

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE FALSOS POSITIVOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA*

EVIDENCE FLEXIBILITY IN CASES OF FALSE POSITIVES IN COLOMBIAN JURISPRUDENCE

FLEXIBILIZAÇÃO PROBATÓRIA EM CASOS DE FALSOS POSITIVOS NA JURISPRUDÊNCIA COLOMBIANA

DANY STEVEN GÓMEZ AGUDELO**

JUAN ESTEBAN AGUIRRE ESPINOSA***

PAULA ANDREA MALAVERA PINEDA****

BRYAN STIVEN VÁSQUEZ MORENO*****

JULIÁN CAMILO GIRALDO NARANJO *****

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a15

* Este artículo es un resultado de la investigación denominada “Efectivización de las garantías constitucionales en la implementación de la justicia digital, durante la pandemia del covid-19 en Colombia”, financiada por la Universidad Católica Luis Amigó Sede Medellín (Colombia), en el año 2023. Research Organization Registry: <https://ror.org/055d5bf90>

** Abogado de la Universidad Católica Luis Amigó. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA). Magíster en Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó. Conjuer del Tribunal Administrativo de Antioquia (Colombia). Docente de Derecho Administrativo General, Procedimiento Administrativo General y Procedimientos Especiales, Derecho Informático y Nuevas Tecnologías. Docente del Semillero de Investigación en Ciencia y Derecho. Líder del grupo de investigación Jurídicas y Sociales, en la línea de “Derecho y sociedad”, reconocido en A por Minciencias. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=YaysRIIAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2687-0146>, correo electrónico: dany.gomezag@amigo.edu.co y danygomezagudelo@hotmail.com

Resumen

Este artículo propone una revisión crítica de las decisiones del Consejo de Estado de Colombia, ya que algunos fallos al analizar la responsabilidad del Estado no han tenido en cuenta la flexibilización probatoria en casos de ejecuciones extrajudiciales, conocidos como falsos positivos. El objetivo es establecer los fundamentos dogmáticos que permiten el dinamismo probatorio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado entre 2018 y 2022 en Colombia. La metodología utilizada consistió en abordar las causas, el contexto y algunos aspectos teóricos en precedentes judiciales, y la literatura especializada sobre el tema, con el fin de comparar analíticamente la información. Se concluye que los principios de equidad y *pro homine* permiten efectuar una distribución de la carga probatoria, para lograr una justicia material de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Palabras clave: falsos positivos, flexibilización probatoria, distribución de la prueba, prueba indiciaria, responsabilidad del Estado.

*** Abogado de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Especialista en Derecho Tributario Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. Ponente y conferencista internacional. Investigador adscrito al grupo de investigación Jurídicas y Sociales, en la línea de “Derecho y sociedad”, reconocido en A por Minciencias. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=9QD3rjkAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9012-9585>, correo electrónico: aguirreespinosaesteban@gmail.com

**** Contadora pública y abogada de la Universidad Católica Luis Amigó. Especialista en Gestión y Control Tributario de la Universidad Católica Luis Amigó. Magíster en Tributación y Política Fiscal de la Universidad de Medellín. Docente universitaria y egresada del Programa de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó (Medellín, Colombia). Integrante del Semillero en Ciencia y Derecho. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=j0JtiggAAAAJ>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7856-7574>, correo electrónico: paula.malaverapi@amigo.edu.co

***** Abogado de la Universidad Católica Luis Amigó (Medellín, Colombia). Integrante del Semillero en Ciencia y Derecho. Google Scholar: ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1391-3373>, correo electrónico: bryan.vasquezmo@amigo.edu.co

***** Abogado y comunicador corporativo. Magíster en Derecho. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Antioquia. Asesor jurídico del Congreso de la República y docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=TCN3uscAAAAJ&hl=es>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3895-382X>, correo electrónico: julian-1829@hotmail.com

Abstract

This article proposes a critical review of the decisions of the Council of State of Colombia, since some rulings when analyzing the responsibility of the State have not taken into account the flexibility of evidence in cases of extrajudicial executions, known as false positives. The objective is to establish the dogmatic foundations that allow evidentiary dynamism in the jurisprudence of the Constitutional Court and the Council of State between 2018 and 2021 in Colombia. The methodology used consisted of addressing the causes, the context and some theoretical aspects in judicial precedents and specialized literature on the subject, in order to analytically compare the information. It is concluded that the principle of equity and pro homine, allow a distribution of the burden of proof, to achieve material justice for the victims of serious violations of human rights.

Keywords: false positives, evidence flexibility, indicative evidence, distribution of evidence, State responsibility.

Resumo

Este artigo propõe uma revisão crítica das decisões do Conselho de Estado da Colômbia, uma vez que alguns julgamentos ao analisar a responsabilidade do Estado não consideraram a flexibilização probatória em casos de execuções extrajudiciais, conhecidos como falsos positivos. O objetivo é estabelecer os fundamentos dogmáticos que permitem o dinamismo probatório na jurisprudência da Corte Constitucional e do Conselho de Estado entre 2018 e 2022 na Colômbia. A metodologia utilizada consistiu em abordar as causas, o contexto e alguns aspectos teóricos em precedentes judiciais e na literatura especializada sobre o tema, com o intuito de comparar analiticamente as informações. Conclui-se que os princípios de equidade e pro homine permitem efetuar uma distribuição do ônus da prova, a fim de alcançar uma justiça material para as vítimas de graves violações de direitos humanos.

Palavras-chave: falsos positivos, flexibilização probatória, distribuição do ônus da prova, prova indiciária, responsabilidade do Estado.

Introducción

El conflicto armado colombiano, reconocido oficialmente por la Ley 1448 de 2011, es el resultado de una multiplicidad de causas que fueron el germen de diversas respuestas violentas ante la pobreza, el hipercentralismo del Estado, la corrupción, la desigualdad, la concentración de la riqueza y la propiedad sobre la tierra, etc. La transversalidad de las disputas armadas ha hecho que estas parezcan como inherentes a la historia patria, de tal suerte que “al lado de un sistema de valores e instituciones liberales que emergen claramente en la década de 1810, coexisten prácticas recurrentes, circulares, de coacción y cerramiento sociales en gran escala” (Palacios, 2012, p. 26). La complejidad del conflicto colombiano se ve representada tanto por la variedad de tácticas empleadas en la guerra, como por la pluralidad de víctimas (mujeres, niños, afrodescendientes, campesinos, indígenas, población LGTBI) y de victimarios, teniendo en cuenta que los agentes del Estado participaron de manera activa en la violación de los derechos humanos de la población.

Entre 2002 y 2010 se implementó en Colombia una política de “seguridad democrática”, basada en una lógica eficientista que otorgaba beneficios a los militares según el número de bajas en combate, lo que estimuló indirectamente el incremento de las ejecuciones extrajudiciales, denominadas como falsos positivos, esto es, ciudadanos asesinados y presentados como guerrilleros caídos en combate.

En ese sentido, las víctimas indirectas de estas violaciones de los derechos humanos han acudido a los estrados judiciales para reclamar, mediante el medio de control de reparación directa, el pago de los perjuicios ocasionados por el fallecimiento en forma violenta de sus seres queridos; sin embargo, algunas autoridades les han exigido cumplir con la carga de la prueba, recaudando la evidencia necesaria para acreditar la ocurrencia de un falso positivo a manos de un agente del Estado, y lograr demostrar así la responsabilidad extracontractual del Estado para acceder a la reparación integral.

Precisamente, las condiciones de las víctimas —situaciones que ocurren generalmente en zonas rurales— hacen que desconozcan que deben recoger la prueba, y que sientan temor a sufrir retaliaciones por parte de integrantes de la fuerza pública, lo que dificulta e incluso puede impedir la recolección de las pruebas; por eso, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (Corte IDH) ha propuesto establecer una flexibilización probatoria en casos de graves violaciones a los derechos humanos, dinamizando la carga de la prueba, para que así el Estado —que cuenta con mayores medios de defensa— demuestre que no ocurrió una ejecución extrajudicial, y se haga uso, especialmente, de los indicios en favor de las víctimas.

Adicionalmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante la Sentencia SU 060 de 2021, analizó una sentencia proferida por el Consejo de Estado, con ocasión de un caso de falsos positivos. La Corte le llamó la atención al Consejo de Estado, debido a que el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no aplicó los principios de equidad y *pro homine*, ni flexibilizó la carga de la prueba en favor de las víctimas del caso, situación que hizo mucho más grave la violación de su derecho al acceso a la justicia y al debido proceso.

Por ello, la Corte Constitucional le ordenó al Consejo de Estado proferir un nuevo fallo teniendo en cuenta sus consideraciones y evitando el desconocimiento del precedente establecido en las sentencias SU 035 y 062 de 2018, efectuando una flexibilización probatoria que permitiera valorar el contexto de las afirmaciones de las víctimas de falsos positivos.

Así entonces, el objetivo general de la investigación consistió en establecer los fundamentos dogmáticos que permiten la flexibilización probatoria en casos de falsos positivos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado durante el período 2018-2022 en Colombia.

Para llevar a cabo lo anterior, se seleccionó el tipo cualitativo de investigación, esto es, se abordaron las causas, el contexto y aspectos de orden subjetivo del problema, y se escogió el paradigma dogmático jurídico, al acudir directamente a diversas fuentes formales del derecho, con miras a analizar la información encontrada, para ofrecer aportes a la comunidad académica y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Además, se utilizó la técnica o instrumento de recolección de información de la revisión documental, y se procedió a sistematizar los datos pertinentes y comparar diversas fuentes, como sentencias, la doctrina especializada, trabajos de grado y artículos publicados en revistas indexadas.

Este trabajo se compone de tres capítulos. En el primero se da cuenta de los antecedentes históricos sobre la flexibilización de la prueba en casos de falsos positivos. En el segundo, se aborda la aplicación de la prueba indiciaria en la jurisprudencia para garantizar los derechos de las víctimas.

Mientras que en el tercero, se examinan las reglas para la configuración de la flexibilización probatoria en los casos de ejecuciones extrajudiciales.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE FALSOS POSITIVOS

En Colombia, un prolongado e ideologizado conflicto armado ha exterminado y desplazado a millones de personas. Desde la época de la independencia y su proceso colonizador, el país ha sufrido diferentes disputas armadas propiciadas por las oligarquías, cuyos medios históricos reflejan una perversa apropiación de la tierra.

Después del grito de independencia en 1810, las pugnas políticas entre centralistas y federales agitaron la situación colombiana; se creó un peligroso ambiente de antagonismo, en el que los primeros proponían una constitución de corte centralista, mientras los segundos eran reticentes frente a dicha propuesta. Esta contienda produjo las primeras guerras civiles en el país durante el siglo XIX.

A finales de la década de los cuarenta del siglo XX, un proyecto político liderado por Jorge Eliécer Gaitán propició un cambio de concepción del Estado y la sociedad; la incorporación de las ideas socialistas de la época al liberalismo democrático y la posibilidad de eliminar los privilegios para las oligarquías produjeron grandes expectativas para los más desfavorecidos.

Este modo de gobierno bipartidista excluyó las posturas políticas socialistas, agravando el conflicto por la mala distribución de la tierra, lo que dio lugar a que tras las constantes luchas armadas del Ejército Nacional contra rebeldes armados en la operación Marquetalia, a la cabeza de Guillermo León Valencia, se crearan las primeras guerrillas: “de esta operación militar emerge el mito fundacional de las FARC. Las autodefensas y disidencias liberales se concretaron plenamente en una organización armada móvil, transitando de la violencia tradicional [campesina] a una violencia político-ideológica revolucionaria” (Gallego, 2010, p. 121).

Tras la constitución de las guerrillas en Colombia, que se llevó a cabo entre los sesenta y los ochenta, las políticas conservadoras han sido constantes transgresoras de derechos humanos, tanto de combatientes como de la población civil, y han justificado estas graves vulneraciones arguyendo que se han cometido en aras de limitar la expansión de las políticas comunistas, pues las ideologías marxistas diseñaban programas políticos que reclama-

ban una distribución equitativa de la tierra que poseían los grandes terratenientes, quienes ostentaban el poder político de la época.

La década del setenta evidenció la grave situación económica, política y agraria por la que atravesaba Colombia. El gobierno conservador de Misael Pastrana Borrero (1970-1974) sepultó todos los logros alcanzados en las reformas agrarias de Lleras Restrepo y López Pumarejo.

Esta situación se agravó en la década de los ochenta, a raíz del tráfico de marihuana y cocaína, pues las guerrillas “marxistas” aceptaron el financiamiento y las alianzas con los narcotraficantes más poderosos del país; escenario que concluyó con el fortalecimiento armamentístico de dichos grupos delincuenciales, y por tanto, la degradación de la guerra desde ambos mandos.

En los años noventa, asfixiados por la delincuencia de las guerrillas “marxistas”, se crearon las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), que en principio buscaban defender los territorios, el ganado y las empresas; sin embargo, como en las guerrillas, el narcotráfico permeó sus finanzas, y ello propició el anhelo de un estatus político a partir de ideologías de extrema derecha.

Ahora bien, el fenómeno de los falsos positivos es una consecuencia de la aplicación de una política estatal de lucha contrainsurgente que se llamó Body Count, la cual ha sido calificada como una estrategia por parte de las fuerzas militares de Colombia y conocida por el gobierno de los Estados Unidos desde la década de los noventa.

Si bien algunos consideran que no se tiene una definición clara del concepto de los falsos positivos, su enunciación se debe a las publicaciones periodísticas; jurídicamente, estas prácticas deplorables se pueden asociar con lo que se establece desde la normatividad penal como lo injusto, o con los delitos de ejecución extrajudicial desde el escenario del derecho internacional humanitario (DIH), o con lo que la legislación interna colombiana denomina delitos de desaparición forzada y homicidios en personas protegidas (Ley 599-2000). Por su parte, Aponte (2011) clarifica el concepto de falsos positivos así:

Se trata de personas muertas sin piedad fuera de combate, ajenas al conflicto armado, pero que son puestas en escena como falsos positivos; es decir, como logros de las fuerzas armadas frente a las guerrillas, todo con el propósito de obtener beneficios en la guerra (p. 93).

Según Rodríguez (2015), las Naciones Unidas han acuñado una conceptualización que aclara en qué consiste una ejecución extrajudicial, refiriéndose a ella como los asesinatos de civiles para hacerlos pasar por guerrilleros muertos en combate. El autor indica que se perpetra una ejecución extrajudicial cuando ciertos individuos actúan comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado y dan muerte a una persona de una forma característica de la privación ilegítima de la vida.

El panorama no es nada alentador, sobre todo para las víctimas de estos flagelos. De acuerdo con Dussán (2016), “fue en agosto de 2008 cuando sale a la luz pública la muerte en combate de varios jóvenes de Soacha por parte de las Fuerzas Militares, los cuales fueron presentados como subversivos e integrantes de bandas criminales o delincuentes comunes” (p. 9).

Estos crímenes ocurrían con mayor frecuencia en sectores rurales; por ello, las pruebas que llevan a la certeza de las infracciones son en muchas ocasiones difíciles de aportar a las investigaciones en materia penal y en los procesos de indemnización a los que se encuentra vinculado el Estado colombiano. Sin embargo, la Corte IDH ha establecido criterios de flexibilización desde el control de convencionalidad directo que realiza en los casos planteados a su jurisdicción, como se describe a continuación.

La Corte IDH ha señalado, conforme a la práctica y la valoración de la prueba en casos de violaciones sistemáticas de derechos convencionales, que su apreciación se aísla de los criterios formalistas de los ordenamientos jurídicos internos, como se reseña en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, en la Sentencia del 24 de junio de 2005, donde se estableció lo siguiente:

Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional, de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (p. 16).

En el caso *Escher y otros vs. Brasil*, en la Sentencia del 6 de julio de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) se sostuvo que

El Tribunal ha establecido que es legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, “siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”. Al respecto, la Corte ha señalado que corresponde a la parte demandante, en principio, la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato; no obstante, ha destacado que a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio (p. 38).

En este contexto, la gran mayoría de los casos de graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al DIH en Colombia, que han sido cometidas en el marco del conflicto armado interno, se ha presentado en situaciones de total impunidad, bien sea porque ocurren en rincones apartados de la geografía colombiana o porque las cometen las fuerzas militares, que de cualquier manera buscan esconder la verdad.

LA PRUEBA INDICIARIA EN CASOS DE FALSOS POSITIVOS

El objetivo de este acápite es establecer cómo opera la prueba indiciaria en los casos de ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos, que ocurren en zonas rurales, en circunstancias probatorias que dificultan dar por probados los hechos en un proceso contencioso administrativo.

Como la acepción de la palabra lo señala, indicio es una variación de *indicare*, que significa indicar, hacer evidente algo, exponer, hacer notorio un hecho a partir de un razonamiento jurídico. Es apropiado pensar que esta palabra proviene de *indiciare*, consecuencia de la contracción de *inde dicere*, que revelaría el hecho, pero esclarecido por el argumento probatorio que el intérprete es capaz de extraer de él, es decir, el hecho indicado.

Desde tiempos remotos los seres humanos han utilizado los indicios para (re)construir hechos no conocidos, desarrollando diferentes formas de uso e interpretación. Como consecuencia de sus escasas fortalezas físicas, se transformaron en cazadores racionales, y recolectaron vestigios como pisa-

das, olores y sonidos para mejorar su efectividad y de esta manera asegurar su supervivencia.

Este contexto propició en el primitivo la elaboración de inferencias para hostigar a la presa; aquellas fueron afinadas a través de operaciones mentales y le permitieron la caza de animales que lo doblaban en tamaño y peso. Así lo manifiesta Ginzburg (1989):

Durante milenios, el hombre fue cazador. La acumulación de innumerables actos de persecución de la presa le permitió aprender a reconstruir las formas y los movimientos de piezas de caza no visibles, por medio de huellas en el barro, ramas quebradas, estiércol, mechones de pelo, plumas, concentraciones de olores. Aprendió a olfatear, registrar, interpretar y clasificar rastros tan infinitesimales como, por ejemplo, los hilillos de baba (p. 144).

Ellos fueron pioneros en narrar acontecimientos ignorados a partir de rastros que en principio pueden ser ínfimos, pero que, al concatenar una relación entre ellos, establecen una convergencia para (re)construir un hecho desconocido. Carlo Ginzburg afirma (1989): “el cazador habría sido el primero en ‘contar una historia’, porque era el único que se hallaba en condiciones de leer, en los rasgos mudos (cuando no imperceptibles) dejados por la presa, una serie coherente de acontecimientos” (p. 144).

En la mitología griega, Sófocles narra la historia de Layo y Edipo Rey; el primero cargó durante toda su vida con la maldición de Apolo, quien le manifestó que sería asesinado a manos de su propio hijo; intentando evadir aquella profecía y siendo Rey de Tebas, ató las piernas de su hijo recién nacido y lo envió con un sirviente al intransitable monte Citerón para desaparecerlo. Edipo fue rescatado y enviado a Corinto, en donde reinaba Pólibo. Años más tarde el oráculo le advierte que será el asesino de su padre y se casará con su propia madre. Tratando de fugarse de su destino, huye acompañado de algunos bandoleros, y en una encrucijada de tres caminos asesina a Layo y se proclama rey.

Durante su reinado y a raíz del asesinato de Layo, la ciudad padeció de las pestes propias de la época, cumpliéndose así la maldición divina; esta circunstancia provocó que su nuevo rey (Edipo), de quien se desconocían los verdaderos descendientes y el lugar de nacimiento, enviara al sabio del pueblo a consultar el oráculo para salvar la ciudad.

Cuando Tiresias regresa al palacio, señala a Edipo como el asesino, y anuncia el destierro o la muerte de este para liberar a Tebas; comunica además lo que van a ser los indicios de la investigación. Sófocles (2014) señala:

Saldrá a la luz que es tebano por su linaje y no se complacerá de tal suerte. Ciego, cuando antes tenía vista, y pobre, en lugar de rico, se trasladará a tierra extraña tanteando el camino con un bastón. Será manifiesto que él mismo es, a la vez, hermano y padre de sus propios hijos, hijo y esposo de la mujer de la que nació y de la misma raza, así como asesino de su padre (p. 16).

Edipo consulta a su esposa Yocasta los acontecimientos de la muerte de su antiguo esposo (Layo), para ir armando el rompecabezas de la escena ignorada, y esta le informa a Sófocles (2014), quien afirma:

Una vez le llegó a Layo un oráculo, no diré que del propio Febo, sino de sus servidores, que decía que tendría el destino de morir a manos del hijo que naciera de mí y de él. Sin embargo, a él, al menos según el rumor, unos bandoleros extranjeros lo mataron en una encrucijada de tres caminos. Por otra parte, no habían pasado tres días desde el nacimiento del niño cuando Layo, después de atarle juntas las articulaciones de los pies, le arrojó, por la acción de otros, a un monte infranqueable (p. 16).

En este escenario, Edipo intuye que es el asesino de su padre, pues recuerda que pocos días antes de ser rey tebano luchó junto con los bandoleros que lo acompañaban en una intersección de tres vías. Enseguida, Edipo interroga a profundidad a Yocasta y ella le cuenta que a Layo lo custodiaban cinco personas y un heraldo, quienes se movilizaban en una carroza; además, relaciona el físico de ambos por su apariencia semejante, a lo que Edipo responde: “Sería imposible que con tales indicios no descubriera yo mi origen” (Sófocles, 2014, p. 34). A Edipo le restaba averiguar su ascendencia, y para ello escucha atentamente a dos de sus sirvientes, quienes también lo habían sido de su antecesor:

MENSAJERO. —¡Ea! Dime ahora, ¿recuerdas que entonces me diste un niño para que yo lo criara como un retoño mío? SERVIDOR. —¿Qué ocurre? ¿Por qué te informas de esta cuestión? MENSAJERO. —Este es, querido amigo, el que entonces era un niño (Sófocles, 2014, p. 34).

Edipo abandona a Tebas ciego y pobre, consumándose la profecía del viejo Tiresias y acreditándose cada uno de los indicios: 1) Tebano de nacimiento; 2) ciego cuando antes tenía vista; 3) pobre en lugar de rico; 4) hermano y padre de sus propios hijos; 5) hijo y esposo de la mujer de la que nació y de la misma raza; 6) así como asesino de su padre.

Apoyado en las teorías de Morelli, un médico que se encargó de observar minuciosamente rasgos pictóricos para la atribución de la autoría de pinturas de la Edad Antigua y la Edad Media, Sigmund Freud cimentó la teoría del psicoanálisis basado en la sintomatología; ello con el objeto de ensamblar una historia ignorada, pues de esta manera el médico, a través de signos e indicios, físicos o psíquicos (síntomas), lograba enlazar y relatar una historia que le era incomprensible por vía directa.

Desde entonces, la aplicación de la semiótica en las ramas de los saberes humanos ha ocupado un lugar esencial, y en el mundo jurídico no ha sido la excepción, pues el jurista, a pesar de su desarrollada razonabilidad, está imposibilitado para conocer de primera mano gran parte de los acontecimientos relevantes de una escena; es por ello por lo que se vale de los vestigios, rastros, rasgos e indicios para descubrir un hecho que todavía ignora, pero que le es posible conocer.

En sus estudios filosóficos del derecho, Carlo Ginzburg (1989) define la semiótica médica o sintomatología como “la disciplina que permite diagnosticar las enfermedades inaccesibles a la observación directa por medio de síntomas superficiales, a veces irrelevantes a ojos del profano” (Ginzburg, p. 143).

A partir de los tres ejemplos anteriores se puede concluir que los indicios son las piezas de un rompecabezas, que por obvias razones tienen relación con el todo; pero a pesar de que la tengan, es necesario articular las piezas de manera concomitante para que sirvan como objeto de prueba en un proceso judicial; y es así como se (re)construye la historia no conocida de un hecho, ensamblando indicios que coinciden con los acontecimientos conocidos, para inferir desde la crítica y la sana experiencia la probabilidad de un hecho por conocer.

El primer asomo de los indicios en el derecho ocurrió en Roma. Allí no se tenían las reglas de calificación y aceptación de las legislaciones modernas; sin embargo, el juez estaba facultado para inferir una probabilidad, si estos eran suficientes. Fueron los medievales quienes trataron de clasificar por primera vez los indicios.

Con la transformación de las ciencias jurídicas, los indicios también fueron mutando, y en nuestro ordenamiento jurídico, como en el de los demás Estados, han sido de gran importancia, pues limitar el conocimiento probatorio a la percepción directa de los hechos limita alevosamente no solo las garantías de quienes están inmersos en el proceso, sino también el conocimiento objetivo del derecho, ya que al hombre le es imposible conocer cada hecho ocurrido de primera mano.

De esta concepción se desprende la clasificación de los indicios como prueba indirecta; situando como centro de gravedad el juicio concluyente de la inferencia lógica que hace el juez. Sobre esta teoría fueron fundadas las decisiones judiciales de los años ochenta.

No obstante, esta posición adoptada por la Corte, que implica situar el centro de gravedad del indicio en las inferencias lógicas que el togado es capaz de realizar, recibió críticas contundentes, pues el indicio es un hecho autónomo a pesar de que necesita de relaciones fácticas para acreditarse; asimismo, asevera Parra (2015):

El indicio es un hecho, con esto estamos significando que debe mostrar su faz, porque reducir el indicio al juicio lógico crítico o colocar a este juicio como centro de gravedad resulta un atentado contra la libertad de las personas que tendrían que defenderse (p. 25).

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia extendió la concepción y la aplicación de la prueba indiciaria, ponderando el indicio como un hecho, y tomando una posición más proteccionista para los procesados. De esta manera, se garantizan el acceso a la justicia, la igualdad de armas en materia probatoria y el debido proceso; es tal el desarrollo actual de dicha prueba que se desestiman enfáticamente aquellos argumentos que pretenden subordinarla.

De ese modo, la investigación encontró que los pronunciamientos de la Corte Constitucional refuerzan la posibilidad de brindar plenos efectos jurídicos a medios probatorios indirectos, como la prueba indiciaria; por ejemplo, es procedente la valoración de recortes de prensa con información relevante, para que un juez pueda resolver un medio de control de reparación directa por un homicidio extrajudicial, dado que estos por sí solos no tienen la fuerza de convicción suficiente para que el operador judicial pueda decidir el caso, pero si se valoran con otras pruebas, se convierten en plena

prueba para la acreditación o la presunción de ciertos hechos. Sobre el particular, Sánchez *et al.* (2019) explican que “es deber del juez administrativo acudir a criterios flexibles y privilegiar la valoración de los medios de prueba indirectos, a fin de alcanzar la verdad histórica de los hechos y lograr la satisfacción de los derechos fundamentales de las víctimas” (p. 10).

Un caso emblemático que explica esta afirmación es la sentencia de la Corte IDH en el caso de Pueblo Bello vs. Colombia, que narra la desaparición de decenas de campesinos en el municipio de Turbo (Antioquia), a manos del paramilitar Fidel Castaño, en hechos ocurridos el 14 de enero de 1990, en los que sujetos armados incursionaron violentamente entre la población civil, amarraron a las víctimas y las obligaron a montarse en dos camiones. Los siguientes elementos permitieron resolver judicialmente el caso:

1. La zona de los hechos tenía una alta y notoria presencia de paramilitares.
2. Los campesinos asesinados se desempeñaban en actividades agrícolas.
3. Se demostró que en la carretera por donde pasaron los camiones que transportaban a los paramilitares con sus víctimas se encontraba un retén militar.

Sobre el particular, Sánchez *et al.* (2019) afirman que

si bien no se logró acreditar una participación directa u omisiva de las fuerzas militares que se encontraban en dicho retén; haciendo uso de la lógica y la experiencia —el hecho de que dicha carretera fuese la única posible para el desplazamiento de los rehenes— permitió inferir, como mínimo, la omisión de la obligación de Colombia de proteger los derechos humanos contenidos en la CADH (p. 20).

Por ello, válidamente se configuró el análisis que permitió la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, mediante la prueba indiciaria, indemnizando a cada una de las víctimas y los familiares de los desaparecidos, en aplicación de los principios *pro homine* y de equidad.

En reiteradas sentencias, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que la flexibilización probatoria en casos de graves violaciones de derechos humanos es una clara manifestación de la equidad como garantía a los derechos de las víctimas. El principio *pro homine* juega un papel fundamental al aplicar las reglas de la experiencia, la sana crítica y la lógica, dado que los estándares probatorios obligatoriamente deberán flexibilizarse, para

que las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales puedan acceder a una decisión favorable en el medio de control de reparación directa.

En la decisión judicial T 535 de 2015, la Corte Constitucional, al estudiar la acción de tutela contra una decisión judicial que negó la condena a la nación por la ejecución extrajudicial de unos jóvenes en el departamento del Tolima, se pronunció tajantemente, pues manifestó que los fundamentos éticos de la existencia del Estado social de derecho son la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, conforme lo sostiene Ferrajoli, los derechos humanos son intereses vitales de la humanidad que prescriben la dignidad de la persona frente al Estado. A la luz de esta concepción, que hace parte de los principios irradiadores del ordenamiento constitucional colombiano, las motivaciones esenciales de las ramas del poder público no son otras que la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos; actuar contra ello es desconocer siglos de evolución en busca de la racionalidad humana.

En la Sentencia T 237 de 2017, en una acción de tutela contra la providencia judicial que negó el medio de control de reparación directa a los familiares de un campesino asesinado en La Ceiba (Guaviare), la Corte decidió flexibilizar el estándar probatorio, toda vez que las imposibilidades de la víctima para acceder a los medios de pruebas resultaban utópicas.

En este sentido, la Corte sostuvo que, tratándose de graves violaciones de los derechos humanos, la “justicia rogada” no opera con todas sus formalidades, con lo cual recae sobre el juez la obligación de garantizar los derechos de quienes acuden a la justicia, debiendo, si es del caso, decretar pruebas de oficio y adoptar las medidas necesarias para resolver la controversia puesta a su consideración.

En la sentencia SU 035 de 2018 de la Corte Constitucional, que resolvió el caso del asesinato de Olivo Peña Ortega, en El Tarra, el órgano constitucional expresó claramente su preocupación por el infundado desconocimiento que en sus providencias ha venido implementando el Consejo de Estado, incurriendo en defectos sustantivos en la interpretación del principio *pro homine*.

La Corte Constitucional encontró que el Consejo de Estado incurrió en un desconocimiento del precedente, pues en materia de homicidios en persona protegida —denominados comúnmente falsos positivos— existe una nutrida línea jurisprudencial, en ese tribunal y también en esta corporación, sobre la flexibilización de los estándares probatorios en materia de

violaciones graves de los derechos humanos, con lo cual se admite que demostrar tal hecho mediante una prueba directa es casi imposible por la vulnerabilidad de las víctimas y la posición dominante que ejercen las fuerzas militares, por lo que se ha establecido que los indicios son los medios probatorios que por excelencia permiten que el juez determine la responsabilidad patrimonial de la nación, aplicando un rasero menor que el que podría aplicarse en materia penal.

En este sentido, el indicio puede definirse como una creación que parte de la lógica jurídica y que permite la verificación total y plena de ciertos hechos. La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en Sentencia del 10 de abril de 2013, indicó:

Naturalmente, los indicios por sí mismos carecen de entidad, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida. Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser “contraevidente” (p. 30).

Por esta razón, se puede deducir que mientras más cercana se vea la consecuencia a la lógica y las máximas de la experiencia, mayor será la connotación probatoria que tendrá el indicio.

El indicio debe tener como elementos básicos un hecho conocido que sea indicador o comprobado, un nexo lógico que puede ser inductivo o deductivo, y un hecho desconocido o indicado que es lo que se pretende buscar. La prueba indiciaria debe fundamentarse en el principio de equidad, según el cual el juez debe ordenar las pruebas para ambas partes y no solamente para quien esté en mejores condiciones de proveerlas; el juez debe garantizarles a las partes la posibilidad de estar en equidad horizontal, de tal manera que se les guarde el cumplimiento de los principios fundamentales a la hora de las actuaciones procesales, y que puedan incorporar los elementos materiales que se requieren para el descubrimiento de la verdad.

La sana crítica se ha conceptualizado como un paradigma de tipo valorativo que permite al juez analizar las pruebas y, a partir de varios enfoques, concluir la veracidad de los hechos o pretensiones de las víctimas; estos enfoques son la lógica que se relaciona como una construcción de premisas que se fundamenta en la asociación entre causa y efecto; el sentido

común, que es el sentimiento o pensamiento de un colectivo sobre un asunto o hecho en especial; las reglas o máximas de la experiencia, que son parte interna del juez, porque comprenden una acumulación de sus vivencias propias o de experticias que utiliza para realizar la valoración de cada prueba; y el conocimiento de la ciencia, del arte y de la técnica, pues el juez como persona idónea pretende profundizar en las concepciones de estos temas, para apreciar de manera más clara las circunstancias del proceso y determinar cuál es la mejor decisión.

En este tipo de procesos existe una imperiosa necesidad de la prueba indiciaria, debido a que en la mayoría de los casos se observa la falta de otros medios de prueba, lo que se traduce en que no se aplican pruebas de oficio, o confesiones; además de que los hechos producto del fenómeno de los falsos positivos fueron cometidos muchos años atrás, lo que hace que el operador judicial deba apelar a su talento para valorar pruebas, toda vez que en calidad de director del proceso, como lo indica Parra (2015), “debe saber hallar una mina fecunda para el descubrimiento de la verdad en el raciocinio, apoyado en la experiencia” (p. 19), todo ello acompañado del procedimiento que debe realizar para estudiar los hechos y las circunstancias que los rodean.

Para la producción sólida de estos procesos, las partes en principio deben solicitar el decreto y la práctica de las pruebas que tengan a la mano y que crean convenientes, desde la demanda o su contestación, mientras que el operador judicial es quien se encarga de desarrollar dichas acciones y les da la debida valoración dentro de la fase probatoria, en la que de forma inequívoca y prioritaria se trae a colación la prueba indiciaria.

Es importante resaltar que la desafortunada vulneración de los derechos humanos, en la actualidad, no se encuentra incluida entre las causales taxativas que, por regla general, constituyen una premisa de responsabilidad. No obstante, esto no impide que se declare la responsabilidad en tales casos, especialmente cuando el juez, basándose en indicios, determina que es necesario hacerlo.

La prueba indiciaria, entonces, ha ido ganando espacio en la jurisdicción contenciosa administrativa, debido a que los operadores judiciales en casos recientes, sin vacilación, acuden a este medio probatorio con el fin de obtener certeza de la verdad, teniendo en cuenta cada uno de los aspectos que se relacionan con los hechos que provocan el proceso contencioso administrativo, y aunque no se aleja de la realidad de lo que en la actuali-

dad se llama “falla en el servicio”, se puede afirmar que la responsabilidad por graves violaciones de los derechos humanos se atribuye a la falla en el servicio inherente, la cual puede ser un error no intencional o un exceso en la ejecución de las funciones de los agentes del Estado, pero no obedece necesariamente a un desconocimiento deliberado de los derechos humanos. Estas acciones resultan ser hechos que comprometen el bienestar de las personas y que, desafortunadamente, el Estado intenta ocultar.

Un caso en el que se tuvieron en cuenta tanto los indicios como otros medios probatorios, y en el que se discute un conflicto sobre graves violaciones de los derechos humanos, es el que se presentó por la muerte del señor Fabio Medina Guerra, quien sufrió una ejecución extrajudicial a manos del Ejército Nacional de Colombia. Las víctimas interpusieron la demanda por el medio de control de reparación directa; sin embargo, el fallo fue negativo para los demandantes, porque a pesar de que se demostró que en el expediente que se llevó en la jurisdicción penal figuraban los restos del señor Medina Guerra, no existía un documento oficial que acreditara tal muerte, como un registro civil de defunción.

Estas discrepancias que se originaron en la sede contenciosa administrativa hicieron que la parte demandante interpusiera una acción de tutela por vulneración al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la reparación integral, y nuevamente se negaron sus pretensiones tanto en primera como en segunda instancia. Luego, mediante la Sentencia T 237 de 2017 de la Corte Constitucional, se revocaron estos fallos, dado que se estableció un defecto fáctico por la falta de valoración probatoria, amparando así los derechos vulnerados a los familiares del señor Medina Guerra, pues a juicio de la Corte Constitucional, tanto el juez administrativo como los jueces constitucionales de primera y de segunda instancia, no valoraron ni tuvieron en cuenta los fundamentos fácticos ni jurídicos puestos a consideración en el proceso penal, los cuales permitían atribuir, mediante prueba indiciaria, la responsabilidad al Ejército Nacional de Colombia en la ejecución del señor Fabio Medina Guerra.

LAS REGLAS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES

Las ejecuciones extrajudiciales señaladas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos son prohibidas, lo cual ha generado, además, la responsabilidad internacional del Estado, tanto por el incumplimiento de su obligación de no hacer (no ejecutar arbitrariamente) como por el incumplimiento de sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar los casos de falsos positivos. Esta serie de pronunciamientos internacionales se emite de forma excepcional, y deben estar planeados y limitados proporcionalmente, cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control en el ordenamiento jurídico interno.

El 21 de diciembre de 2018, la Corte IDH en el caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia declaró responsable al Estado colombiano por las ejecuciones extrajudiciales bajo la modalidad de falsos positivos de los jóvenes Wilfredo Quiñones Bárcenas, José Gregorio Romero Reyes, Albeiro Ramírez Jorge, Gustavo Giraldo Villamizar Durán, Elio Gelves Carrillo y Carlos Arturo Uva Velandia, ocurridas en los departamentos de Arauca, Santander y Casanare entre los años 1992 y 1997. Estos casos, que se habían tramitado de manera independiente ante la Comisión Interamericana, se acumularon en la fase de fondo antes de llegar a la Corte; a su vez, se hace referencia a los falsos positivos como

ejecuciones extrajudiciales en el marco del conflicto armado colombiano, con un *modus operandi* caracterizado por la muerte de civiles posteriormente presentados como miembros de grupos armados ilegales dados de baja en combate, mediante diversos mecanismos de distorsión de la escena del crimen y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Este es el primer fallo de un tribunal internacional en el que se reconoce un patrón de comisión de falsos positivos. El Estado colombiano reconoció su responsabilidad por violación del derecho a la vida, por lo que su defensa se basó en el rechazo de la acumulación de los casos y en alegar la inexistencia del patrón señalado, tesis que fueron derrotadas. Por lo anterior, la Corte IDH condenó al Estado colombiano por violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal en perjuicio de las seis

víctimas del caso. En materia de reparaciones, la Corte ordenó al Estado colombiano la investigación, el juzgamiento y la sanción de los responsables, brindar atención adecuada en materia de salud a las víctimas, y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, garantizando la participación de las víctimas.

En el Consejo de Estado, la flexibilización probatoria ha acogido los principios fundamentales de justicia, verdad y reparación integral, para hacerlos valer dentro del estándar probatorio, porque deben examinarse de forma detallada las circunstancias particulares de cada caso, ya que el juez tiene como responsabilidad directa realizar una valoración de los medios de prueba indirectos, para poder tener en cuenta una amplitud histórica de todos los hechos ocurridos durante el proceso; es por eso por lo que las construcciones realizadas por terceros que no cuentan con una acreditación de veracidad no pueden tenerse en cuenta para que sean valoradas dentro del factor situacional de los hechos reales que hayan ocurrido; además, no se pueden presumir circunstancias que no puedan probarse como reales; por ello, se aplican las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

La aplicación de la flexibilización probatoria está encaminada a enmarcar, por encima de cualquier valoración, la relativa a los medios probatorios indirectos y que protege de forma integral los derechos de las víctimas, adicionando la protección de la igualdad en todas sus manifestaciones, con base en el artículo 13 de la Constitución Política, que añade como medios probatorios los siguientes: los hechos notorios, que buscan que tengan congruencia con la decisión que toma el juez; el juramento estimatorio, en el que se aprecia la prueba y se verifica si existe una compensación económica que debe indemnizarse; y el uso de presunciones, en las que se tendrá en cuenta cómo se invertirá la carga de la prueba en favor de la víctima, de acuerdo a los hechos reales que puedan demostrarse.

En la Corte IDH, la flexibilización probatoria se gradúa de acuerdo con la naturaleza y la gravedad del litigio; se aplican de manera preponderante la libertad probatoria y el principio de contradicción que de forma suprema garantiza a la víctima mejores condiciones para demostrar los hechos que expone en el proceso, considerando que el juez valora de forma preliminar y en todas las etapas la equidad, tanto probatoria como en cada una de las actuaciones procesales; los medios de prueba que prevalecen para la Corte IDH son las pruebas documentales, en las que se trata de aquellas a las que pueda dárseles el carácter de veraces, reales y fidedignas, y que puedan pro-

bar quienes las presentan en juicio; y las pruebas testimoniales, de personas relevantes para el proceso.

Otro caso relevante detectado en la investigación es el de Olivo Peña, un campesino de El Tarra (Norte de Santander) a quien retuvieron miembros del Ejército que luego le dispararon en varias oportunidades, simulando un combate, hasta causarle la muerte. Sus dos hijas presentaron el medio de control de reparación directa, en contra de la nación, el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, con el fin de que se le reconocieran y pagaran los perjuicios ocasionados.

En decisión de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander falló a favor de una de las hermanas, reconociéndole perjuicios morales y patrimoniales, mientras que a la otra hermana le negó la pretensión por no acreditarse la legitimación en la causa por activa.

En segunda instancia, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado negó la pretensión al estimar que no se demostró que la víctima hubiese muerto en combate o como consecuencia del excesivo uso de la fuerza, o sea, no se comprobó la ejecución extrajudicial.

En el fallo, el Consejo de Estado presentó afirmaciones contradictorias entre sí, toda vez que en una parte señaló que no había pruebas de un enfrentamiento con arma de fuego, en el que hubiese participado el señor Olivo Peña, mientras que en otro acápite señaló que estaba probado que la muerte se produjo por un enfrentamiento.

Asimismo, la accionante alegó la ocurrencia de un defecto procedimental, toda vez que la Sección Tercera del Consejo de Estado realizó un examen para identificar si se cumplían los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando el alcance de su actuación se limitaba a analizar los argumentos del recurso de apelación.

La señora Amélica Peña Rangel instauró una acción de tutela contra la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al estimar vulnerados sus derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia e igualdad. Con el fallo de la Corte Constitucional (Sentencia SU-035 de 2018), el Consejo de Estado procedió a emitir una nueva decisión, teniendo en cuenta los planteamientos de la Corte Constitucional, mediante la Sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, con radicado 1100103150002 0160141301.

En este sentido, los falsos positivos constituyen una forma grave de violación de los derechos humanos, y gracias a los principios de equidad y *pro homine* se flexibiliza el estándar probatorio. El principio de equidad tie-

ne fundamento de rango constitucional y se convierte en norma de aplicación directa para los jueces, al consagrarse en la carta magna que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (República de Colombia, 1991, art. 230).

Sobre el particular, Sánchez *et al.* (2019) resaltan que “supone un criterio que le permite al juez, apoyado en la experiencia y la lógica, decretar la medida que le pueda ser más favorable a la víctima conforme al caso en particular, darle a cada quién lo que le pertenece” (p. 7).

Mientras que el principio *pro homine*, considerado como un criterio hermenéutico, posteriormente pasó a convertirse en un criterio de selección normativa, con el cual el juez debe aplicar la norma más favorable a la persona, Medellín (2019) afirma sobre el particular que “esta disposición contiene un intrincado sistema de principios específicos que sientan las bases para un diálogo activo entre la CADH y otras normas de derechos humanos, cualquiera que sea su origen —nacional o internacional—” (p. 8).

De este modo, el decreto y la práctica de las pruebas en procesos de reparación directa por falsos positivos no pueden verse desde la lógica del proceso tradicional, dado que las partes están en una desigualdad probatoria y el Estado tiene mayor infraestructura y mecanismos para recoger pruebas a su favor. Sería ilegítimo que el Estado exigiera la aplicación de la carga de la prueba en cabeza de las víctimas, cuando ni siquiera facilitó la obtención de la misma. En ese sentido, Ramírez (2020) afirma:

La carga probatoria en estos casos recae sobre la víctima, quien se ve limitada al momento de demostrar hechos, porque únicamente cuenta con medios probatorios indirectos como los indicios, caso distinto al Estado como la otra parte en el proceso, quien cuenta con pruebas directas como documentos y pruebas periciales, situación que genera inestabilidad jurídica y es allí donde el criterio de flexibilidad probatoria aplica (p. 26).

Por ello, la flexibilización procura mantener el equilibrio entre las partes y el respeto a la seguridad jurídica. Al respecto, Sánchez *et al.* (2019) indican que “se admite cuando los hechos que dan vida al proceso revisten una gravedad tal que ponen a la víctima en una situación de desventaja al reclamar la protección jurisdiccional de sus derechos” (p. 26).

Uno de los presupuestos esenciales del Estado social de derecho es contar con una debida administración de justicia, a través de ella se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de los ciudadanos, y se definen las obligaciones y los deberes que les asisten a la administración y a los asociados.

Para lograr el eficaz y efectivo cumplimiento de los mencionados fines del Estado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido en algunas ocasiones el derecho a la tutela judicial efectiva. Este precepto se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral, lo que implica que derechos como el acceso a la administración de justicia (art. 229), la igualdad (art.13), la defensa en el proceso (art. 29) y la efectividad de los derechos (arts. 2 y 228) sean predicables a los sujetos procesales y a los ciudadanos en general que acuden a la administración de justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva no solo comprende reconocer a las personas naturales o jurídicas la posibilidad de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino también la obligación correlativa de estas de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio sea real y efectivo.

En ese orden de ideas, cuando el artículo 229 superior ordena garantizar el derecho a toda persona para acceder a la administración de justicia, está adoptando como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, la cual comporta el compromiso estatal de lograr en forma real y no meramente nominal que, a través de las actuaciones judiciales, se establezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se creen vulneradas.

Es por ello por lo que, con fundamento en el artículo 93 superior, el cual establece que los derechos y los deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, ha acogido los mecanismos establecidos en los instrumentos internacionales relacionados con este derecho. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 18), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25) han marcado el desarrollo tendiente a garantizar el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos.

Este derecho está compuesto por tres elementos esenciales; el primero se refiere al acceso a la administración de justicia, lo que se traduce en el acceso a la jurisdicción competente para proponer un conflicto; el segundo

está integrado por el derecho a obtener una resolución de fondo de la *litis* para que se haga un estudio profundo de las pretensiones, el cual se verá reflejado en la obtención de una sentencia motivada, razonable, congruente y fundada en el derecho; y por último, pero igual de importante, el derecho a la ejecución de la sentencia que se profiera, que exige que el fallo proferido se cumpla y que se repare en su derecho al actor y se compense, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; de lo contrario, habría que convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan en simples declaraciones de buenas intenciones.

Ahora bien, un seguimiento a los pronunciamientos del Consejo de Estado,¹ con respecto a los casos en los cuales se examinan las ejecuciones extrajudiciales, ha proporcionado cinco reglas que se deben tener en cuenta en el momento de decidir sobre los asuntos puestos en conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, frente al tema de los falsos positivos:

1. En asuntos de ejecuciones extrajudiciales el juez está obligado a flexibilizar la valoración de las pruebas, estableciendo que el juez contencioso administrativo debe actuar como juez de convencionalidad, aplicando los estándares de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
2. Que los indicios adquieren una especial relevancia en el momento de determinar la responsabilidad patrimonial de la nación.
3. En casos de violaciones graves de los derechos humanos, las pruebas recopiladas en el proceso penal se pueden analizar y valorar como elementos suficientes y necesarios para justificar una condena patrimonial a la nación.
4. El estándar de la prueba en cabeza del Estado en materia de su responsabilidad en casos de posibles ejecuciones extrajudiciales es más alto.
5. En ciertos casos se puede invertir la carga de la prueba y exigirle al Estado demostrar que no ocurrió la alegada ejecución extrajudicial.

1 Para realizar un mejor análisis, consultar las siguientes providencias judiciales:
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2014, Expediente 26737.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Expediente 32988.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de octubre de 2014, Expediente 20411.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de abril de 2016, Expediente 47911.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de noviembre de 2018, Expediente 46134.

Estos criterios jurisprudenciales indican que “la labor del juez debe ser más rigurosa, garantista y valerse de los instrumentos a su alcance en aras de buscar el esclarecimiento de la verdad y evitar una posible revictimización por incurrir en excesos rituales manifiestos”, conforme a lo establecido en la providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de noviembre de 2018, Expediente 46134.

Asimismo, el máximo tribunal de la justicia contenciosa administrativa de Colombia (2016) advierte que

el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas (p. 10).

En estas dos providencias judiciales relacionadas en el párrafo anterior, el Consejo de Estado abre la puerta para que los jueces contencioso administrativos del país realicen el control de convencionalidad indirecto, en el cual se acude a normas internacionales en virtud del bloque de constitucionalidad, entendido como ese puente entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

Esto, conforme a la providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, en la cual se establece que “en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios” (p. 11).

Para la Corte Constitucional de Colombia, en los casos de reparación directa por falsos positivos, según la Sentencia SU-060 de 2021, se debe tener en cuenta:

1. La existencia de casos en los cuales se adelantó un enfrentamiento con armas que no eran idóneas para el combate.
2. Operaciones adelantadas en conjunto por “informantes desmovilizados”, que señalan a las víctimas como guerrilleros.
3. Contradicciones e imprecisiones en los testimonios de los militares respecto a la forma en que se adelantaron los enfrentamientos.
4. La falta de concordancia entre los relatos de los hechos realizados por los miembros de la fuerza pública y el protocolo de necropsia.

Finalmente, la Corte Constitucional ha observado que algunos fundamentos fácticos que generan la vulneración sistemática o grave de los derechos humanos por parte de los agentes del Estado traen consigo desequilibrios de fuerzas o estructuras de delincuencia institucional y organizada, lo que hace que para efectos de asegurar una efectiva garantía en la protección de los derechos fundamentales de las víctimas sea fundamental que se aplique la valoración probatoria y que quien la aplique sea el operador de justicia, que debe ser particularmente flexible; y, en la mayoría de los casos, remitirse a la prueba indiciaria es lo que va a determinar la diferencia entre declarar o no la responsabilidad patrimonial del Estado, y su consecuente indemnización de perjuicios para las víctimas.

CONCLUSIONES

Algunas decisiones del Consejo de Estado en el medio de control de reparación directa, por ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos, no han cumplido con el deber de efectuar una flexibilización de la valoración probatoria, omitiendo el estándar establecido por la Corte IDH, en virtud del bloque de convencionalidad, que respaldan diversos fallos de la Corte Constitucional y mediante el cual se pretende garantizar una justicia material, lo que se traduce en que se niega injustamente la solicitud de reparación integral de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos.

Los jueces y juezas de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben conservar el deber legal de apropiarse de su rol de jueces de convencionalidad, efectuando una valoración probatoria que tenga en cuenta el contexto de las ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos. Se destaca la obligación —no el deber— de acudir a la prueba indiciaria, efectuando infe-

rencias lógicas que, junto con otros medios de prueba, posibiliten la reconstrucción histórica de los hechos y corroboren las afirmaciones efectuadas por las víctimas.

De esta manera, la carga de la prueba no queda en cabeza de la víctima de los hechos (parte demandante), sino del Estado (parte demandada), que cuenta con mejores mecanismos y con la posibilidad de recolectar pruebas, con lo cual se garantiza su derecho a la defensa y la contradicción; por tanto, se modifica la carga de la prueba y se le exige que pruebe que no se cometió una ejecución extrajudicial o un falso positivo, lo que tiene como fundamento mandatos convencionales, constitucionales y expresas disposiciones de la Ley 1437 de 2011. Sobre el particular, Giraldo (2022) sostiene:

Cuando una de las partes, incluso siendo entidades demandadas como el Ejército Nacional, no ha cumplido con la carga de la prueba —no aporta las que tiene en su poder o no acredita gestión alguna para su consecución—, no puede solicitarle al Juez el decreto de las pruebas. Y en caso de hacerlo, este debe abstenerse de decretarlas; salvo cuando la parte acredite sumariamente la gestión y esta no haya sido atendida por la entidad pública o el particular (p. 31).

Asimismo, los indicios tienen la capacidad de demostrar un hecho oculto a través de una relación de inferencias lógicas que circulan alrededor del hecho investigado; es menester mencionar que, en aquellos casos de ejecuciones extrajudiciales las víctimas sufren la desaparición o la destrucción del material probatorio idóneo para acceder al medio de reparación directa; por esta razón, a la víctima le resulta indispensable acceder a un estándar probatorio flexible fundado en indicios, en aras de garantizar la igualdad probatoria y el acceso a la justicia.

Todo esto es lo que ha provocado la proliferación de víctimas que son en su mayoría sujetos de debilidad manifiesta y que no cuentan con la posibilidad fáctica de acreditar estas afrentas a su dignidad humana, a lo que se le suman la inactividad, el estatismo y la desidia estatal frente a las investigaciones de los hechos por parte de las autoridades correspondientes; sencillamente, es una expresa denegación de justicia, razón por la cual el juez contencioso administrativo debe acudir a criterios flexibles, privilegiando la valoración de medios de prueba indirectos, tales como la prueba indiciaria, que agregándose a las inferencias lógicas soportadas en las máximas o reglas de la experiencia y la sana crítica, buscan desembocar de forma integral

en la reconstrucción de la verdad de los hechos, y así darle el derecho a quien lo merece, con lo cual, a su vez, se brindan las garantías a las víctimas sobre la protección de sus derechos y la reparación del daño.

Lo anterior es desde todo punto de vista justificable y totalmente razonable, porque en casos de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH se rompe el principio de la dogmática jurídico-procesal tradicional, que indica que las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, debido a que, en relación con las pruebas, las víctimas se encuentran en una posición totalmente desigual, lo que trae consigo que el operador judicial deba y tenga la obligación de flexibilizar los estándares probatorios, de tal manera que las víctimas puedan ver como una realidad los principios de justicia material y del acceso a la administración de justicia.

REFERENCIAS

Aponte, A. (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales*. Editorial Ibáñez.

Consejo de Estado, Sección Tercera (2014). Sentencia del 28 de agosto de 2014. Expediente 32988 [C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/05001-23-25-000-1999-01063-01\(32988\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).pdf).

Consejo de Estado, Sección Tercera (2015). Sentencia del 12 de marzo de 2015. Expediente 30413 [C. P. Hernán Andrade Rincón]. [https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/042CasoChamorroNarvaez/52001-23-31-000-1999-00838-01\(30413\).pdf](https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/042CasoChamorroNarvaez/52001-23-31-000-1999-00838-01(30413).pdf).

Consejo de Estado, Sección Tercera (2016). Sentencia del 14 de septiembre de 2016. Expediente 34349 [C. P. Hernán Andrade Rincón]. https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/14-09-2016_25000232600020010182502%20.pdf.

Consejo de Estado, Sección Tercera (2017a). Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente 32988 [C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-25-000-1999-00163-01\(32988\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-25-000-1999-00163-01(32988).pdf).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (2017b). Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente 44887 [C. P. Hernán Andrade Rincón]. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2007-00371-01\(44887\)A.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2007-00371-01(44887)A.pdf).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (2017c). Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente 50941 [C. P. Hernán Andrade Rincón]. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/242/19001-23-33-000-2017-00068-01.pdf>.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (2017d). Sentencia del 30 de marzo de 2017. Expediente 46440 [C. P. Danilo Rojas Betancourt]. <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2017/04/C-E-DECLARA-QUE-NO-OPERA-CADUCIDAD-EN-CASO-DE-LA-UP.pdf>.

Consejo de Estado, Sección Tercera (2018). Sentencia del 21 de noviembre de 2018. Expediente 46134. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/244/11001-03-15-000-2020-04068-01.pdf>.

Corte Constitucional (2012). Sentencia C-289 [M. P. Humberto Sierra Porto]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-289-12>.

htm#:~:text=Toda%20persona%20tiene%20derecho%20a,aplica%20en%20 todos%20los%20%C3%A1mbitos.

Corte Constitucional (2014). Sentencia C-286 [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-286-14.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D286%2F14&text=La%20Corte%20encuentra%20que%20hay,lo%20resuelto%20en%20dicho%20pronunciamiento>.

Corte Constitucional (2015). Sentencia SU-636 [M. P. María Victoria Calle Correa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU636-15.htm>.

Corte Constitucional, Sala Plena (2018). Sentencia de unificación 035 [M. P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU035-18.htm>.

Corte Constitucional (2021). SU-060 de 2021 [M. P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU060-21.htm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sentencia del 24 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006a). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006b). *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006c). *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Sentencia del 6 de julio de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia*. Sentencia del 20 de noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_364_esp.pdf.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2013). Sentencia del 10 de abril de 2013. Expediente n.º 11001 31 03 043 2006 00782 01 [M. P. Margarita Cabello]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/babr2013/providencias/S-%2010-04-2013%20\(1100131030432006-00782-01\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/babr2013/providencias/S-%2010-04-2013%20(1100131030432006-00782-01).doc).

Dussán, F. A. (2016). *Muertes cuestionadas en combate producto de errores administrativos en operaciones militares. La guerra judicial en el departamento de Caquetá, 2002-2010*. [Tesis de maestría]. Universidad

Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/7819/1/TESIS%20FINAL%20DE%20MAESTRIA%20DDHH%20Y%20DIH-22%20DE%20JUNIO%20DE%202016.pdf>.

Gallego, M. (2010). *La visión holística de la justicia transicional*. [Tesis de maestría]. Universidad Ankara.

Ginzburg, C. (1989). *Mitos, emblemas, indicios. Morfología e historia*. Gedisa.

Giraldo, C. A. (2022). *El alcance de la prueba oficiosa y el debido proceso del Ejército Nacional en la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia*. [Tesis de maestría]. Universidad Militar Nueva Granada. <https://repository.unimilitar.edu.co/server/api/core/bitstreams/19fd9751-5001-4638-a69d-7ba891d24277/content>.

Juzgado 39 Administrativo del Circuito de Bogotá (2019). Sentencia del 1 de marzo de 2019.

Medellín, X. (2019). Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, 17(1), 397-440. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100397>.

Nisimblat, N. (2018). *Derecho probatorio. Técnicas de juicio oral*. Ediciones Doctrina y Ley.

O'Donnell, D. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Palacios, M. (2012). *Violencia pública en Colombia, 1958-2010*. Fondo de Cultura Económica.

Parra, J. (2015). *Algunos apuntes de la prueba indiciaria*. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>.

Ramírez, J. R. (2020). *De la aplicación del criterio de flexibilidad probatoria en casos de graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario dentro del conflicto armado colombiano*. [Tesis de grado]. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/52634c5e-d804-4397-9c25-ae096c63547e>.

República de Colombia (1991). Artículo 230, título VIII. *Constitución Política de Colombia*. Legis.

Rodríguez, M. (2015). *Análisis de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia en un contexto de seguridad democrática*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/11694>.

Sánchez, J. F., Córdoba, M. J., Serrano, H. S. y Castro, A. C. (2019). Flexibilización probatoria y equidad: propuestas para la justicia del posconflicto. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 14(1), 157-190. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4910>.

Sófocles (2014.). *Edipo Rey: Tragedia clásica griega*. E-artnow. <https://www.storytel.com/co/books/edipo-rey-tragedia-cl%C3%A1sica-griega-1339100>.