no necesitan de mayor esfuerzo para describir cualquier tipo de arma, las cuales hasta con el solo sonido del disparo las pueden identificar.

De otro lado, se tiene que también la declaración jurada del señor Roberto Antonio Cortés Torres, quien manifestó trabajar en una finca denominada La Carpa, y dio cuenta de que siendo las 7:30 a.m., escuchó unos disparos acompañados de una explosión (horario que si bien no es exacto al indicado por los uniformados ello no desacredita lo referido por estos, pues nótese que ambas informaciones se encuentran en un intervalo de horario muy cercano). Así mismo indicó que el sector donde acaecieron los hechos era calmado, pero

*se ha visto alterado “por la desmovilización de las autodefensas que se la pasaban por aquí, ahora es que se ve la guerrilla”, señalando además que el grupo subversivo que opera en la zona corresponde a las FARC, quienes les quitan las comidas y compritas que suben los campesinos. Concluye haber oído en compañía de los demás trabajadores del sector el combate suscitado el 29 de marzo de 2006.*

*En el anterior orden de ideas, es claro para el Tribunal que en el sector donde acaecieron los hechos objetos de análisis efectivamente operaba el grupo subversivo FARC, quienes de conformidad con la información que reposa en la orden de operación N.º 011, venían realizando atentados terroristas, atacando patrullas de la fuerza pública, instalando retenes ilegales, extorsionando a la población, es decir tal como lo dejó entrever el señor Roberto Antonio Cortés Torres, morador del sector la “Y” vereda San Salvador – Palomino Municipio de Dibulla, quien fue claro al indicar la presencia de dicho grupo en la zona y sus actividades extorsivas contra los moradores del sector.*

*Siendo así, para el Tribunal no hay duda que en el lugar donde ocurrieron los hechos de marras, se surtió un combate entre miembros activos del Ejército Nacional e integrantes de las FARC, quienes al encontrarse con los uniformados embistieron contra ellos, circunstancia que obligó al personal militar accionar sus armas de dotación hacia el lugar donde estaban recibiendo la agresión contra sus humanidades, lo cual dejó como resultado la baja del señor Nelson Enrique Tous Carbonó, a quien según el acta de inspección judicial N.º 07, le fue encontrado un radio ICOM IC-V8 con batería y antena sin número, pistola 9 mm; material de guerra que al practicársele inspección judicial arrojó buen estado de funcionamiento.*

*Así mismo, en lo que respecta al estudio de compatibilidad estadística con residuos de disparo en mano, si bien se concluyó que la muestra valorada resultó “incompatible con residuos de disparo en mano”, lo cierto es que de ello no se puede predicar de plano que el finado no utilizó el arma que le fue encontrada, pues la muestra para practicar el examen de absorción atómica no fue recolectada inmediatamente de suscitado el hecho, sino a las 01:30 pm, es decir cuando habían pasado más de 7 horas de haber ocurrido los hechos, luego entonces dicho resultado no es confiable para tener como acreditada, la no utilización de dicha arma por el finado en contra de los militares.*

*Finalmente en lo que atañe a las descripciones de las heridas producidas por proyectil de arma de fuego reseñadas en el informe técnico de necropsia médico legal, concluye el Tribunal luego de analizar la “balística de las heridas, por arma de fuego, según la distancia”, expuestas en el libro “La investigación criminal y la técnica criminalística”, que las características de las heridas que causaron la muerte al señor Nelson Enrique Tous Carbonó, encajan con las recibidas por proyectil de arma de fuego a larga distancia, pues nótese que estas no presentan quemadura de piel o tatuaje, son ovaladas y circulares y el hecho que tenga anillo de contusión no implica que los hubiera recibido a bocajarro, quemarropa o a corta distancia, en razón a que dichos anillos hacen presencia también en los disparos a larga distancia.*

*Así las cosas, concluye la Sala que no existe prueba determinante dentro del expediente que permita dar cuenta de la actuación irregular por parte del Ejército Nacional en los hechos ocurridos el 29 de marzo de 2006, en Alto Naranjal Vereda El Naranjal, corregimiento de Palomino, Municipio de Dibulla, donde resultó muerto en combate el señor Nelson Enrique Tous Carbonó, pues las allegadas no permiten inferir la configuración de la conducta antijurídica que se le imputa al Estado, razones que indubitablemente conllevan al Tribunal a concluir, contrario a lo manifestado por la parte actora y declarado por el A quo, que no se demostró la falla del servicio por parte de la administración, debido a que el daño que se reclama no es posible atribuirlo a la conducta ejercida por la parte demandada ello en razón a que el material probatorio deja entrever que su accionar fue en cumplimiento de un deber legal. De igual manera, no se encuentra demostrado que la muerte del referenciado fue ocasionada por el uso indebido de las armas por parte de militares, como tampoco que el occiso hubiera sido ejecutado extrajudicialmente.*

*En atención a las precedentes consideraciones, el Tribunal responde el problema jurídico planteado afirmando que la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional no es administrativamente responsable por la muerte del señor Nelson Enrique Tous Carbonó, en hechos ocurridos el 29 de marzo de 2006, y en consecuencia, no está obligada a reconocer los perjuicios reclamados por los demandantes, circunstancia que conlleva a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar negar las súplicas de la demanda”.*

Como se pudo observar, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira construyó la *ratio decidendi* de la sentencia de 26 de julio de 2016, con base en la prueba testimonial y los documentos de orden técnico que fueron allegados al proceso ordinario como prueba trasladada proveniente del proceso investigativo preliminar nro. 291-2006, tramitado por el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar del Batallón de Infantería nro. 5 “General José María Córdoba” de la ciudad de Santa Marta.

**2.7.3.** Ahora bien, frente al análisis realizado por el Tribunal accionado respecto de la prueba testimonial, la Sala procederá a desarrollar las siguientes aclaraciones y comentarios:

En primer lugar, como es apenas evidente, la conducencia de la prueba testimonial estaba determinada por la presencia protagónica en el lugar de los hechos de los soldados de la tropa de la “Compañía Exparta” del Batallón Contraguerrillas nro. 2 “Guajiros”, con el objeto de revelar la existencia del hecho estelar del proceso de reparación directa, esto es, el presunto enfrentamiento armado suscitado entre la compañía militar antedicha y un grupo al margen de la ley.

No está de más recordar que, para efectos de ponderar la verosimilitud de los hechos, los testimonios practicados deben ser analizados por el operador judicial en conjunto con el resto de medios de prueba allegados al proceso bajo la óptica de las reglas de la sana crítica, de la lógica y de la experiencia.

En tal sentido, uno de los elementos que debe tener en cuenta el operador judicial a la hora de valorar la prueba testimonial, es el relativo al posible “*interés o motivo que desquicie la imparcialidad del testigo*”<sup>31</sup>. Es decir que no puede dejarse de lado que, sin restarle la debida importancia a las declaraciones de los soldados integrantes de la “Compañía Exparta”, por cuanto protagonizaron los hechos suscitados el 29 de marzo de 2006, el estudio de su dicho debe realizarse con suma cautela, toda vez que tales declaraciones tuvieron cabida en el marco de una investigación surtida ante la justicia penal militar, por el presunto homicidio del señor Tous Carbonó.

---

<sup>31</sup> Manual de derecho probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado. Jairo Parra Quijano. Decimoctava edición. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá, 2011.

En segundo lugar, debe ponerse en claro que la Sala no desconoce las destrezas adquiridas por el conjunto de soldados profesionales deponentes a lo largo de su carrera militar, antes bien, por el contrario, las resalta. De entrada, es un hecho incuestionable que el grupo de soldados pertenecientes a la “Compañía Exparta” del Batallón Contraguerrillas nro. 2 “Guajiros”, al que se le encomendó la ejecución de la misión táctica militar “Mesopotamia”, imprescindiblemente debe contar con aquellos conocimientos y habilidades -desarrolladas con la experiencia- suficientes como para llevarla a buen término, precisamente por maestría que ese tipo de operaciones exige.

Finalmente, es necesario resaltar que al conjunto de soldados deponentes y partícipes de la operación “Mesopotamia”, se les formularon unos cuestionamientos que convergían en precisar las circunstancias de tiempo modo y lugar mediante “[...] *un relato amplio, claro y espontáneo sobre los hechos ocurridos el 29 de marzo de 2006 en la vereda Alto Naranjal, corregimiento de Palomino Guajira, donde falleció un particular NN., de sexo masculino [...]*”.

Habiendo aclarado lo anterior, del análisis de los testimonios de los soldados deponentes la Sala observa lo siguiente:

En cuanto a los cuestionamientos formulados por el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar, relativos al posible reconocimiento del señor Tous Carbonó por parte de la comunidad residente de la vereda Naranjal del Municipio de Dibulla del Departamento de La Guajira, tres de los cuatro soldados interrogados pertenecientes a la “Compañía Exparta” coincidieron en que la víctima no fue reconocida por dicha población.

En efecto, el Suboficial Manga Lubo Juan Carlos, mediante diligencia surtida el 29 de marzo de 2006 ante el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar, al relatar su versión general acerca de los hechos ocurridos en la fecha indicada, precisó que “[...] *se dio la orden de hacer un registro ofensivo, donde fue encontrado un bandido con una pistola 9mm, un proveedor para la misma, cinco cartuchos y un radio ICOM, **fue reconocido por algunos pobladores, que decían que era bandido de los que pedían las vacunas, ya que ellos delinquen en esas veredas.** [...]*”. Además, expuso las siguientes respuestas a las respectivas preguntas: “[...] *PREGUNTADO. Diga cómo resultó muerto el*

sujeto y si fue identificado. CONTESTO. En el intercambio de disparos, **fue identificado por los pobladores de la vereda El Naranja**. [...] PREGUNTADO. Manifieste si el sujeto que resultó muerto fue reconocido por los moradores del lugar. CONTESTO. **Si fue reconocido por algunos de la vereda**, le dieron la información a doctora. [...] <sup>32</sup>.(Resalta la Sala).

Por el contrario, el soldado profesional Santos Pabón Felix Antonio ofreció las siguientes contestaciones: “[...] PREGUNTADO. Diga cómo resultó muerto el sujeto y si fue identificado. CONTESTO. En el intercambio de disparos, **no fue identificado**. [...] PREGUNTADO. Manifieste si el sujeto que resultó muerto fue reconocido por los moradores del lugar. CONTESTO. **No fue reconocido**. [...]”<sup>33</sup>. (Resalta la Sala).

Por su parte, el soldado profesional Ramírez Oviedo Armando Rafael, frente a la pregunta “Manifieste si el sujeto que resultó muerto fue reconocido por los moradores del lugar”, respondió que “**no fueron reconocidos por la vereda**”<sup>34</sup>. (Resalta la Sala).

Por último, el soldado profesional Torregrosa Nieto Helmut Rubén, a la misma pregunta anteriormente apuntada respondió: “**no en el lugar nadie lo reconoció no había nadie**”<sup>35</sup>. (Resalta la Sala).

Además, mediante diligencia de declaración jurada rendida el 29 de marzo de 2006, por el señor Roberto Antonio Cortés Torres ante el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar, frente a la pregunta “informe al Despacho si conoce el cadáver del particular que se le pone de presente y a la vista quien falleció en hechos ocurridos el día de hoy en la Vda naranja”, respondió: “**No, primera vez que lo veo**”<sup>36</sup>. (Resalta la Sala).

En este punto se hace necesario traer a colación lo respondido por los soldados deponentes en lo respecta a las siguientes tres preguntas:

PREGUNTAS
-----------

<sup>32</sup> Folios 56 y siguientes del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, folios 52 a 54.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, folios 54 a 56.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, folios 57 a 59.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, folios 44 y 45.

<b>SOLDADO</b>	Diga qué misión cumplía la patrulla en ese sector	¿Por qué se desplazaron a ese sector?	¿Sabe usted quién era la persona que murió el 29 de marzo de 2006 o de qué grupo era?
Suboficial Manga Lubo Juan Carlos	“Verificar la información que nos habían dado”.	“Por las informaciones que se habían recolectado de que <u>tenían acosadas las veredas por medio de vacunas y secuestros</u> ”.	“Era del frente Diecinueve de las FARC, que delinque en ese sector”.
Soldado profesional Santos Pabón Felix Antonio	“Estábamos de registro y control militar de área”.	“Porque teníamos la información de que <u>un grupo armado bajaba a cobrar vacunas</u> ”.	“Era de las ONT FARC”.
Soldado profesional Ramírez Oviedo Armando Rafael	“Con el fin de <u>desmantelar un grupo que venía azotando la vereda, robando ganados y extorsionando a los ganaderos de la zona, la operación se inició a raíz de las informaciones de los campesinos en la vereda</u> ”.	“Con el fin de <u>neutralizar y descartar las informaciones que se venían presentando a ese sector de que bajaban grupos ilegales, amedrentando la zona</u> ”.	“Pertenece al grupo terrorista de la FARC, y supimos por las declaraciones de los campesinos que decían que cuando ellos bajaban a la vereda se hacían llamar subversivos del 59 frente de las FARC que delinquen en esa región”.
Soldado profesional Torregrosa Nieto Helmut Rubén	“Registro y control del área”.	“Era la misión que nos dio el comando del Batallón esa era nuestra área de trabajo”.	“ <b>Presuntamente</b> a las FARC”. (Resalta la Sala).

--	--	--	--

De acuerdo con lo anterior, contrario a lo considerado por el *ad quem*, es evidente que las afirmaciones sostenidas por los soldados de la “Compañía Exparta”, atinentes a que el señor Tous Carbonó pertenecía al grupo guerrillero “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” –F. A. R. C.-, con el que se mantuvo un presunto combate el 29 de marzo de 2006, generan para la Sala serias dudas acerca de su verosimilitud, por las siguientes razones:

En primer lugar, según el acápite denominado “Examen del cuerpo en la escena” del “Acta de inspección judicial con examen de cuerpo N.º 07”, realizada por el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar, una vez finalizado el presunto combate, a la víctima no se le encontró algún signo distintivo de la organización F. A. R. C., sino las siguientes “Prendas de vestir”: “Buzo de color verde, al frente tiene un logo “LAS VEGAS”, marca HALES se corrige Marca HACES. Correa negra tipo lona, pantaloncillo LEO. Pantalón en JEAN azul desteñido”<sup>37</sup>.

Este hecho concuerda con la mayoría de los testimonios ofrecidos por los soldados que estuvieron presentes en la escena del crimen, quienes afirmaron que el señor Tous Carbonó fue encontrado con las ropas de un civil<sup>38</sup>:

<b>SOLDADO</b>	<i>“¿Qué elementos le incautaron al sujeto que resultó muerto y cómo se hallaba vestido?”</i>
Suboficial Manga Lubo Juan Carlos	<i>“Una pistola 9 mm, un proveedor, cinco cartuchos, un radio ICOM, vestía de jean viejo, suéter manga larga verde, una lona tipo militar y botas pantaneras”.</i>
Soldado profesional Santos Pabón Felix Antonio	<i>“Una pistola 9 mm, un proveedor, cinco cartuchos, un radio ICOM, <b>vestía de civil</b>”.</i>
	<i>“Una pistola nueve milímetro, un proveedor,</i>

<sup>37</sup> *Ibíd.*, folios 39 a 42.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, folios 49 a 60.



Soldado profesional Ramírez Oviedo Armando Rafael	<i>cinco cartuchos para la misma y un radio ICO, <b>estaban vestidos de civil</b> con botas pantaneras, un jean azul y un buzo verde manga larga”.</i>
Soldado profesional Torregrosa Nieto Helmut Rubén	<i>“<b>vestido de civil</b> con pantalón de jean camisa verde tipo buzo y botas de caucho portaba una 9mm un radio de 2 mts marca hico”.</i>

En segundo lugar, como pudo advertirse anteriormente por los testimonios de la mayoría de soldados de la “Compañía Exparta”, los pobladores de la vereda Naranjal del Municipio de Dibulla del Departamento de La Guajira, no reconocieron al señor Tous Carbonó como integrante del mencionado grupo guerrillero - incluyendo al señor jornalero Roberto Antonio Cortés Torres-, aun cuando, según el dicho de los mismos soldados, fue la misma población la que denunció la presencia de las F. A. R. C. en esa zona, grupo que se dedicaba a intimidar a los habitantes mediante extorsiones, robos y secuestros, y, precisamente, por esta razón fue que la “Compañía Exparta” puso en marcha la misión táctica “Mesopotamia”, efectuando el registro y control militar de la zona, la cual desembocó en los hechos del 29 de marzo de 2006<sup>39</sup>.

Otro punto que llama la atención de la Sala es el relativo a las condiciones de visibilidad presentes en el lugar de los hechos para el tiempo en que habría de desenvolverse el combate. Como a continuación puede observarse, en la diligencia surtida el 29 de marzo de 2006 ante el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar, la mayoría de soldados concuerdan en que el entorno del lugar de los hechos estaba nublado y, en esa medida, la visibilidad en el combate “era escasa” o “no era buena”.

<b>SOLDADO</b>	<i>“¿Sabe cómo era la visibilidad, el estado del</i>
----------------	--

<sup>39</sup> El Juzgado Primero Administrativo en Oralidad del Circuito Judicial de Riohacha comentó: “Se evidencia del análisis efectuado a los testimonios y demás pruebas obrantes en el proceso, que la Compañía “Exparta” del Ejército Nacional, adscrita al Batallón de Contra Guerrillas nro. 2 “Guajiros”, en cumplimiento de la misión táctica “Mesopotamia”, se desplazaban el 29 de marzo de 2006 por el sector de Alto Naranjal de la vereda Naranjal [del corregimiento Palomino – municipio de Dibulla – La Guajira] realizando un registro ofensivo para verificar la información que les había sido suministrada por parte de los residentes de lugares colindantes, sobre la presencia de organizaciones armadas al margen de la ley perpetrando actos delictivos, cuando se presentó contacto armado con el grupo enemigo, el cual dejó como resultado la muerte de una persona NN la cual fue identificada como Nelson Enrique Tous Carbonó”.

	<i>tiempo y el terreno en el lugar donde ocurrieron los hechos?”</i>
<b>Suboficial Manga Lubo Juan Carlos</b>	<b><u>“La visibilidad estaba entre claro y oscuro, el tiempo era pero (sic) estaba nublado, el terreno era montañoso”.</u></b>
Soldado profesional Santos Pabón Felix Antonio	<b><u>“La visibilidad no era buena, estaba entre claro y oscuro, el tiempo estaba nublado, el terreno era bastante quebrado con bastante vegetación”.</u></b>
Soldado profesional Ramírez Oviedo Armando Rafael	<b><u>“El estado del tiempo un poquito nublado, terreno montañoso y bastante quebrado, <u>había bruma pero un poco visible</u>”.</u></b>
<b>Soldado profesional Torregrosa Nieto Helmut Rubén</b>	<b><u>“La visibilidad era escasa el terreno boscoso el terreno era inclinado”.</u></b>

No obstante lo anterior, debe ponerse de presente que cuando el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar les solicitó a los deponentes desarrollar “[...] un relato amplio, claro y espontáneo sobre los hechos ocurridos el día 29 de marzo de 2006 en la vereda Alto Naranjal, corregimiento de Palomino Guajira, donde falleció un particular NN., de sexo masculino, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar”, tan sólo hubo dos soldados de la “Compañía Exparta” que se refirieron a la calidad de las armas que utilizaba el grupo subversivo al que habrían combatido.

En efecto, el **Suboficial Manga Lubo Juan Carlos**, manifestó que “[...] la noche anterior salimos a una operación a verificar la vereda El Naranjal y aproximadamente entre las 5:30 y 6:00 de la mañana del día de hoy fuimos hostigados, **los bandidos nos dispararon, con arma de varios calibres**, el combate duró entre cinco y diez minutos [...]”. [Resalta la Sala].

Por su parte, el **soldado profesional Torregrosa Nieto Helmut Rubén** respondió que “[...] Salimos los de la segunda con mi primero Manga hacia el alto del naranjal llegamos tipo 12: am inicimos (sic) un descanso hasta las 4 de la mañana

se inició a las 4:30 movimiento hacia el objetivo a eso de las 5:30 a 6:00 de la mañana hubo contacto de encuentro como de 5 a 10 minutos como de cinco a ochos (sic) personas las (sic) **iban armas** (sic) **con R-15 y AK-47** ellos iniciaron el fuego nos cogieron por sorpresa ellos se encontraban en sitio boscoso por un filo y nosotros por la parte clara en seguida procedimos a combatir el enemigo [...]”.[Resalta la Sala].

Al igual que para el Juzgado Primero Administrativo en Oralidad de Riohacha<sup>40</sup>, para la Sala deviene en una incoherencia el hecho de que el soldado Torregrosa Nieto haya sostenido haber identificado, con la precisión antes descrita, el tipo de armamento utilizado por los miembros del grupo armado al cual habrían enfrentado, máxime cuando la mayoría de soldados, incluido él, coinciden en que para el momento del combate el ambiente estaba nublado y la visibilidad era escasa, sin ofrecer alguna explicación al respecto.

Frente a éste razonamiento, el Tribunal accionado opuso que “[...] *las personas vinculadas a la entidad castrense por las labores que ejecutan a diario no necesitan de mayor esfuerzo para describir cualquier tipo de arma, las cuales hasta con el solo sonido del disparo las pueden identificar*”.

La Sala comparte la apreciación contenida en el salvamento de voto manifestado por la magistrada Carmen Dalis Argote Solano frente a la decisión mayoritaria adoptada por Tribunal Administrativo de la Guajira, al precisar que, cuando esa Corporación afirma que “las personas vinculadas a la entidad castrense pueden identificar cualquier tipo de arma hasta con el sólo sonido del disparo”, de manera palmaria está introduciendo un elemento que no se desprende del contenido expreso del testimonio analizado<sup>41</sup>.

Justamente, teniendo en cuenta la pericia y los conocimientos con los que deben contar los integrantes de las Fuerzas Militares, la declaración del soldado

<sup>40</sup> “La mayoría de los soldados que participaron en los hechos esa mañana del 29 de marzo de 2006, coinciden en afirmar en las declaraciones rendidas que, la visibilidad reinante en el momento del supuesto enfrentamiento, es decir, entre las 5:30 a.m. y 6:00 a.m. aproximadamente, era escasa ya que el tiempo estaba nublado entreclaro y oscuro, porque había demasiada bruma; sin embargo, el soldado profesional Torregrosa Nieto Helmut Rubén, asevera de que el grupo delictivo se encontraba conformado por más o menos 5 a 8 personas, los cuales portaban armas R-15 y AK-47. Afirmación esta última que para el Despacho reviste vital importancia, ya que si bien no se indica la distancia en la que se presentó el hostigamiento, se infiere del plano visible a folio 15 del cuaderno de antecedentes –y de la narración de los hechos por parte de los testigos-, que el joven víctima fue dado de baja en un lugar montañoso e inclinado, razón por la cual resultaría casi imposible visualizar las armas del supuesto grupo subversivo”.

<sup>41</sup> Folios 120 y siguientes del Cuaderno digital “Consejo de Estado Libro 2”.

Torregrosa Nieto es precisa: “[...] *como de cinco a ochos (sic) personas las (sic) **iban armas** (sic) **con R-15 y AK-47**”.* De la lectura integral de la declaración del soldado deponente, no se observa que siquiera haya insinuado haber percibido alguno de los hechos acaecidos el 29 de marzo de 2006, incluyendo la identificación del tipo de armas, mediante el sentido de la audición; de esta manera el testimonio analizado no da lugar a incertidumbre y, por ello, no puede ser objeto interpretación y/o complemento por parte del operador judicial.

En virtud de lo analizado, debe concluirse, a diferencia de lo sostenido por el Tribunal accionado, que habida cuenta de las imprecisiones y la disparidad de versiones en las que incurrieron los soldados integrantes de la “Compañía Exparta” acerca de las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos suscitados el 29 de marzo de 2006, no puede conferírsele a la prueba testimonial practicada un grado absoluto de certeza, sino que, por el contrario, la Sala guarda relativa reserva en cuanto a la eficacia probatoria del dicho de los soldados deponentes, máxime cuando ellos, por ser los directamente involucrados en los hechos debatidos, conservan un interés o motivo que tiene la potencialidad de afectar su imparcialidad.

**2.7.4.** Ahora bien, frente al análisis realizado por el Tribunal accionado respecto de la prueba documental, la Sala procederá a desarrollar las siguientes consideraciones.

**2.7.4.1.** En este tipo de casos, como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, difícilmente el operador judicial puede llegar a contar con medios probatorios que por sí solos le brinden un alto grado de certeza acerca del hecho ejecución extrajudicial –prueba directa-. Es allí donde surge el deber para los jueces de la República de relacionar de manera coherente y de conformidad con las reglas de la sana crítica, los distintos medios de prueba disponibles en el proceso para efectos de lograr el esclarecimiento de los hechos objeto de debate –prueba indirecta-. En ese sentido, es preciso traer a colación los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en lo que atañe a la aptitud de la prueba indiciaria frente a los casos de ejecuciones extrajudiciales.

*[...] la prueba indiciaria resulta idónea y única para determinar la responsabilidad, pues aquélla compagina elementos debidamente*

*comprobados para arribar con ellos a la certeza de otros, para efecto de endilgar responsabilidad a los inculpados. [...]*

*Se trata de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido<sup>42</sup>. En este escenario, la existencia de una serie de hechos acreditados por cualquiera de los medios probatorios previstos por la ley, estrechamente vinculados con el ilícito, conducen necesariamente a la imputación de la responsabilidad<sup>43</sup>. Los indicios se constituyen en la prueba indirecta por excelencia, pues a partir de un hecho conocido y en virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de un hecho desconocido.*

*El juez dispone muy a menudo de conocimientos generales vinculados con el hecho a probar y útiles, de alguna manera, a los defectos de su determinación; es más, sin estos conocimientos la valoración de la prueba sería normalmente imposible. Se trata de las nociones derivadas de la experiencia común que encuentran su formulación sintética en las denominadas máximas de la experiencia y que desarrollan un papel relevante en la valoración de las pruebas<sup>44</sup>. [...]*

*El Código de Procedimiento Civil establece que los indicios deberán ser apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración su gravedad, concordancia, convergencia y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación procesal<sup>45</sup>. Así mismo, para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso [...]<sup>46</sup>.*

---

<sup>42</sup> *“En la prueba por indicios necesariamente intervienen tres elementos: un hecho, el que indica; otro hecho, el indicado y una relación de causalidad, concomitancia o conexión entre aquél y éste. El indicio parte de un hecho conocido, establecido en el proceso por cualquier medio de prueba distinto del mismo indicio, esto es, que todos los medios de prueba permiten el hecho indicador. El hecho indicado debe ser el resultado lógico crítico de la inferencia entre el primero y el segundo hecho, de donde la integración de los tres elementos anotados, permiten la existencia del indicio”* (Cabrera Acosta, Benigno Humberto, Teoría General del Proceso y de la Prueba, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, págs. 458 y ss.).

<sup>43</sup> Al respecto se puede consultar la sentencia de 11 de febrero de 2009, M.P. Miriam Guerrero de Escobar, expediente 16337.

<sup>44</sup> TARUFFO, Miguel, “La Prueba de los Hechos”, Ed. Trotta, Madrid, pág. 219.

<sup>45</sup> *“La gravedad es el requisito que mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador; la precisión dice relación al carácter de indicio que conduce a algo inequívoco como consecuencia y la conexidad o concordancia, a que lleven a una misma conclusión o inferencia todos los hechos indicativos”* (Notas de Oscar Eduardo Henao Carrasquilla, Código de Procedimiento Civil, Editorial Leyer).

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 14 de abril de 2011. Rad. nro. 1996-00237-01 (20145). C.P: Stella Conto Díaz del Castillo. En sentencia de 14 de abril de

En otra oportunidad, la misma Sección se refirió a la obligación del juez de valorar la prueba indirecta en casos como los que de ahora se ocupa la Sala, así como de la autonomía de esa valoración respecto a las que podrían desarrollarse en el marco de investigaciones de orden penal, desencadenadas por cuenta de los mismos hechos expuestos ante la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

*[...] Por otra parte, se ha de mencionar que **la valoración de las pruebas se encuentra regida por los principios de la dignidad humana y de la sana crítica**. Ésta última se concreta en las exigencias de i) dar primacía a la conclusión más probable sobre la que es tan solo plausible; ii) valorar cada prueba dentro del contexto más amplio del acervo probatorio, entendido como una unidad y iii) considerar el acervo probatorio, dentro del contexto histórico, político, social y económico que se supone enmarcó los hechos alegados. [...]*

*Primeramente es menester tener en cuenta que las actuaciones judiciales pueden comportar distinciones en lo que respecta al baremo de certidumbre requerido para declarar suficientemente acreditado un hecho, en atención a la naturaleza y el fin de la acción.*

*Así, por ejemplo, aunado a que la regla general en materia de prueba preceptúa que lo que se afirma habrá de probarse, tratándose de la responsabilidad penal, en cuanto dirigida a desvirtuar la presunción de inocencia, la certeza exigida difiere de la requerida para demostrar el daño y la imputación en materia de responsabilidad estatal. Por esta razón, el que no*

---

2011, exp. 20145, la misma Corporación afirmó: “Para determinar hasta qué punto está demostrado un hecho es necesario tener en cuenta la naturaleza y el fin del razonamiento probatorio y de la prueba. A este respecto, lo primero que se precisa señalar es la diferencia entre los hechos probados, los elementos probatorios y el razonamiento probatorio. En efecto, mientras que el hecho probado es un acontecer de orden fáctico que, por pertenecer al plano de la realidad, es en sí mismo uno e indivisible, los elementos probatorios son indicativos, signos o manifestaciones sensibles de lo ocurrido que no adquieren el carácter de prueba sino en la medida en que son objeto de acto del razonamiento probatorio. Este último se puede definir como el proceso a partir del cual se revela lo acontecido, a través de una serie de inferencias sobre la base de uno o varios elementos indicativos (los elementos probatorios). El razonamiento recién mencionado tiene un componente material (los objetos sensibles considerados como prueba) y un elemento formal consistente en un conjunto de principios rectores de la inducción y la deducción jurídicas.

*De lo dicho hasta el momento se desprende que la unidad y la suficiencia se predicán del hecho y del razonamiento, mas no necesariamente de los elementos probatorios individualmente considerados. De hecho, éstos suelen ser múltiples y no en pocos casos presentar aparentes contradicciones, pues es el razonamiento del jurista el que les da unidad y sentido, al punto de que puede ocurrir que un hecho se encuentre satisfactoriamente acreditado, sin perjuicio de que los elementos utilizados para el efecto no resulten en sí mismos concluyentes, aunque reconducidos a la unidad por el razonamiento del juzgador”.*

exista certeza suficiente para emitir una condena penal no significa, necesariamente, que no se cuente con fundamentos para predicar la responsabilidad de la administración<sup>[47]</sup>. [...].

Por lo demás, **es de común aceptación el mayor valor que se concede a la prueba indirecta, particularmente en los supuestos en los que la víctima se encuentra en clara dificultad probatoria, para el efecto, la ocurrencia de los hechos, particularmente cuanto se trata de delitos de lesa humanidad, como en el caso de las ejecuciones extrajudiciales o la desaparición forzada.**

Valga recordar que **tanto en el caso de la desaparición forzada, como en el de las ejecuciones extrajudiciales, esta Corporación ha sostenido enfáticamente que resulta desproporcionado exigir prueba directa de prácticas que usualmente se acompañan del sigilo, el engaño, en no pocos casos de la alteración dolosa de la escena del crimen y consignación de hechos falsos, en los informes a cargo de las autoridades. Por esta razón, frente a los supuestos mencionados ad supra esta Sección ha considerado suficientes las pruebas indirectas para la declaración de la responsabilidad**<sup>[48]</sup>. [...]

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*, La razón de lo anterior se encuentra, como se ha dicho anteriormente, en la naturaleza y la finalidad de las acciones. En efecto, la acción penal, con fines de resocialización ausentes en otro tipo de acciones, utiliza medidas altamente restrictivas por lo mismo se exige que la prueba aportada conduzca de modo claro e inequívoco a la individualización del autor, de su conducta, su móvil y sus medios. Esto en cuanto la naturaleza de los derechos individuales en juego obliga a establecer la ocurrencia de los hechos, su autor y su intención o en general, comportamiento fuera de toda duda razonable.

La acción de reparación directa tiene, por el contrario, un fin resarcitorio o, como su nombre lo sugiere, reparador. Por otra parte, el alcance de la condena impuesta jamás llega a afectar la órbita de las libertades fundamentales de la parte pasiva. Dado que, a diferencia de la acción penal, la acción de reparación directa tiene por fin principal la garantía del derecho de reparación del que es titular toda víctima, es entendible que el baremo de certeza requerido para dar por acreditado un hecho sea inferior, al que se exige para disponer la restricción de la libertad. [...].

Se ha de resaltar, nuevamente, que lo anterior no puede ser trasladado, sin dificultades, a otros campos de atribución de responsabilidad, como el penal, en el que se exige, por lo demás, que la contundencia de la conclusión probable esté “más allá de toda duda razonable”. Por esta razón, el hecho de que una prueba indirecta pueda llegar a parecer insuficiente en casos penales, no comporta necesariamente que lo sea en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado”.

<sup>48</sup> En sentencia de 11 de febrero de 2009, M.P. Miriam Guerrero de Escobar, expediente 16337, se precisó: “(...) En los casos de desaparición forzada, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se desarrollan de manera sigilosa, mediante el ocultamiento de cualquier evidencia que impida imputaciones directas sobre los autores de tal conducta. Dada la naturaleza de este tipo de actos y el modo en que se desarrollan los hechos, en los cuales se encubren, disfrazan y camuflan cualquiera de los elementos probatorios que pudieran comprometerlos, la prueba indiciaria será la idónea para determinar la responsabilidad, la cual apreciada en su conjunto conduce a arribar a una única conclusión cierta para establecer el juicio de responsabilidad ante la falta de una prueba directa. [...].

En casos como el presente, en los que varias personas mueren como consecuencia de múltiples impactos por arma de fuego, en hechos en los que en principio no resulta posible identificar a los

*En efecto, por obligación legal, constitucional y por la finalidad del razonamiento jurídico, el juez está obligado a tener en cuenta la totalidad de los elementos con aptitud para revelar lo ocurrido, de modo que bien puede darse crédito a indicios y testimonios de oídas, siempre que no existan razones para dudar de su veracidad y que el grado de mediación o de distancia, permitan al juez arribar a una deducción “suficientemente probable” y no simplemente plausible [...]”<sup>49</sup>. [Resalta la Sala].*

**2.7.4.2.** De conformidad con los medios de prueba oportunamente allegados al proceso ordinario, es un hecho acreditado que la escena del lugar de los acontecimientos acaecidos el 29 de marzo de 2006, en la vereda Naranjal del Municipio Dibulla del Departamento de La Guajira, fue alterada. Valga resaltar que Tribunal demandado no tuvo en cuenta los documentos ni los testimonios que permitían establecer este hecho y que a continuación se examinan:

En el “Acta de inspección judicial con examen de cuerpo N.º 07”, suscrita por el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar y el técnico Arcing Vargas Palacios, se precisó que el lugar del levantamiento del cadáver del señor Tous Carbonó no corresponde a la zona en que ocurrieron los hechos. Visto el mencionado documento, puede observarse:

**“LUGAR Y FECHA DEL LEVANTAMIENTO** La “Y” Vda. San Salvador. Cgto. Palomino/ Guajira.

**HORA** 01:30 PM. 29 – Marzo 2006.

[...]

**ZONA DONDE OCURRIERON LOS HECHOS:** Lugar Alto Naranjal Vereda El Naranjal Corregimiento de Palomino Municipio de Dibuya – Guajira.

[...]

**DESCRIPCIÓN DE LA ESCENA.** Artificial. El cuerpo es recibido en la “y” Vereda San Salvador Corregimiento Palomino Municipio de la Guajira y es trasladado a la Morgue del Hospital Central de Santa Marta.

[...]

---

*autores materiales del delito, la prueba indiciaria resulta idónea y única para determinar la responsabilidad, pues aquella compagina elementos debidamente comprobados para arribar con ellos a la certeza de otros, para efecto de endilgar responsabilidad a los inculpados”.*

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 5 de abril de 2013. Rad. nro. 1999-00217-01 (24984). C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.



**POSICIÓN DEL CADÁVER: Natural\_\_Artificial\_X\_Por establecer\_\_**

[...]

**RELATO DEL HECHO** Según informa el Señor SV. Manga Lugo Juan Carlos tropas del Batallón Contra Guerrillas N.º 2 Guajiros Compañía Esparta al mando SV. Manga se encontraban en el sector de la Y y se desplazaron a confirmar versiones de presencia de grupo armado ilegal en el Sector de la Parte Alta del Naranjal, en desplazamiento se encuentra con miembros del frente 19 de las FARC quienes dispararon a la tropa y en la reacción fue dado de baja **el particular**<sup>50</sup>. [Resalta la Sala].

Adicionalmente, en el “Informe técnico de necropsia médico legal N.º 2006P-02040500094”, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Norte – Seccional Magdalena – Sede Santa Marta, da cuenta de que el cadáver del señor Tous Carbonó fue entregado sin ningún tipo de información o elemento físico que pudiere haberse extraído de la escena de los hechos.

*“I. INFORMACIÓN DISPONIBLE AL MOMENTO DE INICIAR LA NECROPSIA*

*[...] No describe de evidencias recolectadas en la escena. [...]*

*EVIDENCIAS RECIBIDAS CON EL CADÁVER: Ninguna.*

*[...]*

*VII. CADENA DE CUSTODIA*

*Muestras entregadas a la autoridad: Ninguna.*

*Elementos entregados a la familia: Ninguna*

*Muestras dejadas en reserva: Tipo de muestra – Sangre total de vaso periférico. Recipiente: Tubo Tapa lila. Destino LABORATORIO DE BIOLOGÍA (Regional Norte - Barranquilla).*

*DISCUSIÓN*

*[...] No información descrita de la escena de los hechos. Anota además que fue recuperado una ojiva a nivel del hombro izquierdo. En autopsia médico-legal se recibe sin embalar el cadáver de un adulto masculino, contextura delgada, apariencia cuidada, edad aparente 30-35 años, quien presenta tres heridas por proyectil de arma de fuego [...]*

*CONCLUSIÓN*

*Mecanismo inmediato de Muerte: Choque hipovolémico*

*Causa de Muerte: Heridas por Proyectil de Arma de Fuego*

---

<sup>50</sup> Folios 45 a 48 del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

*Probable Manera de Muerte. Homicidio*<sup>51</sup>.

Finalmente, con relación a la manipulación y traslado del cuerpo del señor Tous Carbonó, dos de los testimonios ofrecidos por los soldados integrantes de la “Compañía Exparta” del Batallón Contraguerrillas N.º 2 Guajiros del Ejército Nacional, ante el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar, refirieron lo siguiente:

Diligencia de declaración jurada rendida por el soldado profesional Ramírez Oviedo Armando Rafael:

*[...] PREGUNTADO: Quién hizo el levantamiento del cadáver. CONTESTO: **mi teniente Gloria Barbosa.** [...]*<sup>52</sup>. [Resalta la Sala].

Diligencia de declaración jurada rendida por el soldado profesional Torregrosa Nieto Helmut Rubén:

*[...] PREGUNTADO: Haga un relato amplio, claro y espontáneo sobre los hechos ocurridos el día 29 de marzo de 2006 en el sector de la Vereda alto el Naranjal, corregimiento de Palomino jurisdicción del departamento de la Guajira en donde murió un sujeto, indique las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que estos hechos se presentaron. CONTESTO: [...] a eso de las 5:30 a 6:00 de la mañana hubo contacto de encuentro como de 5 a 10 minutos [...] nosotros por la parte clara en seguida procedimos a combatir el enemigo como de cinco a diez minutos duró el enfrentamiento resultado muerto un individuo después del contacto mi primero ordenó el registro del área y encontramos el cadáver del guerrillero se informó a mi Mayor parra y el posteriormente informó al batallón Córdoba. **Posteriormente trasladamos el cadáver hasta la carretera hasta donde llega la trocha del naranjal.** [...]*<sup>53</sup>. [Resalta la Sala].

De conformidad con lo anterior, la Sala concuerda con el *a quo* en que “[...] el Ejército Nacional, como autoridad competente, incumplió el deber de aseguramiento y conservación de la cadena de custodia, pues después del acaecimiento del hecho dañoso, no tomó las medidas necesarias a fin de evitar la pérdida o alteración de los elementos materia de prueba o evidencia física,

<sup>51</sup> *Ibíd.*, folios 103 a 110.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, folio nro. 62.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, folios 65 y 66.

máxime cuando quien efectúa el aseguramiento del lugar de los hechos está obligado a permanecer en el mismo, situación que no se presentó, ya que el cadáver fue trasladado del lugar en el que falleció hacia el sector de la “Y” para luego realizar el respectivo levantamiento, lo cual es un elemento predominante en estos casos<sup>54</sup>.

En efecto, al valorar las pruebas referenciadas la Sala concluye que, bajo la hipótesis de que el señor Tous Carbonó hubiere perecido por consecuencia del combate presuntamente suscitado en la vereda Naranjal del Municipio de Dibuyá - La Guajira, en ejecución de la misión táctica “Mesopotamia”, al soldado que estaba al mando de la “Compañía Exparta”, le correspondía la obligación legal de proteger y conservar intacta la escena de los hechos. Sin embargo, como pudo observarse, se procedió en contravía de ese mandato, trasladando el cuerpo del señor Tous Carbonó de la escena de los hechos sin precisar las condiciones de recolección de los elementos físicos materia de prueba hallados en la misma, y retrasando el momento para la práctica de las inspecciones y exámenes técnicos correspondientes<sup>55</sup>.

En un caso similar, la Subsección “B” de la Sección Tercera de esta Corporación, concluyó que la Policía Nacional había vulnerado la escena de los hechos, así

---

<sup>54</sup> Folios 45 a 48 del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, mediante sentencia de 27 de septiembre de 2013, Rad. N.º 1995-05276-01 (19886) (C.P: Danilo Rojas Betancourth), se estableció: “22.2. De otro lado, señalan varios informes emitidos por organismos internacionales que los agentes estatales suelen alterar la escena de los hechos, visten a las víctimas de guerrilleros, ponen armas en sus manos, y acuden a artimañas similares para hacer parecer a los civiles como muertos en combate. Señala el informe del ACNUDH para el año 2006: “Se registraron casos en que los propios mandos habrían apoyado la acción de vestir a las víctimas con atuendos de guerrilleros para ocultar los hechos y simular una muerte en combate.” (Informe anual del ACNUDH, año 2006, párr. 25, en Informe preliminar fiscalía de la CPI, noviembre de 2012, p. 33.) 22.3. El relator de la ONU para ejecuciones extrajudiciales también dejó consignado que: (...) Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate. Las víctimas son presentadas por los militares y anunciadas a la prensa como guerrilleros o delincuentes abatidos en combate. A menudo se entierra a las víctimas sin haberlas identificado (bajo nombre desconocido), y en algunos casos en fosas comunes. (Informe del relator de ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, del 31 de marzo de 2010, op-cit.)”.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, Rad. N.º 1996-01277-01 (19289). C.P: Enrique Gil Botero. Ciertamente, quien realizó el levantamiento del cadáver fue la fiscalía 171 seccional de Medellín, que lo hizo en la unidad intermedia de Belén y no en el sitio de los acontecimientos. El episodio ocurrió alrededor de las 9:10 de la mañana y sólo hasta las 2 de la tarde, el suboficial Upequí, involucrado en el hecho, aportó el revólver y las vainillas incriminadas, nunca se precisaron las condiciones de recolección de las mismas, como tampoco la manera como fueron embaladas y recolectadas. (Resalta la Sala).

como la cadena de custodia de los elementos objeto de investigación<sup>56</sup>, al encontrar que:

*[...] las pruebas técnicas dan cuenta de la violación de la cadena de custodia y de la escena de los hechos, como pasa a explicarse. [...]. Como se observa, la entidad pública demandada no cumplió con la cadena de custodia de uno de los elementos físicos materia de investigación, como lo era la motocicleta en la que se transportaban los agentes de policía Braulio Londoño Alzate y Fernando Sarria Sandoval la noche de los hechos. Al contrario, las evidencias que registraba la motocicleta fueron alteradas, pues las huellas que dejó uno de los disparos fue cubierta con soldadura, lo que impidió el análisis de la trayectoria del proyectil. **La autenticidad, identidad y estado original de la prueba no fueron conservadas por las personas que intervinieron en su recolección, vigilancia y protección, como era el deber de los miembros de la entidad pública demandada, toda vez que el mencionado vehículo estaba en las instalaciones del Comando de Policía de Santander de Quilichao.** [...]*

*En estas condiciones, la Sala encuentra que hay elementos suficientes para considerar que la entidad pública accionada es responsable de la muerte de los señores Héctor Fabio Herrera Silva y Jaime Arturo Granada, pues **le correspondía tomar las medidas necesarias para salvaguardar la escena de los hechos y, por ende la cadena de custodia de los elementos allí encontrados, con el objeto de que se demostraran plenamente las***

<sup>56</sup> “En los términos del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal vigente para la fecha de los hechos- “los bienes que se encuentren vinculados a un proceso penal o que sin estarlo sean aprehendidos por las autoridades facultadas para ello, no podrán ser utilizados por éstas, y deberán ser puestos inmediatamente a órdenes de la Fiscalía” (parágrafo 1º artículo 60). Así mismo, la norma en cita señala que no podrá ser alterada “la escena de los hechos mientras la autoridad practica una inspección del cadáver y del lugar con el fin de establecer la forma en que ocurrió la muerte y las demás circunstancias que presente” (art. 335 *ibidem*). [en el pie de página correspondiente:] El Decreto 2700 de 1991 fue derogado por la Ley 600 de 2000, que expresamente consagra el deber de aplicar la cadena de custodia a los elementos físicos materia de prueba, para garantizar la autenticidad de los mismos, acreditando su identidad y estado original, las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos, así mismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio. La cadena de custodia se inicia en el lugar donde se obtiene, encuentre o recaude el elemento físico de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Siendo responsables de la aplicación de la cadena de custodia todos los servidores públicos y los particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo al personal de servicios de salud, que dentro de sus funciones tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación (art. 288). En los eventos de conductas punibles relacionadas con la vida e integridad personal o contra la libertad o formación sexuales, se ordenará de inmediato la protección de la escena. Ningún elemento físico podrá ser movido o modificado hasta tanto el funcionario judicial o quien haga sus veces, lo autorice. Se procederá de inmediato a inspeccionar y documentar el lugar donde sucedieron los hechos, así como el sitio donde se encuentra el cadáver y cualquier otro donde se sospeche presencia de elementos materia de prueba (art. 290 Ley 600 de 2000)”. [Subraya la Sala].

**circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los sucesos y, al no hacerlo, dejó abierta la posibilidad de inferir su participación en la causación del daño**, que, como está probado, se produjo en el marco de un operativo adelantado por miembros de la Policía Nacional, en servicio activo, en pleno ejercicio de sus funciones y en uso de sus armas de dotación oficial [...]”<sup>57</sup>.

En otra oportunidad, mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 (C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero), la Sala Plena del Consejo de Estado concluyó que el incumplimiento del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos<sup>58</sup>, constituye un **indicio grave** que obra en contra de la defensa del Ejército Nacional, así:

“14.10.4.2. El incumplimiento de esta obligación constituye un indicio grave en contra de la entidad demandada pues, si las víctimas supuestas fallecieron en el marco de una operación militar o de un enfrentamiento armado, entonces **los militares debieron haber preservado la cadena de custodia y no remover los cuerpos del lugar en el que yacieron, con lo que no se garantizó el carácter incólume de la escena de los hechos. Así, los militares decidieron desconocer el ordenamiento jurídico, pues en sus declaraciones juramentadas convergen en afirmar que, una vez cesado el combate armado, trasladaron los cuerpos por vía aérea a la base militar, lo que no permitió el aseguramiento y protección del lugar de los hechos, a fin de evitar la pérdida o alteración de los elementos materia de prueba o evidencia física**”<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 28 de febrero de 2013, Rad. N.º 2000-02546-01 (26866). C.P: Stella Conto Díaz del Castillo. En el mismo sentido, Subsección “C”, sentencia de 9 de mayo de 2011, Rad. N.º 1996-00588-01 (20787) C.P: Enrique Gil Botero.

<sup>58</sup> Artículo 335. Identidad del occiso. “En caso de muerte violenta no podrá ser movido el cuerpo ni alterada la escena de los hechos mientras la autoridad practica una inspección del cadáver y del lugar con el fin de establecer la forma en que ocurrió la muerte y las demás circunstancias que presente. // En seguida procederá a identificarlo y ordenará que se practique la necropsia, para que se determine la causa de la muerte. Con el fin de facilitar la actuación del médico perito en todos los casos se enviará el acta de inspección realizada conjuntamente con el cuerpo del occiso. //No se inhumará el cadáver sin que se haya realizado la correspondiente necropsia. // En caso de accidente en lugar alejado, la diligencia de identificación del occiso, cuando no fuere posible la presencia del funcionario instructor o de la policía judicial, se hará por cualquier funcionario público o en su defecto por cualquier ciudadano, de lo cual se levantará un acta que entregará a la autoridad competente”.

<sup>59</sup> Consejo de Estado Sala Plena Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 Rad. nro. 1999-01063-01 (32988) C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Por último, antes de pasar a estudiar el siguiente documento, la Sala recuerda que, tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado, como la Corte Constitucional, han coincidido en que la manipulación de la escena de los hechos constituye uno de los indicios que deben ponderarse en conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica, a la hora de establecer la responsabilidad patrimonial administrativa por causa de una ejecución extrajudicial.

*[...] Ahora bien, la Sala advierte que en el sublite, existen elementos que permiten considerar que se está ante un típico ejemplo de la especie de ejecuciones extrajudiciales que ha venido a conocerse bajo el nombre de falsos positivos.*

*En primer lugar, **el hecho mismo de que un civil sin vínculo conocido con la subversión aparezca reportado muerto en combate, acompañado por la alteración en la escena del crimen y reportes ajenos a la realidad, dan lugar a sostener que se trata de una víctima más de ejecución extrajudicial**, pues, aunque prescindiendo de consideración alguna del contexto del conflicto, cabría admitir que el registro podría deberse a un error, ello parecería muy poco probable, dentro de un entorno histórico, político y social en el que ya se ha demostrado la existencia de dicha práctica por parte de miembros de la Fuerza Pública.*

*[...] Así las cosas, **se puede tener por cierto que el alegado enfrentamiento jamás ocurrió y que el arma, reportada en posesión del señor Uni Gironza, realmente fue introducida y así mismo, alterada deliberadamente la escena del crimen**. Tampoco puede dejar de advertir la Sala que **el señor Uni Gironza fue reportado inicialmente como NN, hecho que también coincide con los patrones delictivos a los que se hace mención**. [...]"<sup>60</sup>.*

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-535 de 20 de agosto de 2015 (M.P: Alberto Rojas Ríos), sostuvo:

*“En la legislación nacional no se encuentran tipificadas como tal las ejecuciones extrajudiciales, motivo por el cual la adecuación de la conducta delictiva se realiza como homicidio en persona protegida o como homicidio*

---

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 5 de abril de 2013, Rad. N.º 1999-00217-01 (24984). C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

agravado, según el caso. [...] Esta modalidad de crimen, ha sido comúnmente denominado en Colombia con la expresión “falsos positivos”, que alude a la ejecución extrajudicial de civiles para ser presentados como insurgentes pertenecientes a grupos armados al margen de la ley y que en el caso colombiano se han caracterizado por dos aspectos recurrentes. De una parte, que las víctimas son personas jóvenes pertenecientes a sectores sociales vulnerables y, de otra, la constante alteración de la escena del crimen con el propósito de dar visos de legalidad a las ejecuciones; por ejemplo, vistiendo con prendas militares los cadáveres de las víctimas o mediante la alteración de la escena del crimen ubicando armas de uso privativo de la fuerza pública. Es decir, que los llamados “falsos positivos” son una especie de las ejecuciones extrajudiciales”. [Resalta la Sala].

**2.7.4.3.** Ahora bien, el dictamen nro. 292074<sup>61</sup>, emitido por Franklin Aniano Muñoz Cárdenas, investigador criminalístico VII del Cuerpo Técnico de Investigación –C. T. I.- de la Fiscalía General de la Nación, en razón del examen de absorción atómica realizado sobre las manos del cadáver correspondiente a la identidad del señor Nelson Enrique Tous Carbonó, y que tuvo por destinatario el Juzgado Diecinueve de Instrucción Penal Militar de Santa Marta, arrojó los siguientes resultados:

**“PERSONA MUESTREADA**

Nombre NN MASCULINO.

[...]

**RESULTADOS DORSO DERECHO**

BARIO (Ba)	Negativo
ANTIMONIO (Sb)	Positivo
PLOMO (Pb)	Positivo
RELACIÓN ANTIMONIO / BARIO	Negativo

**RESULTADOS PALMA DERECHA**

BARIO (Ba)	Positivo
ANTIMONIO (Sb)	Negativo
PLOMO (Pb)	Negativo
RELACIÓN ANTIMONIO / BARIO	Negativo

**RESULTADOS DORSO IZQUIERDO**

BARIO (Ba)	Negativo
------------	----------

---

<sup>61</sup> Folios 121 y 122 del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

ANTIMONIO (Sb)	Positivo
PLOMO (Pb)	Positivo
RELACIÓN ANTIMONIO / BARIO	Negativo
<b>RESULTADOS PALMA IZQUIERDA</b>	
BARIO (Ba)	Negativo
ANTIMONIO (Sb)	Positivo
PLOMO (Pb)	Positivo
RELACIÓN ANTIMONIO / BARIO	Negativo

**COMPATIBILIDAD ESTADÍSTICA CON RESIDUOS DE DISPARO EN MANO**

CONCLUSIÓN **INCOMPATIBLE CON RESIDUOS DE DISPARO EN MANO**". [Resalta la Sala].

Los anteriores resultados reflejan que el señor Tous Carbonó no accionó el arma que aparentemente le fue encontrada al término del combate que habría tenido lugar en la vereda el Naranjal del Municipio de Dibulla – La Guajira, lo que en sí mismo sugiere la inexistencia de tal enfrentamiento, toda vez que, bajo el supuesto de que el señor Tous Carbonó fuere integrante de las F. A. R. C., ¿Por qué habría desistido de la posibilidad de disparar al verse envuelto en las hostilidades narradas por los soldados de la "Compañía Exparta"? En efecto, la experiencia indica que una persona integrante de un grupo alzado en armas, adiestrado en armamento y táctica militar, encontrándose inmerso en un combate, para sobrevivir al mismo, haría uso del armamento con el que contare<sup>62</sup>.

No obstante lo anterior, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira, optó por restarle eficacia probatoria al examen de absorción atómica practicado por el C. T. I., por cuanto no fue realizada sino transcurridas más de siete horas a partir del deceso del señor Tous Carbonó, hecho que, a su juicio, le arrebató confiabilidad.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia de 6 de junio de 2012 Rad. N.º 1999-00867-01 (22451). C.P: Mauricio Fajardo Gómez. "De otra parte, en relación con la supuesta presencia de un arma de fuego junto al cadáver de la víctima y a otros documentos que llevaron al Comandante del Batallón Cisneros a catalogar al señor Odilio Sánchez como miembro de las FARC, (...) Conviene adicionar la consideración, no menos significativa, de que la prueba de absorción atómica practicada al cadáver de la víctima el día de los hechos resultó negativa respecto de ambas manos, cuestión que aleja, aún más, el hecho de que la víctima se hubiere enfrentado con los agentes del Estado a través de un arma de fuego que, por demás, no se probó realmente que hubiere existido a su cargo".



Lo que pasó por alto el Tribunal demandado fue que si la prueba de absorción atómica no fue practicada de manera oportuna o si en últimas se realizó sin la conservación o embalaje correspondiente, es una responsabilidad atribuible, en exclusiva, al comandante de la “Compañía Exparta” del Batallón Contraguerrillas N.º 2 Guajiros<sup>63</sup>, en tanto y en cuanto, tal y como se expuso en el apartado anterior, era la autoridad encargada de “[...] *aplicar la cadena de custodia a los elementos físicos materia de prueba, para garantizar la autenticidad de los mismos, acreditando su identidad y estado original, las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos, así mismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio. [...]*. Son responsables de la aplicación de la cadena de custodia todos los servidores públicos y los particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo al personal de servicios de salud, que dentro de sus funciones tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación [...]”<sup>64</sup>.

La decisión del Tribunal accionado de demeritar la prueba de absorción atómica sin considerar simultáneamente la adulteración de la escena de los hechos, sin lugar a dudas, es una actuación que obró en beneficio de la autoridad demandada, aun cuando no se demostró que la “Compañía Exparta” hiciera lo más mínimo por protegerla.

Efectivamente, en sentencia de 11 de agosto de 2010 (C.P: Enrique Gil Botero), la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó que la prueba de absorción atómica carecía de valor probatorio, aclarando que esto se generaba como consecuencia de la “*violación de los requisitos mínimos de la cadena de custodia de la prueba*”:

*“Por lo expuesto, el asunto se reduce a determinar si Héctor Jaime Muñoz Bermúdez disparó el revólver que portaba contra el agente González (...). El*

---

<sup>63</sup> ARTÍCULO 288 de la Ley 600 de 24 de julio de 2000. “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (...)*. ARTÍCULO 290. INSPECCIÓN DE LA ESCENA. *En los eventos de conductas punibles relacionadas con la vida e integridad personal o contra la libertad o formación sexuales, se ordenará de inmediato la protección de la escena. Ningún elemento físico podrá ser movido o modificado hasta tanto el funcionario judicial o quien haga sus veces, lo autorice. Se procederá de inmediato a inspeccionar y documentar el lugar donde sucedieron los hechos, así como el sitio donde se encuentra el cadáver y cualquier otro donde se sospeche presencia de elementos materia de prueba.* (...)” [Resalta la Sala].

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 28 de febrero de 2013, Rad. N.º 2000-02546-01 (26866). C.P: Stella Conto Díaz del Castillo. “**Como se observa, la violación de la cadena de custodia incidió en el dictamen de balística**, pues algunos análisis no fueron posibles, en la medida en que no existía certeza que las armas y munición objeto de estudio hayan sido las que el personal de la Fuerza Pública “recogió” en el sitio de los hechos. [Resalta la Sala].

*primer medio técnico, para establecer si disparó el arma, era la prueba de absorción atómica a las manos del occiso, que no pudo practicarse, pues la orden de la fiscalía 171 fue tardía, siete horas después del hecho, cuando el cuerpo ya había sido entregado a los familiares. (...) Si bien existe una prueba de balística, en la que se determina que tres vainillas fueron disparadas por el revólver que portaba el occiso y que estas fueron, supuestamente, tomadas de la escena de los hechos, carece de valor probatorio, toda vez que se violaron los requisitos mínimos de la cadena de custodia de la prueba<sup>65</sup>. (...) En efecto, la supuesta agresión de Héctor Jaime Muñoz, contra los miembros de la patrulla de la Sijin, se fundamentó en que disparó el revólver que portaba, pero ninguno de los declarantes lo observó de manera directa y la prueba que podría acreditarlo, presenta graves deficiencias en la cadena de custodia".<sup>66-67</sup>*

En el mismo sentido, la Subsección "B" de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia de 29 de octubre de 2012 (C.P: Danilo Rojas Betancourt), sostuvo que:

---

<sup>65</sup> "La cadena de custodia es un método diseñado para controlar la confiabilidad de la prueba, que permite demostrar que el intercambio de evidencia ocurrió realmente en el momento del hecho. Si esto no es así, se pierde el valor probatorio de un elemento y se habla de contaminación. La cadena de custodia debe garantizar la pureza de la evidencia desde el momento mismo de la recolección, puesto que estos elementos materiales probatorios pueden finalmente convertirse en pruebas cuya legalidad debe estar garantizada para que puedan ser descubiertas y controvertidas en Juicio". En Nathalie Marulanda Paredes y otras, "La cadena de custodia ¿Una obligación para el profesional de la salud?", en revista Médico Legal, 2006, N°31, [http://www.medicolegal.com.co/ediciones/1\\_2006/resp\\_jur\\_1.htm](http://www.medicolegal.com.co/ediciones/1_2006/resp_jur_1.htm).

Si bien fue expedido con posterioridad, el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, establece sobre el punto:

**"Aplicación.** Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

"La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.

"Parágrafo. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos".

<sup>66</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, Rad. N.º 1996-01277-01 (19289). C.P: Enrique Gil Botero.

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 9 de mayo de 2011, Rad. N.º 1996-00588-01 (20787) C.P: Enrique Gil Botero. "Aún cuando las versiones descritas son contradictorias y adicionalmente, en el acta de levantamiento del cadáver se consignó que el occiso portaba un arma, lo cierto es que, del acervo probatorio recaudado, no se probó que el señor Calle Maldonado hubiera disparado. (...). Además de lo expuesto, del estudio balístico se estableció que al arma se le realizó limpieza luego de ser disparada, conclusión que indica que la cadena de custodia de la prueba fue gravemente vulnerada". [Resalta la Sala].

“18.2.3. Además, estudiadas las pruebas que reposan en el expediente, ninguna de ellas señala que la señora Omaira Madariaga Carballo fuera integrante de grupo guerrillero alguno y/o que hubiese disparado algún arma de fuego en contra de los militares, **hecho éste cuya demostración habría podido lograrse por la vía de una prueba de absorción atómica que no fue practicada cuando el cuerpo sin vida de la señora Madariaga Carballo fue remitido a la Fiscalía de Curumaní, y que correspondía ser impulsada por la entidad demandada en la medida en que era ésta la que reputaba el carácter combatiente** de la familiar fallecida de los demandantes.

18.2.4. Debe agregarse en este punto que **el hecho de que el ejército hubiese remitido el cadáver de la señora Madariaga Carballo** –y el de otras personas- **acompañado de algunas armas de fuego y otro material de guerra, no es demostrativo de la calidad de guerrillera atribuida** a la señora Omaira Madariaga Carballo, pues –se insiste- en el proceso no se demostró que ésta hubiese disparado el arma de fuego que supuestamente le había sido incautada y, **además, cuando los efectivos militares movieron los cadáveres de los sitios donde cayeron, borrarón con ello toda evidencia que pudiera señalar que se trataba de combatientes muertos con ocasión de un enfrentamiento armado**, circunstancia respecto de la cual la Sala ya concentró su atención en un aparte anterior de esta providencia<sup>68</sup>.

Ahora bien, aun cuando la prueba de absorción atómica hubiere arrojado resultado positivos, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido enfática en que ello no genera la certeza de que el cuerpo examinado, estando en vida haya disparado el arma con la que fue encontrado en la escena de los hechos, por las razones que pasan a exponerse:

“[...] Destaca la Sala que, en cuanto a la interpretación de la referida prueba [análisis instrumental para residuos de disparo por absorción atómica], la doctrina ha señalado que cuando un arma es disparada son expelidos a su alrededor vapores y materiales, los cuales pueden encontrarse en el cuerpo, en especial en las manos, de la persona sometida al análisis “bien sea por acción directa de un disparo, por haber disparado un arma de fuego o haber

---

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 29 de octubre de 2012, Rad. N.º 1999-00274-01 (21377) C.P: Danilo Rojas Betancourt.

recibido el impacto o por estar cerca de quien disparó o de quién fue afectado por el disparo”<sup>69</sup>.

Lo anterior permite afirmar que **la prueba de absorción atómica por sí sola no es indicativa, en grado de certeza, de que una persona haya disparado un arma, sino que el resultado positivo da fe de una gran probabilidad de que se haya manipulado un arma de fuego, como quiera que en algunas ocasiones puede darse un falso positivo, en tanto, el resultado puede ser el mismo si la persona examinada estuvo cerca de alguien que disparó o de quien recibió el disparo, así como por la manipulación de elementos que contengan las trazas características del disparo, tales como explosivos a base de pólvora, por ejemplo.**

En igual sentido, los autores Pedro López Calvo y Pedro Gómez Silva, respecto de la prueba de absorción atómica indican que “la respuesta obtenida permite a la autoridad solicitante saber si los residuos encontrados corresponden o no a residuos de disparo, después de haberse comparado con los rangos obtenidos mediante la estandarización previa realizada al equipo”<sup>70</sup>.

Conforme a lo anterior, considera la Sala que **la posibilidad de determinar si una persona disparó un arma de fuego, depende no sólo del resultado de una prueba de absorción atómica que revele la presencia de residuos compatibles con los de disparo, sino también, de la existencia en el proceso de otros medios de convicción que permitan aceptar como plausible la ocurrencia de tal hecho. [...]**<sup>71-72</sup>

<sup>69</sup> HINCAPIE ZULUAGA, José G. *Balística Avanzada. Consideraciones para la Aplicación de la Balística a la Investigación de los Delitos Contra la Vida*. Ediciones Librería del Profesional. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia. Primera edición 2000, (Pág. 169).

<sup>70</sup> CALVO LOPEZ, Pedro & SILVA GOMEZ, Pedro. *Investigación y Criminalística*. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, Colombia, 2000, (Pág. 212).

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia de 13 de noviembre de 2013, Rad. N.º 2001-01988-01 (30376). C.P: Hernán Andrade Rincón.

En el mismo sentido, mediante sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Rad. N.º 2000-00027-01 (29774)), la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado (C.P: Stella Conto Díaz del Castillo), sostuvo que: “2.3.2.9 Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la prueba de absorción atómica positiva únicamente da cuenta de la presencia de los elementos químicos de los residuos que dejan los disparos, lo que en este caso puede obedecer a la cantidad que se hicieron, pero **no necesariamente permite colegir el accionar de un arma de fuego, situación que solo puede ser establecida a través de su valoración con los restantes elementos probatorios y las circunstancias específicas de cada situación**, aspectos que en el subjuicio como ha quedado explicado, no permiten llegar a la conclusión a la cual arribó la demandada. Así, la aludida prueba a la luz de los restantes medios de convicción, no resulta concluyente para señalar que el fallecido hubiese participado activamente en los hechos en los que perdió la vida y por lo tanto,

En conclusión, si de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos como el que de ahora se ocupa la Sala, el operador judicial respectivo tiene el deber de analizar el resultado positivo del examen de absorción atómica, en conjunto con otros medios de prueba en aras de esclarecer si la persona realmente accionó el arma de fuego que fue encontrada en su poder al tiempo de su muerte, toda vez que dicha prueba, al respecto, no es del todo concluyente, con mayor razón el Tribunal demandado se veía compelido a desarrollar un análisis probatorio en tal sentido, comoquiera que se encuentra plenamente acreditado que el no poder contar con unos resultados verídicos en cuanto a la prueba de absorción atómica, derivó del incumplimiento del deber legal de la “Compañía Exparta” de conservar la cadena de custodia de los elementos físicos objeto de prueba hallados en la escena de los hechos. Circunstancia esta que, por demás, afianza la idea de que el señor Tous Carbonó no accionó el arma de fuego que le fue hallada y, por consiguiente, que tampoco tuvo participación en un supuesto enfrentamiento armado.

**2.7.4.4.** Por último, en el capítulo IV del “[...] Informe técnico de necropsia médico legal N.º 2006P-02040500094”<sup>73</sup>, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Norte – Seccional Magdalena – Sede Santa Marta, describió la localización, características y trayectoria de las heridas por proyectil de arma de fuego recibidas por el señor Tous, así:

---

*aparece desvirtuada la causal del hecho de la víctima con la cual se trató de exculpar el INPEC”.* (Resalta la Sala).

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 27 de marzo de 2014 Rad. N.º 2000-02123-01 (25577)B C.P: Danilo Rojas Betancourt.

En el mismo sentido, mediante sentencia de 23 de mayo de 2012 (Rad. N.º 2001-00297-01 (24325)), la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado (C.P: Mauricio Fajardo Gómez), se afirmó que: “Para esta Subsección, la sola circunstancia de que la prueba de absorción atómica practicada a la muestra que se tomó de las manos del señor William Ortega Álvarez, **no resulta indicativo, per se, de que hubiera accionado un arma y mucho menos de que tuvo una participación directa y efectiva en los hechos del 8 de diciembre de 1999.** En efecto, como se expuso en la relación de pruebas descrita con anterioridad, obra en el expediente un documento que contiene la explicación de la metodología y la interpretación de los resultados que se obtienen de la prueba de absorción atómica, según el cual si bien dicha técnica instrumental resulta altamente confiable para efectos de determinar la presencia de elementos químicos provenientes de los residuos de la pólvora, el fulminante y la aleación del proyectil, lo cierto es que **con dicho método “no [se] permite determinar que éstos [elementos químicos] se hayan adquirido realmente por disparar un arma de fuego”, motivo por el cual, “los resultados de estas pruebas no constituyen una plena y única prueba, por lo tanto debe ser analizada a la luz de todas las circunstancias que rodearon los hechos motivo de investigación”.** (...) Así las cosas, según lo antes expuesto, para determinar si una persona accionó, o no, un arma de fuego, no resulta suficiente tener en cuenta, única y exclusivamente, la prueba de absorción atómica con resultados positivos, dado que **esta prueba debe estudiarse de conformidad con los demás elementos de juicio presentes en el proceso correspondiente**.” (Resalta la Sala).

<sup>73</sup> Folios 103 a 110 del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

“IV. DESCRIPCIÓN ESPECIAL DE LESIONES

DESCRIPCIÓN HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO DE CARAGA ÚNICA

- 1.1. Or  
**ificio de Entrada: de forma ovalado de 10.8 cm den** (sic) **diámetro**, localizada **en hemitórax derecho** a 42 cm del vertex y 2.5. cm de la línea anterior.
- 1.2. Or  
**ificio de Salida: se observa herida de 0.5 cm, localizada en cara externa de hombro izquierdo** (según acta de levantamiento **fue recuperado ojiva a este nivel**)
- 1.3. Le  
*siones: Herida en piel, tejido subcutáneo y muscular, fractura de esternón, perforación de la pleura, laceración severa de lóbulo pulmonar superior, hemotorax masivo de 1500 ml. Fractura de según (sic) y tercer arco costal de reja costal izquierda, fractura de hueso humero izquierdo, hematoma severo en hombro y hemitórax superior izquierdo.*
- 1.4. Tr  
*ayectoria: Plano sagital: derecha a izquierda. Plano coronal: antero-posterior. Plano transverso: ínfero-superior.*
- 2.1. Or  
**ificio de Entrada: De forma circular de 0.5 cm de diámetro, con anillo de contusión**, sin residuo de pólvora, localizada **en región dorso derecha con línea axilar posterior** a 34 cm del vertex y 21 cm de la línea media posterior.
- 2.2. Or  
**ificio de Salida: Herida anfractuosa de 7 por 3.8 cm, bordes evertidos, localizada a nivel subescapular derecho** a 44 cm del vertex y 7 cm de la línea media posterior.
- 2.3. Le  
*siones: Herida en piel, tejido subcutáneo y muscular, sin lesiones vasculares ni óseas.*
- 2.4. Tr  
*ayectoria: Plano sagital: derecha a izquierda. Plano coronal: antero-posterior. Plano transverso: supero-inferior.*

- 3.1. Or  
*ificio de Entrada: De forma circular de 0.5 cm de diámetro, **con anillo de contusión** sin residuo de pólvora, localizada **en tercio proximal de brazo derecho** a 38 cm del vertex.*
- 3.2. Or  
*ificio de Salida: De forma ovalada de 1.2 por 0.7 cm, bordes evertidos, equimosis de color violácea alrededor, localizada en **pliegue posterior axilar derecho** a 34 cm del vertex.*
- 3.3. Le  
*siones: Herida en partes blandas, sin lesiones óseas ni vasculares.*
- 3.4. Tr  
*ayectoria: Plano sagital: derecha a izquierda. Plano coronal: antero-posterior. Plano transverso: ínfero-superior. [...] (Resalta la Sala)”.*

Adicionalmente, en el informe nro. 1309<sup>74</sup>, suscrito por Arling Vargas Palacio, en su calidad de investigador criminalístico I código 8831, y Eduardo Velandia Pinto como coordinador de criminalística del C. T. I., se realizó un registro fotográfico del cadáver del señor Tous Carbonó junto con los elementos que le habrían sido encontrados en la escena de los hechos, el cual quedó plasmado en el álbum fotográfico nro. 0187. En lo relativo a las fotografías de las heridas del cuerpo sin vida del señor Tous Carbonó, se precisaron los siguientes comentarios:

“[...] *IMAGEN N.º 9. se observa **quemadura en región pectoral.***  
*IMAGEN N.º 10. orificio en **región proximal brazo derecho.***  
*IMAGEN N.º 11. se observa fractura en fémur izquierdo.*  
*IMAGEN N.º 12. se observa orificio en **región axilar derecha.***  
*IMAGEN N.º 13. se observa orificio en hombro derecho y se detalla la ojiva sobre la piel.*  
*IMAGEN N.º 14. secuencia de la imagen hombro derecho y en el cual al moverlo expulso una ojiva. a cual esta señalada por una flecha.*  
*IMAGEN N.º 15. **hematomas en antebrazo y parte del tórax.***  
*IMAGEN N.º 16. orificio en región dorsal derecha.*  
[...]”.(Resalta la Sala).

Vistos los anteriores documentos, la Sala adquiere certeza de que fueron tres los impactos de bala que le fueron propinados al señor Tous Carbonó en la escena de

<sup>74</sup> Folios 123 a 131 del Cuaderno digital “Consejo de Estado”.

los hechos. El primero ingresó por la región del pectoral derecho y, atravesando la cavidad torácica, salió por el hombro izquierdo. A diferencia de lo observado por el Tribunal accionado, la Sala encuentra que **esta herida se caracteriza por tener un orificio de entrada ovalado de un poco más de diez centímetros (10 cm) de diámetro, acompañada de una quemadura**. El segundo proyectil penetró por el área axilar derecha del *de cujus*, saliendo expulsado por la región baja del omoplato o subescapular. Y la tercera munición se internó a la altura del brazo derecho, despidiéndose por el pliegue axilar posterior del mismo brazo. **Las lesiones de ingreso de los últimos dos proyectiles retratados, se caracterizan por tener sendos anillos de contusión**.

Mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 (C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero), la Sala Plena del Consejo de Estado analizó las características que acompañaban las heridas mortales causadas por proyectil de arma de fuego padecidas por dos personas, para llegar a la conclusión de que esos impactos les fueron propinados a corta distancia; indicio que, sumado a otros, como el de la alteración de la escena de los hechos, conllevó a la conclusión de que su muerte fue producto de una ejecución extrajudicial atribuida al Ejército Nacional, así:

“[...] 14.10.3.3. El deceso de los señores Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Montoya fue consecuencia de una ejecución sumaria o arbitraria cometida por los miembros de la fuerza pública, pues al revisar la necropsia al cadáver del señor Alberto Antonio Valle, se observa que al occiso se le propinó unas heridas de bala de arma de fuego de carga única de alta velocidad la cual presenta **bordes quemados de 2x3,2 cms** en el lado derecho del cuello y fractura en el dedo índice izquierdo (V. párr. 8.10 –necropsia n.º 97-177). Por su parte, al revisar la necropsia del señor Heliodoro Zapata Montoya se observa que el cuerpo presenta orificios de entrada de proyectiles de arma de fuego en el tórax anterior izquierdo, todos con bordes regulares, invertidos y **bandaleta contusiva o anillo de contusión**, penetrantes al tórax. **Estas características de heridas, con bordes quemados o anillo de contusión, por lo menos, representan disparos de arma de fuego que fueron hechos a corta distancia entre la boca del arma y el lugar del impacto**. Ergo, este desarrollo hipotético de la situación fáctica no coincide con la versión de los militares encartados que aseguraron que la muerte de los presuntos



guerrilleros se dio en una confrontación armada los cuales se encontraban a más de 50 metros de distancia (V. párr.8.18.1.3.4)<sup>75</sup>. (Resalta la Sala).

En sentencia de 26 de junio de 2014 (C.P: Danilo Rojas Betancourth), la Subsección “B” de la Sección Tercera de esta Corporación determinó que la herida fatal sufrida por la víctima fue por un proyectil disparado a corta distancia:

*“23.3.1.2. En la herida fatal sufrida por el señor Edilberto Patiño –párr. 11.10.3–, por su parte, está presente un rasgo indicativo de que el tiro homicida fue efectuado a corta distancia. **Dicho signo está representado por el ahumamiento visible en el orificio de entrada del proyectil, plasmado en los labios del aludido, evidencia frente a la cual resulta inverosímil pretender afirmar que un disparo de estas características, recibido desde cerca y en la boca, ocurrió cuando el supuesto guerrillero se encontraba en actitud de combate**”.*<sup>76</sup>

Finalmente, mediante sentencia de 30 de abril de 2014, la misma Corporación señaló:

*“24.1.3. Al respecto, **no son creíbles las versiones de** los soldados voluntarios Rigoberto Ninco Zuñiga, Jhon Fredy Guevara y José Leonardo Molina, que fueron los que dieron “de baja” al señor Martín Gildardo Argote, pues dijeron **que los disparos fueron a larga distancia, mientras que la necropsia deja en claro que se trató de disparos a corta distancia, pues en el cuerpo del occiso se encontraron “Tatuaje no penetrante en región occipital izquierda. Tatuaje no penetrante en región pectoral izquierda...”** (se resalta), y **que con muy baja probabilidad podría darse al calor de un enfrentamiento armado con armas largas.***

[...]

*24.1.7.2. Los testimonios tampoco concuerdan con las necropsias realizadas a los señores Martín Gildardo Argote y Henry Sapuyes Argote, ya que las*

<sup>75</sup> Consejo de Estado Sala Plena Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 Rad. nro. 1999-01063-01 (32988) C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 26 de junio de 2014. Rad. nro. 1997-05523-01 (24724) C.P: Danilo Rojas Betancourth.

En el mismo sentido, Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de unificación de 11 de septiembre de 2013. Rad. nro. 1994-07654-01 (20601) C.P: Danilo Rojas Betancourth.

heridas propinadas a ellos, son clara evidencia del estado de indefensión en el que se encontraban los occisos frente a quienes les dispararon. Igualmente, **los tatuajes que fueron encontrados en el cuerpo del señor Martín Gildardo Argote, evidencian que quienes le propinaron esas heridas letales se encontraban a una corta distancia**, y no como lo quieren hacer ver los soldados en sus testimonios, en los que algunas veces se dice que estaban a 10 metros y otras a 50 metros<sup>77</sup>.

En atención a la citada jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, a los documentos que describieron las particularidades de las heridas sufridas por el señor Tous Carbonó y a lo que refleja la experiencia, la Sala no puede sino concluir que aquellas heridas son producto de disparos de proyectil de arma de fuego que fueron infligidos a corta distancia. Es decir que se ven desvirtuadas las afirmaciones de los soldados pertenecientes a la “Compañía Exparta”, en el sentido de que el señor Tous Carbonó fue “dado de baja” en el marco de un combate<sup>78</sup> suscitado con el grupo de las F. A. R. C.

**2.7.4.5.** Frente a todo lo ya analizado, la Sala concluye que el Tribunal demandado desconoció el derecho al debido proceso de los actores, comoquiera que realizó un examen aislado y selectivo de los medios de prueba obrantes en el expediente, al darle todo el valor probatorio a las declaraciones de los soldados implicados en los hechos acaecidos el 29 de marzo de 2006 en la

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 30 de abril de 2014. Rad. nro. 1993-07386-00 (28075) C.P: Danilo Rojas Betancourth.

<sup>78</sup> “Con base en este contexto, la Sala aprecia los criterios que convencional, constitucional y jurisprudencialmente se han establecido para poder adecuar la responsabilidad por falla en el servicio de las entidades demandadas por la muerte violenta de Pedro Antonio Infante Largo ocurrida el 18 de diciembre de 2007 en la vereda la Ventura, municipio de Timba, Cauca: (1) **se produjo en el marco de una orden de operaciones** de la Compañía A del Batallón de Ingenieros N.3 “Coronel Agustín Codazzi” **para neutralizar a una columna guerrillera**; (2) **las declaraciones de los miembros de las tropas que participaron en los hechos no permiten establecer con un mínimo de certeza que hubo un combate** por las razones expuestas; (3) **se reportaron los hechos por el comandante de la unidad militar, afirmando que había tenido un contacto, combate o enfrentamiento armado, siendo identificada la víctima como miembro de la guerrilla de las FARC y dada de baja en el presunto combate**; (4) **no se demostró la actividad ilícita** de Infante Largo, **o participación en algún grupo armado insurgente**; (5) **la escena de los hechos al parecer fue modificada y el levantamiento de cadáver, realizado horas después por el CTI, fue llevada a cabo de forma rápida, lo que razonable y ponderadamente pudo afectar la preservación de las pruebas existentes**.

De esta manera, la Sala de Subsección **examinadas conjunta, armónica, contrastada y coherentemente, y en aplicación del principio de la sana crítica a todos los medios probatorios, y basada en las anteriores conclusiones, encuentra que el daño antijurídico es atribuible fáctica y jurídicamente a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por la falla en el servicio que derivó en la muerte violenta de Pedro Antonio Infante Largo**”. [Resalta la Sala]. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 10 de noviembre de 2016. Rad. nro. 2010-00115-01 (56282) C.P: Jaime Orlando Santofimimo Gamboa. En el mismo sentido, sentencia de 7 de septiembre de 2015. Rad. nro. 2010-00178-01 (47671) C.P: Jaime Orlando Santofimimo Gamboa.

vereda Naranjal del Municipio de Dibulla del Departamento de La Guajira, y restarle eficacia probatoria: al “*Acta de inspección judicial con examen de cuerpo N.º 07*” en lo relativo a la alteración de la escena de los hechos; al “*informe técnico de necropsia médico legal N.º 2006P-02040500094*” del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en lo relativo a las peculiaridades de las heridas que le fueron propinadas al señor Tous Carbonó; al Dictamen nro. 292074 de residuos de disparo en mano practicado por el Cuerpo Técnico de Investigación C. T. I. de la Fiscalía General de la Nación; y al informe nro. 1309 contentivo del registro fotográfico nro. 0187 del mismo cuerpo investigativo.

En efecto, el Tribunal optó por apartarse del deber establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en casos de ejecución extrajudicial, consistente en examinar integralmente la totalidad de los medios de prueba incorporados al expediente, de manera armónica y coherente y en atención a las reglas de la sana crítica, habida cuenta de la inexistencia de pruebas directas que revelaren el acaecimiento de una ejecución extrajudicial.

Valga aclarar que por el mero hecho de que los militares involucrados en el homicidio del señor Tous Carbonó hayan afirmado que los habitantes de la vereda Naranjal hayan denunciado la presencia de las F. A. R. C. en ese territorio, no es un elemento idóneo –como lo consideró el Tribunal accionado– para concluir de manera categórica que en la escena de los hechos se presentó un enfrentamiento armado entre miembros del Ejército Nacional y grupo ilegal mencionado, y mucho menos que el señor Tous Carbonó efectivamente hiciera parte del mismo. Por lo expuesto, se hace patente la configuración del defecto fáctico invocado por los actores, motivo por el cual la Sala procederá a conceder el amparo al debido proceso; a dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia proferida el 26 de julio de 2016 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de La Guajira y, en su lugar, se le ordenará a esta corporación judicial que profiera una nueva decisión teniendo en cuenta los razonamientos expuestos en esta providencia, así como el deber de valoración conjunta, armónica, coherente y en observancia de las reglas de la sana crítica de la totalidad de los medios probatorios debidamente allegados al proceso, contenido en la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

PRIMERO: **AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso de los señores Manuel Joaquín Tous Yance y Mary Luz Carbonó Martínez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de 22 de junio de 2017, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de La Guajira, en el marco del proceso contencioso con pretensión de reparación directa radicado bajo el nro. 2013-00030-01.

TERCERO: En consecuencia, se **ORDENA** a la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de La Guajira que, en un término no mayor a 48 horas contado a partir de la notificación de este fallo, proceda a proferir una nueva sentencia teniendo en consideración tanto los razonamientos expuestos en esta providencia, como el deber de valoración conjunta, armónica, coherente y en observancia de las reglas de la sana crítica de la totalidad de los medios probatorios debidamente allegados al proceso, contenido en la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

CUARTO: **NOTIFÍQUESE** la presente providencia a los interesados por el medio más expedito en los términos del Artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada la sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley nro. 2591 de 1991, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Por secretaría, dentro del término de ley, envíese a la Corte Constitucional para que se surta la eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017).

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

**Presidente**

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**