ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / ENFOQUE DIFERENCIAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO - Actos de violencia sexual contra la mujer / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA - Se dictó sentencia sin abordar el caso bajo una perspectiva de género ante la manifestación en el mismo de actos de violencia contra la mujer / ACTO DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER - El juez debe hacer uso de todos los poderes de la actividad judicial tendientes a sancionarla, repararla y prevenirla / ACTIVIDAD JUDICIAL - El juez debe aplicar criterios de género cuando se manifiesten en el proceso / ACTIVIDAD JUDICIAL - Debe velar por la protección efectiva de la mujer contra todo acto de violencia o discriminación

[F]rente a denuncias de mujeres que han sido víctimas de actos de violencia o discriminación, corresponde al sistema judicial dar una respuesta efectiva dirigida a garantizar su especial protección constitucional, bajo estándares establecidos en los instrumentos internacionales y en la Constitución Política. En razón a ello, les corresponde abordar cada caso con un enfoque diferencial y activar todos los poderes derivados de la actividad judicial dirigidos a sancionar, reparar y prevenir. (...) [L]a aplicación de criterios de género obliga a las autoridades judiciales accionadas a dar una lectura integral del patrón fáctico de la demanda, incluyendo todas las circunstancias que deriven del relato de las víctimas y de los testigos, bajo un criterio menos riguroso y menos apegado a la literalidad. Es decir, resulta claro [para el caso] que las dos mujeres hicieron referencia al hecho de que habían sido “violadas” y de ese término se puede entender, en principio, que estaban haciendo referencia a un acceso carnal violento, sin embargo, de lo narrado tanto por ellas mismas como por los testigos que estuvieron en el momento del asalto y fueron víctimas del mismo, también se desprenden otros actos de violencia sexual que deben integrarse al análisis de la producción del daño, los cuales fueron inadvertidos por las autoridades judiciales accionadas. (...) [A]dvertida la necesidad de conocer la información actualizada acerca del estado actual de las investigaciones penal y disciplinaria que cursaba contra miembros del Ejército Nacional por los actos de violencia sexual, respecto de los cuales las mujeres demandantes perseguían una reparación por parte del Estado, y teniendo en cuenta que la actividad probatoria del proceso de reparación directa estaba basada, principalmente, en el traslado de las pruebas obtenidas en esos procesos, le correspondía al Tribunal (...), bajo la aplicación de un criterio diferencial con perspectiva de género, ejecutar las actuaciones necesarias para acceder a ello, a fin de alcanzar la certeza necesaria para proferir una sentencia que pone fin a una controversia suscitada por hechos que involucran la grave violación de los derechos humanos de mujeres. (...) [A]l adoptar una decisión advirtiendo una carencia probatoria porque las mujeres víctimas desatendieron sus deberes en ese sentido, resultó contrario a las garantías fundamentales de las que son titulares las mujeres que ponen de presente a la administración de justicia actos de violencia sexual.

FUENTE FORMAL: LEY 1257 DE 2008 / LEY 248 DE 1995 / LEY 51 DE 1981 / CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER - ARTÍCULO 2 / CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER - ARTÍCULO 2.

DEFECTO FÁCTICO - No se valoró prueba trasladada en la que se admitió responsabilidad en la producción de los daños que se piden indemnizar / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

La Sala evidencia que se presentó una omisión en la valoración de elementos probatorios que obraban en el expediente y que influyen directamente en la decisión adoptada. (...) Así, se observa que en la declaración de la menor que fue encontrada con elementos hurtados de las víctimas, además de hacer referencia a [L.F.G.] quien no era parte de la tropa, como lo señaló el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, también nombró al [C.G.] que sí hacía parte del pelotón que estaba en operación militar en la vereda Pueblitos, lo cual no fue valorado en las decisiones judiciales objeto de reproche. Además, en el acta de la diligencia de reconocimiento fotográfico la menor identificó a [O.G.O.] (condenado dentro del proceso penal) como uno de los soldados que estaba presente cuando recibió los objetos hurtados. No obstante, frente a esta prueba trasladada del proceso penal al administrativo, no se efectuó valoración alguna. (...) [Si bien] la Sala admite que no puede determinarse que las autoridades judiciales accionadas tenían algún deber en la consecución de las pruebas que demostraran que las personas que ejecutaron el ataque eran miembros del Ejército Nacional, y que los demandantes (excepto las mujeres víctimas de violencia sexual) tenían el deber de poner de presente el estado de los procesos penales y disciplinarios que habrían permitido evidenciar que [O.G.O.] había admitido la responsabilidad de los hechos y había señalado la participación de otros miembros del Ejército Nacional en los hechos delictivos. No obstante, resultaría contrario al principio de justicia material que irradia la actividad judicial, separar a quienes no fueron víctimas de violencia sexual de los efectos que puede llegar a tener el estudio del proceso penal completo al expedir una nueva decisión. En razón a ello, la Sala dispondrá que se incluya el estudio del proceso penal en forma integral, aun cuando las actuaciones recientes no hayan sido aportadas por los demandantes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00622-00(AC)

Actor: JULIO CÉSAR ALARCÓN COLMENARES Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER Y JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DE CÚCUTA

Temas: TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA EN LA QUE SE PERSIGUE LA REPARACIÓN FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL. APLICACIÓN DE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DECISIÓN QUE SE DEBE ADOPTAR

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la solicitud de tutela promovida, a través de apoderado, por Julio César Alarcón Colmenares, Ana Celia Rojas Ortega, Yulieth Caballero Rojas, Yirlenis Alarcón Rojas, Lina Marcela Alarcón Rojas, Melsi Gabriela Alarcón Rojas, José Javier Tobos Ramírez, Martha Yaneth Mora Luque, Jhon Carlos Tobos García, Reiver Javier Tobos Mora, Luz Marina Luque de Mora Luigi Arley Mora Luque, Wilmer Esneider Mora Luque, Eliyer Alfonso Rey Luque, Yedicer Marcela Rey Luque, Ignacio Mora Luque, Evelio Mora Luque, Jesús Anibal Castilla Amaya, María Amparo Amaya Cárdenas, Tatiana Amparo Medina Amaya, Cecilio Quintero Díaz, Benedicta Carrillo Urueña, Luis Quintero Carrillo, Elvira Constanza Urueña, Luz Elena Quintero Carrillo, yeine Paola Carrillo Palomar, José Luis Quintero Carrillo, María Eugenia Alarcón, Luis Mario Quintero Alarcón, Pedro José Amaya Cárdenas, Nidia Garces Torres, Senobia Cárdenas, Pedro José Amaya Chacón, Marlon Mauricio Amaya Cárdenas, Yamile Amaya Cárdenas, Pedro José Amaya Cárdenas Eduar Amaya Cárdenas, Nidia Zoraida Amaya Cárdenas, Carlos Daniel Luna Bayona, Elizabeth Carrillo, Diego Mauricio Celis, Rubeliana Celis, Fredy Celis y Luis Edilia Celis, con el objeto de que se conceda el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, los cuales consideraron vulnerados con las sentencias proferidas por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Cúcuta y por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, dentro de la acción de reparación directa que formularon contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y Ejército Nacional, con el objeto de obtener el reconocimiento de la indemnización de los perjuicios derivados de los actos de violencia física y sexual, secuestro y hurto, ejecutados por miembros del Ejército

Nacional¹ el 3 de febrero de 2005, en la vereda Pueblitos del municipio El Zulia, Norte de Santander, el 3 de febrero de 2005.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Los accionantes son habitantes de la vereda Pueblitos del municipio de El Zulia, Norte de Santander. Refirieron que el 3 de febrero de 2005, fueron atacados por sujetos que usaban prendas y portaban armas de uso privativo de las fuerzas militares, los golpearon fuertemente, robaron sus pertenencias y cometieron actos de violencia sexual contra dos mujeres.

1.2. Desde el día siguiente a la ocurrencia de los hechos, los accionantes acudieron a todas las autoridades públicas pertinentes a fin de denunciar los actos de violencia física y sexual referidos. Acusaron como victimarios a miembros del Ejército Nacional que se encontraban en la zona, teniendo en cuenta que los agresores portaban armas de uso privativo de las fuerzas militares, usaban sus uniformes y el corte de cabello. Además, narraron que a uno de ellos se le cayó la billetera y alcanzaron a ver una insignia correspondiente a esa institución.

Informaron que frente a las citadas denuncias se iniciaron las investigaciones penal y disciplinaria.

1.3. Entre tanto, los accionantes promovieron acción de reparación directa contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, a fin de que se indemnizara los perjuicios derivados de los hechos violentos perpetrados por miembros de esa institución.

1.4. En primera instancia, mediante sentencia proferida el 26 de febrero de 2015, el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Cúcuta negó las pretensiones de la demanda. Consideró que no se demostró el nexo causal, pues de las pruebas aportadas por los demandantes no era posible concluir que miembros del Ejército Nacional hubiesen sido los responsables de los hechos de tortura, hurto y acceso carnal violento que sufrieron los demandantes.

1.5. Inconformes con esa decisión, los demandantes la apelaron. Afirmaron que no se habían valorado adecuadamente los siguientes elementos probatorios:

¹ Sobre esta afirmación, es preciso mencionar que uno de los asaltantes miembro del Ejército Nacional, se acogió a sentencia anticipada en la justicia penal, en la que confesó que junto con otros tres compañeros, también miembros de esa institución, perpetraron el ataque a los miembros de la población.

- Investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación que asumió, en ejercicio del poder preferente, la investigación que adelantaba la Trigésima Brigada Grupo de Caballería Mecanizado N° 5 que mediante auto del 10 de marzo de 2005, había archivado la investigación bajo el argumento de que existía imposibilidad de continuar con la investigación pues vinculaba a soldados regulares por la presunta comisión de faltas graves y gravísimas.

- Las declaraciones de los habitantes de la vereda que coincidían en señalar que los victimarios usaban prendas y portaban armas de uso privativo de las fuerzas militares.

- Declaración de una joven que portaba elementos hurtados de las víctimas y que narró que habían sido obsequiados por soldados.

1.6. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia del 30 de junio de 2017, confirmó la decisión recurrida. Aseveró que no existían pruebas suficientes para determinar que los miembros del Ejército Nacional *“agredieron, maltrataron, violaron y destruyeron enseres”* a los habitantes de la vereda Pueblitos del municipio El Zulia, Norte de Santander.

En aquella oportunidad, el Tribunal accionado efectuó el siguiente análisis probatorio:

- Frente al acceso carnal violento que denunciaron dos mujeres habitantes de la vereda, manifestó que el relato se contradice con los dictámenes de medicina legal en los que no se determinó *“secuelas que son notorias al momento de practicar el examen, más aún si se tiene en cuenta que las referidas manifestaron haber sido violadas anal y vaginalmente”*.

- Resaltó que las declaraciones de los testigos no coincidían en el número de los agresores, pues unos refirieron que eran tres y otros cuatro.

- Manifestó que no podía darse valor probatorio al relato de las víctimas respecto a que en la billetera de uno de los agresores había una insignia del Ejército Nacional, dado que no obraba una prueba que lo confirmara.

- No puede concluirse que los agresores eran soldados partiendo del hecho que para la época tropas del Ejército Nacional hacían presencia en el sector.

- Sobre el testimonio de la menor a quien le fueron encontrados objetos hurtados a las víctimas, señaló el Tribunal que su relato es confuso, pues indicó el nombre de un soldado que no hacía parte del pelotón que estaba en el sector.

- En relación con la investigación disciplinaria, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander adujo que no se conocía el estado actual de la misma, pues no se aportó prueba de ello.

2. Fundamentos de la acción

Los accionantes promovieron acción de tutela contra las autoridades judiciales accionadas, bajo los siguientes argumentos:

Consideraron que se desconoció el principio de confianza legítima al no valorarse, bajo una perspectiva de género, los hechos relacionados con la violencia sexual que denunciaron los demandantes respecto de dos mujeres. Informaron que Orlando Guerrero Ortega, soldado que hacía parte de la tropa del Ejército Nacional que se encontraba en una operación militar en esa zona para la época en que ocurrieron los hechos, fue condenado mediante sentencia anticipada proferida el 23 de noviembre de 2016, al haber admitido la ejecución de los actos de violencia física y sexual, así como el hurto denunciados por los habitantes de la vereda Pueblitos.

Manifestaron que la decisión de negar las pretensiones de la demanda de reparación directa constituye una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en tanto, no se efectuó una valoración probatoria adecuada de los elementos que obraban en el expediente y que permitían demostrar que el ataque sufrido el 3 de febrero de 2005 en la vereda Pueblitos del municipio El Zulia, Norte de Santander, fue ejecutado por miembros del Ejército Nacional.

3. Pretensiones

Los accionantes expresaron en el escrito de tutela las siguientes:

“1. Respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados del Consejo de Estado- Sección Tercera, tutelar los derechos fundamentales al acceso a la administración (sic) justicia, al debido proceso y confianza legítima, que han sido vulnerados por parte del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Cúcuta respecto de mis representados.

2. Revisar las sentencias con perspectiva de género, por tratarse de una violación flagrante a los derechos fundamentales de las mujeres en medio del conflicto armado.

3. Con fundamento en la anterior declaración, le solicito DEJAR SIN EFECTO la decisión tomada por sentencia de fecha 30 de junio de 2017 por parte del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en lo atinente a confirmar la sentencia del 26 de febrero de 2015 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cúcuta, y en su lugar ORDENARLE al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, observar la totalidad de las pruebas aportadas por los accionantes al expediente ya que existen dentro del mismo, infinidad de pruebas que debieron valorarse y estudiarse de manera minuciosa

dado que estas no dejan duda y comprueban de manera contundente que el Ejército Nacional resulta patrimonial y administrativamente responsable de los perjuicios y daños ocasionados a mis representados por los hechos ocurridos el 3 de febrero de 2005”.

4. Pruebas relevantes

Obran en el expediente los siguientes documentos:

- Copia de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2015, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Cúcuta.
- Copia de la providencia dictada el 30 de junio de 2017, por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.
- Copia de las declaraciones rendidas por las víctimas ante el Juzgado Tercero de Descongestión de Cúcuta.
- Copia del certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación respecto de “*Orlando Guerrero Ortega*” identificado con CC N° 91.538.144.

Del mismo modo, se allegaron los siguientes expedientes:

- 18001333170120110025001 correspondiente al proceso de reparación directa.
- 54001310400420160027301 que contiene las actuaciones del proceso penal seguido en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta (Ley 600 de 2000).

5. Trámite procesal

5.1. Mediante auto del 9 de marzo de 2018, la Consejera Sustanciadora requirió al apoderado para que aportara el poder para actuar respecto de Julio César Alarcón, Ana Celia Rojas Ortega, Yulieth Caballero Rojas, Yirlenis Alarcón Rojas, Lina Marcela Alarcón Rojas, Melsi Gabriela Alarcón Rojas, José Luis Quintero Carrillo, Pedro José Amaya Cárdenas, Carlos Daniel Luna Bayona, Elizabeth Carrillo, Diego Mauricio Celis, Rubeliana Celis, Fredy Celis y Luis Edilia Celis.

También para que los siguientes actores, que manifestaron actuar en representación de sus menores hijos, acreditaran esa calidad: (i) Martha Yaneth Mora Luque y José Javier Tobos Ramírez, que dicen actuar en el presente trámite en representación de sus hijos Jhon Carlos Tobos García y Reiver Javier Tobos Mora; (ii) María Amparo Amaya Cárdenas y Jesús Aníbal Castilla Amaya, en representación de su hija Tatiana Amparo Molina Amaya; (iii) María Eugenia Alarcón, en representación de su hijo Luis Mario Quintero Alarcón y (iv) Luz Marina Luque de Mora, en representación de sus hijos Luigi Arley Mora Luque, Wilmer Esneider Mora Luque, Eliyer Alfonso Rey Luque, Yudicer Marcela Rey Luque, Ignacio Mora Luque y Evelio Mora Luque.

5.2. Posteriormente, mediante auto de 6 de abril de 2018, dispuso la admisión de la acción de tutela y ordenó notificar el contenido de esa providencia a la parte demandante, a las autoridades judiciales accionadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Asimismo, como terceros interesados dispuso la notificación de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, y de los señores Julio César Alarcón Colmenares, Ana Cecilia Rojas Ortega, Yulieth Caballero Rojas, Yirlenis Alarcón Rojas, Lina Marcela Alarcón Rojas, Melsi Gabriela Alarcón Rojas, José Javier Tobos Ramírez Elvira Constanza Urueña, Luz Elena Quintero Carrillo, Yaine Paola Carrillo, Luis Mario Quintero Carrillo, Marlon Mauricio Amaya cárdenas, Luis Edilia Celis Carrillo, Rubeliana Celis y Fredy Celis,

De la misma manera, solicitó en calidad de préstamo, el expediente correspondiente al proceso de reparación directa N° 18001333170120110025001.

5.3. Luego, mediante auto del 13 de agosto de 2018, se dispuso solicitar en calidad de préstamo el expediente contentivo del proceso penal en el que fue condenado Orlando Guerrero Ortega por los hechos ocurridos en la vereda Pueblitos del municipio de El Zulia, Norte de Santander, el 3 de febrero de 2005.

6. Oposición

Respuesta del Tribunal Administrativo de Norte de Santander

La Magistrada ponente de la decisión objeto de tutela pidió que se declare improcedente la acción de tutela, al considerar que no se cumplen los requisitos generales ni específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Manifestó que se efectuó una valoración a los elementos probatorios y se determinó que, si bien de los mismos era posible establecer el daño, no se podía concluir que el mismo fuera imputable al Ejército Nacional, de acuerdo con los siguientes argumentos:

Se presentaron inconsistencias en las declaraciones rendidas por las dos mujeres que refirieron haber sido víctimas de acceso carnal violento, pues *“los dictámenes de médico legal sexológicos practicados indicaron otra cosa, de donde deduce el Tribunal que se contradice con lo afirmado por las demandantes, pues como es sabido ante una violación se presentan ciertas secuelas que son notorias al momento de practicar el examen”*.

No podía concluirse, como lo pretenden los demandantes, que por el hecho de que había presencia de soldados en la zona fueron ellos quienes ejecutaron el ataque.

En ese orden, aseveró que lo que pretenden los accionantes es que se efectúe una nueva valoración probatoria, para lo cual resulta improcedente el mecanismo de protección constitucional.

Finalmente, consideró que no se cumple el presupuesto de la inmediatez, pues la sentencia acusada fue notificada el 30 de agosto de 2017 y *“fue admitida el seis (06) de abril de dos mil dieciocho”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y 13 del reglamento interno, la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de estudio.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si las autoridades judiciales accionadas desconocieron los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los accionantes, con la decisión de negar las pretensiones de la demanda de reparación directa promovida contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y Ejército Nacional, bajo los siguientes argumentos: (i) respecto de las mujeres víctimas de violencia sexual consideraron que no se demostró el daño, pues los dictámenes de medicina legal no concluyeron que se hubiese presentado acceso carnal violento y (ii) en lo pertinente con los otros demandantes, señalaron que aun cuando el daño estaba probado, no se encontró acreditado que el mismo fuese atribuible a un actuar de miembros de esa institución.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, *“cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*, mandato que materializa las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos² y 2.3 literal a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³, instrumentos que hacen parte de la legislación interna en virtud

² Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972.

³ Aprobado por medio de la Ley 74 de 1968.

del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Carta).

Esta Corporación judicial en la sentencia de unificación emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012⁴, acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración *iusfundamental*.

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁵, precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto “*de sus máximos tribunales*”, en tanto se trata de *autoridades públicas* que “*pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas*”. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005⁶.

Los requisitos generales de procedencia que deben ser verificados, son: **(i)** Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; **(ii)** Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada; **(iii)** 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 (...); **(iv)** Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (...); **(v)** 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 siempre que esto hubiere sido posible (...) y **(vi)** Que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora bien, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la misma sentencia C-590 de 2005, son los siguientes: **(i)** Defecto orgánico⁷; **(ii)** Defecto procedimental absoluto⁸; **(iii)** Defecto fáctico⁹; **(iv)** Defecto material o sustantivo¹⁰; **(v)** Error inducido¹¹; **(vi)** Decisión sin

⁴ Expediente N° 2009-01328-01, C. P. María Elizabeth García González.

⁵ Expediente N° 2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁶ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

⁸ Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

⁹ Que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

¹⁰ Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

motivación¹²; **(vii)** Desconocimiento del precedente¹³ y **(viii)** Violación directa de la Constitución.

Al juez de tutela le corresponde verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales de procedencia, de tal modo que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, siempre y cuando, en principio, hayan sido alegados por el interesado. Estos presupuestos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo¹⁴ y de la Corte Constitucional¹⁵.

En definitiva, la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional, se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa juzgada y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

4. Sobre el propósito mundial de erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer

En el marco del compromiso nacional e internacional para erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer, el Estado colombiano ha celebrado y ratificado distintos tratados internacionales que materializan este propósito mundial y que por remisión directa del artículo 93 de la Constitución Política prevalecen en el ordenamiento jurídico del país.

¹¹ Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

¹² Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

¹³ Se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

¹⁴ Cfr., Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (exp. 2016 00134-01), Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio (exp. N° 2016-02213-01), Sentencia del 24 de noviembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (exp. N° 2016-02568-01, Sentencia del 27 de noviembre de 2016, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras.

¹⁵ Cfr., Sentencias SU-556 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-542 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-490 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-659 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos y SU-874 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

Dentro de estos instrumentos internacionales, en los que se han fijado compromisos dirigidos a adoptar medidas para proteger a la mujer de todo acto de violencia y de discriminación, resulta necesario mencionar los siguientes:

- **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW-¹⁶**, en la que se dispuso la incorporación del principio de igualdad del hombre y la mujer en las constituciones nacionales y en la legislación interna. De acuerdo con ello, en el artículo 2º se estableció como obligaciones de los estados miembros brindar por conducto de las autoridades judiciales competentes una protección jurídica efectiva a la mujer en condiciones de igualdad contra todo acto de violencia y de discriminación.

- **Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer¹⁷**, en donde los Estados miembros reconocieron *“que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”*.

De la misma manera, los Estados manifestaron su preocupación *“por el hecho de que algunos grupos de mujeres, como por ejemplo las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, **las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas**, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado **son particularmente vulnerables a la violencia”***

También, declararon que la *“violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”*.

En ese marco, en el artículo 4 se establecieron medidas a las que se comprometieron los estados miembros a adoptar para materializar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de violencia o de discriminación. Particularmente, en lo que interesa a la materia del caso que se examina la Sala considera necesario destacar las siguientes:

¹⁶ Aprobada por medio de la Ley 51 de 1981.

¹⁷ Aprobada en la 85ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1993.

(...) c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, **investigar** y, conforme a la legislación nacional, **castigar todo acto de violencia contra la mujer**, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares;

d) Establecer, en la legislación nacional, **sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia**; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;

e) Considerar la posibilidad de elaborar planes de acción nacionales para promover la protección de la mujer contra toda forma de violencia o incluir disposiciones con ese fin en los planes existentes, teniendo en cuenta, según proceda, la cooperación que puedan proporcionar las organizaciones no gubernamentales, especialmente las que se ocupan de la cuestión de la violencia contra la mujer;

f) **Elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia**, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer (...). **(Negrilla fuera del texto original)**

- **La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995**, celebrada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en la que se fijaron, dentro de muchos otros compromisos, el de *“garantizar a todas las mujeres y las niñas todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y tomar medidas eficaces contra las violaciones de esos derechos y libertades”*.

De la misma manera, se comprometieron a *“aplicar la siguiente Plataforma de Acción y a garantizar que todas nuestras políticas y programas reflejen una perspectiva de género”*. Para tal efecto, realizaron un llamado *“al sistema de las Naciones Unidas, a las instituciones financieras regionales e internacionales y a las demás instituciones regionales e internacionales pertinentes, a todas las mujeres y todos los hombres, así como a las organizaciones no gubernamentales, con pleno respeto de su autonomía, y a todos los sectores de la sociedad civil a que, en cooperación con los gobiernos, se comprometan plenamente y contribuyan a la aplicación de esta Plataforma de Acción”*.

- **Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará¹⁸”**, en la cual se concertó lo siguiente:

➤ Artículo 2º, *“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la **violencia física, sexual y psicológica**: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar*

¹⁸ Aprobada mediante la Ley 248 de 1995.

en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

➤ **Artículo 7 “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:** a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. **actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;** c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. **establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;** g. **establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces,** y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”

Con todo, los referidos instrumentos internacionales se constituyen en fundamento normativo de inexorable aplicación por parte de las autoridades públicas, incluida la función judicial, a fin de proteger a las mujeres de cualquier forma de violencia o discriminación¹⁹.

¹⁹ En reciente sentencia T-338 de 2018, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional hizo referencia a estos instrumentos internacionales, así como a las diferentes leyes que se han dictado para proteger diferentes ámbitos, encaminadas a eliminar la brecha histórica y cultural que existe en el país entre hombres y mujeres.

5. La actividad judicial no puede ser ajena al compromiso de garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de violencia o discriminación

Es claro que el Estado colombiano ha adquirido distintos compromisos dirigidos a brindar una efectiva protección a la mujer frente a todo acto de violencia física, sexual, psicológica y discriminación. En este sentido, además de acoger los citados instrumentos internacionales, se dictó la Ley 1257 de 2008, a través de la cual se sensibiliza, previene y sanciona las distintas formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

En la citada ley, se definió como **acto de violencia contra la mujer** “*cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer*”, y como **daño contra la mujer**, entre otros, el sufrimiento sexual, definido como las “*consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas*”.

Frente a esas obligaciones estatales, el poder judicial no puede ser ajeno. En efecto, en aras de garantizar en el trámite de los procesos judiciales y en las sentencias, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y en tratados internacionales, se ha establecido como un deber constitucional la aplicación de la equidad de género. Con ese propósito se han creado distintas herramientas dirigidas a la formación, investigación y sensibilización en esa materia de todos los servidores judiciales.

En este sentido, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha expedido los siguientes actos administrativos en esta materia:

- Acuerdo PSAA08-4552 de 2008, en el que estableció como obligación en el ámbito judicial propender porque “*la formación para los magistrados, jueces y juezas procurarán, en ejercicio de su autonomía e independencia, y de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional e internacional y en los principios generales del derecho, dar aplicación a las normas vigentes en materia de género*”.
- Acuerdos PSAA12-9721 y PSAA12-9743 de 2012, en los que se crearon estrategias para divulgar la política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género en la Rama Judicial.

- Acuerdo PSAA14-10281 de 2014, que incluyó como subfactor de evaluación, la argumentación normativa y jurisprudencial y aplicación del enfoque diferencial de derechos humanos.

De esa manera, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha vinculado a su misión y visión institucional la necesidad de encaminar a la administración de justicia a la efectiva protección de la mujer contra todo acto de violencia y discriminación y, en ese marco, ha adelantado importantes esfuerzos a fin de sensibilizar a los funcionarios judiciales en aras de que en el ejercicio de su función, apliquen un enfoque diferencial y de género frente a casos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres.

6. El desarrollo jurisprudencial sobre la obligación de los jueces de aplicar criterios de género

La jurisprudencia constitucional también se ha referido al rol de las autoridades judiciales en la materialización de la protección real y efectiva de las mujeres, a partir de dos estándares de protección que han sido establecido en los distintos instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano: (i) el derecho a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz y (ii) el deber estatal de diligencia en la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia contra las mujeres.

En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-012 de 2016²⁰, en desarrollo del marco normativo que regula el alcance de ese derecho, introdujo como “*deber constitucional*”, a cargo de las autoridades judiciales, **interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género.**

En esa oportunidad, hizo referencia a decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se ha determinado que la propia administración de justicia ha “*confirmado patrones de discriminación*” en contra de las mujeres que acuden a la administración de justicia. Concluyó al respecto, **que los jueces vulneran los derechos de las mujeres** en los siguientes escenarios:

“(i) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes; (ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas; (iii) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones; (iv) afectación de los derechos de las víctimas”.

²⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en la Sentencia T-735 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

En aras de ejemplificar estos escenarios, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional explicó que aquellos se materializan cuando: “se deja de investigar porque la mujer decide no formular la acción penal o llega a un acuerdo de conciliación, **o cuando se le traslada la carga de la investigación a la víctima alegando que el impulso procesal le corresponde a ella o porque se dice que no aportó las suficientes pruebas que soporten lo dicho**, o cuando se “decide archivar el proceso por falta de material probatorio, sin que se haya hecho uso de los poderes oficiosos, cuando se hace una evaluación fragmentado o cuando no se le da alcance al contexto de la mujer al momento de valorar el acervo alegado, desestimando la existencia de un patrón de violencia sistemático”.

Finalmente, se refirió a que las autoridades judiciales no escapan de la obligación estatal de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer, lo cual se expresa cuando se incorporan criterios de género al solucionar los casos sujetos a su examen y que ponen de presente actos de violencia contra la mujer.

Para tal efecto, enlistó una serie de deberes mínimos que involucra la actividad judicial, en los siguientes términos:

*“En consecuencia, cuando menos, deben: (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) **flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes**; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”.*

Bajo la misma línea, en la Sentencia T-735 de 2017²¹, hizo referencia a los deberes de las autoridades públicas al conocer denuncias sobre actos de violencia en contra de mujeres que se desarrollan en el marco de las obligaciones estatales relativas a la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia contra la mujer, ratificadas en diferentes tratados internacionales y desarrolladas en la Ley 1257 de 2008, en la que estableció que tales compromisos constituyen un parámetro de interpretación y aplicación en relación con todas las medidas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional se refirió al deber estatal de adoptar las medidas necesarias que garanticen una respuesta eficaz frente a las

²¹ M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

denuncias que presentan mujeres víctimas de cualquier acto de violencia o discriminación, brindándoles una protección. Agregó, que el incumplimiento de estos deberes pueden convertirse en “*un nuevo acto de violencia en contra de la mujer denunciante*”, perpetuado por el propio Estado.

Específicamente, abordó de manera amplia el deber de **investigar** y resaltó que resulta contrario a los estándares de protección reforzada de la mujer que denuncia un acto de violencia o discriminación, fundamentar la actividad probatoria en el cumplimiento, por parte de la demandante, en aportar los elementos probatorios que respalden su relato. Explicó que la labor de las autoridades judiciales implica las siguientes obligaciones:

- i) adelantar una investigación seria, oportuna, completa e imparcial, que use todos los medios legales disponibles y esté orientada a la determinación de la verdad;*
- ii) fortalecer la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres a través de investigaciones criminales efectivas que tengan un seguimiento judicial consistente;*
- iii) garantizar una capacitación efectiva en materia de derechos de las mujeres, de todos los funcionarios públicos involucrados en el procesamiento en estos casos;*
- iv) institucionalizar la colaboración y el intercambio de información entre las autoridades responsables de investigar los actos de violencia y discriminación;*
- y v) diseñar protocolos para facilitar y fomentar la efectiva, uniforme y transparente investigación de actos de violencia física, sexual y psicológica, que incluya una descripción de la complejidad en las pruebas, y el detalle de las pruebas mínimas que es preciso recopilar para proporcionar una fundamentación probatoria adecuada, que incluya pruebas científicas, psicológicas, físicas y testimoniales”.*

Con fundamento en lo anterior, frente a denuncias de mujeres que han sido víctimas de actos de violencia o discriminación, corresponde al sistema judicial dar una respuesta efectiva dirigida a garantizar su especial protección constitucional, bajo estándares establecidos en los instrumentos internacionales y en la Constitución Política. En razón a ello, les corresponde abordar cada caso con un enfoque diferencial y activar todos los poderes derivados de la actividad judicial dirigidos a sancionar, reparar y prevenir.

De acuerdo con lo anterior, un juez desconoce ese deber constitucional cuando deja de adelantar una investigación rigurosa, que le permita alcanzar la certeza necesaria para adoptar una decisión sobre una demanda que pretende la reparación de los daños derivados de actos de violencia sexual denunciados por mujeres, por lo que en estos casos, resulta lejano a una postura garantista y de la aplicación de un enfoque diferencial, refugiarse en la carga probatoria que le corresponde asumir a la mujer como parte demandante.

7. Análisis del caso concreto

7.1. Esquema de resolución del asunto objeto de estudio

Para abordar con mayor claridad el caso concreto, la Sala seguirá el siguiente esquema: (i) examen de los requisitos generales de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, (ii) superado ese estudio, procederá al resolver de fondo los cargos de tutela. Para tal efecto, considera necesario dividir el análisis en dos problemáticas: (a) la primera, relativa al deber de resolver la demanda de reparación directa promovida por los actores bajo una perspectiva de género y (b) la segunda, relacionada con la indebida valoración probatoria en torno a los actos de violencia y hurto del que fueron víctimas los demás habitantes de la vereda Pueblitos, municipio de El Zulia, Norte de Santander, el 3 de febrero de 2005.

7.2. Verificación de presupuestos generales de procedencia

Encuentra la Sala que el presente caso cumple los presupuestos generales que habilitan la acción de tutela contra providencias judiciales, en virtud a que (i) goza de relevancia constitucional, en la medida que corresponde decidir si las autoridades judiciales accionadas vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes al no aplicar, en lo pertinente a los actos de violencia sexual denunciado por dos mujeres, criterios de género en el trámite la demanda de reparación directa, (ii) se cumple el requisito de subsidiariedad, pues la decisión objeto de tutela fue proferida en segunda instancia y, por lo tanto, no procede otro recurso ordinario. Además los reproches no se enmarcan dentro de las causales que habilitan el recurso extraordinario de revisión, (iii) sobre el presupuesto de la inmediatez, la Sala advierte que se cumple en la medida que la tutela fue presentada dentro de un término razonable, (iv) los hechos y pretensiones fueron desarrollados de manera clara de tal manera que se puede determinar el debate jurídico y, por último, (v) no se trata de tutela contra tutela.

7.3. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander desconoció la obligación de abordar la demanda de reparación directa, en lo pertinente con los actos de violencia sexual denunciado por dos mujeres, bajo una perspectiva de género

7.3.1. Observa la Sala que dentro de los hechos narrados en la demanda de reparación directa, se encuentran algunos relacionados con actos de violencia sexual de los cuales fueron víctimas dos mujeres durante el asalto a la vereda Pueblitos del municipio El Zulia, Norte de Santander, ocurrido el 3 de febrero de 2005.

7.3.2. Para efectos de demostrar los hechos narrados en la demanda, atendiendo la solicitud formulada por la parte demandante, el Juzgado Quinto Administrativo de Cúcuta²² decretó la práctica de pruebas testimoniales y el traslado de pruebas

²² Que conoció inicialmente del caso antes de que se decidiera, como medida de descongestión, trasladar el proceso al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Cúcuta. Folio 121 del cuaderno 1 del trámite ordinario.

obtenidas en las investigaciones disciplinaria y penal que cursaba por los mismos hechos²³.

7.3.3. En ese orden, se profirieron las sentencias objeto de reproche constitucional, que negaron las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que no se probó el daño. Concretamente, en torno a los actos de violencia sexual denunciados por dos mujeres, conviene a la Sala destacar los siguientes aspectos:

7.3.3.1. El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Cúcuta mediante sentencia de 26 de febrero de 2015, consideró que no se encontraba demostrado el daño que tuviera que ser objeto de reparación, en tanto no se demostró que las mujeres hubiesen sido víctimas de acceso carnal violento. Ello, por cuanto *“los dictámenes del Instituto de Medicina Legal realizados el día 4 de febrero de 2005 indican que las señoras presentan una desfloración antigua sin desgarros, sin signos de embarazo o enfermedad venérea”*.

Asimismo, de manera general se refirió a que no era posible determinar que el ataque sufrido por los habitantes de la vereda Pueblitos hubiese sido ejecutado por miembros del Ejército Nacional.

7.3.3.2. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander en sentencia proferida el 30 de junio de 2017, confirmó la decisión inicial. Para tal efecto, amplió los fundamentos expresados por el juez de primera instancia para reafirmar que no se encontraba demostrado el daño respecto del cual las demandantes perseguían una indemnización, como se indica a continuación:

- Adujo que en el dictamen médico legal sexológico no se evidenciaron las secuelas que derivan de un acceso carnal violento. Concretamente expresó lo siguiente:

*“Se observó en los dictámenes médico legal sexológicos del Instituto de Medicina Legal que la señora Martha Janeth Mora Luque tenía desfloración antigua, sin desgarros y sin presencia de espermatozoides y que la señora María Amparo Amaya Cárdenas no presentaba desgarros y fisuras pero con presencia de espermatozoides, **por lo cual no se puede demostrar el daño alegado por las violaciones de las referidas personas pues las pruebas son contradictorias con los resultados de los dictámenes médico legales**”.*

- Se refirió a la investigación disciplinaria adelantada inicialmente por la Quinta Brigada del Grupo de Caballería Mecanizado, que mediante auto del 10 de marzo de 2008 archivó la investigación por imposibilidad de continuar con la misma, en razón a que había establecido a partir de las pruebas trasladadas del proceso penal, que habría que adelantar la investigación contra soldados

²³ Folios 98 a 102 del cuaderno 1 del expediente ordinario.

regulares por faltas graves o gravísimas. Decisión que habría sido revocada por la Procuraduría General de la Nación y a través de auto de 23 de abril de 2010.

Al respecto, informó que la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos dio apertura a la investigación disciplinaria contra el Sargento Carlos Julio Torres Castro y los soldados regulares Freyler Guerrero Ortega, Luis Alberto Hernández Morales, Brayan Jaimes Bermúdez, Freddy González Niño y Ernesto Mantilla Ortega que hacían parte del pelotón N° 5 Maza que se encontraba en operación militar en la vereda Pueblitos del municipio de El Zulia, entre el 1 y el 6 de febrero de 2005.

No obstante, aseveró que ***“no se conoce en la actualidad la decisión de la investigación pues las partes no aportaron prueba que evidencie en qué etapa se encuentra”***. Recordó *“que el artículo 177 del C.P.C. impone a las partes probar en el proceso los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que persigue, por lo cual la accionante debía probar los supuestos de hecho alegados”*.

7.3.4 Del anterior análisis, se evidencia que las autoridades judiciales accionadas abordaron el estudio de la demanda, en lo pertinente a los actos de violencia sexual, a partir de la caracterización del delito de acceso carnal violento. De acuerdo con ello, teniendo en cuenta el dictamen de medicina legal que determinó que no se presentaban los rastros propios de ese delito, tales como desfloración reciente o desgarros, concluyeron que no se encontraba demostrado el daño sobre el cual las dos mujeres perseguían una indemnización.

No obstante, observa la Sala que se omitió la valoración de otros actos de violencia sexual que fueron denunciados por las víctimas directas y por otros vecinos que presenciaron dicha agresión.

En efecto, además de hacer referencia a la *“violación de dos mujeres”*, en la demanda se señalaron, por ejemplo, que sus cuerpos fueron tocados mientras estaban en el suelo desnudas, frente a sus esposos, hijos y vecinos, hechos que también constituyen actos de violencia sexual y que correspondían integrarse al análisis adelantado por las autoridades judiciales accionadas para determinar si existió o no un daño derivado de tales circunstancias.

Así mismo, en las declaraciones rendidas por las mujeres ante el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Cúcuta²⁴, relataron que fueron abusadas sexualmente, y una de ellas agregó, que a su menor hija la desnudaron y le tocaron sus partes íntimas en presencia de su padre quien en ese momento era amenazado con un cuchillo en la espalda.

²⁴ Folios 139-142 y 147-149 del cuaderno 1 del expediente ordinario.

En el mismo sentido, el habitante de la vereda que fue obligado a llamar a sus vecinos en la puerta de sus casas para ejecutar los hurtos, también relató que uno de los asaltantes²⁵ había “abusado sexualmente” de las dos mujeres.

Sobre este punto, es preciso recordar que la Ley 1257 de 2008 definió como **acto de violencia contra la mujer** “cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer”, y como **daño contra la mujer**, entre otros, **el sufrimiento sexual**, definido como las “consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener **contacto sexualizado**, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas”.

De acuerdo con lo anterior, la aplicación de criterios de género obliga a las autoridades judiciales accionadas a dar una lectura integral del patrón fáctico de la demanda, incluyendo todas las circunstancias que deriven del relato de las víctimas y de los testigos, bajo un criterio menos riguroso y menos apegado a la literalidad. Es decir, resulta claro que las dos mujeres hicieron referencia al hecho de que habían sido “violadas” y de ese término se puede entender, en principio, que estaban haciendo referencia a un acceso carnal violento, sin embargo, de lo narrado tanto por ellas mismas como por los testigos que estuvieron en el momento del asalto y fueron víctimas del mismo, también se desprenden otros actos de violencia sexual que deben integrarse al análisis de la producción del daño, los cuales fueron inadvertidos por las autoridades judiciales accionadas.

7.3.5. De otra parte, la Sala considera necesario referirse a otro aspecto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, del cual se desprende que esa autoridad judicial advertía la importancia de conocer el estado actual de las investigaciones que se adelantaban simultáneamente en las jurisdicciones penal y disciplinaria, de lo cual se había tenido conocimiento en la primera instancia, pero aun así adoptó una decisión de fondo y responsabilizó a la parte demandante de esa carencia probatoria. Al respecto, indicó lo siguiente:

*“Ahora bien, aunque por los hechos la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la defensa de los Derechos Humanos decidió abrir investigación disciplinaria que había sido cerrada mediante auto de archivo del 10 de marzo de 2005 proferido por el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado N° 5 Maza, **no se conoce en la actualidad la decisión de la investigación pues las partes no aportaron prueba que evidencie en qué etapa se encuentra la investigación**”.*

²⁵ Folio 145 y 146 del cuaderno 1 del expediente ordinario.

Ese argumento, en principio resulta admisible en tanto resulta innegable la carga probatoria de la parte demandante en todo proceso judicial. No obstante, desde una mirada constitucional el mismo no constituye una expresión de la perspectiva de género con la que se debe abordar el estudio de la demanda promovida por las demandantes y desconoce los deberes constitucionales de las autoridades judiciales frente a la especial protección de las mujeres víctimas de violencia sexual.

En efecto, en primera instancia se decretó el traslado de las pruebas de los procesos penal y disciplinario que se adelantaban simultáneamente por los mismos hechos y, en cumplimiento de esa decisión, las actuaciones judiciales fueron remitidas en el estado que se encontraban.

Para entonces, se conocían los dictámenes de medicina legal que concluían que no había señales de acceso carnal violento y que para una de las mujeres se encontró presencia de espermatozoides y se ordenó el respectivo estudio. También, a partir de las declaraciones de las mujeres y la menor que recibió elementos hurtados de la comunidad, quienes tuvieron cercanía con los agresores y pudieron describir rasgos físicos, la Fiscalía se encontraba adelantando un reconocimiento fotográfico con los miembros de la tropa que ejecutaba operaciones militares en ese lugar para el día de los hechos.

Todos los procesos continuaron su curso, pero en el trámite de la reparación directa no se volvió a tener conocimiento del estado de las investigaciones penal y disciplinaria. Esa circunstancia fue advertida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en su sentencia, pero aun así, decidió proferir una decisión de fondo refugiándose en el hecho de que eso hace parte de la carga probatoria de la parte demandante.

Resulta innegable para la Sala, la importancia de haber conocido el estado actual de las investigaciones penal y disciplinaria que se adelantaban simultáneamente, sobretodo porque la actividad probatoria en esos procesos tiende a ser más robusta, con todo, también lo es que por regla general, eso constituía un deber de la parte demandante.

Sin embargo, teniendo en cuenta la materia del caso que se examina (violencia sexual contra mujeres) surge para la Sala un interrogante: ¿resulta válido que se hubiese decidido proferir una decisión de fondo reconociendo esa carencia probatoria bajo el argumento de que esa es una carga que corresponde a la parte demandante?

La respuesta a ese cuestionamiento debe resolverse a partir de los elementos mínimos que conforman la especial protección de la que son titulares las mujeres víctimas de violencia sexual y los deberes de las autoridades judiciales frente a esa garantía.

Sobre este punto, de los argumentos jurídicos desarrollados en esta providencia, merece la pena recordar que la Corte Constitucional ha establecido que los jueces vulneran los derechos de las mujeres en los siguientes escenarios: *“(i) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes; (ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas”*, que se presenta, por ejemplo, cuando se traslada la labor investigativa a la víctima.

Así las cosas, advertida la necesidad de conocer la información actualizada acerca del estado actual de las investigaciones penal y disciplinaria que cursaba contra miembros del Ejército Nacional por los actos de violencia sexual, respecto de los cuales las mujeres demandantes perseguían una reparación por parte del Estado, y teniendo en cuenta que la actividad probatoria del proceso de reparación directa estaba basada, principalmente, en el traslado de las pruebas obtenidas en esos procesos, le correspondía al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, bajo la aplicación de un criterio diferencial con perspectiva de género, ejecutar las actuaciones necesarias para acceder a ello, a fin de alcanzar la certeza necesaria para proferir una sentencia que pone fin a una controversia suscitada por hechos que involucran la grave violación de los derechos humanos de mujeres.

De acuerdo con ello, el cuestionamiento planteado debe resolverse en forma negativa. Es decir, adoptar una decisión advirtiendo una carencia probatoria porque las mujeres víctimas desatendieron sus deberes en ese sentido, resulta contrario a las garantías fundamentales de las que son titulares las mujeres que ponen de presente a la administración de justicia actos de violencia sexual.

En efecto, conocer el estado del proceso penal hubiese permitido al Tribunal Administrativo de Norte de Santander advertir los siguientes hechos:

- Con base en las declaraciones de las víctimas de los actos de violencia sexual, quienes a partir del contacto cercano con los victimarios pudieron describir los rasgos físicos de los agresores la Fiscalía Novena Especializada logró individualizar a los presuntos asaltantes a través de un reconocimiento fotográfico²⁶ de una lista de los soldados que hacían parte del pelotón conquistador N° 3 de la Compañía Centauro 3 adscrito al Batallón de Ingeniero No 05 “Francisco José de Caldas, que estaba en operación militar en la zona y en la fecha donde ocurrieron los hechos.

- En efecto, dentro del proceso penal, el **23 de noviembre de 2016** se profirió **sentencia anticipada** en contra de Orlando Guerrero Ortega²⁷ por los

²⁶ Folios 203 a 207 del cuaderno de pruebas 2 del expediente ordinario.

²⁷ Folio 66, cuaderno 3 del proceso penal adelantado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta (Ley 600)

delitos de acceso carnal violento agravado y hurto calificado, quien para la época de los hechos era soldado regular que hacía parte de la tropa militar descrita anteriormente.

Este sujeto, en ampliación de indagatoria realizada el **5 de octubre de 2016**, aceptó la responsabilidad en el asalto a los habitantes de la vereda Pueblitos del municipio El Zulia el día 3 de febrero de 2005, junto a los “*soldados Ibáñez y Jaimes Caicedo*”, y admitió que dos mujeres habían sido víctimas de violencia sexual. En concreto señaló: “*yo sé que hubo mujeres abusadas, que hubo hurtos a las casas, recuerdo también que ellos también me dijeron que yo había sido el primero que había abusado de una de ellas, ellos decían todos hicimos lo mismo y aquí todos estamos hundidos*”²⁸.

Ese relato fue ratificado en la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada celebrada el 18 de octubre de 2016²⁹.

7.3.6. Con fundamento en lo expuesto, la Sala concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso de Martha Janeth Mora Luque y María Amparo Amaya Cárdenas. Para materializar dicha protección, ordenará que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander profiera una nueva decisión integrando a su estudio las actuaciones del proceso penal adelantado contra miembros del Ejército Nacional por el asalto ejecutado a los habitantes de la vereda Pueblitos del municipio El Zulia, Norte de Santander, el 3 de febrero de 2005.

Ahora bien, resulta necesario precisar que esta decisión constitucional **no está encaminada a establecer el sentido de la decisión que deba adoptar el Tribunal Administrativo de Norte de Santander**, pues ello escapa a la competencia del juez de tutela. Por lo tanto, integrado al estudio de la demanda las actuaciones del citado proceso penal deberá proferirse una sentencia en virtud del principio de autonomía judicial y las reglas de la sana crítica.

7.4. Las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto fáctico respecto de los otros demandantes que no son víctimas de violencia sexual pero sí de hurto y lesiones personales, entre otras formas de maltrato durante el asalto

7.4.1. Observa la Sala que bajo el cargo del incumplimiento del deber constitucional de las autoridades judiciales accionadas de aplicar un criterio diferencial, se incluyeron otros hechos de violencia física y psicológica y hurto

²⁸ Folios 219 a 228, cuaderno 2 del proceso penal adelantado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta (Ley 600 de 2000).

²⁹ Folios 7 y 8, cuaderno 3 del proceso penal adelantado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta (Ley 600 de 2000).

sufridos por los otros habitantes víctimas del asalto a la vereda Pueblitos del municipio El Zulia, Norte de Santander, frente a los cuales las autoridades judiciales accionadas admitieron la existencia del daño, pero no de que el mismo fuese imputable a miembros del Ejército Nacional.

Los accionantes alegaron que las autoridades judiciales accionadas valoraron de forma inadecuada las pruebas testimoniales que demostraban que el ataque había sido cometido por miembros del Ejército Nacional. Particularmente se refirieron a la declaración de una menor que portaba algunos elementos hurtados de las víctimas y quien aseveró que habían sido regalos de los soldados que se encontraban en operación militar en la zona.

Sobre ese particular, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander consideró que esa prueba no era suficiente para acreditar que los hechos habían sido ejecutados por miembros del Ejército Nacional, pues en su relato la menor dijo que el hombre que le dio los objetos hurtados se llamaba “Luis Fernando Guerrero”, quien no hacía parte del pelotón que se encontraba en la zona.

7.4.2. Sobre el **defecto fáctico**, La Corte Constitucional ha considerado que se configura un defecto fáctico cuando “(...) *se hayan dejado de valorar pruebas legalmente aducidas al proceso, o que en la valoración de las pruebas legalmente practicadas se haya desconocido manifiestamente su sentido y alcance y, en cualquiera de estos casos, que la prueba sobre la que se contrae la vía de hecho tenga tal trascendencia que sea capaz de determinar el sentido de un fallo. Sólo bajo esos supuestos es posible la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, de manera que cuando los mismos no satisfagan estas exigencias, no procede el amparo constitucional pues se trata de situaciones que se sustraen al ámbito funcional de esta jurisdicción.*”

Así mismo ha identificado dos dimensiones en las que puede presentarse defecto fáctico: 1) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez; 2) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juzgador aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo el fallador desconoce la Constitución³⁰.

Es decir, que dado el carácter restringido y excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, no corresponde al juez constitucional reabrir el

³⁰ Sentencia T-781 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

debate probatorio o de la interpretación de las normas legales utilizadas para resolver el caso. Por lo tanto, su labor se limita a evidenciar aquellos errores manifiestos del fallo, que lo hacen incompatible con los derechos fundamentales.

7.4.3. La Sala evidencia que se presentó una omisión en la valoración de elementos probatorios que obraban en el expediente y que influyen directamente en la decisión adoptada.

Así, se observa que en la declaración de la menor que fue encontrada con elementos hurtados de las víctimas, además de hacer referencia a “*Luis Fernando Guerrero*” quien no era parte de la tropa, como lo señaló el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, también nombró al “cabo Guapacha”³¹ que sí hacía parte del pelotón que estaba en operación militar en la vereda Pueblitos, lo cual no fue valorado en las decisiones judiciales objeto de reproche.

Además, en el acta de la diligencia de reconocimiento fotográfico³² la menor identificó a Orlando Guerrero Ortega (condenado dentro del proceso penal) como uno de los soldados que estaba presente cuando recibió los objetos hurtados. No obstante, frente a esta prueba trasladada del proceso penal al administrativo, no se efectuó valoración alguna.

Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra configurado el defecto fáctico alegado y, por lo tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 30 de junio de 2017, a fin de que se efectúe una valoración probatoria de los elementos omitidos.

7.4.4. Ahora bien, la Sala admite que no puede determinarse que las autoridades judiciales accionadas tenían algún deber en la consecución de las pruebas que demostraran que las personas que ejecutaron el ataque eran miembros del Ejército Nacional, y que los demandantes (excepto las mujeres víctimas de violencia sexual) tenían el deber poner de presente el estado de los procesos penales y disciplinarios que habrían permitido evidenciar que Orlando Guerrero Ortega había admitido la responsabilidad de los hechos y había señalado la participación de otros miembros del Ejército Nacional en los hechos delictivos.

No obstante, resultaría contrario al principio de justicia material³³ que irradia la actividad judicial, separar a quienes no fueron víctimas de violencia sexual de los efectos que puede llegar a tener el estudio del proceso penal completo al expedir una nueva decisión. En razón a ello, la Sala dispondrá que se incluya el estudio

³¹ Folio 100 cuaderno 2 pruebas del expediente ordinario.

³² Folio 213, cuaderno de pruebas 2 del expediente ordinario.

³³ Que se desconoce por ejemplo con la “*aplicación irreflexiva de normas procesales que conllevan el desconocimiento consciente de la verdad objetiva allegada a la autoridad que tiene a su cargo la decisión del asunto*” Sentencia T-158 de 2012.

del proceso penal en forma integral, aun cuando las actuaciones recientes no hayan sido aportadas por los demandantes.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- AMPÁRASE el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, por las razones expuestas.

Segundo.- DÉJASE SIN EFECTOS la sentencia proferida el 30 de junio de 2017, por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. En su lugar,

Tercero.- ORDÉNASE al Tribunal Administrativo de Norte de Santander que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de este fallo, profiera una nueva decisión conforme a los parámetros jurisprudenciales desarrollados en esta providencia.

Cuarto.- Por la Secretaría General de esta Corporación, **REMÍTASE** al Tribunal Administrativo de Norte de Santander el expediente N° 54001333100520070025100 (reparación directa).

Quinto.- Por la Secretaría General de esta Corporación, **DEVUÉLVASE** al Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones Mixtas de Cúcuta (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004), el expediente N° 54001310400420160027300.

Sexto.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Séptimo.- En caso de no ser impugnada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero