

Ciudad. XXX de XXXX (fecha.)

H. Consejeros,

Consejo de Estado

Sección XXXX

Bogotá D.C.

E.S.D.

Accionante :	XXXX
Asunto :	Acción de tutela contra el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección XXXX

Muy distinguidos Señores Consejeros,

XXXXXX, mayor de edad, abogado, identificado con la tarjeta profesional No. XXXX del C.S. de la J., con fundamento en el poder a mi conferido por los Sres. XXXXX, XXXXX y XXXXX, ante Ustedes, con el respeto que siempre me ha caracterizado, me permito presentar **acción de tutela** en contra del **Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección XXXX**, integrada por los consejeros XXXX, con ocasión de la sentencia proferida el día XXXX de junio del año XXXX en el proceso con Radicación número: XXXX. Acción constitucional que busca en los términos establecidos por el artículo 86 de la Constitución Política, se protejan los derechos fundamentales al **debido proceso y el acceso a la administración de justicia**, lo cual vengo a precisar en los siguientes términos.

Capítulo primero.

Partes en la tutela.

Accionantes:

- XXXXX

Accionado:

- XXXXX

Capítulo segundo.

Hechos que sustentan el amparo solicitado.

Primero : El XXX de agosto de XXX, XXX, XXXX y XXXX e integrantes de su grupo familiar, a través de su apoderado judicial, formularon demanda de reparación directa contra la Nación-Fiscalía General de la Nación, y el Consejo Superior de la Judicatura (Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial). Con ella se buscaba declarar a dichas entidades administrativa y solidariamente responsables de los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de las privaciones injustas de la libertad que sufrieron XXX, XXX, y XXXX.

Segundo : Surtido la integridad del trámite procesal, el Tribunal Administrativo de XXXX, en sentencia del XX de julio de XXX, declaró la responsabilidad administrativa y solidaria de las entidades demandas. En consecuencia, las condenó a pagar los perjuicios de orden material y moral, contenidas en las pretensiones incoadas por los demandantes.

Tercero : Respecto de dicha sentencia, la entidades demandadas interpusieron el recurso de apelación, motivo por el cual el proceso llegó a conocimiento del Consejo de Estado en segunda instancia.

Cuarto : Por reparto, el conocimiento del proceso administrativo en el Consejo de Estado, le correspondió a Sala de lo Contencioso Administrativo- XXXX.

Quinto : La Sala referida del Consejo de Estado, profirió sentencia de segunda instancia el XX de junio de XXXX, providencia en la cual Revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de XXXX, y en su lugar dispuso:



- i) Declarar como probada la excepción de **culpa exclusiva de la víctima** frente a XXX, XXX y XXX y, en consecuencia, negó las pretensiones respecto de ellos y de los miembros de sus familias que también demandaron.

Sexto: En la parte motiva de la sentencia objeto de esta acción de tutela, respecto a la imputación del daño a las entidades demandadas, argumentó:

Primero, que “los daños están demostrados” porque XXX, XXX y XXX estuvieron privados “de su derecho fundamental a la libertad personal”; y

“(…) es claro que la lesión al derecho a la libertad personal genera perjuicios que los demandantes no estaban en la obligación de soportar” (numeral 9, de la sentencia tutelada).

Segundo, La jurisprudencia tiene determinado, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, que en todos los eventos de privación de la libertad, cuando la absolución tiene fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió **o la conducta no constituye delito**, e incluso, en aplicación al principio “in dubio pro reo”, en todos estos eventos –repetimos-, “*se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial*”, por el rompimiento del “*principio de igualdad frente a las cargas públicas*” (numeral 10 de la sentencia tutelada).

Tercero, aduce además, que en el caso sub-lite se presentó, **culpa grave y exclusiva de la víctima**, esto es, una “*conducta reprochable de la víctima, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave, porque se trató de un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario...*” (numeral 12) (Subrayas nuestras).

Agrega además, que para que se acrediten estas circunstancias respecto del demandado: “*deben concurrir tres elementos: (i) irresistibilidad, (ii) imprevisibilidad y (iii) exterioridad” (numeral 11, *ibid.*).*

Cuarto, la “culpa exclusiva”, grave y determinante de la víctima, se hizo consistir, en la sentencia tutelada, en que se interceptaron múltiples conversaciones telefónicas entre XXXM, XXX y XXXX y alias “XXX”, comandante del frente XX de las FARC, que “*permitían establecer que como trabajadores del Hospital de XXXX colaboraban con ese grupo armado*”. Este elemento fue el que adujo la Fiscalía Primera Delegada ante el XXX de XXXX para solicitar la medida de aseguramiento en su contra (numeral 13.1. *ibid.*).

Quinto, a partir de las consideraciones precedentes, la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó:

“En consecuencia, en el proceso se acreditó el comportamiento gravemente culposo de los sindicatos, pues mantenían contacto muy personal, cercano y directo con el jefe guerrillero XXXX alias “XXX”. Ante la situación generada por las propias víctimas, al ente investigador no le era exigible una conducta diferente que la de solicitar la medida restrictiva de la libertad y al juez penal el de decretarla con fundamento en los indicios recolectados que sugerían su participación en el delito de rebelión” (numeral 13.1)

Capítulo tercero.

Derechos constitucionales violados y sentido de la violación.

1.- Derechos fundamentales violados.

Son varios los derechos constitucionales fundamentales violados: El primero de ellos, el **Debido proceso** (art. 29 de la Constitución Política), porque en la sentencia tutelada, se omitió valorar plurales medios de prueba del proceso penal cursado en contra de los demandantes, que eran definitivos en la demostración de la injusta privación de su libertad.

El segundo de ellos, el **derecho al acceso a la justicia** (artículo 229 de la Constitución Política), el cual terminó siendo vulnerado, como consecuencia directa del desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

El tercero de ellos, el **derecho fundamental a la reparación integral** al que tienen las víctimas que han sufrido la privación injusta de su libertad, el cual se encuentra consagrado en los artículos 90 de la Constitución Política, y desarrollados por La Ley 270 de 1996 (Estatutaria de Administración de Justicia), en su artículo 68¹. De igual forma se encuentra contenido en el art. 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prescribe que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá derecho a obtener efectiva reparación. Se integra este derecho al ordenamiento jurídico y se constituye en derecho fundamental constitucional, en virtud de la figura del **Bloque de Constitucionalidad**, de acuerdo con el art. 93 de la Constitución.

2. Defecto fáctico como causa de la violación.

En la sentencia de unificación del Consejo de Estado del de 5 de agosto de 2014², la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial. Entre los criterios expuestos, se encuentra el defecto fáctico, que es el que aducimos como pertinente para el caso que nos ocupa. Sobre él, en reciente fallo de la Corte Constitucional³, se afirmó:

(...) en la práctica judicial la Corte ha encontrado tres hipótesis en las cuales se configura el defecto fáctico: (i) cuando existe una omisión en el decreto y en la práctica de pruebas que eran necesarias en el proceso; (ii) **cuando se hace una valoración defectuosa o contraevidente de las pruebas existentes**; y (iii) **cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio** [44]⁴.

1 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-753 de 2013; y C-344 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

2 CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez .

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 453 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁴ Sentencias SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico n° 5.4.2.; y T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico n° 17.

Estas hipótesis pueden configurarse por conductas omisivas o activas, dando lugar a las dos dimensiones del defecto fáctico, la negativa (u “omisiva”) y la positiva (o “por acción”)[45]⁵. La primera se presenta cuando el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece en el proceso, sea porque (i) niega, ignora o no valora las pruebas solicitadas; o (ii) a pesar de poder decretar la prueba, no lo hace por razones injustificadas. La segunda se presenta cuando, a pesar de que la prueba sí obra en el proceso, el juez (i) **hace una errónea interpretación de ella, al atribuirle la capacidad de probar un hecho que no aparece en el proceso o al estudiarla de manera incompleta;** (ii) valora pruebas ineptas o ilegales; o (iii) valora pruebas indebidamente practicadas o recaudadas[46]⁶.

No obstante, no se trata de cualquier yerro, por cuanto éste debe satisfacer los requisitos de (i) irrazonabilidad, que quiere decir que el error debe ser ostensible, flagrante y manifiesto; y (ii) trascendencia, que implica que el error alegado debe tener ‘incidencia directa’, ‘trascendencia fundamental’ o ‘repercusión sustancial’ en la decisión judicial adoptada, lo que quiere decir que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta[47]⁷.

2.2. Defecto fáctico en el proceso *sub-lite*.

Del proceso penal, fundamento de la demanda de reparación directa en el proceso *sub-lite*, en el cual se profirió sentencia absolutoria respecto de los demandantes, base para afirmar la privación injusta de la libertad, y la consecuente responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, se omitió la valoración de los siguientes medios de prueba.

2.2.1 Con respecto a XXX y XXXX.

La sentencia tutelada, omitió valorar que en el proceso penal se probó que los doctores XXX y XXXX fueron arrancados de manera violenta por el frente XXX de las FARC del hospital “XXX” del alejado municipio XXX, lugar en el que laboraban hacía varios años, y la guerrilla

⁵ Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico n° 4; y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico n° 6.2.

⁶ Sentencias T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico n° 3.5.; y SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico n° 5.4.2.

⁷ Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico n° 4.2.1.1.; SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico n° 4.2.2.; SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico n° 5.4.1.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico n° 5.3.

les exigió, mediante su característica intimidación, la atención a un subversivo herido en combate.

Omitió igualmente, que en el proceso se probó hasta la saciedad, que de todo lo ocurrido a los médicos XXX y XXXX, relativo a las conversaciones con el comandante de la Farc, y de la ayuda prestada al subversivo herido en combate, se le dio debida información a sus superiores (al gerente y subgerente del Hospital), a sus compañeros de trabajo, al alcalde municipal, al subcomandante de la estación de policía del municipio, a las autoridades militares. Esta circunstancia también fue definitiva para el fallo absolutorio, por cuanto con ella se demostró que no hubo clandestinidad sobre los contactos ni sobre lo que los médicos fueron obligados a realizar.

Omitió igualmente valorar que todo el accionar de los médicos tuvo relación con una intervención humanitaria a favor de un insurgente que fallecía, fruto de heridas causadas por la explosión de una mina antipersona.

La sentencia tutelada, omitió valorar también que la sentencia proferida en el proceso penal, por el Juzgado Penal del Circuito de la XXXX, y que hizo tránsito a cosa juzgada, luego de la **valoración integral de todo el acervo probatorio del proceso penal**, llegó a la conclusión indubitable de que los médicos XXX y XXXX, obraron determinados por violencia ejercida sobre ellos por parte del grupo armado; además, que el contacto telefónico que se sostuvo con el grupo insurgente, estuvo determinado por la necesidad perentoria de recuperar instrumentos y medicamentos controlados (xxxx) que habían dejado luego de prestar atención médica al herido. Y es que de no ser recuperados dicha medicación, ante la inminente visita de la Secretaría de Salud del departamento de XXX y la persistente solicitud de la Gerente del Hospital, se les iniciarían sendos procesos disciplinarios, incluso con riesgo de ser desvinculados de la institución. Por lo anterior, la única forma que encontraron para recuperar dichos medicamentos, era entablar de nuevo diálogo con sus verdugos, lo que obviamente tenía que hacerse en términos cordiales y hasta al parecer, para terceros ajenos al drama, amistosos.

En la sentencia objeto de tutela también se omitió valorar que desde el momento que el fiscal impetró la medida de aseguramiento de detención preventiva y el juez la impuso, estos funcionarios tenían conocimiento que los hechos que relacionaban los médicos XXX y XXX con las FARC, guardaban relación directa con la ayuda humanitaria prestada a un subversivo gravemente herido, cuya vida corría peligro, por haber pisado una mina antipersonal.

Por tal motivo, lo que hizo la Fiscalía al solicitar la detención preventiva de los acusados y el juez de control de garantías al avalar dicha postura, fue nada más y nada menos que criminalizar de modo terrible e irracional la misión médica. Es que no solo se trataba de un compromiso moral con la humanidad, sino el estricto respeto a la ley. Les bastaba tener una escasa formación en los lineamientos del artículo 3°. Común a los convenios de Ginebra, el Protocolo II adicional de 1979⁸, el artículo 93 de la C. Pol. y las sentencias C-225 del 18 de mayo de 1995 y C-574 del 28 de octubre de 1992 de la Corte Constitucional, **para haber entendido que la conducta era atípica desde un comienzo**, tal como lo tuvo que declarar inevitablemente el Juez Penal del Circuito de XXX quince (15) meses después de un larga y sufrida detención.

Todos los asuntos aquí reseñados, cuya valoración fue omitida en la sentencia tutelada, sí fueron objeto de un estudio integral y profundo por parte del Juez de conocimiento, luego de lo cual no pudo llegar a otra conclusión; que la conducta de los galenos era ATÍPICA, esto es, ni siquiera encuadra en tipo penal alguno. Por su importancia, nos permitimos citar los apartados pertinentes de la sentencia en el proceso penal:

⁸ El artículo 7°. del Título III, del Protocolo II, señala que: **"Todos los heridos, enfermos o naufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos"** y esta protección se extiende igualmente al personal sanitario. Y proteger, significa "salir en defensa de alguien, prestar auxilio y apoyo". Esa es la interpretación brindada por los organismos internacionales. El guerrillero herido ya no era combatiente, e independiente de si la ayuda se prestó en la selva o en un centro médico, lo cierto es que el Estado no puede criminalizar esta labor, so pena de irrespetar el artículo 10 del Protocolo, titulado "Protección general de la misión médica", que reza así: "1. No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera que hubieren sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad".

“ Ahora, centraremos la atención en la situación de los dos profesionales de la medicina, los señores XXX, Médico del Hospital ´ XXX, y XXX, xxx del mismo centro asistencial, señalando el Despacho compartir en su integridad los planteamientos del señor defensor de ambos, esto es que en su proceder no hubo una comunión de ideales con el grupo insurgente, ni se dio una permanencia temporal de apoyo o colaboración con el mismo; simplemente, como lo alegó el defensor, se limitaron a atender a un subversivo herido en cuestiones netamente de salud. **Respecto a los diálogos de éstos con el sujeto alías ‘XXX’, el Despacho los encuentra justificados ante los elementos médicos y la droga controlada ‘XXX’,** que tuvieron que dejar abandonados después de practicarle la intervención quirúrgica al subversivo accidentado con la mina antipersonal, ante los requerimientos que a ellos se les hacía el medicamento controlado, por parte del Gerente del Hospital XXXX, en donde laboraban, lo cual fue debidamente acreditado por la defensa.

Tampoco se pasa inadvertido por el Despacho la manera amenazante, engañada y coaccionada como estos dos profesionales de la medicina fueron trasladados desde su lugar de trabajo al lugar distante en donde finalmente atendieron al subversivo accidentado. La forma expuesta por los dos procesados de cómo fueron conducidos hasta el alejado campamento guerrillero, **fue degradante, inhumana y humillante, y hasta obligada por las circunstancias en que se encontraban, lo que resultaría suficiente para dictar una sentencia absolutoria a su favor.**

Sobre las circunstancias en que admitieron atender el requerimiento médico por parte de la organización subversiva, como lo destacó su abogado defensor, no fue clandestinamente, **ya que informaron de lo que venía aconteciendo a la autoridad y a varias personas más, tratando de buscar una solución.**

Para el Despacho resulta admisible que los aludidos profesionales de la medicina, sintieron miedo y, por ello, optaron por prestar el servicio médico que les requerían, que más que un favor era una exigencia. La Alcaldía y la Policía de XXXX– fueron incapaces de brindarles solución y protección como era su deber, con la presencia de una insuficiente fuerza pública que no estaba en condiciones de prestarles protección, para evitar la comprometida situación a que se vieron avocados y evitar que accedieran a la prestación de la atención médica requerida, por miedo personal y social, como lo alega la defensa.”

Mucho se discutió en el proceso sobre si la actuación desplegada por los procesados constituyó o fue una misión médica, por las circunstancias especiales en que se prestó la atención, sin portar los emblemas ni los distintivos respectivos, y sin el conocimiento de las autoridades del lugar donde ésta se prestó. Para la defensa aún así constituye una misión médica, pero para la Fiscalía y para la Procuraduría, no lo es. Al margen de esta discusión, **el Despacho estima que el hecho objetivo y concreto como lo fue la atención médica que le prestaron los dos profesionales de la salud al moribundo subversivo accidentado, constituyó más un acto humanitario –así fuere forzado por las circunstancias -, de lealtad y deber moral, que un acto de rebelión,** para endilgarles ese delito, agravada, por sus calidades de servidores públicos, por lo que este funcionario salvo mejor criterio, llega a la conclusión que **el comportamiento desarrollado por estos dos procesados, resultó ATÍPICO.**

La atención médica prestada por estos dos procesados al subversivo gravemente herido, bajo ninguna circunstancia puede entenderse como un acto que robusteció o fortaleció al grupo insurgente.

FALLA:

TERCERO: ABSOLVER a los procesados XXX y XXX, con fundamento en la ATIPICIDAD de la conducta por ellos desplegada, conforme se expusiera en las motivaciones de esta providencia. – Sentencia de primera instancia – (Subrayas y negrillas no originales).

En línea con la explicación de cuál fue la formación judicial de los hechos que dejó de examinar el *Ad-quem*, resulta inevitable que despejemos el siguiente interrogante:

¿Es suficiente para desestimar la imputación por privación injusta de la libertad, valorar únicamente las pruebas aducidas en las audiencias preliminares?

La H. Sección XXX desestimó las pretensiones, incurriendo en claras vías de hecho, por desconocimiento de prueba legal y oportunamente aportada al proceso, al considerar que los diálogos exhibidos por la Fiscalía en la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento en contra de los Sres. XXX y XXX, revelaban un “ *contacto muy personal, cercano y directo con el jefe guerrillero XXXXXX* ’, medio de convicción que legitimó la cautela, porque “ *ante tal situación generada por las propias víctimas, al ente investigador no le era exigible una conducta diferente que la de solicitar la medida restrictiva de la libertad y al juez penal el de decretarla con fundamento en los indicios recolectados que sugerían su participación en el delito de rebelión*”.

Lo primero que debemos indicar, es cómo el operador administrativo, para determinar si en un proceso existió o no culpa grave, que lleve a generar la causa extraña como ruptura del nexo causal, lo debe hacer de cara a todo el escenario probatorio en el que se desarrolló el proceso. No hacerlo así, significaría que la fijación judicial de los hechos en el proceso contencioso administrativo sería simplemente parcial o fraccionada, e incluso, podría terminar sustituyendo al juez penal en la valoración de la prueba que hizo. Si el Juez

Contencioso Administrativo hace una nueva valoración probatoria, ajena a la estimativa del juez penal, por esa vía niega el principio de cosa juzgada penal.

Tampoco la injusticia se debe limitar a lo ocurrido en la audiencia preliminar, sino a las resultas finales del proceso. La injusticia de la decisión no se determina por lo ocurrido en la audiencia preliminar - incipiente probatoriamente hablando y convenientemente conducida por la misma Fiscalía en su probática - , sino en el colofón del proceso, inocencia o culpabilidad, así de simple, criterio que ha sido reiterado por el Consejo de Estado. Y esa inocencia no se desvirtúa ante el hecho de que en aquellas iniciales audiencias se haya tenido prueba de carácter incriminatorio.

Nuestra tesis, se explica justamente porque las audiencias preliminares, específicamente aquella en la que se debate la imposición de una medida de aseguramiento, se nutre básicamente de la prueba que a elección de la Fiscalía se quiera aducir para demostrar, un estándar probatorio mínimo de responsabilidad, como es el exigido por la ley 906 de 2004, y previsto en el artículo 308:

“ Art. 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, **se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga**, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos...”

Ese estándar de prueba es el de una “ **inferencia razonable**”, lo cual en términos lógicos, puede ser cualquier raciocinio derivado de un solo elemento material probatorio, para nuestro caso, lo fueron unas escuchas telefónicas.

Pero además, en aquella audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento, la Fiscalía **no está obligada a descubrir todo el material probatorio que ha recaudado**, porque precisamente en términos del artículo 344 del C.de P.P.; el descubrimiento probatorio solo es exigible por la defensa a partir de la formulación de acusación, es decir, muchos meses después de dicha audiencia. *Inter alia*, porque el diseño procesal del modelo acusatorio

contempla que sea solo en el juicio en el que se realice un cabal contradictorio de la prueba, por lo mismo, que aquéllas audiencias preliminares no sean el escenario en el que se propicie un amplio debate o lo que comúnmente se denomina “minijuicio”.

Lo anterior quiere decir, que en las audiencias preliminares la Fiscalía está en libertad de sólo exhibir los elementos que considere favorecen su solicitud de imposición de medida de aseguramiento. Es también muy probable, que la Fiscalía se reserve muchos que beneficiarían al imputado, porque precisamente esa es la lógica de un sistema adversarial, y los elementos que ofrecería al Juez de control de garantías no requieren un alto compromiso de responsabilidad, porque basta que de ellos se desprenda un razonamiento que los lleve a inferir la probable participación del imputado en los hechos.

Pero además, se pueden presentar eventos como el que se probó en el juicio, y fue la manipulación de la prueba, porque resultaba a todas luces exótico, que la Fiscalía tuviera los diálogos incriminatorios, pero no tuviera los diálogos de inocencia. Al proceso sólo aportaron los diálogos del momento en que XXX y XXXX conversaron “amigablemente” con alias XXX, esto es, después de la larga retención, pero no exhibieron nunca los diálogos del momento en que alias XXX llama insistentemente al hospital en busca de un médico que atienda al guerrillero; conversa con el Sr. XXX en tono amenazante y posteriormente le exige a la Dra. XXX, **so pena de perder la vida**, que se trasladen con el guerrillero que allí se encontraba en el parque del pueblo al lado del Sr. XXX, hasta el lugar en el que supuestamente se hallaba el subversivo herido. A la postre se trató de un trayecto de más de un día de camino, por lugares escarpados y sumamente peligrosos, incluso, XXX se fracturó un dedo.

Si se examina la decisión que es objeto de tutela, ésta termina circunscribiendo el análisis probatorio del proceso penal exclusivamente a una pequeño segmento, mostrado de manera parcial y distorsionada por la Fiscalía en su momento, cual fue la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento. El Consejo de Estado no reparó que los audios exhibidos por la Fiscalía en aquélla ocasión, solo conformaban una aislada parte de la pequeña historia del proceso; efectivamente tanto XXX como XXXX, conversaron

amablemente con el jefe guerrillero alias XXX, pero la Sección XXX del Consejo de Estado, no se detuvo a analizar, que aquéllos diálogos fueron presentados de manera fraccionada al proceso, en la medida que los diálogos que revelaban el previo secuestro de los profesionales de la salud, nunca fueron aportados. Solo la defensa, luego de ingentes luchas, pudo acompañar al juicio, un aparte de una transliteración que logró obtener en el C.T.I. de un diálogo, en el que XXXX acepta trasladarse a atender el guerrillero herido, bajo la condición de que le respeten su vida, así se observa en el **diálogo del 28 de junio de 2007 en el minuto 11:25:01 a.m.** con una duración de 03:24 minutos y que se aportó al juicio.

Por otro lado, aquél aparente “ *contacto personal, cercano y directo con el jefe guerrillero* ” que indica la H. Sección XXX de mis representados con el comandante guerrillero, obedeció única y exclusivamente a la necesidad de que les retornaran el medicamento de control (anestesia) que habían dejado en el campamento. Es que el corregimiento de XXX se encontraba infestado de paramilitares y de ser retenidos con dicho material, muy seguramente habrían perdido la vida en el acto, pese a que las unidades militares ya sabían de su procedencia, porque tenían interceptados los teléfonos, por ello los retuvo el mayor XXXXX a la entrada del corregimiento y procedió a interrogarlos.

Lo anterior quiere mostrar únicamente, que para deducir una supuesta culpa de la víctima como causa extraña, era necesario que la Sección XXXX evaluara todo el material probatorio, cuestión que no hizo, porque de haberlo hecho, habría alcanzado la misma conclusión del Juez Penal. La conclusión fue simple; **los actores actuaron coaccionados**, fueron llevados a la fuerza a atender un guerrillero; que su labor se concretó en el accionar propio de la ayuda humanitaria connatural a cualquier galeno; y que cualquier diálogo amistoso entre víctima y victimario posterior a los hechos, tuvo como única explicación la recuperación de los medicamentos y un clima de entendimiento previo.

De allí la importancia de que el estudio del proceso, comprendiera en su totalidad las pruebas llevadas a juicio por la defensa, entre ellas:



- **Testimonio del Sr. XXXX** Sesión del XX de febrero de XXX. C.D. 3 Registro (...) 04001-35. Min. 31:17 . Quien era el Secretario de Gobierno del Municipio de XXX, y cuando se presentaron los guerrilleros en busca de personal médico para la atención del subversivo herido, fungía como Alcalde y detalló todo lo que ocurrió en ese momento.
- **Testimonio del Dr. XXXX.** Sesión del XXX de febrero de XXX. C. D. 3 Registro (...) 04001-37. Min. 01:14. Fungía como Director del Instituto XXXX, y estuvo al tanto de todo lo que les ocurrió al personal médico, desde que fueron llevados por la fuerza a atender el subversivo.
- **Testimonio de la Dra. XXXX.** Sesión del XX de febrero de XXX. C.D. 3 Registro (...) 04001-37 Min. 01:14. Fungía como médica del hospital XXX, y fue testigo del requerimiento armado de la guerrilla para que un médico se trasladara con ellos a atender un subversivo herido, y pudo dar claridad de la inexistencia de cualquier vínculo de los procesados con el frente XXX de las FARC, pese a la existencia de aquél diálogo aislado y marginal con el que se fundamentó la medida de aseguramiento y luego, el *Ad-quem*, valorara para desestimar las pretensiones de la demanda, fundamentado en una supuesta culpa grave.
- **Testimonio de XXXX.** Sesión del XX de febrero de XXX. CD.3 Registro (...) 04001-39 Min. 04: 52. Fungía como XXX de la Estación de Policía del Municipio de XXX, y conoció al detalle el secuestro de los galenos al igual que todo lo ocurrido con ellos.

Igualmente, se tienen los testimonios de XXXX, quien también depuso aquél XX de febrero de XXX, y en su condición de XXX del Hospital, explicó el por qué de las conversaciones posteriores que los médicos debieron sostener con alias XXX, a saber; por la necesidad de recuperar el medicamento: De suma importancia, fue la declaración del Sr. XXXX, guerrillero desmovilizado del frente XXX de las FARC, que fue llevado por otro defensor, y quien

conocimiento de causa de lo que ocurrió con los médicos, depuso cómo a estos los obligaron a trasladarse en las peores condiciones a atender al subversivo.

También se tiene la declaración de los Sres. XXX y XXX, quienes explicaron detalladamente todas las dificultades e ignominias que debieron afrontar de parte de todos los grupos legales e ilegales.

Todos los anteriores medios de convicción no fueron examinados por la Sección XXX, y ante el falso juicio de existencia por omisión en la valoración probatoria, es que se abre la corrección de la sentencia por la presencia de un defecto fáctico.

En conclusión, la H. Sección toma la parte por el todo, termina privilegiando unos diálogos que fueron interceptados por la Fiscalía Delegada, en los cuales intervienen XXX, XXX y alias “XXXX”, que sirvieron en su momento para sustentar la inferencia razonable de autoría por parte del Fiscal y el Juez de Control de Garantías de XXX imponer la cautela de la detención preventiva en centro carcelario, pero a poco andar, se demostró en el juicio, que estos audios habían sido sacados de contexto.

2.2.2 Con respecto al señor XXXX.

En la sentencia tutelada, para aducir “culpa grave” por parte del señor XXXX, se dijo que fue determinante para que el fiscal impetrara la medida de aseguramiento, y definitivo para que el juez la proferiera en su contra, se argumentó que XXXX sostuvo conversaciones telefónicas con el jefe guerrillero apodado “XXX”.

Sin embargo, la sentencia tutelada omitió valorar los siguientes medios de prueba:

El primero, que el fiscal en la audiencia de legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento, no obstante aducir tener a disposición horas y horas de audios grabados, **no aportó al proceso ninguno que comprometiera** al señor XXXX, ni siquiera una transliteración, porque como se demostró en el juicio, al criterio técnico de telemática de la

Fiscalía, no observó ninguno relevante.

El segundo, que tal circunstancia fue acreditada por la sentencia absolutoria proferida en el proceso penal, que reza así:

Digamos de una vez, como lo anotara su abogado defensor que de **las transliteraciones de las llamadas telefónicas interceptadas por la Fiscalía, no aparece prueba alguna de cargo en su contra.** (Sentencia en el proceso penal) (destacado no original).

El tercero, que de la valoración integral de las pruebas obrantes en el proceso penal, el juez en la sentencia absolutoria, pudo constatar a través de la prueba testimonial del señor XXXX, educador y colega del señor XXX, que éste último, fue igualmente “víctima de amenazas por parte de las FARC”. (Sentencia en el proceso penal).

2. 3 Trascendencia del defecto fáctico.

Si en el proceso penal quedó demostrado y se declaró por sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, que toda la relación que sostuvieron los galenos con el grupo ilegal armado, fue producto de la **violencia** ejercida sobre ellos; que su conducción al lugar donde se encontraba el insurgente herido, **“fue degradante, inhumana y humillante”**, éstas circunstancias permiten descartar de una manera determinante y plena, que su conducta sea reprochable; así mismo, de tal contacto, representado por las conversaciones con el comandante insurgente o por la asistencia médica al herido, tampoco es posible pregonar que se trató de una conducta “grosera, negligente o temeraria”, de parte de los demandantes, esto es, XXXX y XXXX.

Así mismo, si todo el acopio probatorio del proceso penal, determinó al juez penal a reconocer que los galenos actuaron en compromiso moral con la humanidad, en el marco de un deber moral y legal, resulta inadmisibles, injusto e indebido, afirmar que el comportamiento de éstos fue **gravemente** “grosero” o “negligente”. Es decir, el Juez

Contencioso termina inmiscuyéndose en la labor penal, sustituyendo al juez en valoraciones que ni aquél realizó, con lo cual, se desconoce flagrantemente la cosa juzgada penal.

Y con respecto a señor XXX, también es necesario descartar que hubiere obrado con “culpa grave”, con negligencia determinante, dado que el proceso penal demostró que toda su relación con el grupo insurgente estuvo mediada y determinada por la **violencia** ejercida en su contra.

Por todo lo anterior, si la Sección XXX del Consejo de Estado, en la sentencia tutelada, hubiera considerado estos medios de prueba, los hubiera valorado en todo su inequívoco significado, de forma perentoria hubiere tenido que descartar la “culpa grave” de las demandantes. A esta conclusión se llega, porque la conducta de los actores no fue ni grosera, ni negligente, ni temeraria, sino producto de la violencia ejercida por el grupo armado. Coherente con estas premisas, debía reconocer la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas y fallar en consecuencia.

3. Requisitos generales de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-590 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), refundó, sistematizó y unificó la jurisprudencia relativa a los requisitos de procedencia y a las razones o motivos de procedibilidad de la tutela, tanto generales como particulares, en contra de las providencias judiciales. Circunstancias éstas que se reiteran en toda la doctrina construida hasta ahora.

1.- En cuanto a los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, se cumplen en el caso que nos ocupa, así:

a.- Que la cuestión que se discute tenga una evidente relevancia constitucional: se trata de la vulneración de los más caros principios que deben guiar las actuaciones de los funcionarios judiciales, esto es, el respeto por el derecho al debido proceso, que comporta la valoración

informada por la sana crítica, de la integridad de los medios de prueba que se encuentran disponibles en el proceso. Se trata también del derecho fundamental al acceso a la justicia.

b.- Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable. En el presente caso, por tratarse de una sentencia de segunda instancia, de la máxima corporación del Contencioso Administrativo, no tiene posibilidad alguna de impugnación.

c.- Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración: La sentencia lleva fecha del XX de junio de XXX, pero solo fue notificada mediante edicto el XXX **de noviembre del año XXX**, tal como se observa en el sistema de la Rama Judicial.

d.- Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial. Esta exigencia se cumple en los capítulos segundo y tercero de la presente acción de tutela.

e.- Que no se trate de sentencias de tutela: el caso en cuestión no trata de tutela contra decisiones de tutela.

Ahora, frente a lo que podemos denominar, como defectos de la decisión, en los términos definidos por la Corte Constitucional, en el presente,

Capítulo cuarto.

Peticiones.

Con fundamento en los hechos expuestos, solicitamos

1.- Amparar los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, y a la indemnización integral, impetrados a través de esta acción de tutela a favor de los señores XXXX, XXXX y XXXX.

2.- Dejar sin efectos la sentencia proferida el día XXX de junio del año XXX en el proceso con Radicación número: XXXX, por la Subsección X, de la XXX Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado.

3. Ordenar a la XXX, de la Sala referida, que profiera una nueva sentencia, en la cual se valoren las pruebas regular y oportunamente allegadas en la fase del juicio dentro del proceso penal y que no fueron examinadas por el *Ad-quem*.

Capítulo quinto.

Competencia.

En el presente caso la autoridad competente para conocer de la acción de tutela es la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Capítulo sexto.

Pruebas.

1. C.D. contentivos de todas las audiencias del proceso penal.
2. Sentencia proferida el XX de mayo del año XXX por el Juzgado Penal del Circuito con asiento en XXX.
3. Demanda de reparación directa.
4. Sentencia de primera instancia proferida el XX de julio del año XXX por el Tribunal Administrativo de XXX
5. Sentencia de segunda instancia proferida el XX de junio de XXX y notificada el XX de noviembre de XXX por la Sección XXXX del Consejo de Estado.

Capítulo octavo.

Anexos.

1. Copia de la tutela y sus anexos para las autoridades accionadas.
2. Copia de los poderes.

Capítulo noveno.

Manifestación bajo la gravedad del juramento.

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que el suscrito no ha presentado otra tutela por los mismos hechos y contra la misma autoridad.

Capítulo décimo.

Me permito autorizar a la Dra. XXXX con T.P. Nro. XXX del C. S. de la J. para acceda al expediente y solicite copias de ser necesario.

Capítulo Undécimo.

Notificaciones.

Accionado.

- XXXXX

Accionante.

- XXXX

Firma.

Estudio Jurídico Pérez & Asoc.