

DESAPARICION FORZADA - Diferente a ejecución extrajudicial / FALSOS POSITIVOS - Concepto / CADUCIDAD - Medio de control de reparación directa por ejecuciones extrajudiciales / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y a la reparación integral

La Sección Tercera calificó, sin señalar las razones de su raciocinio, los hechos que dieron origen al medio de control de reparación como un caso de desaparición forzada y, en consecuencia, aplicó la caducidad especial a la que se refería el inciso 3 del artículo 136 del C.C.A, vigente para la época y que igualmente contempla el nuevo CPACA. No obstante lo anterior, los hechos que dieron origen al medio de control de reparación directa, por lo menos en lo que hace a su descripción objetiva por el recurrente, responden a lo que en el Código Penal, artículo 135, describe como homicidio en persona protegida, en donde el bien jurídico tutelado son las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y que en lenguaje periodístico y del común de la sociedad colombiana se denominan falsos positivos, mientras a nivel del Derecho de los Derechos Humanos se tipifican como ejecuciones extrajudiciales... Tanto el Tribunal Contencioso de Risaralda como la Sección Tercera al no estudiar la naturaleza y caracterización de los hechos que se alegaban como causa de la responsabilidad del Estado, a partir de sus verdaderas connotaciones, dejaron de valorar si era razonable y proporcional aplicar a la conducta denunciada, la caducidad propia de las desapariciones, pues, como se intentará exponer en este acápite, por tratarse de hechos o conductas diversas, no basta, en el caso de los homicidios en personas protegidas falsos positivos, que aparezca el cadáver de la víctima, pues, dadas las connotaciones de este delito, la analogía para aplicar la norma especial de las desapariciones forzadas no resulta suficiente... El fenómeno de los llamados falsos positivos ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate las pruebas documentales indican que comenzaron a ocurrir con una frecuencia alarmante en toda Colombia a partir de 2004... En cuanto a su denominación, la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 67/168 de 2012, indicó que las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, podían, según las circunstancias, equivaler al genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Con esa especificación, en criterio de la Sala, se buscaba darle una autonomía a esta conducta frente a la de la desaparición forzada. Así, llama la atención del juez de tutela el hecho que la conducta que fue puesta en conocimiento de la Sección Tercera, por lo menos en el contexto de la situación que vive el Estado Colombiano, podía catalogarse como una infracción grave del Derecho Internacional Humanitario DIH, asunto que no fue objeto de análisis por ninguna de las providencias que se señalan como contrarias a los derechos fundamentales del recurrente en la acción de amparo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 INCISO 3 / CODIGO PENAL - ARTICULO 135

CONFLICTO ARMADO INTERNO - Aplicación del Derecho Internacional Humanitario / PRINCIPIO DE DISTINCION - Noción

Para hablar de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario se requiere, en el ámbito interno, de la existencia de un conflicto armado dentro del territorio de un Estado, para distinguirlo de los conflictos armados internacionales... El Convenio de Ginebra, sus protocolos adicionales como el artículo 3 común, parten de reconocer que todas las personas y bienes que no hagan o tomen parte en las hostilidades son protegidos, lo que se conoce como el principio de distinción,

según el cual ninguna de las partes en conflicto puede involucrar a las personas que no tomen o hagan parte directamente de las hostilidades, las que por ese hecho, adquieren el estatus de personas protegidas... En este punto cobra importancia el artículo 3 común a los convenios de Ginebra aplicable a los conflictos internos cuya vigencia y obligatoriedad es independiente de su reconocimiento por las partes involucradas en ellos. Esta normativa hace parte de lo que se denomina el Derecho Internacional Humanitario DIH, como reglas mínimas que deben ser tenidas en cuenta en el marco de un conflicto de carácter interno.

FUENTE FORMAL: CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 - ARTICULO 3

TEORIA DEL DAÑO DESCUBIERTO - Excepción al término de caducidad: la caducidad del medio de control se cuenta desde cuando las víctimas conocieron de la existencia del daño / DAÑO ANTIJURIDICO - Homicidio en persona protegida / EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES - Falsos positivos / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA EN CASOS DE EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES - Conteo del término: dos años desde el día siguiente de la ejecutoria del fallo penal que determina la existencia del delito de homicidio en persona protegida

El propio Estado en la Ley 1448 de 2011 no solo reconoció la existencia del conflicto armado interno -1985- sino la configuración de violaciones a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en especial, el artículo 3 común a los Convenios y Protocolos de Ginebra, que, se insiste, a partir del principio de distinción, condena, entre otros el homicidio de todas aquellas partes que no han tomado parte en las hostilidades. Debe aceptarse, en ese sentido, cuando el Ejército Colombiano reporta en sus informes de acciones que ha dado de baja a guerrilleros, como lo hizo en el caso que se analiza, se parte de dos supuestos como mínimo i) que la operación militar que arrojó ese resultado, lo fue en desarrollo del conflicto armado interno que tiene el Estado con facciones armadas y ii) que las personas que murieron en su accionar contra el Estado no eran personas protegidas y, por tanto, su deceso hace parte de las hostilidades, frente a las cuales el Estado no tiene ninguna responsabilidad... Es claro para la Sala de Sección que, casos como los que fueron puestos a conocimiento de la jurisdicción contenciosa, en los que se alega que la persona que el Ejército colombiano presentó como un guerrillero no lo era, mientras los agentes estatales lo presentaron como persona que tomaba parte de las hostilidades y, que por tanto, no era objeto de protección del artículo 3 común, el fenómeno de la caducidad de la acción de reparación no puede, por esa solo circunstancias, ser analizada bajo raseros iguales al de otras conductas, pues aquella, por sus connotaciones, ha de tener un tratamiento diverso, con el objeto de lograr la garantía de los derechos de las víctimas de estos... En efecto, a diferencia del delito de desaparición, en estos homicidios, a partir de los informes que rinden los miembros de las fuerzas legítimas del Estado, en los que se muestra a la persona como miembro de un grupo enfrentado con estas, dada de baja en combate, hace surja la presunción que el Estado actuó en ejercicio de sus deberes, lo que excluye la posibilidad de exigirle alguna responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, por cuanto no existe un daño antijurídico que resarcir. Es decir, el daño antijurídico en estos casos, se materializa cuando el Estado establece que la persona que se dijo fue muerta en combate, en realidad, no hacía parte de las hostilidades, y, por tanto, fue involucrada en él, desconociendo todas las prescripciones internas e internacionales sobre el particular. En otros términos, en estos casos, se puede acudir a lo que la misma Sección Tercera ha denominado teoría del daño descubierto según la cual, excepcionalmente, la caducidad del medio de control no

se debe contar desde el acaecimiento del hecho o acto, sino cuando las víctimas conocieron de la existencia del mismo. En este caso, la aplicación de esta teoría se traduciría en que el daño se configuraría no con la muerte de persona que se dice fue dado de baja en combate, sino con la decisión de la jurisdicción, en este caso, la penal, en la que se señale que el sujeto era una persona protegida y, por ende, que el Estado desconoció su carácter de garante de aquella, al involucrarlo en las hostilidades... En otros términos, dadas las características y connotaciones de la conducta que denominada homicidio en persona protegida y/o ejecución extrajudicial, no parece suficiente, por lo menos para efectos de contar la caducidad que aparezca la víctima, como lo señaló el legislador para el caso de las desapariciones forzadas o del acaecimiento del hecho, según lo advertía el artículo 136 del C.C.A, pues, se repite, en estos sucesos, se parte del dicho del Estado, presunción que admite prueba en contrario, según la cual, la persona que murió por el accionar de las fuerzas estatales, hacía parte de un grupo armado frente al cual, en muchos casos, existían supuestos informes de inteligencia que daban cuenta de sus actividades delictivas. Es decir, no se puede hablar de un daño antijurídico y por tanto de responsabilidad del Estado cuando se produce una confrontación y uno o varios miembros del grupo armado mueren como producto del enfrentamiento con la fuerza pública. En estos casos, el solo hecho de la muerte no puede generar la caducidad, porque, en principio, no hay daño frente al cual se pueda reclamar, pese a que los familiares tengan el convencimiento que la persona señalada de pertenecer a las fuerzas armadas ilegales no lo era, en contraposición a los informes oficiales... considera la Sala que, por hechos como los que dieron origen al proceso de reparación directa y a efectos de materializar los derechos de acceso a la administración de justicia de las víctimas, se requiere de una interpretación diferente del artículo 136 del C.C.A, que permita la realización efectiva de los derechos de aquellos, pues, por la naturaleza y configuración de la conducta de los agentes del Estado que allí se alega, la que, se repite, no es la desaparición forzada, contar el término de caducidad desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o de la aparición del cadáver de la víctima, deja de lado la consideración de una circunstancia o presunción que se debe desvirtuar y es aquella según la cual, la muerte se presentó en combate, hecho que, en principio, impediría la configuración de la responsabilidad del Estado. Presunción que, en principio, solo se puede desvirtuar a lo largo del proceso penal que se inicie con ocasión de esa conducta y la discusión misma sobre sus verdaderas connotaciones. Así, solo cuando exista un pronunciamiento que declare que, en efecto, la persona que fue reportada como guerrillera era un persona protegida, se descubre que el hecho es, en sí, antijurídico. Por tanto, es desde ese instante que se cuenta la caducidad de los dos años sin que ello implique que se pueda acudir con anterioridad a la justicia contenciosa, la que a partir de las diversas pruebas puede llegar al convencimiento sobre la realidad de los hechos alegados por los agentes del Estado. Es decir, a partir de la teoría del descubrimiento del daño, los dos años de caducidad del medio de control de reparación directa debe comenzar a correr al día siguiente de la ejecutoria del fallo penal que así lo determine... Es decir, no es posible alegar por parte del Estado la caducidad, como medio para evitar el reconocimiento de su responsabilidad y la satisfacción por esa vía de los derechos de las víctimas de aquel.

FUENTE FORMAL: CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 - ARTICULO 3 / PROTOCOLO I ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES 1977 / PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARACTER INTERNACIONAL 1977 / LEY 6 DE 1960 / LEY 11 DE 1992 / LEY 171 DE 1994 /

RESOLUCION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS A/RES/67/168 DE 2012 DE EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES, SUMARIAS O ARBITRARIAS / LEY 472 DE 2002 / CODIGO PENAL - ARTICULO 135 / LEY 1448 DE 2011 - ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente (E): ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00747-01(AC)

Actor: JAIRO MONCALEANO PERDOMO

Demandado: SECCION TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO Y OTRO

La Sala decide la impugnación presentada contra la decisión de tutela adoptada el 25 de junio de 2014 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual se negó inmediatez la acción de tutela presentada por el señor Jairo Moncaleano Perdomo contra la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal Contencioso de Risaralda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El señor Jairo Moncaleano Perdomo, actuando mediante apoderado judicial, el 27 de marzo de 2014, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Risaralda y la Sección Tercera del Consejo de Estado, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, a la reparación integral y la interpretación más favorable, consagrados en varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

1.2. Fundamento de la solicitud

Se advierte en el escrito de tutela que por **auto de 23 junio de 2011**, el Tribunal Administrativo de Risaralda, **rechazó por caducidad** la demanda de reparación

directa presentada por el peticionario y otros contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, decisión confirmada mediante auto de 28 de agosto de 2013 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Se considera que las mencionadas autoridades judiciales al declarar, la primera, y confirmar la segunda, la caducidad de la acción de reparación directa incurrieron en una “*actuación defectuosa*”, por la **vulneración directa de la Constitución** por el desconocimiento de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y a la reparación integral.

1.3. Hechos

- El 9 de julio de 2007 el joven Moncaleano Hernández “...*luego de las cinco de la tarde, fue convidado junto con otros dos compañeros del mismo barrio por un individuo apodado TARZÁN, que califican en el barrio Pinares de la ciudad de Armenia, como un soldado profesional, a cobrar una plata en Pereira, sin que EDWIN ALEXANDER y sus compañeros regresaran a sus casas.*”¹.
- El 12 de julio de 2007, tres días después de la desaparición, los familiares se enteraron de la muerte de los tres jóvenes, quienes fueron presentados como guerrilleros muertos en combate en La Celia, Risaralda, según información aparecida en el Diario La Crónica de la ciudad de Armenia, la que tuvo como fundamento el comunicado que emitió el Ejército, en el que, según la nota periodística se “*reportó la “baja” de tres presuntos guerrilleros, según comunicado de la Octava Brigada, situación que tuvo lugar luego de un combate entre soldados del Batallón de Artillería San Mateo y un grupo identificado en principio como “Los Pillos”, pertenecientes a las milicias del frente Aurelio Rodríguez de las Fuerzas Armadas de Colombia (sic) FARC (Diario la Crónica del Quindío del 12 de julio de 2007, página 6B*”².
- En el comunicado de prensa que se dice fue reproducido en el diario “La Crónica” se señaló que se trataba de una banda que representaba una gran peligrosidad para los habitantes del sector y que estaban planeando el secuestro de agricultores de la zona.

¹ *Ibídem.*

² *Ibídem.*

- La investigación penal por estos hechos fue asumida por la Fiscalía General de la Nación mientras la disciplinaria fue archivada por el Ejército.

- En palabras del peticionario el *modus operandi* que rodeó la desaparición y muerte del joven Edwin Alexander, evidencia que se trató de un “falso positivo”. En efecto, se encontraron como elementos comunes con otros casos los siguientes: (i) la presencia de un enlace militar horas antes de la desaparición; (ii) ausencia de antecedentes penales de la víctima; (iii) traslado de su lugar de residencia a otra ciudad; (iv) calificación como guerrillero; (v) decomiso de supuesto armamento empleado en un combate; (vi) acoso y amenazas contra los familiares; (vii) entierro del fallecido como N.N.; (viii) una indebida necropsia; y (ix) evidentes contradicciones en los relatos de los soldados y oficiales que participaron en los hechos.

- El 23 de abril de 2009 se presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial en Asuntos Administrativos de Pereira. El 18 de junio del mismo año no se llegó a ningún acuerdo entre las partes.

- Los señores Jairo Moncaleano Perdomo y otros, presentaron el 4 de mayo de 2011, demanda de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, con el fin que se declarara la responsabilidad extracontractual del Estado por la muerte del joven Edwin Alexander Moncaleano Hernández.

- El Tribunal Administrativo de Risaralda, por auto de 23 de junio de 2011, decidió **rechazar** la demanda, argumentando que:

“La fecha de presentación de la demanda fue el 04 de mayo de 2011 (1 año, 10 meses y 16 días después de vencido el término de caducidad), por lo que se tiene que ha operado el fenómeno de la caducidad, pues la oportunidad para la presentación del libelo introductorio venció el 14 de septiembre de 2009, de acuerdo con los artículos citados”.³

- La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto de 28 de agosto de 2013, por decisión mayoritaria⁴, decidió confirmar la decisión de rechazo de la demanda por caducidad de la acción, con fundamento en los siguientes argumentos:

³ Visible a folio 17 del expediente

⁴ Se apartaron los doctores Stella Conto del Castillo; Danilo Rojas Betancourth; Jaime Santofimio Gamboa y Ramiro Pozos Guerrero.

“Ciertamente, en varios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, de los cuales el Estado colombiano hace parte, se establecen como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada de personas: i) la privación de la libertad; ii) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos; y iii) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. Así, por ejemplo, los artículos 2 y 5 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada de 2007, define dicha conducta ilícita como...”

Por su parte, los artículos II y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas definen dicha conducta punible como...”⁵

“ ...

“De la disposición normativa transcrita se desprenden los siguientes eventos para la contabilización de los dos (2) años de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, a saber: i) se contarán a partir de la fecha en que aparezca la víctima; o en su defecto; ii) desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

Adicionalmente, se estableció que los anteriores eventos no constituyen óbice para que la correspondiente acción de reparación directa pudiera intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición forzada”.⁶

En el caso concreto

“... el término de caducidad de la acción de reparación directa transcurrió desde el 13 de julio de 2007 hasta el 13 de julio de 2009.

(...)

Dado que la referida demanda de reparación directa se interpuso el 4 de mayo de 2011, se impone concluir entonces que respecto de la acción invocada en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la caducidad, comoquiera que el día 8 de septiembre de 2009, venció el término de que

⁵ Visible a folio 91 del expediente.

⁶ *Ibídem.*

trata el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. para presentar la acción de reparación directa”.

1.4. Trámite de la acción de tutela

La Consejera Ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante auto del 28 de abril de 2014, admitió la petición de amparo y procedió a vincular a los correspondientes demandados y terceros interesados.

El Consejero Hernán Andrade Rincón, encargado del Despacho del que fuera el ponente de la providencia objeto de la acción de tutela, solicitó negarla por cuanto la providencia tiene una sólida argumentación jurídica.

Agregó que las discrepancias argumentativas o interpretativas no hacen parte de los asuntos que puedan ser resueltos en sede de tutela.

Los Magistrados del Tribunal Administrativo de Risaralda se opusieron igualmente a la procedencia del amparo. En esencia, reiteraron las razones que tuvieron para rechazar la demanda de reparación directa, debido a que había operado el fenómeno de la caducidad.

Por su parte, el Ministerio de Defensa Nacional resaltó que el auto atacado no adolecía de defecto alguno y que muerte de un civil es un hecho que permite fácilmente identificar el daño ocasionado.

1.5. El fallo impugnado

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en providencia de 25 de junio de 2014, negó la acción por el incumplimiento del principio de inmediatez.

Al respecto, la Sala de forma unánime argumentó que la providencia de segunda instancia que puso fin al proceso con el rechazo de la demanda por caducidad, fue proferida el 28 de agosto de 2013, y quedó ejecutoriada el 9 de septiembre de 2013, en tanto que la presentación de la acción de tutela fue de 27 de marzo de 2014, es decir, más de seis meses desde que se conoció el contenido de la decisión contra la que se dirige el amparo y la presentación de este.

1.6. Contenido de la impugnación

El impugnante, en escrito de 22 de julio, alegó que en el presente asunto no se podía hablar de falta de inmediatez, por cuanto solo conoció de la decisión de segunda instancia en el mes de enero de 2014, cuando el Tribunal Administrativo de Risaralda notificó el auto de estarse a lo resuelto por el superior.

Afirmó, igualmente, que no se alegaba que las providencias judiciales carecieran de argumentación, ni tampoco que se cuestionaran las pruebas, solo que en los casos objeto del proceso, no podía alegarse la caducidad, porque ello implicaba la vulneración de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y a la reparación integral, como el respecto por los tratados internacionales sobre derechos humanos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la presente impugnación, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala analizar si, en el presente caso, se:

- i) observó el principio de inmediatez y de llegar a considerarse que el mencionado principio se cumplió, corresponde determinar si :
- ii) el Tribunal Administrativo de Risaralda y la Sección Tercera del Consejo de Estado, vulneraron los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, reparación integral de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, al rechazar una demanda de reparación directa por caducidad, sin reparar en la naturaleza de la conducta frente a la cual se pretendía deducir la responsabilidad del Estado.

Para dar respuesta a los anteriores planteamientos, se (i) reiterará la jurisprudencia de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providenciales judiciales; (ii) adelantará un estudio sobre el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad adjetiva; y (iii) en caso en que se supere este análisis, se hará un examen de la conducta que dio origen al medio de control de reparación directa para determinar si la declaración de caducidad era procedente al momento de la admisión de la demanda.

2.3. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente⁷, venía considerando que la acción de tutela era improcedente cuando se dirigía contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, asuntos 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.

⁷ 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: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁸ **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 diversas sobre el tema⁹.

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 judiciales¹⁰.

En la parte motiva se dijo sobre el particular:

*“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 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 [los fundamentales], observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”¹¹ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de ese fallo de la Sala Plena, la Corporación modificó su criterio sobre la improcedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, estudia las que se presenten contra providencia judicial para analizar si ellas vulneran algún derecho

⁸ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁰ Se dijo en la mencionada sentencia “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”

¹¹ Ídem.

fundamental, observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente como expresamente lo indicó la decisión de unificación.

La Sección ha precisado bajo qué parámetros se realiza ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “*fijados hasta el momento jurisprudencialmente*”.

Sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹² a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o se niegue el amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarse al fondo del asunto -improcedencia adjetiva-. Razón por la que la Sección distinguirá entre unos y otros.

En ese orden, primero, se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos que se derivan del artículo 86 constitucional y del Decreto 2591 de 1991. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará improcedente el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

¹² Entre otras en las sentencias T-949 de 16 de octubre de 2003; T-774 de 13 de agosto de 2004 y C-590 de 8 de junio de 2005.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala 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 de la acción impetrada, se requerirá 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.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

En atención a los presupuestos conceptuales del caso objeto de estudio, entra la Sala constatar que: (i) no se trata de una tutela contra un fallo de tutela;

(ii) se ajusta al principio constitucional de la subsidiariedad, artículo 86, comoquiera que se trata de controvertir un auto mediante el cual se rechazó una demanda, frente al cual se agotó el único recurso posible: el de apelación, mediante el cual se confirmó la decisión de instancia de rechazar la demanda. Esta providencia, por tratarse de un auto de Sala y no de ponente, carecía de algún medio de impugnación, y finalmente,

iii) en relación con la observancia del requisito de inmediatez, en el que se fundó la Sección Cuarta para negar el amparo, es importante advertir, como reiteradamente lo ha señalado la Corte Constitucional y lo reiteró esta Corporación en fallo de unificación del pasado 5 de agosto de 2012¹³, que, en cada caso, debe evaluarse este requisito a fin de que no se desvirtúe la razón de ser de la acción

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

de tutela, pues, en materia del amparo constitucional no existe caducidad, razón por la que el término de 6 meses que ha venido admitiendo la jurisprudencia como razonable para la interposición de este recurso contra providencia judicial debe ser analizado, según las circunstancias del caso.

En el vocativo de la referencia, se tiene que la última decisión judicial cuestionada fue proferida el 28 de agosto de 2013, notificada por estado el 9 de septiembre del mismo año, en tanto que la solicitud de amparo fue elevada el 27 de marzo de la presente anualidad, es decir, dentro de un plazo razonable de 6 meses, 17 días, pues, como se indica en la impugnación, si bien el auto se notificó por estado, las partes lo conocieron cuando el Tribunal Administrativo de Risaralda ordenó estarse a lo resuelto por el superior, es decir, en enero de 2014.

Igualmente, el término resulta ajustado a la complejidad del asunto como se analizará en los siguientes capítulos. Sobre el particular, es necesario recordar el problema jurídico que se plantea en el vocativo de la referencia.

Según se lee en el escrito de tutela y en la impugnación, el apoderado de la parte tutelante considera que, por la naturaleza de los hechos sometidos a conocimiento de la jurisdicción, el término de caducidad de la acción de reparación no puede contarse de la misma forma a como se haría en casos que no revisten la trascendencia y gravedad del que dio origen a la demanda que fue rechazada, pues en su concepto, en estos casos, **la caducidad no debe operar**.

Hecho que el apoderado de la reparación puso de presente en la demanda, advirtiendo, además, que un juzgado administrativo, no específica cuál, ya había declarado la caducidad la acción.

El análisis de la Sala se centrará, entonces, en el examen de los derechos de acceso a la administración de justicia, la reparación integral en materia de víctimas en especial las del conflicto armado que vive el Estado colombiano desde hace más de cinco décadas y que necesariamente impone a los jueces la realización y garantía de los derechos de las personas que habitan en el territorio, en donde, se

requiere la ponderación de los intereses en juego y el cumplimiento del Estado de sus fines esenciales, entre ellos, la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, como el objeto mismo para el cual están previstas las autoridades, que no es otro que la protección de todos los residentes en Colombia en su **vida**, honra y bienes.

2.5. El fenómeno de la caducidad de los medios de control en la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a determinadas conductas

Según lo ha indicado la Corte Constitucional, el instituto de la caducidad tiene como principal fundamento la necesidad de dotar las relaciones entre particulares y los de estos con el Estado de **seguridad jurídica**, para que, transcurrido un determinado tiempo o plazo, se tenga la certeza por unos y otros, que no se podrá acudir a la administración de justicia para la resolución de sus conflictos, porque se pierde la oportunidad para el efecto.

En ese sentido, en sentencia C-832 de 2001, sobre la constitucionalidad del precepto que consagraba la caducidad de los medios de control en vigencia del C.C.A, señaló:

*“La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener **seguridad jurídica**, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.*”

La fijación de los términos de caducidad corresponde al legislador que, en desarrollo de su libertad de configuración normativa, puede establecer plazos diferenciados según la acción de que se trate. El único límite que tienen esa

libertad son los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, deben ser analizados en cada caso para no hacer nugatorios derechos como el de acceso a la administración de justicia, que es el primer derecho fundamental que resulta limitado con la aplicación de este instituto procesal.

En relación con este punto, el Tribunal Constitucional ha determinado que:

*“La jurisprudencia constitucional ha señalado que, en virtud de la cláusula general de competencia, al legislador le corresponde regular en su totalidad los procedimientos judiciales y administrativos, por lo que goza de un amplio margen de autonomía o libertad de configuración normativa para evaluar y definir sus etapas, características, formas y, específicamente, los **plazos y términos** que han de reconocerse a las personas en aras de facilitar el ejercicio legítimo de sus derechos ante las autoridades públicas. Tal autonomía sólo se ve limitada por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, principios que constituyen el límite a los quehaceres del legislador, en cuanto los mismos han de servir para la realización material de los derechos sustanciales.”¹⁴*

En este orden de ideas, si bien el legislador puede válidamente establecer límites temporales a los ciudadanos para acceder a la justicia, en aras de asegurar la vigencia de la seguridad jurídica (*finalidad de la medida*) también lo es que esta debe resultar necesaria, idónea y adecuada para alcanzar dicho fin, la que, si bien en términos generales puede considerarse legítima, no siempre resulta necesaria o adecuada, según el caso de que se trate.

En otros términos, no se discute la finalidad y la importancia de la figura de la caducidad de las acciones. La que, se repite, en términos generales, resulta adecuada a su finalidad: dotar de seguridad jurídica las relaciones entre particulares y la de estos con el Estado.

Su regulación, entonces, no resulta discutible en la generalidad de los casos, no obstante surgen dudas cuando se trate de hechos que exceden lo que podríamos denominar el marco de “normalidad” que rige el tráfico de las relaciones, en

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia sentencia C-644 de 2011.

especial, aquellas que se dan entre el Estado y los particulares, eventos en los cuales correspondería al legislador en forma abstracta consagrar un tratamiento diverso y/o al juez, en los casos sometidos a su conocimiento, establecer y determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de caducidad o la forma en que se contabiliza, para no hacer nugatorio o restringir de forma desproporcionada un conjunto de derechos fundamentales de quienes pretenden acudir a la administración de justicia.

Es, en este contexto, en donde se pregunta si el juez contencioso debe hacer análisis diferenciados dependiendo de las conductas que, según los afectados, puedan generar una responsabilidad del Estado, en el marco del artículo 90 de la Constitución.

La respuesta a esa pregunta es sí, como se analizará a continuación:

2.5.1. El conflicto armado y las conductas que de él se pueden derivar

Lo primero que se advierte en este punto, es que la decisión de la Sección Tercera para declarar la caducidad de la acción, tuvo como fundamento el hecho que la conducta objeto de reproche era una **desaparición forzada** y que, por tanto, en aplicación del artículo 7° de la Ley 589 de 2000, la acción de reparación directa había caducado, ya que se trataba de un caso de desaparición forzada y la víctima había “*aparecido*” el 12 de julio de 2007.

Bajo esa lógica, la Sección Tercera calificó, sin señalar las razones de su raciocinio, los hechos que dieron origen al medio de control de reparación como un caso de desaparición forzada y, en consecuencia, aplicó la caducidad especial a la que se refería el inciso 3 del artículo 136 del C.C.A, vigente para la época y que igualmente contempla el nuevo CPACA.

No obstante lo anterior, los hechos que dieron origen al medio de control de reparación directa, por lo menos en lo que hace a su descripción objetiva por el

recurrente, responden a lo que en el Código Penal, artículo 135, describe como homicidio en persona protegida, en donde el bien jurídico tutelado **son las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario** y que en lenguaje periodístico y del común de la sociedad colombiana se denominan falsos positivos, mientras a nivel del Derecho de los Derechos Humanos se tipifican como ejecuciones extrajudiciales.

Asunto este sobre el cual no existe ninguna consideración en las providencias objeto de amparo, pues, se repite, sin un análisis sobre los hechos y el contexto en que estos se desarrollaron, le bastó al Tribunal Contencioso de Risaralda y a la posición mayoritaria de la Sección Tercera, señalar que se trataba de una desaparición forzada, para construir, a partir de esa calificación, la argumentación para aplicar la caducidad, en los términos que fijó el legislador para esa específica conducta y que debe reconocerlo desde ahora la Sala, es la más favorable que existe –normativamente-, pero que no resulta suficiente para satisfacer una serie de derechos fundamentales de quienes deben acudir a la administración de justicia cuando de ciertos hechos se trata.

En otros términos, tanto el Tribunal Contencioso de Risaralda como la Sección Tercera al no estudiar la naturaleza y caracterización de los hechos que se alegaban como causa de la responsabilidad del Estado, a partir de sus verdaderas connotaciones, dejaron de valorar si era razonable y proporcional aplicar a la conducta denunciada, la caducidad propia de las desapariciones, pues, como se intentará exponer en este acápite, por tratarse de hechos o conductas diversas, no basta, en el caso de los homicidios en personas protegidas –falsos positivos-, que aparezca el cadáver de la víctima, pues, dadas las connotaciones de este delito, la analogía para aplicar la norma especial de las desapariciones forzadas no resulta suficiente.

Es importante advertir que no se trata de enervar la interpretación que hizo el juez natural –Tribunal Administrativo de Risaralda y Sección Tercera-, la que en ejercicio de su autonomía e independencia, puede abordar el análisis de los casos sometidos a su conocimiento.

No. Se trata de demostrar que, en sus providencias, aquellos dejaron de analizar y valorar circunstancias que podrían haber generado una decisión diversa a la que se cuestiona en el amparo de la referencia.

2.5.2. De las llamadas ejecuciones extrajudiciales como falsos positivos o infracciones, en el contexto colombiano, a las normas del Derecho Internacional Humanitario

En cuanto a la diferencia entre la desaparición y las ejecuciones extrajudiciales basta señalar que las Naciones Unidas, en 1980, Resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, estableció el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias.

Los trabajos de este grupo llevaron a que dos años más tarde, la Comisión de Derechos Humanos, en la Resolución 1982/29 de 11 de marzo de 1982, recomendara al Consejo Económico y Social nombrar un relator especial para determinar la existencia y alcance de la práctica de ejecuciones sumarias o arbitrarias. Dicha resolución fue adoptada por el Consejo Económico y Social en Resolución 1982/35, que estableció un mandato para el Relator Especial de ejecuciones sumarias o arbitrarias, diferenciado del grupo de las desapariciones forzadas o involuntarias¹⁵, con el fin de establecer sus características y elementos.

Este Relator, en cumplimiento de su mandato, visitó Colombia en 2009, y sobre los llamados falsos positivos, señaló:

10. El fenómeno de los llamados "falsos positivos" —ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate las pruebas documentales indican..... que comenzaron a ocurrir con una frecuencia alarmante en toda Colombia a partir de 2004.

11. La dinámica fáctica de estos casos está bien documentada, por lo que solo será necesario aquí delinear las pautas generales comunes a todos los departamentos del país. En algunos casos, un "reclutador" pagado (un civil, un miembro desmovilizado de un grupo armado o un ex militar) atrae a las víctimas civiles a un lugar apartado engañándolas con un señuelo, por lo

¹⁵ <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/executions/>

general la promesa de un trabajo. Una vez allí, las víctimas son asesinadas por miembros de las fuerzas militares, a menudo pocos días u horas después de haber sido vistos por los familiares por última vez. En otros casos, las fuerzas de seguridad sacan a las víctimas de sus hogares o las recogen en el curso de una patrulla o de un control de carretera. Las víctimas también pueden ser escogidas por "informantes", que las señalan como guerrilleros o delincuentes a los militares, a menudo a cambio de una recompensa monetaria. Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate. Las víctimas son presentadas por los militares y anunciadas a la prensa como guerrilleros o delincuentes abatidos en combate. A menudo se entierra a las víctimas sin haberlas identificado (bajo nombre desconocido), y en algunos casos en fosas comunes"¹⁶

En cuanto a su denominación, la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 67/168 de 2012, indicó que las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, podían, según las circunstancias, equivaler a “ *el genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra*”. Con esa especificación, en criterio de la Sala, se buscaba darle una autonomía a esta conducta frente a la de la desaparición forzada.

Así, llama la atención del juez de tutela el hecho que la conducta que fue puesta en conocimiento de la Sección Tercera, por lo menos en el contexto de la situación que vive el Estado Colombiano, podía catalogarse como una infracción grave del Derecho Internacional Humanitario –DIH–, asunto que no fue objeto de análisis por ninguna de las providencias que se señalan como contrarias a los derechos fundamentales del recurrente en la acción de amparo.

Para hablar de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario se requiere, en el ámbito interno, de la existencia de un conflicto armado dentro del territorio de un Estado, para distinguirlo de los conflictos armados internacionales. En ambos conflictos, la primera prohibición expresa que se impone es la de dirigir las

¹⁶ http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/uploads/media/COI_2791. Este informe fue presentado por el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, en marzo de 2010, después de su visita a Colombia.

acciones militares contra objetivos o personas que no tengan, tomen o hagan parte de las hostilidades.

El Estado Colombiano es parte de los Convenios de Ginebra de 1949, Ley 6 de 1960, y de los Protocolos Adicionales I y II de 1977, Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994. Igualmente, ha reconociendo la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, de conformidad con el Artículo 90 del Protocolo Adicional I de 1977 y adhirió a la Convención de Bienes Culturales de 1954 y la Convención de Armas Biológicas de 1972, entre otros.

El Convenio de Ginebra, sus protocolos adicionales como el artículo 3 común, parten de reconocer que todas las personas y bienes que no hagan o tomen parte en las hostilidades son protegidos, lo que se conoce como el principio de distinción, según el cual ninguna de las partes en conflicto puede involucrar a las personas que no tomen o hagan parte directamente de las hostilidades, las que por ese hecho, adquieren el estatus de **personas protegidas**. Se habla así, **de los civiles**.

En este punto cobra importancia el artículo 3 común a los convenios de Ginebra aplicable a los conflictos internos cuya vigencia y obligatoriedad es independiente de su reconocimiento por las partes involucradas en ellos.

Es decir, son vinculantes tanto para el Estado como para los grupos que se enfrenten con este, pese a que estos no hayan expresado su voluntad de acogerse a sus términos y condiciones; como tampoco cambia el estatus de aquellos, dado que el reconocimiento o aplicación de este precepto, no muda ni se puede entender como la aceptación del carácter beligerante de las fracciones enfrentadas en el territorio del Estado¹⁷.

El mencionado precepto consagra lo siguiente:

¹⁷ Ver historia del artículo 3 común a los convenios de Ginebra en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>, que toma los comentarios al Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, CICR - Plaza & Janés Editores Colombia S. A., noviembre de 1998.

“ARTÍCULO 3 DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA

En caso de conflicto armado **que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes**, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. **Las personas que no participen directamente en las hostilidades**, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: **los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas**, las mutilaciones, los tratos crueles.

“ ...

“La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.” (Negrilla fuera de texto)

Esta normativa hace parte de lo que se denomina el Derecho Internacional Humanitario –DIH–, como reglas mínimas que deben ser tenidas en cuenta en el marco de un conflicto de carácter interno.

Y es a partir de esa normativa que, por demás hace parte del denominado bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 constitucional, que la Sala considera que la conducta que dio origen al proceso de reparación directa que fue llevado a la jurisdicción contenciosa, lejos de ser un caso de desaparición forzada, por lo menos en su descripción objetiva, es lo que el Código Penal colombiano, artículo 135, define como homicidio en persona protegida.

¿Por qué? Porque, se repite, todas las personas civiles que no toman parte directamente del conflicto¹⁸ son, en aplicación del principio de distinción, **personas**

¹⁸ Es importante señalar que a nivel internacional se viene haciendo un esfuerzo para distinguir entre las personas civiles protegidas por el DIH, en cuanto existe personal civil que toma indirectamente parte en los hostilidades, por ejemplo, aquellos que venden mercancía, enseres, provisiones a los grupos armados, pero que por esa sola circunstancia no pueden

protegidas por las normas internacionales en la materia.

En efecto, en estos casos, como lo reconoció el Relator Especial para las Ejecuciones Extrajudiciales y Sumarias, en su informe sobre Colombia, las fuerzas militares muestran a civiles como muertos en combate, como una forma de demostrar resultados positivos frente a la guerrilla, es decir, entiende la Sala que el mismo Estado reconoce a estos grupos armados como objetivos que deben ser combatidos, es decir, que existe conflicto.

Estos homicidios, entonces, parten de reconocer que hay fuerzas legítimas del Estado enfrentadas a grupos armados. Se lee en el mencionado informe

“20. Muchos expertos e interlocutores con experiencia —incluidos los de las fuerzas militares— me confirmaron que en las unidades militares se ejercía cierta presión para "mostrar resultados" y demostrar que el ejército seguía ganando terreno a la guerrilla y a los delincuentes. Si bien algunos altos funcionarios del Gobierno refutaron esta idea y recalcaron que el homicidio de civiles no aumentaba la seguridad, es evidente que entre los militares el resultado satisfactorio solía medirse en términos del "número de bajas" del enemigo, es decir, de miembros de las FARC y de otros grupos muertos en combate.”¹⁹

En ese orden de ideas, más allá de la discusión sobre si el Estado Colombiano está o estaba inmerso en un conflicto armado interno cuando se presentaron los hechos que dieron origen al proceso de reparación, para poder reconocer entonces, la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario – DIH-, en especial el artículo 3 común, cuestión que fue objeto de álgidos debates, en especial entre los años 2002-2010, lo cierto es que hoy esa discusión se superó con la expedición de la Ley 1448 de 2011 “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*”, que, en su artículo 3, expresamente consagra que:

“ARTÍCULO 3o. VÍCTIMAS. Se consideran víctimas, para los efectos de

perder su condición de protegidas. Sobre el particular se puede consultar “El derecho internacional humanitario consuetudinario”. Volumen I. Jean-Marie Henckaerts y Louis Doswald-Beck. CICR. Págs 22 y siguientes.

¹⁹ http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/uploads/media/COI_2791. Pág 13.

esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, **como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.**" (Negrilla fuera de texto)

Es decir, el propio Estado en esta ley no solo reconoció la existencia del conflicto armado interno -1985²⁰- sino la configuración de violaciones a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en especial, el artículo 3 común a los Convenios y Protocolos de Ginebra, que, se insiste, a partir del principio de distinción, condena, entre otros **el homicidio** de todas aquellas partes **que no han tomado** parte en las hostilidades.

Debe aceptarse, en ese sentido, que cuando el Ejército Colombiano reporta en sus informes de acciones que ha dado de baja a guerrilleros, como lo hizo en el caso que se analiza, se parte de dos supuestos como mínimo i) que la operación militar que arrojó ese resultado, lo fue en desarrollo del conflicto armado interno que tiene el Estado con facciones armadas y ii) que las personas que murieron en su accionar contra el Estado **no eran personas protegidas y, por tanto, su deceso hace parte de las hostilidades, frente a las cuales el Estado no tiene ninguna responsabilidad.**

Estas connotaciones, obligaban, se repite, por lo menos desde las circunstancias descritas en los hechos de la demanda de reparación a un análisis diferente sobre la caracterización de la conducta y la forma de contar la caducidad del medio de control para lograr la reparación por parte del Estado, pues, en principio, a partir de los informes oficiales no se puede hablar de un hecho del cual pueda deducirse responsabilidad del Estado, del cual, por demás, pueda predicarse la caducidad del medio de control de reparación directa. Veamos:

²⁰ Es importante advertir que en las sentencias C-253 A y C-781 de 2012, la Corte Constitucional analizó el tema del conflicto armado interno en Colombia, para señalar, por ejemplo que "Esta conclusión también es armónica con la noción amplia de "conflicto armado" que ha reconocido la Corte Constitucional a lo largo de numerosos pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, de tutela, y de seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, la cual, lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano.(...). Igualmente, en la sentencia C-250 de 2012, se declaró la exequibilidad del año 1985, como año a partir del cual las víctimas del conflicto armado pueden solicitar la aplicación de la llamada ley de víctimas.

Es claro para la Sala de Sección que, casos como los que fueron puestos a conocimiento de la jurisdicción contenciosa, en los que se alega que la persona que el Ejército colombiano presentó como un guerrillero **no lo era**, mientras los agentes estatales lo presentaron como persona que tomaba parte de las hostilidades y, que por tanto, **no** era objeto de protección del artículo 3 común, el fenómeno de la caducidad de la acción de reparación no puede, por esa sola circunstancias, ser analizada bajo raseros iguales al de otras conductas, pues aquella, por sus connotaciones, ha de tener un tratamiento diverso, con el objeto de lograr la garantía de los derechos de las víctimas de estos.

En el plano interno, por ejemplo, prescripciones más prolongadas y, en algunos casos, imprescriptibilidad que impone al Estado ejercer su función de investigación y juzgamiento en cualquier tiempo en aplicación de la normativa internacional que integra el bloque de constitucionalidad²¹.

En efecto, a diferencia del delito de desaparición, en estos homicidios, a partir de los informes que rinden los miembros de las fuerzas legítimas del Estado, en los que se muestra a la persona como miembro de un grupo enfrentado con estas, dada de “baja en combate”, hace surja la presunción que el Estado actuó en ejercicio de sus deberes, lo que excluye la posibilidad de exigirle alguna responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, **por cuanto no existe un daño antijurídico que resarcir**.

Es decir, el **daño antijurídico** en estos casos, se materializa cuando el Estado establece que la persona que se dijo fue muerta en combate, en realidad, no hacía parte de las hostilidades, y, por tanto, fue involucrada en él, desconociendo todas las prescripciones internas e internacionales sobre el particular.

En otros términos, en estos casos, se puede acudir a lo que la misma Sección Tercera ha denominado teoría del daño descubierto según la cual, excepcionalmente, la caducidad del medio de control no se debe contar desde el acaecimiento del hecho o acto, sino cuando las víctimas conocieron de la

²¹ Sobre el particular conductas calificadas como de lesa humanidad. Y la discusión que se abre en relación con las conductas cometidas como consecuencia del conflicto armado interno.

existencia del mismo.

En este caso, la aplicación de esta teoría se traduciría en que el daño se configuraría **no** con la muerte de persona que se dice “fue dado de baja en combate”, sino con la decisión de la jurisdicción, en este caso, la penal, en la que se señale que el sujeto era una persona protegida y, por ende, que el Estado descoció su carácter de garante de aquella, al involucrarlo en las hostilidades.

Sobre la teoría del daño al descubierto se ha señalado:

“Si bien es cierto que el inciso 4o del artículo 136 del C. C. A. establece que el termino de caducidad para instaurar la acción de reparación directa se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajeno por causa de trabajos públicos, dicha norma entendida de manera racional debe interpretarse en el sentido de que no basta con la realización pura y simple del hecho causante del daño sino que es necesario que haya sido conocido por el afectado, lo cual en la mayoría de las veces ocurre al mismo tiempo. **Sin embargo, cuando la producción de esos eventos no coincida temporalmente, el principio pro actione debe conducir al juez a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del hecho dañoso por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción...**”²² (negrilla fuera de texto).

En otros términos, dadas las características y connotaciones de la conducta que denominada homicidio en persona protegida y/o ejecución extrajudicial, no parece suficiente, por lo menos para efectos de contar la caducidad que “aparezca la víctima”, como lo señaló el legislador para el caso de las desapariciones forzadas o del acaecimiento del hecho, según lo advertía el artículo 136 del C.C.A²³, pues, se repite, en estos sucesos, se parte del dicho del Estado, presunción que admite

²² CONSEJO DE ESTADO. Auto del 7 de mayo de 1998 proferido dentro del proceso 14.297. Actor: William Alberto Londoño Demandado: Instituto de Seguro Social. Consejera Ponente: A partir de esta providencia, el Consejo de Estado y, en términos generales la jurisdicción contenciosa viene aplicando esta teoría, a efectos de flexibilizar la aplicación rigurosa del precepto que señala la caducidad para los diversos medios de control.

²³ “8. ... al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

“Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.”

prueba en contrario, según la cual, la persona que murió por el accionar de las fuerzas estatales, hacía parte de un grupo armado frente al cual, en muchos casos, existían supuestos informes de inteligencia que daban cuenta de sus actividades delictivas. Es decir, **no se puede hablar de un daño antijurídico y por tanto de responsabilidad del Estado** cuando se produce una “confrontación” y uno o varios miembros “del grupo armado” mueren como producto del “enfrentamiento” con la fuerza pública.

En estos casos, el solo hecho de la muerte no puede generar la caducidad, porque, en principio, no hay daño frente al cual se pueda reclamar, pese a que los familiares tengan el convencimiento que la persona señalada de pertenecer a las fuerzas armadas ilegales no lo era, en contraposición a los informes oficiales.

En ese sentido, insiste la Sala de Sección que, en razón de la naturaleza de esta conducta, el juez administrativo puede hacer uso de las teorías que ha ido construyendo, a efectos de buscar parámetros diferentes a la aplicación textual del precepto que consagra la caducidad, para determinar esta, a efectos de garantizar, en forma efectiva, no solo el componente del derecho a la **reparación** la que, en términos del derecho internacional de los derechos humanos, hace parte del derecho de las víctimas a la verdad, justicia y **reparación**, sino la garantía de otros derechos, igualmente fundamentales como el de acceso a la administración de justicia, pues declarada la caducidad, este derecho queda limitado.

El juez contencioso administrativo, como garante de los derechos fundamentales, como hoy lo establece expresamente el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, artículo 103, debe procurar la realización efectiva de estos, haciendo uso de los distintos instrumentos para el efecto, entre otros, la interpretación sistemática del ordenamiento y la aplicación de las teorías que se han venido desarrollando en la misma jurisdicción, entendiendo que de él hace parte, como norma de carácter constitucional y prevalente, para estos casos, las normas del Derecho Internacional del Derecho Humanitario, en los términos de los artículo 93 y 214, numeral 2 de la Constitución.

Por tanto, considera la Sala que, por hechos como los que dieron origen al proceso de reparación directa y a efectos de materializar los derechos de acceso a la administración de justicia de las víctimas, se requiere de una interpretación diferente del artículo 136 del C.C.A, que permita la realización efectiva de los derechos de aquellos, pues, por la naturaleza y configuración de la conducta de los agentes del Estado que allí se alega, la que, se repite, no es la desaparición forzada, contar el término de caducidad desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o de la aparición del cadáver de la víctima, deja de lado la consideración de una circunstancia o presunción que se debe desvirtuar y es aquella según la cual, la muerte se presentó en combate, hecho que, en principio, impediría la configuración de la responsabilidad del Estado.

Presunción que, en principio, solo se puede desvirtuar a lo largo del proceso penal que se inicie con ocasión de esa conducta y la discusión misma sobre sus verdaderas connotaciones. Así, solo cuando exista un pronunciamiento que declare que, en efecto, la persona que fue reportada como guerrillera era un persona protegida, se descubre que el hecho es, en sí, antijurídico.

Por tanto, es desde ese instante que se cuenta la caducidad de los dos años sin que ello implique que se pueda acudir con anterioridad a la justicia contenciosa, la que a partir de las diversas pruebas puede llegar al convencimiento sobre la realidad de los hechos alegados por los agentes del Estado.

Es decir, a partir de la teoría del descubrimiento del daño, los dos años de caducidad del medio de control de reparación directa debe comenzar a correr al día siguiente de la ejecutoria del fallo penal que así lo determine.

Así, para hacer razonable el término de caducidad en los mal llamados “falsos positivos”, ejecuciones extrajudiciales o técnicamente homicidios en persona protegida, este solo podría contarse, cuando la autoridad penal declare que el Estado desconoció su deber de garante e involucró al personal civil en las hostilidades, al señalarlos como miembros de grupos armados, cuando en realidad no lo eran. Es decir, cuando el Estado mismo, a través de la justicia penal, declare que se dio la violación de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

En otros términos, la caducidad, en estos casos, en concepto de la Sala, solo se puede contar a partir de la ejecutoria de la sentencia penal. En consecuencia, este no es un presupuesto que se pueda analizar al momento de la admisión del medio de control, cuando aquella no exista, pues la presunción de la que venimos hablando solo podría desvirtuarse en el transcurso del proceso administrativo, si no hay fallo penal, y, por tanto, únicamente al momento de dictarse el respectivo fallo será posible establecer la realidad de los hechos frente a los cuales se demanda la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, es evidente, que el juez administrativo, a efectos de contar los términos de caducidad cuando de estos hechos se trate, no puede llanamente tener en cuenta la ocurrencia del hecho para poner el marcha el cronómetro de aquella, sin reparar que hay circunstancias que impiden hacer esa adecuación, en razón del contexto mismo de la situación que se alega, como en efecto lo reconoció el legislador para la desaparición forzada, pero solo para esa conducta, dejando de lado otras igualmente graves que requieren de exámenes diversos.

Es importante advertir en este punto, que el juez contencioso más allá de la discusión sobre el carácter de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra de esta clase de conductas, discusión de trascendencia, en razón del contexto de los hechos, debe ser cuidadoso sobre los parámetros para determinar la caducidad so pena de desconocer, en una aplicación formalista de las normas, el derecho de acceso a la administración de justicia y, por ese camino, el derecho de las víctimas a un reparación integral.

Se recuerda que, según la Corte Interamericana de Justicia, la reparación se puede presentar en las formas de: 1) la restitución; 2) la indemnización; 3) Proyecto de vida; 4) la satisfacción y las garantías de no-repetición.

En los casos del homicidio, está claro que la restitución, es decir, volver *las cosas al estado anterior* a los hechos objeto de investigación es imposible, por lo que la reparación, en estos casos, debe ser mediante una justa indemnización o

compensación pecuniaria, que tiene una naturaleza compensatoria y no sancionatoria, sin que su reconocimiento excluya otras formas de reparación como las garantías de no repetición y del proyecto de vida o vida relación.

E insiste la Sala que esta discusión sobre la caracterización de la conducta que dio origen al proceso de reparación, es de suma importancia, por cuanto si se repara en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 67/168 de 2012, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, pueden, según las circunstancias, equivaler a *“el genocidio, crímenes de lesa humanidad o **crímenes de guerra**”*, (negrilla fuera de texto).

Sobre el particular, por ejemplo, según lo estipulado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por el Estado colombiano mediante la Ley 472 de 2002 y vinculante para él a partir del 1 de noviembre de ese año, define qué delitos son de su competencia y así distingue entre los crímenes de genocidio, lesa humanidad, **los de guerra** y el de agresión.

En ese sentido, es importante advertir que este estatuto, que no se puede aplicar en el orden interno por consagrar tratamientos diferentes a los que prevé la Constitución y, por ende, solo pueden activarse cuando actúe la Corte Penal Internacional²⁴, define, se repite, para efectos de la competencia de esa Corte **como crímenes de guerra** en el artículo 8, literal c) **las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949**, entre ellas, los dirigidos contra personas **que no participen directamente en las hostilidades** como los i) actos de violencia contra la vida y la persona, en particular, el **homicidio en todas sus formas**.

Y, en los elementos de los crímenes, documento que fue aprobado por la Asamblea de los Estados Partes en septiembre de 2002 y que hace parte del

²⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 2002. En la que se indicó que las “normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no reemplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno...” En esa medida, se señaló, por ejemplo, frente a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional que ese tratamiento diferenciado fue aceptado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, y que resulta contrario al artículo 28 de la Constitución que consagra la prescriptibilidad.

Estatuto de Roma²⁵, en relación con el homicidio en persona protegida que se configura cuando: i) el autor haya dado muerte a una o más personas; ii) que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles...iii) que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición, iv) que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado no internacional y relacionado con él y v) que el autor hay sido consciente sobre la existencia de un conflicto armado.

Lo expuesto en precedencia, permite afirmar, que la Sección Tercera y el Tribunal Administrativo de Risaralda dejaron de analizar una serie de circunstancias propias del caso sometido a su consideración porque, se repite, se calificó el hecho como una desaparición forzada, única conducta frente a la cual el legislador consagró una caducidad especial, más favorable sí, pero que no resulta ni suficiente ni razonable frente hechos como los que generaron el proceso de reparación, que, por su contexto, obligaba a exámenes diversos.

Si bien el legislador solo generó para la desaparición forzada diversas formas para contar la caducidad, ello no excluye que, según el caso, el juez contencioso pueda flexibilizar la aplicación de aquella, a partir de teorías edificadas y aceptadas, como la del daño al descubierto.

Es decir, corresponde a este, según la caracterización de los hechos alegados hacer compatibles el principio de seguridad jurídica y derechos fundamentales como el de acceso a la administración de justicia, al momento de analizar la caducidad. Derecho este que tiene varias facetas, entre ellas que, i) existan acciones para defender los derechos; ii) las controversias se decidan en tiempos razonables; iii) el conflicto se decida de fondo, para ponerle fin en forma efectiva.

Se insiste, por tanto, que, si bien es cierto el legislador no se ha ocupado de establecer una caducidad diversa frente a conductas diferentes a la desaparición forzada, y que en el contexto internacional se consideran delitos de lesa

²⁵ Estos elementos fueron aprobados por el Estado colombiano por medio de la Ley 1268 de 2008, por medio de la cual se aprueban “*las reglas de procedimiento y prueba*” y los “*elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional*” aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002 y cuyo control de constitucional se verificó en la sentencia C-801 de 2009.

humanidad o crímenes de guerra, por señalar solo algunas, ello no significa que el juez administrativo, en cada caso, no puede determinar una aplicación diferenciada.

En estos casos, se impone un tratamiento diferente a efectos de no generar un trato discriminatorio en lo que hace al acceso a la administración de justicia.

Sobre el particular, es de resaltar que, en eventos como el que es objeto de análisis, esta Sección, como juez de tutela, no pretende basar su argumento en la imprescriptibilidad de la acción penal en el ámbito internacional de conductas como la que dio origen a la acción de reparación que presentara el señor Moncaleano Perdomo y otros, pues, en efecto, suele contestarse que esa imprescriptibilidad cobija el ámbito penal pero no el resarcitorio.

No. En este caso, lo que se pide al juez ordinario es que analice las características especiales del hecho denunciado para que, a partir de sus especiales elementos, haga uso de las teorías que él mismo ha diseñado o idee otras, para el conteo de la caducidad, así, por ejemplo, la teoría del daño descubierto.

Sin querer entrar en una polémica, se insiste que frente a conductas como la que dio origen al proceso de reparación, la que en el derecho internacional es calificada como una grave infracción al Derecho Internacional Humanitario y el Estatuto de la Corte Penal Internacional como un crimen de guerra, la caducidad de la acción de reparación no puede tener el mismo tratamiento de aquellas que podríamos denominar comunes o generales y que se configuran por fuera del conflicto armado que viene padeciendo el Estado colombiano, pues, se insiste, su connotación es diversa.

Para la Sala en aras de satisfacer una serie de derechos fundamentales, entre ellos el de acceso a la administración de justicia; los de las víctimas, etc., se requiere, frente a dichas conductas o hechos, exámenes diferenciados que permitan a las víctimas un acceso real y efectivo a la administración de justicia, el cual no se satisface señalando que el individuo no acudió al aparato jurisdiccional

en los tiempos generales señalados por el legislador para hechos acaecidos en condiciones de normalidad institucional.

Así, por ejemplo, en estos casos, se deja de lado el análisis de circunstancias como el hecho que los familiares de las víctimas pueden ser fustigadas por los agentes del Estado para no acudir a la justicia para hacer prevalecer sus derechos. Asunto este sobre el cual no se indagó en el vocativo de la referencia, y que de hecho pueden llegar a impedir un acceso real y efectivo al aparato judicial.

Recuérdese que, en el informe que presentó el Relator Especial para Ejecuciones Extrajudiciales y Sumarias en su misión para Colombia, sobre esta particularidad indicó que:

“...los familiares de las víctimas buscan con desesperación a sus seres queridos, a veces durante muchos meses. Cuando los miembros de la familia descubren lo sucedido y toman medidas para tratar de que se haga justicia, por ejemplo denunciando el caso a las autoridades o señalándolo a la prensa, suelen ser objeto de intimidaciones y amenazas y algunos de ellos han sido asesinados.”²⁶

Por tanto, el juez de lo Contencioso en el marco de su función de garante de los derechos de los individuos debe, antes de tomar una decisión para cerrar la posibilidad de un pronunciamiento de fondo sobre el asunto puesto a su conocimiento, v. gr, porque operó la caducidad, evaluar las circunstancias de los hechos, so pena de vulnerar por esa vía intereses supremos como el de la justicia misma. Por ello, es importante que adelante el proceso y en el fallo, con todos los elementos del caso, se haga el respectivo examen.

Sobre este particular, la Sala quiere resaltar que la jurisdicción no ha sido ajena al conflicto que de tiempo atrás vive el Estado y a partir de los diferentes tipos de imputación de responsabilidad, ha dado respuesta a la exigencia de justicia que se le ha presentado, y, en numerosos casos, ha realizado una interpretación maximizando las garantías propias del Estado Social de Derecho que nos rige, conforme, por demás, con las cláusulas convencionales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, a partir de la integración que estipula el artículo 93 constitucional.

²⁶ *Ibíd*em, pág. 9.

Sin duda, la construcción jurisprudencial de los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, ha ido de la mano, en muchos asuntos, de la evolución del conflicto armado interno. Es decir, no se ha negado la existencia de aquel, y, por el contrario, ha intentado generar respuestas para compaginar el principio de justicia material con la realidad que vive el Estado Colombiano, lo que ha evitado, en muchos eventos, que los individuos no acudan a los sistemas de justicia internacional ante la ausencia de una respuesta y protección en el Estado colombiano.

Algunos casos emblemáticos fallados por la Sección Tercera a lo largo de su historia, han permitido que las víctimas de las hostilidades hayan encontrado en el juez administrativo la satisfacción de sus derechos fundamentales no solo el de acceso a la administración de justicia sino el de reparación, a partir de construcciones jurídicas en donde han prevalecido aquellos por encima de las interpretaciones formales de la ley.

En tal sentido, es válido afirmar que, más allá de las necesarias reparaciones administrativas de rango legal, las víctimas del conflicto armado colombiano, prácticamente desde sus primeras manifestaciones, han encontrado en la jurisdicción contenciosa, una instancia judicial presta a garantizar, en primer orden, su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, para garantizar por esa vía, la materialización de otros intereses igualmente fundamentales, como el de la reparación en el caso de las víctimas.

El siguiente cuadro ejemplifica, mediante la selección de un breve conjunto de “casos emblemáticos”, la labor cumplida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en punto a la reparación integral de toda suerte de víctimas del conflicto armado colombiano.

Tema	Radicado	Hechos	Régimen de responsabilidad
-------------	-----------------	---------------	-----------------------------------

			d
Desprotección de ciudadanos de Algeciras (Huila) frente a acciones de la guerrilla.	Sección Tercera. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. 19 de septiembre de 1980.	Los habitantes de Algeciras (Huila) no recibieron ninguna clase de protección de las autoridades públicas frente al accionar de la guerrilla.	Falla en el servicio.
Tortura cometida por miembros del Ejército Nacional contra un presunto guerrillero.	Sección Tercera. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. 6 de diciembre de 1988. Actora: Ladys Matilde Puentes Vda. de Miranda.	Integrantes del Ejército torturaron a un presunto guerrillero.	Falla en el servicio.
Activación de carro bomba por la guerrilla contra un cuartel militar	Sección Tercera. 29 de abril de 1994.	Con ocasión de un atentado cometido por el ELN contra un cuartel del Ejército, la carga se activó antes de tiempo y causó daños a civiles.	Daño especial
Violaciones graves al DIH. (Toma y retoma del Palacio de Justicia).	Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1994.	Durante la toma y retoma de las instalaciones del Palacio de Justicia, entre el 5 y 6 de noviembre de 1985, murieron civiles indefensos.	Falla en el servicio
Toma guerrillera del municipio de Algeciras (Huila). Ataque contra estación de Policía con cilindros de gas.	Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. 6 de octubre de 2005. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00948-01(AG). Actora: Natividad Oyola y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional	"El día 26 de junio de 2000, aproximadamente a las 4:30 de la tarde, un frente de las FARC, entró al municipio de Algeciras, H., y lanzó un feroz	Creación de un riesgo creado. (responsabilidad objetiva)

	y Fuerza Aérea.	ataque contra el cuartel de Policía, que está ubicado en la carrera 4 #3-23, en las cercanías de las viviendas antes descritas, ante lo cual debió reaccionar la Policía, desarrollándose un violento combate entre los subversivos y las fuerzas del orden. Se produjeron muchos daños a las viviendas de los pobladores.	
Ataque terrorista con explosivos contra estación de Policía en Bello (Antioquia)	Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa. 28 de junio de 2006. Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00196-01(16630). Actor: Andrés Hernando Marín. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.	El 23 de febrero de 1994, se produjo un atentado terrorista en contra de del comando de Policía de Bello (Antioquia). Como consecuencia de la onda explosiva se causaron graves daños no sólo a los bienes muebles que tenía en el local sino que se produjo la destrucción casi total del inmueble, por lo cual debió demolerlo y reconstruirlo, obras que duraron 45 días,	Creación de un riesgo excepcional. (responsabilidad objetiva)

		durante los cuales debió sufragar gastos laborales, de servicios públicos y pagar el canon de arrendamiento.	
Toma guerrillera de La Calera. (19 de julio de 1994)	Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. 9 de abril de 2008. Expediente número: 18.769 (Acumulados 12.561, 12.581, 12.582) Actor: Álvaro Herrera González y otros. Demandado: Nación-Ejército Nacional.	La acción guerrillera duró cerca de dos horas, es decir hasta las 10:30 p.m., cuando los subversivos decidieron retirarse voluntariamente del municipio, quedando en llamas el inmueble donde funcionaba el Banco de Colombia y el inmueble del señor Álvaro Herrera González que se vio afectado por las bombas y granadas que se dirigieron contra el Banco.	Falla en el servicio.
Sindicalista amenazado y exiliado.	Sección Tercera, Subsección C. C.P. Enrique Gil Botero. 31 de enero de 2011. Radicación número: 05001-23-26-000-1990-06381-01(17842). Actor: Luis Asdrubal Jiménez y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.	El 4 de abril de 1988, el líder sindical fue víctima de un atentado y tuvo que exiliarse. Las autoridades no lo protegieron adecuadamente.	Falla en el servicio.
Ejecución extrajudicial. Supuesto combate.	Sección Tercera. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. 11 de febrero de 2009. Radicación número:	Supuesto enfrentamiento armado entre miembros de la	Falla en el servicio.

	54001-23-31-000-1995-08777-01(16337). Actor: Jesús Quintero. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.	Brigada Móvil No. 2 e integrantes del XXXIII Frente de las FARC. Hechos sucedidos el 18 de enero de 1993.	
Toma guerrillera de la base militar de "Las Delicias"	Sección Tercera, Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 25 de mayo de 2011. Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados). Actor: José Ignacio Ibañez Díaz y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.	El 30 de agosto de 1996, las FARC atacaron y destruyeron por completo la base militar de "Las Delicias". Un número de militares murieron y otros fueron secuestrados.	Falla en el servicio.
Ocupación de bienes civiles por el Ejército Nacional durante la ejecución del "Plan Patriota" en el Caquetá.	Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón. 12 de junio de 2013. Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00246-01(36415) Actor: José Agustín Agatón Ardila y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional	En ejecución del "Plan Patriota" el Ejército ocupó bienes del demandante. Tampoco evitó el desplazamiento de la población civil.	Falla en el servicio
Daños causados por las FARC durante la llamada "zona distensión".	<i>Sección Tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. 31 de mayo de 2013. Radicación n.º 180012331000199900146 01 (25624)</i> Actor : Ismael Díaz Gaitán. Demandado: Nación- : Ismael Díaz Gaitán. Demandado: Nación- Ministerio de	En el mes de noviembre de 1998, el ganado de propiedad del demandante Ismael Díaz Gaitán en un número aproximado de 3.200 cabezas de ganado, fue hurtado por las FARC, tal y como quedó	Daño especial (responsabilidad objetiva)

	Defensa Nacional- Ejército Nacional y otro.	registrado en el video filmado por "R.C.N. - Radio Cadena Nacional", publicado oportunamente para información de la opinión.	
Masacre cometida por grupos paramilitares. Omisión de la fuerza pública.	Sección Tercera, Subsección A. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. 13 de febrero de 2013. Radicación número: 50001-23-31-000-1999-00165-01(25310). Actora: Ana Tilde Ortiz de Bernal. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.	Masacre de Mapiripán.	Falla en el servicio.
Muerte de un conductor del CTI durante unas diligencias para capturar a un paramilitar.	Sección Tercera, Subsección C. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. 27 de febrero de 2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1996-01698-01(21541). Actora: Sandra Patricia Tarazona. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.	El 22 de junio de 1994, el señor Contreras debió transportar a investigadores del CTI hasta la vereda "El Tablazo" del municipio de Betulia (Santander), en procura de la captura de un integrante de un grupo paramilitar. Durante el operativo, la comisión judicial fue atacada por paramilitares.	Falla en el servicio
Ejecuciones extrajudiciales. Masacre en Estadero Público Nueve de Abril, Barrancaberme	Sección Tercera, Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 20 de marzo de 2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09780-01(22491) Actor: Gilvio López y otros.	El 9 de febrero de 1992, ocurrió una masacre, en el estadero público "nueve de abril", ubicado en el barrio "9 de	Falla en el servicio

ja	Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional.	abril” de la ciudad de Barrancabermeja. Se probó en el proceso penal, la participación de miembros de la Armada Nacional.	
Actividades delictivas del llamado “grupo de los doce apóstoles”.	Sección Tercera, Subsección C. C.P. Enrique Gil Botero. 13 de junio de 2013. Radicación número: 05001-23-31- 000-1995-00998- 01(25180). Actor Ovidio Adolfo Ardila. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.	El llamado “grupo de los doce apóstoles” se dedicó a realizar actividades de “limpieza social” en Yarumal (Antioquia) en 1994, con complicidad de agentes del Estado.	Falla del servicio
Comisión de ejecuciones extrajudiciales por el Ejército Nacional.	Sección Tercera, Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourt. 27 de septiembre de 2013. Radicación número: 15001-23-31-000-1995- 05276-01(19886). Actor: Odalinda Vargas de Martínez y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.	Ejecución extrajudicial de campesino presentado como guerrillero en combate, vereda de Aguasal, municipio de Pauna Boyacá.	Falla en el servicio.
Toma guerrillera. Destrucción de un bien civil.	Sección Tercera, Subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. 28 de abril de 2014. Radicación número: 73001-23-31-000-2000- 01099-02(24401). Actor Jairo Gómez Calderón.	Durante la toma guerrillera del municipio de Prado (Tolima) en 1999, las bombas lanzadas por la guerrillera acabaron con la droguería del demandante.	Daño especial (responsabilidad objetiva)
Muerte de agentes de la	Sección Tercera, Subsección A. C.P.	El día 4 de octubre de	Falla en el servicio.

<p>Policía Nacional por ataque de la guerrilla a un convoy.</p>	<p>Mauricio Fajardo Gómez.30 de abril de 2014. Radicación número: 50001-23-31-000-1999-10250-01(29145)- Actor: José Zapata y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.</p>	<p>1997, a la 1:00 P.M., en el Municipio de San Juan de Arama (Meta), en el sitio denominado Las Palmas, murió de manera violenta el ST de la Policía Nacional Carlos Alberto Zapata Rodríguez, como consecuencia de un ataque perpetrado por una columna guerrillera de las FARC, al ser alcanzado por una carga explosiva, la cual fue accionada al paso del camión en el cual se movilizaba junto con 20 Policías más hubo un retardo en la llegada de los refuerzos para auxiliar a los Policiales atacados, razón por la cual ese hecho constituyó una falla del servicio.</p>	
<p>Retenciones de bienes automotores por el ELN en Meta Operativo de la fuerza pública para recuperarlas, junto con</p>	<p>Sección Tercera, Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. 28 de mayo de 2012. Radicación número: 50001-23-31-000-1998-00220-01(23503)</p>	<p>El Ejército realizó un operativo contra el ELN, luego del hurto de unos vehículos. Durante la maniobra murieron varios</p>	<p>Régimen objetivo de responsabilidad por actividades peligrosas (manejo de armas de fuego).</p>

secuestrados. Mueren 2 guerrilleros y 5 civiles.	Actor: Manuel Pinto Montenegro. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional.	civiles.	
Ataque contra la base militar de Patascoy.	Sección Tercera. 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 520012331000199800352 01 (31250). Actor: Carlos Enrique Hidalgo Vargas y Otros. Demanda: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional	El 21 de diciembre de 1997 las FARC atacaron y destruyeron la base militar de Pastacoy (Putumayo), dando como resultado la muerte de numerosos integrantes de la fuerza pública.	Falla en el servicio.
Muerte de un agente de la Policía Nacional durante la toma del municipio de Dolores (Tolima)	Sección Tercera. Ocho de abril de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 73-00-123-31-000-2000-02837-01 (28318). Actora: Nubia Yaneth Díaz Rocho y otros. Demando: Nación-Ministerio de Defensa Nacional.	Durante la toma del municipio de Dolores (Tolima) los días 16 y 17 de noviembre de 1999, murió un agente de la Policía Nacional.	Falla en el servicio.

El anterior recorrido jurisprudencial desde 1980, demuestra que la jurisdicción ha reconocido la existencia del conflicto armado y, por tanto, ello impone al juez de lo contencioso un examen más profuso de los elementos y circunstancias que rodean los hechos puestos a su conocimiento para satisfacer, se repite, no solo el derecho de acceso a la administración de justicia sino el justicia y reparación, como derechos propios de las víctimas de ese conflicto e impedir así, que sean otras instancias, por ejemplo, las internacionales, las que tengan de emitir un pronunciamiento ante la ausencia de uno en el derecho interno.

En relación con este aspecto, basta señalar como, por ejemplo, en materia de

violación de derechos humanos, la Ley 288 del 5 de julio de 1996, por la cual se establecen instrumentos para la indemnización de los perjuicios causados a las víctimas de violaciones de derechos humanos, introdujo el procedimiento a seguir para efectos de la conciliación prejudicial y judicial cuando el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluyan respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que los correspondientes perjuicios deben ser indemnizados.

En esos eventos, después del concepto favorable de un grupo de instituciones a nivel interno sobre el cumplimiento de la decisión adoptada por el órgano internacional, se debe proceder a reconocer la indemnización, **independientemente de si operó la caducidad del medio de control respectivo**, en estos eventos, sin lugar a dudas, el de reparación directa, artículo 2, parágrafo 4²⁷.

Es decir, no es posible alegar por parte del Estado la caducidad, como medio para evitar el reconocimiento de su responsabilidad y la satisfacción por esa vía de los derechos de las víctimas de aquel.

2.5.3. Análisis del caso concreto

Se recuerda que los hechos que originaron el medio de control de reparación directa ocurrieron el **9 de julio de 2007**, fecha en la cual el joven Alexander Moncaleano Hernández, fue convidado, al parecer por un soldado profesional, a viajar de la ciudad de Armenia a Pereira.

El **12 del mismo mes y año**, la familia se enteró por los medios de comunicación de su fallecimiento en un “combate” con el Ejército Nacional. El joven fue

²⁷ **“PARÁGRAFO 4o.** Habrá lugar al trámite de que trata la presente Ley incluso si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno para efectos de obtener la indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo”. Esos requisitos, entre otros, tienen que ver con las pruebas tenidas en cuenta por el órgano internacional.

presentado como integrante de las FARC que, por demás, estaba preparando el secuestro de agricultores de la zona.

Luego de haber intentado la respectiva conciliación extrajudicial (23 de abril de 2009), los familiares presentaron una demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, el día **4 de mayo de 2011**.

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante **auto de 23 de junio de 2011**, rechazó la demanda por caducidad de la acción de reparación directa, por cuanto, se presentó después de los dos años en que el joven salió de la casa. Esta instancia judicial no hizo ninguna consideración, distinta a que el muchacho salió de su casa después apareció como muerto en combate. En consecuencia, contó la caducidad desde el momento en que salió de su casa.

En esta providencia, al Tribunal Administrativo de Risaralda, le bastó señalar que la acción había caducado sin un examen sobre la conducta denunciada. En consecuencia, no entró en el análisis sobre la forma en que debería contarse a caducidad en esos casos.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, por decisión mayoritaria, en **auto del 28 de agosto de 2013**, confirmó la decisión de rechazo del Tribunal, al considerar que la conducta era una típica **desaparición forzada**, frente a la cual el legislador había señalado una especial forma de contar la caducidad que, en el presente caso, no se satisfacía.

La argumentación del fallador partió de considerar que se estaba ante un caso de desaparición forzada, pese a que, como se demostró a la largo de toda esta providencia, esa conducta no fue la que se configuró, en tanto, no se tuvo en cuenta que los hechos constituían una distinta, frente al cual, se requiere una valoración diversa frente a la forma como debe contarse la caducidad, a efectos de garantizar el derecho de las víctimas de graves infracciones al DIH, no solo de acudir a la administración de justicia sino a ver satisfechos sus derechos, entre

otros, el de obtener una reparación, si se puede, integral, como lo exigen los instrumentos internacionales.

Por tanto, la Sala revocará el fallo de tutela de 25 de junio de 2014 proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante el cual se negó por falta de inmediatez la acción de tutela presentada por el señor Jairo Moncaleano Perdomo contra la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Risaralda y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales del señor Moncaleano Perdomo de acceso a la administración de justicia.

Por tanto, ordenará dejar sin efectos los autos de 28 de junio de 2013 y 23 junio de 2011, proferidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado y el de Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda en el proceso de reparación directa iniciado por la muerte de Edwin Alexandre Moncaleano Hernández, mediante los cuales se declaró la caducidad del mencionado medio de control.

En su lugar, se ordenará al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda que, en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera el auto admisorio si se cumplen los requisitos para el efecto, excepción hecha de la caducidad y lleve el proceso hasta su terminación, en donde, después de analizar los hechos que le dieron origen, determine si se desvirtúa la presunción según la cual la persona muerta en combate realmente estaba tomando parte directamente de hostilidades propias del conflicto que le impidiera a sus familiares exigir la responsabilidad del Estado.

III. DECISIÓN

Por 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,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela adoptado el 25 de junio de 2014 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante el cual se negó por falta de inmediatez la acción de tutela presentada por el señor Jairo Moncaleano Perdomo contra la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO. AMPARAR los derechos fundamentales del señor Moncaleano Perdomo de acceso a la administración de justicia y a la reparación. En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** los autos de 28 de junio de 2013 y el 23 de junio de 2011, del Consejo de Estado y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, proferidos en el proceso de reparación directa iniciado por la muerte de Edwin Alexandre Moncaleano Hernández, mediante los cuales se declaró la caducidad de la mencionada acción. En su lugar,

TERCERO. ORDENAR al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda que, en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera el auto admisorio si se cumplen los requisitos para el efecto, excepción hecha de la caducidad y lleve el proceso hasta su terminación, en donde, después de analizar los hechos que le dieron origen, determine si se desvirtúa la presunción según la cual la persona muerta en combate realmente estaba tomando parte directamente de hostilidades propias del conflicto que le impida a sus familiares exigir la responsabilidad del Estado.

CUARTO. Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO. Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA