



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA / DEFECTO SUSTANTIVO / INDEBIDA INTERPRETACIÓN NORMATIVA / EXISTENCIA DE MINAS ANTIPERSONAL EN ZONA DE OCURRENCIA DEL DAÑO - Conocimiento por parte del Ejército Nacional / OMISIÓN EN LA DESTRUCCIÓN DE LAS MINAS ANTIPERSONAL

De acuerdo con la tesis preliminar del fallo bajo censura, las obligaciones de protección a cargo del Estado son relativas, en tanto no es posible exigirle la salvaguarda de los derechos de la población civil ante circunstancias imprevisibles. (...) Sin embargo, la Sala advierte que no es esta la situación que fue materia de debate en el trámite ordinario, ya que, como bien se explicará en los siguientes párrafos, y contrario a lo que concluyó la autoridad judicial demandada, el contenido de las pruebas aportadas al proceso daba lugar a concluir, indubitadamente, que la zona donde ocurrió el hecho lesivo, además de la presencia de la insurgencia, podía tener sembradas minas antipersonales, luego era previsible la potencial ocurrencia de un daño. Así es muy dicente el memorial aportado por la Personería Municipal de Ituango, al proceso ordinario y que se alegó que no fue valorado. (...) Del examen anterior se advierte, entonces, que la interpretación del juez natural respecto de la prueba, fue «ostensiblemente contraria a su contenido demostrativo» en conjunto, razón por la que se configuró el defecto fáctico alegado. Por otro lado, este juez constitucional reitera que, respecto de las obligaciones del Estado colombiano, derivadas de la Convención de Ottawa, en especial las previstas en el artículo 5° de la Ley 554 de 2000, que consisten, básicamente, en i) destrucción de todas las minas antipersonales, e ii) identificación, demarcación, vigilancia y cercado de la zona «donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal...» es preciso aclarar que el plazo para cumplir con las mismas y, por lo tanto, su prórroga, sólo se predica de la primera de estas, esto es, la destrucción de la totalidad de las minas antipersonales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02219-01(AC)

Actor: DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO Y OTROS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado contra el fallo de 21 de abril de 2018, dictado por la

Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del que amparó el debido proceso deprecado.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

Los ciudadanos **PEDRO JOSÉ OQUENDO POSSO, NIDY YINETH DAZA RINCÓN, JAIME DANIEL OQUENDO POSSO, RUBIELA OQUENDO POSSO, JUAN CLÍMACO OQUENDO POSSO, ALICIA OQUENDO POSSO** y **DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO**, quien a su vez actúa en representación de sus hijas **KAROL NATALIA OQUENDO DAZA** y **LINA YULIETH OQUENDO DAZA** (en lo sucesivo los **tutelantes**), mediante apoderado judicial, promovieron acción de tutela, el 28 de agosto de 2017,¹ invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, presuntamente vulnerados por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, quien en segunda instancia, revocó y, en su lugar, negó las pretensiones, dentro del medio de control de reparación directa, radicado con el No. 05001-23-31-000-2011-00876-01.

1.1. Hechos

Los supuestos fácticos de la presente acción, en síntesis, son los siguientes:

1.1.1. Los **tutelantes**, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de reparación directa solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional por los perjuicios sufridos con ocasión de las lesiones padecidas por el señor **DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO**, con ocasión de la activación de una mina antipersonal, en hechos ocurridos el 28 de enero de 2009, en la vereda Bajo Inglés, municipio de Ituango - Antioquia, mientras realizaba actividades de agricultura, reclamando perjuicios morales, a la vida de relación y materiales.²

1.1.2. El Tribunal Administrativo del Antioquia, con sentencia del 10 de abril de 2013, resolvió:³

«**1. DECLÁRESE** a la **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL**, responsable de los daños y perjuicios morales, vida de relación y materiales causados al señor **DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

2. CONDÉNESE a la **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL** a pagar, por concepto de perjuicios morales causados al señor **DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO** en su calidad de víctima la suma de **CUARENTA (40)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia;

Para la señora **NIDY YINETH DAZA RINCÓN** y las menores **LINA YULIETH OQUENDO DAZA, KAROL NATALIA OQUENDO POSOO**, la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia para cada una.

¹ Fls. 1 – 18, tutela. Fls. 19 – 20, poderes.

² Fls. 26 - 45 del expediente ordinario allegado en calidad de préstamo (en adelante Exp. Ord.).

³ Fls 335 – 351. *Idem*.

Para el señor **JUAN CLÍMACO OQUENDO POSSO**, la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Y para el resto de los hermanos **PEDRO JOSÉ OQUENDO POSSO, JAIME DANIEL OQUENDO POSSO, MARIA RUBIELA OQUENDO POSSO y AURA ALICIA OQUENDO POSSO**, se les reconocerá la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia para cada uno.

3. CONDÉNESE a la **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL** a pagar, por concepto de perjuicios a la vida de relación causados al señor **DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO** en su calidad de víctima directa la suma de **CUARENTA (40)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

5. CONDÉNESE a la **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL** a pagar, por concepto de perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante al señor **DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO** la suma de cuarenta y nueve millones sesenta y seis mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos m.l. (**\$49.066.484**).

6. Se le debe dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

7. Sin costas atendiendo la conducta de las partes».⁴

1.1.3. Ambas partes inconformes con la anterior decisión la apelaron.⁵

1.1.4. La Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, con providencia del 23 de marzo de 2017, revocó la de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, al concluir que:⁶

«Así, lo que se tiene, en suma, es que los daños por cuya indemnización se reclama se produjeron como resultado de la actuación delincuenciales y deliberada de un grupo ilegal armado, lo cual se traduce en un acto malintencionado de un tercero y esto hace inviable, por supuesto, tener por probada la existencia de una falla en la prestación del servicio.

En virtud de todo lo anterior, no puede comprometerse la responsabilidad de la entidad accionada, a título de falla en la prestación del servicio, por cuanto las lesiones que sufrió el señor Donaldo de Jesús Oquendo Posso no fueron consecuencia de una acción ni de una omisión de las Fuerzas Militares».

1.1.5. La parte actora elevó solicitud de adición y/o corrección de sentencia.⁷

1.1.6. La Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado con auto del 12 de junio de 2017, negó lo anterior.⁸

⁴ Énfasis del original.

⁵ Fls. 353 – 369. Exp. Ord.

⁶ Fls. 461 – 468. *Idem*.

⁷ Fls. 471 – 475. Exp. Ord.

⁸ Fls. 482 – 484. Exp. Ord.

1.2. Fundamentos de la solicitud

El apoderado judicial de los **tutelantes** consideró que en la anterior providencia se configuraron los siguientes **defectos**:

1.2.1. Fáctico. En efecto, la autoridad judicial cuestionada se abstuvo de valorar de acuerdo a los principios de la sana crítica y de manera objetiva, rigurosa y razonable los elementos probatorios obrantes en el sumario, omitiendo la verdadera magnitud e impacto de cada uno de los hechos probados en el asunto debatido, puesto que la evidencia probatoria obrante en el proceso de manera razonable permite establecer que el Ejército Nacional conocía, con antelación a la ocurrencia de los hechos, de la existencia de minas antipersonal en el Departamento de Antioquia y, específicamente, en la vereda el Bajo Inglés del municipio de Ituango, conclusión a la que conlleva la prueba relacionada con la perturbación continuada del orden público en la zona y la instalación y presencia, desde el año 2003, del Ejército Nacional realizando continuos patrullajes en las veredas, entre ellas, la del escenario de los hechos, aunado a la inferencia razonable de que solo la subversión utiliza ese tipo de elementos bélicos prohibidos por el DIH, pues Colombia desde la suscripción del Tratado de Ottawa se comprometió a eliminar los que estaban en su poder.

Así entre las pruebas no valoradas, manifestó el apoderado de los **tutelantes**, lo siguiente:

«La Subsección omitió analizar y valorar en su integridad y totalidad la prueba consistente en la respuesta al exhorto No. 192, visible a folios 132 a 134 del sumario, donde en el punto 5.2.1.4., el Personero del Municipio de Ituango, hace una lista de las numerosas víctimas de minas antipersonal, desde el año 2.005, hasta la fecha de elaboración del oficio -septiembre de 2.011- indicando, además, que dichos artefactos explosivos son instalados por parte de las Farc. Con lo anterior está plenamente demostrada la previsibilidad del acto violento del que fue víctima Donaldo de Jesús Oquendo el 28 de enero de 2.009, puesto que ya se habían reportado cincuenta y seis (56) víctimas de minas antipersonal en el municipio, por lo cual no puede considerarse como un acontecimiento sorpresivo para el Ejército Nacional, quien, como ya se indicó, se encontraba instalado en el municipio desde el año 2.003, precisamente contrarrestando y evitando el accionar delictivo de la mencionada guerrilla.

Se trataba de una prueba concluyente, que analizada de manera razonable, rigurosa, objetiva y en conjunto con las demás pruebas obrantes en el proceso, está orientada a establecer que para el Ejército Nacional le era previsible el acto violento del que fue víctima Donaldo de Jesús Oquendo el 28 de enero de 2.009 y, consecuentemente, habría conducido a que la solución del asunto jurídico debatido variara sustancialmente. **Con lo anterior, igualmente, se produce la vulneración al derecho fundamental de los accionantes al debido proceso.**

En síntesis, en los dos eventos mencionados sobreviene una falta de congruencia entre lo probado y lo resuelto puesto que la Subsección se abstiene de confirmar la existencia de un hecho que está probado y, además, no valora una prueba concluyente, adoptando una decisión no

ajustada a la realidad probatoria y violatoria de los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita».⁹

1.2.2. Sustantivo. Lo hizo consistir en la interpretación irrazonable y desproporcionada de la Convención de Ottawa.

Manifestó que la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado interpretó de manera errónea la extensión del término de 10 años, concedido al Estado de Colombia «*para la destrucción total de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control*»¹⁰, al hacerlo extensivo de manera irrazonable y para nada objetiva a los demás compromisos tendientes a «*identificar todas las zonas bajo su jurisdicción o control donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal, y adoptará todas las medidas necesarias, tan pronto como sea posible para que todas las minas antipersonal en zonas minadas bajo su jurisdicción o control tengan el perímetro marcado, estén vigiladas y protegidas por cercas u otros medios para asegurar la eficaz exclusión de civiles*»¹¹. Los anteriores compromisos fueron asumidos por el Ministerio de Defensa mediante el artículo 18 de la Ley 759 de 2002.

Puso de presente que, en el informe final de la reunión de los estados parte de dicha convención, llevada a cabo del 29 de noviembre al 3 de diciembre del año 2010, en Ginebra Suiza, respecto a la prórroga concedida a Colombia se dijo lo siguiente:

«E. Decisiones y recomendaciones

(...)

vi) *La Reunión estudió la solicitud de Colombia de **prórroga del plazo para terminar de destruir las minas antipersonal en las zonas minadas de conformidad con el artículo 5, párrafo 1**, y accedió a prorrogar el plazo hasta el 1º de marzo de 2021*».¹²

A partir de lo que, afirmó:

«Así las cosas, es claro que **la prórroga concedida a Colombia fue otorgada respecto de las obligaciones señaladas en el No. 1º del artículo 5º de la Convención de Ottawa, relacionadas con la destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas bajo su jurisdicción, quedando vigentes, vinculantes e impostergables los demás compromisos y obligaciones adquiridas relacionadas en el numeral segundo del mencionado artículo, referentes a la identificación de todas las zonas donde se sospeche sobre la existencia de minas antipersonal para que estén demarcadas, señaladas, vigiladas y protegidas por cercas** para asegurar la eficaz exclusión de los civiles.

Lo anterior representa para los accionantes una flagrante violación a sus derechos fundamentales al debido proceso, en la medida que, como ya se indicó, la Subsección interpreta de manera irrazonable y desproporcionada una disposición legal que contiene una serie de compromisos y obligaciones en cabeza del Estado, las cuales son completamente claras y, por lo tanto, su incumplimiento no puede avalarse en una extensión de un plazo otorgado para la destrucción total de las minas

⁹ Énfasis del original.

¹⁰ Convención de Ottawa, artículo 5 numeral 1º.

¹¹ *Idem*, numeral 2º.

¹² Énfasis del original.

antipersonal y hacerlo extensivo a las demás obligaciones y compromisos de que trata el No. 2 del artículo 5º de la mencionada Convención de Ottawa».¹³

1.3. Pretensiones

Como consecuencia del amparo de sus derechos, en la tutela se pidió:

«PRIMERO: Con fundamento en los hechos relacionados le solicito tutelar los **derechos fundamentales al debido proceso y al derecho a la igualdad de los accionantes**, vulnerados con la sentencia del 23 de marzo de 2.017 y la providencia que resuelve la aclaración, corrección o adición de sentencia del 12 de junio de 2.017, proferidas dentro del proceso radicado No. 05001-23-31-000-2011-00876-01, expediente No. 48.901, tramitado ante **el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera**, en cuanto incurrir en defecto fáctico, defecto material sustantivo y violación directa a la constitución.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene dejar sin efecto la sentencia y la providencia antes relacionadas y, así mismo, se ordene al **Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera**, en un término prudencial y razonable, proferir una nueva sentencia en la cual se realice una valoración probatoria objetiva, rigurosa y razonable de los elementos probatorios obrantes en el sumario, se tenga en cuenta y se valore la prueba que la Subsección omitió, se efectúe una interpretación razonable y proporcional del contenido obligacional de la Convención de Ottawa, se observe y respete el precedente vinculante en cuanto a la carga probatoria en asuntos de violación a los Derechos Humanos, el alcance de las obligaciones convencionales del Estado y el control oficioso de convencionalidad y, finalmente, se garantice el derecho a la igualdad en el sentido que el debate jurídico sea resuelto bajo los mismos parámetros aplicados a otras personas en la misma situación fáctica».¹⁴

2. Trámite en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de 30 de agosto de 2017,¹⁵ la admitió y ordenó notificar a los magistrados de la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado.

Como terceros con interés dispuso notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia y a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, entidades que tuvieron participación en el proceso ordinario.

3. Intervenciones

Remitidos los oficios de rigor,¹⁶ se recibió las siguientes:

3.1. La Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado

¹³ Resaltado del origen.

¹⁴ Énfasis del original.

¹⁵ Fl. 23.

¹⁶ Fl. 33.

La autoridad judicial cuestionada al contestar requirió negar el amparo deprecado, al manifestar:¹⁷

«En mi condición de ponente del fallo proferido en el proceso 05001-23-31-0002011-00876-01 (48.901), el cual fue cuestionado a través de la acción de tutela de la referencia, pongo de presente que dicha decisión, contrario a comportar una violación a derechos constitucionales y al precedente jurisprudencial, y a contener defectos fácticos y sustantivos como los invocados por la parte demandante, se halla fundada en las pruebas válidamente allegadas al proceso, en los lineamientos jurisprudenciales vigentes y con respeto a las garantías que informan el debido proceso, como puede apreciarse del texto de la misma (se anexa la respectiva providencia).

Debe recordarse que la acción de tutela no es procedente cuando la censura del {sic} actores radica exclusivamente en la discrepancia con la decisión adoptada, como ocurre en este caso, en el cual es evidente que la parte demandante pretende que se profiera un nuevo fallo en el que se acceda a sus pretensiones, ya que no comparte la tesis jurisprudencial que la Sala acogió para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, en particular el suyo.

En los anteriores términos, dejo expuestas las razones por las cuales considero que la acción de tutela de la referencia no está llamada a prosperar».

3.2. El Ministerio de Defensa

Al intervenir solicitó negar el amparo deprecado, para lo cual, explicó la negativa de pretensiones en el proceso ordinario se dio por ausencia probatoria, pues el accionante incumplió con su carga de allegar el material probatorio idóneo, lo que pretende subsanar a través de la acción constitucional.¹⁸

Finalmente, sostuvo que el juez de tutela deberá tener en cuenta la totalidad del acervo probatorio que fue objeto de decisión judicial en la cual se demostró que la negativa de reconocimiento, estuvo acorde con los lineamientos constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales.

4. Decisión de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con providencia del 21 de abril de 2018, amparó el debido proceso de los **tutelantes**.¹⁹

Para arribar a lo anterior, explicó que revisado la providencia judicial cuestionada evidenció que no se valoró en debida forma el oficio de la personería municipal sobre las continuas afectaciones de ciudadanos por minas antipersona, en la zona, frente a lo cual puntualizó:

«Con base en lo anterior, la Sala encuentra que la autoridad judicial accionada argumentó que para la época en la que el señor Donaldo de Jesús Oquendo Posso (2009), fue víctima de la mina antipersona, la vereda Bajo Inglés en el municipio de Ituango se encontraba “*contaminada*” de esos

¹⁷ Fls. 96 - 100.

¹⁸ Fls. 45 - 46.

¹⁹ Fls. 47 – 57.

artefactos que fueron instalados por los grupos guerrilleros. No obstante, extraña la Sala que a su turno afirmara que *“nada en el expediente indica que el Ejército tuviera conocimiento o, por lo menos sospechara de que existían estos artefactos explosivos en el sitio específico donde ocurrieron los hechos”*, pues como lo afirmó la personera del mencionado municipio, en el documento que no fue valorado en la sentencia objeto de tacha constitucional, el sector de ocurrencia de los hechos era patrullado por las Brigadas móviles del Ejército Nacional».

Finalmente, realizó un análisis de la Convención de Ottawa, para concluir que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto sustantivo, pues interpretó de manera irrazonable el numeral segundo del artículo 5º de dicha norma internacional y lo dispuesto en la décima reunión de Estados partes, pues la ampliación del plazo que se otorgó a Colombia es únicamente respecto de la destrucción de minas antipersona (numeral primero del artículo 5º), y no con el deber de identificar y demarcar las zonas en las que se sospechara que hubiere dichos artefactos.

5. La impugnación

La anterior decisión impugnada, por Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, reiteró los argumentos dados en la intervención de instancia y también explicó:²⁰

- El defecto fáctico no se presenta pues en el fallo cuestionado se realizó un análisis en conjunto de las pruebas allegadas al proceso y a partir de allí argumentó la decisión que *«pese a que se trataba de una zona con presencia militar y guerrillera, ello no obligaba, per se, a que la Fuerza Pública realizara allí labores de desminado»*; razón por la cual, no existe la valoración arbitraria, caprichosa, incompleta o equivocada, obedeció al justo estudio que del mismo efectuó la Sala y que, de conformidad con la sana crítica y con los criterios de objetividad, racionalidad, legalidad, motivación y discrecionalidad judicial, soportaron su providencia.

- También sostuvo que el defecto sustantivo no se presenta, pues dicha Subsección consideró que el accidente sufrido por el señor **DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO** no podía atribuirse al Estado, a título de incumplimiento de lo acordado en la Convención de Ottawa, pues en virtud de la ampliación del plazo que se le otorgó a la Nación para cumplir con todo lo pactado en dicho convenio, impidió, en sus sentir, afirmar que el Estado ha incumplido los compromisos pactados en el mencionado tratado, ya que las obligaciones en el contraídas son exigibles a partir del 1º de marzo de 2021.

6. Trámite en segunda instancia

El despacho conductor del proceso con auto del 5 de junio de 2018, requirió en calidad de préstamo el expediente ordinario de la reparación directa.²¹

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

²⁰ Fls. 66 – 70. El fallo de primera instancia se notificó el 19 de abril de 2018 (fls. 58 - 64). La impugnación se radicó el día 24 de ese mes y año, es decir, dentro del término establecido por el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

²¹ Fl. 82.

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto No. 1069 de 2015 modificado por el Decreto No. 1983 de 2017, así como el Acuerdo No. 55 de 2003 de la Sala Plena de la Corporación.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.
- ii. Si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente,²² venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012²³ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas desemejantes sobre el tema.²⁴

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.²⁵

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente

²² Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2011-00546-01, accionante: Oscar Enrique Forero Nontien y accionados: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN C Y OTROS.

²³ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁴ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²⁵ Se dijo en la mencionada sentencia: «DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia».

AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**».²⁶ Énfasis propio.

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los «**fijados hasta el momento jurisprudencialmente**».

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014,²⁷ 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 y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Constitución Política y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y en donde el Actores tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²⁸ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, se debe verificar que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los mecanismos judiciales, ordinarios y extraordinarios de defensa, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

²⁶ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁷ 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. Actora: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²⁸ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad o negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

4. Caso concreto

Para la Sala una vez analizados los argumentos planteados en la impugnación, confirmará el fallo de tutela de primera instancia, como pasa a explicarse.

La Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado para negar las pretensiones en el proceso de reparaciones directa, sostuvo:

«Pues bien, de conformidad con el escaso material probatorio obrante en el expediente, para la Sala es claro que el municipio de Ituango (Antioquia) - incluida su área rural- era considerada, para la época de los hechos (2009), zona de orden público, dada la presencia de grupos al margen de la ley; de hecho, desde 2003, el Ejército se instaló allí con el fin de realizar continuos patrullajes en las veredas, entre éstas, el Bajo Inglés, escenario de los hechos. También es evidente, a partir de la ocurrencia del atentado de que fue víctima el señor Oquendo Posso, que esa vereda estaba contaminada con una mina antipersonal sembrada por los grupos guerrilleros.

Sin embargo, los hechos hasta aquí acreditados no permiten, por sí solos, hablar de una falla en el servicio por omisión por parte de la Administración en el deber de destrucción de las minas antipersonales, toda vez que nada en el expediente indica que el Ejército tuviera conocimiento o, por lo menos, sospechara de que existían estos artefactos explosivos en el sitio específico donde ocurrieron los hechos, que lo obligara a demarcar el terreno, prestar vigilancia y proteger el área, con el fin de garantizar la seguridad de la población civil; es decir, pese a que se trataba de una zona con presencia militar y guerrillera, ello no obligaba, per se, a que la Fuerza Pública realizara allí labores de desminado.

En ese sentido es preciso entender que, a pesar de que la demandada sabía de la presencia de grupos guerrilleros en la región, el acto violento de que fue víctima Donaldo de Jesús Oquendo el 28 de enero de 2009 fue imprevisible e irresistible para los miembros del Ejército Nacional, en la medida en que no se probó que esta Institución hubiera tenido conocimiento sobre la presencia de minas en el lugar donde ocurrió el accidente y que, pese a ello, no adoptó medidas de prevención y protección tendientes a garantizar la seguridad de la población.

A lo anterior resulta preciso agregar que la Sala tampoco encontró acreditado

que, previo a los hechos, se hayan presentado enfrentamientos militares entre la Fuerza Pública y grupos al margen de la ley en la vereda Bajo Inglés o, lo que es lo mismo, que esa zona haya sido escenario de combates, a partir de los cuales se pudiera inferir que la lesión padecida por el actor se hubiese causado en medio de la confrontación armada o como un daño colateral y posterior a ésta; al respecto, lo único que manifestaron los testigos fue que en la región hacen presencia tanto miembros del Ejército como grupos guerrilleros²⁹, pero nada dijeron respecto de enfrentamientos armados en el sector donde ocurrió el mencionado atentado.

Así las cosas, no existen en el expediente suficientes pruebas que demuestren con claridad y certeza que la demandada haya incurrido en una falla del servicio por no haber evitado el atentado en el que resultó lesionado el demandante, pues, se insiste, nada indicaba la presencia de minas y la inminencia de su activación, frente a la cual le resultara exigible una actuación de contención; por tanto, ha de concluirse que, en este caso, el daño alegado por la actora no devino de una conducta omisiva, descuidada o negligente y, en efecto, reprochable en cabeza de la Administración.

Así, lo que se tiene, en suma, es que los daños por cuya indemnización se reclama se produjeron como resultado de la actuación delincinencial y deliberada de un grupo ilegal armado, lo cual se traduce en un acto malintencionado de un tercero y esto hace inviable, por supuesto, tener por probada la existencia de una falla en la prestación del servicio.

En virtud de todo lo anterior, no puede comprometerse la responsabilidad de la entidad accionada, a título de falla en la prestación del servicio, por cuanto las lesiones que sufrió el señor Donaldo de Jesús Oquendo Posso no fueron consecuencia de una acción ni de una omisión de las Fuerzas Militares.

Ahora, si bien es cierto que, mediante la ley 554 de 2000³⁰, el Estado Colombiano aprobó e incorporó al ordenamiento jurídico interno la Convención de Ottawa y, en consecuencia, se obligó, entre otras cosas, a identificar y demarcar las zonas donde tenga conocimiento o sospeche que existan minas antipersonales y a destruir o asegurar la destrucción, en un plazo de 10 años, de todas aquellas puestas en su jurisdicción, también es cierto que en la décima reunión de los Estados parte de dicha convención le fue concedida una extensión de ese término, el cual se vence el 1º de marzo de 2021³¹; por lo tanto, la ocurrencia de atentados como el que motivó esta demanda no puede entenderse aún como un incumplimiento del deber legal asumido por el Estado.

Al no encontrarse acreditados, entonces, los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado, debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda».

De acuerdo con la tesis preliminar del fallo bajo censura, las obligaciones de protección a cargo del Estado son relativas, en tanto no es posible exigirle la salvaguarda de los derechos de la población civil ante circunstancias imprevisibles.

²⁹ «Testimonio de los señores Blanca Lucelly Correa Roldán, Laura Rosa Zabala de Zapata y Eliodoro Antonio Giraldo Rojas (audio correspondiente al disco compacto anexo, f. 186, c. 1)».

³⁰ «Declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-991 del mismo año».

³¹ «<http://www.accioncontraminas.gov.co/Documents/Plan%20de%20Accion%20de%20DH.pdf> (consulta realizada el 13 de marzo de 2017)».

Por lo tanto, no solo se debe demostrar la causación del daño, sino que este tuvo lugar por una omisión de las medidas pertinentes a cargo del Estado, frente a circunstancias que eran previsibles.

Bajo ese contexto, hay lugar a calificar un hecho o circunstancia como imprevisible cuando, *verbigracia*, ocurre la activación de un artefacto explosivo en una zona cuyo historial no reporta la presencia de grupos armados al margen de la ley, o enfrentamientos entre éstos y la fuerza pública, por lo que habría lugar a concluir que el propósito de dicho artefacto no sería atentar contra las autoridades del Estado, sino con fines ilícitos por parte de la delincuencia común.

Entonces, no es posible concebir una administración pública omnipresente, con la capacidad de contrarrestar toda circunstancia con potencial lesivo para la población.

, en el presente caso, en el que se explicó:³²

«Atendiendo el asunto de la referencia, atentamente me permito indicar lo siguiente:

5.2.1.1 El señor Donaldo de Jesús Oquendo, figura registrado como víctima de mina antipersonal, por hechos ocurridos el día 28 de enero de 2009 en la vereda Bajo Inglés, jurisdicción del municipio de Ituango Antioquia.

5.2.1.2. En el lugar donde ocurrió el accidente con mina antipersonal, tiene influencia el frente 18 de las Farc.

5.2.1.3. El sector donde ocurrió el accidente es patrullado continuamente por las Brigadas Móviles del Ejército Nacional.

5.2.1.4. El siguiente es el listado registrado en este Despacho de víctimas de mina antipersonal, desde el año 2005. Estos artefactos son instalados por parte del grupo armado al margen de la ley, Farc.

{Se relacionan 56 personas afectadas}

5.2.1.5. Desde el 2007 se han celebrado varios convenios entre el municipio de Ituango y la Gobernación de Antioquia, el cual tiene como fin ejecutar programas de prevención y educación sobre el riesgos de MAP³³ Y MUSE³⁴, en todo el territorio municipal».

La Subsección demandada consideró que no se configuró la falla en el servicio, al no encontrar *«acreditado que, previo a los hechos, se hayan presentado enfrentamientos militares entre la Fuerza Pública y grupos al margen de la ley en la vereda Bajo Inglés o, lo que es lo mismo, que esa zona haya sido escenario de combates, a partir de los cuales se pudiera inferir que la lesión padecida por el actor se hubiese causado en medio de la confrontación armada o como un daño colateral y posterior a ésta; al respecto, lo único que manifestaron los testigos fue que en la región hacen presencia tanto miembros del Ejército como grupos*

³² Fls. 132 – 134. Exp. Ord.

³³ Minas antipersonas.

³⁴ Municiones sin explotar.

guerrilleros³⁵, pero nada dijeron respecto de enfrentamientos armados en el sector donde ocurrió el mencionado atentado».

Entonces, para la autoridad judicial demandada, la inexistencia de hostilidades entre la fuerza pública y la insurgencia dio lugar a concluir que la mina que causó el daño en cuestión fue sembrada por un tercero, con un propósito diferente a atentar contra las autoridades del Estado, muy a pesar que con ello se buscaba controlar la zona, protegerse de sus enemigos (la fuerza pública), e intimidar a la población civil.

Del examen anterior se advierte, entonces, que la interpretación del juez natural respecto de la prueba, fue «ostensiblemente contraria a su contenido demostrativo» en conjunto, razón por la que se configuró el defecto fáctico alegado.

Por otro lado, este juez constitucional reitera que,³⁶ respecto de las obligaciones del Estado colombiano, derivadas de la Convención de Ottawa, en especial las previstas en el artículo 5° de la Ley 554 de 2000,³⁷ que consisten, básicamente, en i) destrucción de todas las minas antipersonales,³⁸ e ii) **identificación, demarcación, vigilancia y cercado de la zona «donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal...»**³⁹, es preciso aclarar que el plazo para cumplir con las mismas y, por lo tanto, su prórroga, sólo se predica de la primera de estas, esto es, la destrucción de la totalidad de las minas antipersonales.

Lo anterior en la medida que el instrumento internacional dispuso un plazo de a más tardar diez años para las actividades previstas en el numeral 1° del artículo 5°, a saber, «destruir, o asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal...», y el numeral 3° de la norma bajo análisis, que consagra la posibilidad de solicitar la prórroga para cumplir esta obligación, únicamente se refiere, a «la destrucción de todas las minas antipersonal a las que se hace mención en el párrafo 1°».⁴⁰

³⁵ «Testimonio de los señores Blanca Lucelly Correa Roldán, Laura Rosa Zabala de Zapata y Eliodoro Antonio Giraldo Rojas (audio correspondiente al disco compacto anexo, f. 186, c. 1)».

³⁶ Ver pie de página No. 1.

³⁷ «Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la prohibición del empleo, Almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, hecha en Oslo el dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)».

³⁸ El numeral 1° de la norma bajo cita establece que «Cada Estado Parte se compromete a **destruir, o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control, lo antes posible, y a más tardar en un plazo de 10 años, a partir de la entrada en vigor de esta Convención para ese Estado Parte**».

³⁹ De acuerdo con el numeral 2° Ibidem, que establece: «Cada Estado Parte se esforzará en identificar todas las zonas bajo su jurisdicción o control donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal, y adoptará todas las medidas necesarias, tan pronto como sea posible, para que todas las minas antipersonal en zonas minadas bajo su jurisdicción o control tengan el perímetro marcado, estén vigiladas y protegidas por cercas u otros medios para asegurar la eficaz exclusión de civiles, hasta que todas las minas antipersonal contenidas en dichas zonas hayan sido destruidas. La señalización deberá ajustarse, como mínimo, a las normas fijadas en el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, enmendado el 3 de mayo de 1996 y anexo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados».

⁴⁰ El texto completo es el siguiente: «3. **Si un Estado Parte cree que será incapaz de destruir o asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal a las que se hace mención en el párrafo 1°. dentro del período establecido, podrá presentar una solicitud a la Reunión de Estados Parte o a la Conferencia de Examen con objeto de que se prorrogue hasta un máximo de otros diez años el plazo para completar la destrucción de dichas minas antipersonal.**» (Destacado por la Sala)

Por el contrario, en cuanto a las actividades de identificación, demarcación, vigilancia y cercado de la zona «*donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal...*»⁴¹, del numeral 2° bajo cita establece, con claridad que el Estado como obligación: «*adoptará todas las medidas necesarias, tan pronto como sea* Por el contrario, en cuanto a las actividades de identificación, demarcación, vigilancia y cercado de la zona «*donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal...*»⁴², del numeral 2° bajo cita establece, con claridad que el Estado como obligación: «*adoptará todas las medidas necesarias, tan pronto como sea posible, para que todas las minas antipersonal en zonas minadas bajo su jurisdicción o control tengan el perímetro marcado, estén vigiladas y protegidas por cercas u otros medios para asegurar la eficaz exclusión de civiles...*».⁴³

Por lo anterior, la autoridad judicial cuestionada, realizó una interpretación irrazonable de la prórroga dada al Estado Colombiana, pues consideró que también cobijada el deber fijado en el numeral 2° del artículo 5° de la Convención de Ottawa, lo cual, como ya se explicó, aquella solo se puede predicar frente a la obligación de «*destruir, o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control*»⁴⁴, pero no, se reitera, en cuanto a las actividades de identificación, demarcación, vigilancia y cercado de la zona «*donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal...*».⁴⁵

En conclusión al configurarse los defectos alegados, la Sala confirmará el fallo de tutela de primera instancia, del 21 de abril de 2018, por medio del cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado **amparó el debido proceso** de los tutelante.

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar el fallo de tutela de primera instancia del 21 de abril de 2018, por medio del cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado **amparó el debido proceso** de los ciudadanos **PEDRO JOSÉ OQUENDO POSSO, NIDY YINETH DAZA RINCÓN, JAIME DANIEL OQUENDO POSSO, RUBIELA OQUENDO POSSO, JUAN CLÍMACO OQUENDO POSSO, ALICIA OQUENDO POSSO** y **DONALDO DE JESÚS OQUENDO POSSO**, quien a su vez actúa en representación de sus hijas **KAROL NATALIA OQUENDO DAZA** y **LINA YULIETH OQUENDO DAZA**, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto No. 2591 de 1991.

TERCERO: Notificar a las partes según lo establecido por el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

⁴¹ Énfasis de la Sala.

⁴² Énfasis de la Sala.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Énfasis de la Sala

⁴⁵ *Idem.*

CUARTO: Devolver el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

