

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara el derecho al debido proceso / VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO - Se configura al ordenar las medidas de reparación no pecuniarias contenidas en la parte resolutive de las sentencias impugnadas / DEFECTO SUSTANTIVO - Se configura por parte del Tribunal al dictar las cinco (5) sentencias cuestionadas / MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS - Fueron dejadas sin efectos al considerar que las declaraciones oficiales son innecesarias

La Sala limitará el estudio a los aspectos que sustentaron el amparo, como son las medidas no pecuniarias de reparación dispuestas por el Tribunal Administrativo, pues entiende que sobre ellas gira el desacuerdo con la decisión. Precisado lo anterior, es claro que la Sección Cuarta amparó el debido proceso de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y la Policía Nacional al concluir que el Tribunal Administrativo del Chocó incurrió en defecto sustantivo al dictar las cinco (5) sentencias cuestionadas a través de la acción de tutela. En consecuencia, dejó sin efectos las medidas de reparación no pecuniarias previstas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 del punto cuarto de la parte resolutive de las respectivas providencias y ordenó dictar nuevas decisiones donde tenga en cuenta los parámetros establecidos en el fallo objeto de impugnación. A partir de los argumentos expuestos en las providencias del Tribunal Administrativo y en la sentencia proferida por la Sección Cuarta, la Sala abordará el análisis respecto de los numerales que describen las medidas de reparación que fueron dejadas sin efectos.

DEFECTO SUSTANTIVO - Se configura al incurrir en error por inadecuada interpretación de las normas que sustentan los mecanismos de acceso a la Corte Penal Internacional / CORTE INTERAMERICANA - No es viable que el gobierno pueda acudir directamente, ya que no se contempla la posibilidad para casos contenciosos / PROCEDIMIENTO QUE REGULA EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN - Necesariamente se tiene que agotar el trámite previo / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA - Improcedente en razón a que no sirven para que el Estado acuda al sistema regional de protección de los derechos humanos para que conozca la masacre de Bojayá / SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS - Cumplida la etapa inicial ante dicho organismo, es la Comisión la que tiene la facultad para llevar el caso ante la Corte Interamericana

La corporación demandada exhortó al gobierno para que acuda a la Comisión Interamericana para que este organismo se pronuncie sobre las sistemáticas violaciones de los derechos humanos perpetradas por los grupos ilegales durante el conflicto armado, concretamente en la crisis humanitaria que culminó con la masacre de Bojayá. Según indicó, la referida recomendación tiene el propósito de cumplir los mandatos previstos en los artículos 93 de la Constitución y 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Sala comparte la conclusión a la cual llegó la Sección Cuarta en el fallo de primera instancia, pues el Tribunal Administrativo incurrió en error al hacer una inadecuada interpretación de las normas que sustentan los mecanismos de acceso a la instancia regional de protección de los derechos humanos y a la Corte Penal Internacional para la investigación y sanción de los delitos contra el Derecho Internacional. En cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, debe advertirse que la exhortación hecha al gobierno nacional no está ajustada a los requisitos exigidos para el trámite de las peticiones individuales que pueden presentarse ante la Comisión Interamericana. Las sentencias fueron claras al señalar en el numeral 4.5, que la

alternativa de acudir al sistema regional de protección tiene como objeto un pronunciamiento sobre las violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo por las FARC y las AUC en desarrollo del conflicto armado interno, específicamente en el caso de Bojayá. Advierte la Sala que la competencia asignada por la Convención Americana a la Comisión Interamericana, como órgano del sistema, no incluye la posibilidad de tramitar peticiones contra los grupos armados ilegales, dado que no tienen la condición de estados parte de dicho instrumento internacional. Sin perjuicio de poder evaluar la situación en casos específicos, la violación de los derechos humanos atribuida a los llamados grupos armados organizados, como actores del conflicto interno, escapa a la órbita de las funciones de la CIDH en la investigación del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por los estados miembros del sistema regional de protección. Además, en los términos del artículo 44 de la Convención Americana el gobierno no tiene la legitimación para tramitar una petición individual, menos cuando dicho mecanismo realmente busca establecer la propia responsabilidad del Estado en los hechos de Bojayá... En materia contenciosa y como regulación excepcional, la alternativa que tiene un Estado de acudir ante la Comisión únicamente es procedente en aquellos casos en que la petición va dirigida contra otro Estado miembro del sistema regional, que sea parte de la Convención Americana. Este mecanismo de comunicaciones interestatales está contemplado en el artículo 45 de la Convención Americana para los casos en que un Estado parte alegue la violación de los derechos humanos previstos en el tratado internacional por parte de otro Estado Parte... Esta, sin embargo, no es la situación característica de la orden emitida por el Tribunal Administrativo del Chocó como medida de reparación, lo cual hace que no pueda servir de soporte jurídico para que el Estado acuda ante el organismo para que conozca la masacre de Bojayá. Además, la Sala enfatiza que tampoco es viable que el gobierno pueda acudir directamente ante la Corte Interamericana, como lo exhortó el Tribunal Administrativo, ya que la Convención Americana no contempla dicha posibilidad para casos contenciosos dentro del procedimiento que regula el sistema interamericano de protección. No es viable que el gobierno pueda acudir directamente, ya que la Convención Americana no contempla dicha posibilidad para casos contenciosos dentro del procedimiento que regula el sistema interamericano de protección necesariamente tiene que agotar el trámite previo. Cumplida la etapa inicial ante dicho organismo, es la Comisión la que tiene la facultad para llevar el caso ante la Corte Interamericana, lo cual descarta que pueda hacerlo directamente el gobierno acogiendo la exhortación de la autoridad judicial accionada. Concluye la Sala que la medida adoptada por el Tribunal Administrativo en el numeral 4.5 de las sentencias cuestionadas es claramente improcedente y contradice las exigencias previstas para acudir al sistema regional de protección de los derechos humanos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 93 / CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1.1 / CONVENCION AMERICANA ARTICULO 2 / CONVENCION AMERICANA - ARTICULO 44

CONFLICTO ARMADO INTERNO - Desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario está regulado específicamente por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y por el Protocolo II Adicional de 1949 / EXPEDICIÓN DE COPIAS PARA INSTITUCIONES E INSTANCIAS INTERNACIONALES - No es procedente solicitar que hagan un pronunciamiento sobre el desconocimiento de un instrumento que no es aplicable al conflicto de carácter no internacional como es la masacre de Bojayá

El Tribunal Administrativo dispuso la expedición de copias de las sentencias para que desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario, las instituciones e instancias internacionales, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, se pronuncien sobre la crisis humanitaria que azotó al Medio Atrato y afectó a la población civil por la masacre de Bojayá... Precisa la Sala que la posibilidad de admitir la infracción de las normas del Derecho Internacional Humanitario, como expuso la corporación demandada, involucra directamente la aceptación de la existencia de un conflicto armado interno en el territorio colombiano... Observa la Sala que la primera norma que estableció los criterios mínimos que deben ser tenidos en cuenta en el conflicto armado sin carácter interno. No obstante, la citada disposición no contiene, en sí misma, una definición de aquello que el Derecho Internacional Humanitario considera como un conflicto armado interno para efectos de la aplicación de la norma. El desarrollo de esta materia en el Derecho Internacional permitió que en el año 1977, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra incluyera los elementos normativos característicos que permiten estructurar el conflicto armado interno. En el artículo 1, el instrumento internacional, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, del cual Colombia es Estado Parte... Desde la óptica de la intensidad de la confrontación y la organización estructural de los grupos armados ilegales que operan en el país, como referentes importantes en el Derecho Internacional y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, la Sala considera que la situación de Colombia reúne los requisitos exigidos por el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra para la configuración del conflicto armado de carácter no internacional. A pesar de la amplia controversia generada por esta problemática en los últimos años en Colombia, la existencia del conflicto armado interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias y al resolver casos relacionados con dicha situación. También fue admitido por el Consejo de Estado al adoptar varias decisiones que, igualmente, resolvieron demandas contra el Estado por hechos ocurridos en desarrollo de la lucha que enfrenta contra los grupos armados ilegales desde hace varias décadas. A nivel normativo, el Congreso de la República en algunas leyes admitió implícitamente la existencia del conflicto armado, como por ejemplo en la ley 418 de 1997 cuyo título II dispuso por primera vez la atención a las víctimas que surjan "(...) en el marco del conflicto armado interno"... En épocas recientes, el mismo Congreso de la República expidió la ley 1448 de 2011 mediante la cual dictó medidas para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se adoptan otras disposiciones.

FUENTE FORMAL: LEY 418 DE 1997 / LEY 1448 DE 2011

NOTA DE RELATORIA: Las consideraciones sobre la existencia del conflicto armado corresponden a parte del estudio hecho en sentencia de 11 de junio de 2015, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, ex. 25000-23-41-000-2014-00084-00, acción de grupo, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Acerca del reconocimiento del conflicto armado interno pueden verse como principales referentes las sentencias de la Sala Penal de 15 de febrero (15) de 2006, ex. 21330, M.P. Jaime Lambona Trujillo, sentencia de 5 diciembre de 2007, ex. 25931, M.P. María del Rosario González, sentencia de 11 de marzo de 2009, ex. 30510, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y sentencia de 23 de marzo de 2011, ex. 35099, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Es procedente incluso aunque el gobierno nacional no haya

reconocido el conflicto, pues su existencia no requiere una declaración de este carácter por tratarse de un hecho / EL CONVENIO IV DE GINEBRA DE 1949 - No podía servir de sustento para la medida ordenada por el Tribunal Administrativo, ya que este instrumento no es aplicable al conflicto de carácter no internacional

Al margen de la posición asumida por las altas corporaciones judiciales y el Congreso de la República, la Sala acoge el criterio jurisprudencial según la cual la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario es procedente incluso aunque el gobierno nacional no haya reconocido el conflicto, pues su existencia no requiere una declaración de este carácter por tratarse de un hecho. Concluye la Sala que el conflicto armado interno en Colombia es una especie de hecho notorio desde el punto de vista de los referentes objetivos exigidos por el Derecho Internacional Humanitario, particularmente en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Con base en este marco jurídico, advierte la Sala que el Convenio IV de Ginebra de 1949 no podía servir de sustento para la medida ordenada por el Tribunal Administrativo, ya que este instrumento no es aplicable al conflicto de carácter no internacional. En el artículo segundo, dicho tratado fue precisó al señalar que sus disposiciones, dirigidas a la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra, tienen como ámbito de aplicación el conflicto surgido entre las partes contratantes, que son los estados, por lo cual está referido al conflicto internacional. Desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario, el conflicto interno está regulado específicamente por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y por el Protocolo II Adicional de 1949. Por consiguiente, resulta desacertada la orden de expedir copias para que las instituciones e instancias internacionales hagan un pronunciamiento sobre el desconocimiento de un instrumento que no es aplicable a la situación en la cual ocurrió la masacre de Bojayá.

FUENTE FORMAL: PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA - ARTICULO 3 / CONVENIO IV DE GINEBRA DE 1949

CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS - Improcedencia de medida de reparación ya que estos organismos no tienen competencia para asumir el conocimiento de la masacre de Bojayá: el conflicto armado interno no cumple con los estándares fijados y el alto comisionado ya emitió pronunciamiento sobre la situación de Bojayá / EXPEDICIÓN DE COPIAS DE LAS SENTENCIAS - El hecho que motivó la expedición de copias de las sentencias, está por fuera del marco temporal de competencia de la CPI al haber ocurrido antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma y de la vigencia para Colombia, como estado parte / SUBSIDIARIEDAD - No se encuentra acreditado que al imponer la medida de reparación el Tribunal Administrativo haya hecho el análisis correspondiente a este requisito para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer jurisdicción respecto de la masacre de Bojayá

La competencia de la Corte Penal Internacional, el artículo trece (13) del Estatuto de Roma... es evidente que la puesta en marcha de la jurisdicción internacional, en materia de los crímenes de competencia de la CPI, no opera a partir de la expedición de copias que ordene el juez que tramitó el caso en el derecho interno. Revisada la actuación, subraya la Sala que la medida de reparación tampoco cumple los estándares fijados para que la situación de Bojayá pueda ser conocida en el ámbito de las instituciones e instancias a que hacen referencia las decisiones cuestionadas. En lo que corresponde a la Corte Penal Internacional, la situación

ocurrida en el municipio de Bojayá plantea un problema sobre la competencia que este organismo podría tener para tramitar el caso. Como es sabido, la función del tribunal penal internacional tiene como fundamento normativo el Estatuto de Roma que creó dicho organismo y limitó su competencia a los cuatro (4) crímenes actuales contra el Derecho Internacional, como son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. En el ámbito universal, el referido instrumento internacional entró en vigencia el primero (1º) de julio de 2002, mientras que en el caso de Colombia está en vigor desde el primero (1º) de noviembre del mismo año. Al regular la competencia ratio temporis de la Corte Penal Internacional, el artículo once (11) del Estatuto de Roma... reiteradamente en las demandas de los procesos de reparación directa y en las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo, la masacre de Bojayá, luego del ataque de las FARC a la iglesia, tuvo lugar el dos (2) de mayo de 2002. Lo anterior significa que el hecho que motivó la expedición de copias de las sentencias, está por fuera del marco temporal de competencia de la CPI al haber ocurrido antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma y de la vigencia para Colombia, como estado Parte... De hecho, ninguna de las declaraciones interpretativas hechas por Colombia al ratificar el instrumento internacional está relacionada con la competencia de la Corte Penal para conocer hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Es claro, entonces, que la medida de reparación no resulta procedente en la medida en que el crimen derivado de la masacre de Bojayá no alcanza a ser cubierto por la competencia ratio temporis establecida en el tratado que regula la Corte Penal Internacional. Adicionalmente, advierte la Sala que la orden impartida por el Tribunal Administrativo en el numeral 4.9 también desconoce el principio de activación dispuesto para que la CPI pueda asumir el conocimiento del hecho que originó las sentencias objeto de tutela. Respecto del ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional, el artículo trece (13) del Estatuto de Roma... es evidente que la puesta en marcha de la jurisdicción internacional, en materia de los crímenes de competencia de la CPI, no opera a partir de la expedición de copias que ordene el juez que tramitó el caso en el derecho interno. Finalmente, la Sala no encuentra que al imponer la medida de reparación el Tribunal Administrativo haya hecho el análisis correspondiente al requisito de subsidiariedad para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer jurisdicción respecto de la masacre de Bojayá. Las sentencias cuestionadas no expresaron las razones por las cuales el Estado pudo haber incurrido en la falta de disposición para adelantar la investigación de los hechos ocurridos en Bojayá, como lo exige el artículo diecisiete (17) del Estatuto de Roma. Tampoco determinó la falta de capacidad del Estado para adelantar la investigación, ni demostró la decisión de abstenerse de iniciar la acción penal por tales hechos, según lo previsto en el citado artículo diecisiete (17) al regular las cuestiones de admisibilidad del asunto por parte de la Corte Penal Internacional. Aparte de las anteriores consideraciones, la Sala no puede desconocer que al ratificar el Estatuto de Roma, el Estado hizo una declaración interpretativa a través de la cual no aceptó la competencia de la CPI para el conocimiento de la categoría de crímenes de guerra por el término de siete (7) años, el cual venció a en noviembre de 2009. Este factor también hace que la Corte Penal Internacional no tenga competencia para asumir el conocimiento de la masacre de Bojayá, como lo dispuso la medida de reparación, en el evento que dicha situación pueda calificarse como crimen de guerra, en los términos del artículo 8 del Estatuto de Roma, por el hecho de haber tenido lugar en desarrollo del conflicto armado interno, con ocasión de las hostilidades y como infracción al Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Así, es claro que la medida de reparación es improcedente. Respecto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Sala precisa que la situación de Bojayá ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta institución internacional.... Ante la

existencia de estos pronunciamientos hechos sobre la masacre de Bojayá, estima la Sala que no era necesario un nuevo análisis sobre el particular por parte del organismo internacional, lo que también hace que la medida de reparación no sea procedente.

NOTA DE RELATORIA: ESTATUTO DE ROMA - ARTICULO 8 / ESTATUTO DE ROMA - ARTICULO 11 / ESTATUTO DE ROMA - ARTICULO 12 - NUMERAL 3 / ESTATUTO DE ROMA - ARTICULO 13 / ESTATUTO DE ROMA - ARTICULO 17

MEDIDA DE REPARACIÓN - Difusión pública de declaraciones oficiales a través de la prensa nacional y regional, estas medidas son innecesarias / MEDIDA DE REPARACIÓN - No resulta viable la duplicidad de procedimientos de igual naturaleza dirigidos al mismo objetivo de reparación, como es la difusión pública del hecho

El Tribunal Administrativo ordenó que los ministros de Defensa y del Interior y los comandantes de la Armada, el Ejército y la Policía hicieran declaraciones oficiales a través de la prensa nacional y regional en las cuales informarán que la crisis humanitaria surgida por la masacre de Bojayá fue producto de la omisión en el cumplimiento de las funciones de la Presidencia de la República, los referidos ministerios y las Fuerzas Armadas. Teniendo en cuenta las restantes medidas de reparación dispuestas en las sentencias, la Sala comparte la posición asumida por la Sección Cuarta según la cual tales declaraciones oficiales son innecesarias. Al haberse ordenado la publicación de las sentencias dictadas por la corporación demandada en los medios electrónicos, redes sociales y páginas web de las citadas entidades, el conocimiento público del hecho tiene la trascendencia suficiente como medida de reparación. El despliegue de la acción comunicativa a través de los medios institucionales de divulgación colectiva dispuestos por el Tribunal Administrativo, por el amplio lapso de seis (6) meses fijado en las sentencias, permite que la situación llegue al dominio de la comunidad nacional y regional. Por estas razones, considera la Sala que no resulta viable la duplicidad de procedimientos de igual naturaleza dirigidos al mismo objetivo de reparación, como es la difusión pública del hecho.

MEDIDA DE REPARACIÓN - Disculpa pública en nombre del Estado por la crisis humanitaria vivida en Bojayá y la omisión en el cumplimiento de sus funciones / ACTO PUBLICO - La ceremonia prevista para la inauguración del parque es suficiente para que la medida de reparación cumpla su finalidad y trascienda a la comunidad afectada por la masacre / MEDIDA DE REPARACIÓN - Improcedente ordenar múltiples medidas de reparación del mismo carácter, particularmente cuando es incuestionable que se trata de un mismo hecho

De manera similar al anterior, en este numeral el Tribunal Administrativo dispuso que los ministros de Defensa y del Interior y los comandantes de la Armada, el Ejército y la Policía pedirán disculpas públicas en nombre del Estado por la crisis humanitaria vivida en Bojayá y la omisión en el cumplimiento de sus funciones, en un acto público que debe cumplirse en la Asamblea del Chocó. Advierte la Sala que en el expediente obra una comunicación dirigida por el director de asuntos legales del Ministerio de Defensa en la que puso en conocimiento la próxima inauguración de un parque monumento en Bojayá, en memoria de los menores víctimas de la masacre y en cuyo desarrollo el Estado ofrecerá excusas públicas por los hechos ocurridos en mayo del año 2002 que motivaron las condenas en su contra. Dicho acto será llevado a cabo en cumplimiento de las órdenes incluidas en algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo, por lo cual la

Sección Cuarta, en el fallo de primer grado, consideró que no era necesario un nuevo acto público para tales efectos. Estima la Sala que le asiste razón al a quo de la acción de tutela, pues la ceremonia prevista para la inauguración del parque es suficiente como acto público para que la medida de reparación cumpla su finalidad y trascienda a la comunidad afectada por la masacre.

COSA JUZGADA - Respecto de los demás procesos adelantados por las restantes víctimas cuyas demandas están basadas en las mismas circunstancias fácticas / IDENTIDAD DE OBJETO Y DE CAUSA - Entre el proceso que decidió la responsabilidad por el hecho y los litigios posteriores y al carácter vinculante, la eficacia jurídica y la inmutabilidad que la decisión tiene para las demás partes / DEFECTO SUSTANTIVO - Relacionado con las medidas de reparación no pecuniarias ordenadas en las sentencias cuestionadas

La Sala advierte que tampoco es procedente ordenar múltiples medidas de reparación del mismo carácter, particularmente cuando es incuestionable que se trata de un mismo hecho. Sobre el particular, la Sala acoge el criterio expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado para este tipo de casos, en virtud del cual declarada la responsabilidad del Estado sobre el hecho surge el fenómeno de la cosa juzgada material respecto de los demás procesos adelantados por las restantes víctimas cuyas demandas están basadas en las mismas circunstancias fácticas. Esto obedece, según la Sección Tercera, a la identidad de objeto y de causa entre el proceso que decidió la responsabilidad por el hecho y los litigios posteriores y al carácter vinculante, la eficacia jurídica y la inmutabilidad que la decisión tiene para las demás partes. Desde luego, los fundamentos expuestos en la sentencia que resuelve el caso son acogidos para el análisis de la responsabilidad estatal en los procesos posteriores tramitados frente a aquellos hechos debatidos y decididos, como lo tiene reconocido la jurisprudencia de la Sección Tercera en asuntos similares al ocurrido en Bojayá, donde el mismo hecho produjo múltiples víctimas. Así, declarada la responsabilidad del Estado y ordenada la medida de reparación consistente en la realización de un acto que incluye la disculpa pública por la masacre de Bojayá, no procedente disponer la celebración de nuevos actos con idéntico propósito. Entiende la Sala que el acto público que debe hacerse en cumplimiento de las primeras sentencias proferidas por los hechos de Bojayá surte plena eficacia jurídica y simbólica como medida de reparación para la totalidad de las víctimas de dicho suceso. En consecuencia, respecto del defecto sustantivo relacionado con las medidas de reparación no pecuniarias ordenadas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 de las sentencias cuestionadas, el fallo de la Sección Cuarta será confirmado.

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 abril de 2015, ex. 5200123-31-000-1998-00580-01, M.P. (E) Hernán Andrade Rincón. La sentencia resolvió la apelación interpuesta a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional por el fallecimiento de un soldado durante la toma a la base militar de Las Delicias, en el Departamento del Putumayo por parte de las FARC. La expresión con ocasión del conflicto armado interno fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2002, siempre que se entienda que dicha noción en el caso colombiano tiene un alcance amplio que puede llegar a involucrar, incluso, hechos ajenos a las hostilidades entre las Fuerzas Armadas y los grupos armados ilegales. La sentencia es ilustrativa sobre el tratamiento que la corporación viene dando a dicho concepto en las sentencias de tutela y control constitucional en el marco de la situación que vive el país. Este importante criterio, respaldado por la doctrina jurídica, fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de

marzo veintitrés (23) de 2011, Sala Penal, expediente No. 35099, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, donde hizo énfasis en el amplio campo de aplicación que tiene dicha noción propia del Derecho Internacional Humanitario.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03436-01(AC)

Actor: MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte demandada contra el fallo de abril veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016), proferido por la Sección Cuarta de esta corporación mediante el cual amparó el derecho fundamental al debido proceso de la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional y la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Por intermedio de apoderada, la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Chocó¹ con el fin de que fuera protegido su derecho fundamental al debido proceso, el cual consideró vulnerado con ocasión de las sentencias que modificaron parcialmente las decisiones de primera instancia² dictadas por los juzgados Primero (1°), Segundo (2°), Quinto (5°) y Sexto (6°) Administrativos de Descongestión de Quibdó, dentro de las demandas de reparación directa interpuestas por los señores Benjamín Romaña, Adelfa Publia Asprilla, Helmer Martínez Rentería, Aida María Andrade Hurtado y Luz Mary Correa, junto con algunos familiares y vecinos, contra dicha entidad, la Armada Nacional y la Policía Nacional por los perjuicios causados por omisión por la muerte de sus familiares, la pérdida de bienes y enseres y el desplazamiento forzado de los que fueron víctimas a raíz de la masacre ocurrida en el municipio de Bojayá (Chocó), en mayo de 2002.

¹ A través de escrito radicado en diciembre nueve (9) de 2015 visible a folio 1 cuaderno 1.

² Mediante las cuales se adicionaron unas medidas con el fin de hacer una reparación simbólica por violación de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

En consecuencia, solicitó que se ordene al Tribunal que profiera nuevas sentencias “(...) *que tenga en cuenta los argumentos expuestos por la apoderada judicial de este ministerio y que se encuentren acorde a los parámetros trazados por la Corte Interamericana de D.H. y la Constitución Nacional (...)*”.

También pidió que la autoridad judicial demandada aplique estos “(...) *argumentos en las sentencias futuras que se dicten por los hechos de Bojayá del 2 de mayo del 2002 (...)*” y que se fije un criterio unificado sobre la aplicación de control de convencionalidad en medidas no pecuniarias con observancia de las directrices de reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las competencias del Estado.

La solicitud está basada en unos hechos que pueden resumirse así:

2. Hechos

Señaló que el dos (2) de mayo de 2002, en la cabecera de Bellavista, en comprensión del municipio de Bojayá, varias personas fueron muertas y otras heridas como resultado de los enfrentamientos entre miembros de las llamadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

Indicó que las víctimas se refugiaron en la iglesia de la localidad y en otras edificaciones aledañas y subrayó que los daños fueron ocasionados por la explosión de una pipeta de gas lanzada por integrantes de las FARC a miembros de las AUC, quienes se encontraban detrás del recinto religioso.

Reveló que por esos hechos fueron presentadas múltiples demandas de reparación directa con el fin de obtener la indemnización por los perjuicios materiales e inmateriales causados por el fallecimiento de los familiares, las heridas sufridas y el desplazamiento forzado de la población.

Hizo referencia a las acciones instauradas por los señores Benjamín Romaña, Adelfa Publia Asprilla, Helmer Martínez Rentería, Aida María Andrade Hurtado y Luz Mary Correa, junto con algunos familiares y vecinos, contra la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército, la Armada y la Policía.

Afirmó que en todas las demandas ordinarias fue pedida la “(...) *indemnización de perjuicios materiales e inmateriales, pero en ninguna se solicitó otras medidas de reparación como son medidas de satisfacción o de no repetición sin carácter pecuniario (...)*”³.

Agregó que las demandas promovidas por las personas antes citadas fueron falladas en primera instancia contra de la entidad, sin que los jueces se pronunciaran sobre medidas de satisfacción a cargo del Ministerio de Defensa.

³ Folio 9 cuaderno 1.

Precisó que ni siquiera en las apelaciones interpuestas por los demandantes de los procesos ordinarios fueron reclamadas medidas de satisfacción no pecuniarias⁴.

Resaltó que a pesar de lo anterior, el Tribunal Administrativo del Chocó impuso dichas medidas, las cuales, según explicó, son exactamente iguales para todos los procesos de reparación directa.

3. Fundamento de la petición

La parte demandante estimó vulnerado su derecho fundamental al debido proceso por las razones que se resumen a continuación:

Enfatizó que las decisiones objeto de la solicitud de amparo corresponden a aquellas adoptadas por la autoridad judicial en el numeral cuarto (subnumerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 10, 11, 12 y 13) en todas las sentencias, en las cuales ordenó otras medidas de reparación (subsidiarias – no pecuniarias)⁵.

Aseguró que en dichas providencias, el Tribunal Administrativo incurrió en defecto sustantivo y violación directa de la Constitución al desconocer la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que la aplicó indebidamente y la interpretó en forma errónea en los numerales 4-5 y 4-9 de la parte resolutive de las sentencias.

⁴ Folio 9 cuaderno 1.

⁵ Entre las medidas adoptadas por el Tribunal demandado, se encuentran las siguientes:

En el numeral 4.5 de la parte resolutive de las providencias, el Tribunal exhortó al gobierno nacional para que se pronuncie acerca de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos perpetradas por los grupos armados ilegales FARC y AUC, durante el conflicto armado interno, específicamente en el caso de la crisis humanitaria que culminó con “(...) *la inaceptable masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002*”.

Ordenó expedir copia de cada sentencia para que las instituciones e instancias internacionales de protección de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se pronunciaran acerca de la crisis humanitaria que asoló al Medio Atrato por la referida masacre “(...) *y su eventual rechazo a este tipo de acciones bélicas, como forma de responder al derecho a la verdad, justicia y reparación* (...)” (medida 4.9).

Dispuso que los ministros de Defensa Nacional y del Interior y el comandante de las Fuerzas Militares, entre otros, debían realizar una declaración oficial a través de un periódico de amplia circulación nacional y otro de amplia circulación regional en los departamentos de Chocó y Antioquia e informar que la crisis humanitaria padecida por la masacre de Bojayá “(...) *tuvieron ocasión por omisión del Estado, en cumplir las funciones encomendadas a la Presidencia de la República de Colombia* (...)”. Para efectos de lo anterior, ordenó allegar copia de la publicación a dicha Corporación dentro los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de cada sentencia (medida 4.12).

En la medida 4.13, ordenó que los demandados en los procesos ordinarios debían citar y costear el traslado de los demandantes para que en la plenaria de la Asamblea del Chocó, pidieran una disculpa pública en nombre del Estado colombiano por la masacre y en consecuencia reconocieran “(...) *la responsabilidad del Estado en el presente caso*”. Agregó que “*Esta medida se llevará a cabo solo si cada una de las víctimas manifiestan voluntaria y libremente su acuerdo*”.

Recalcó que el gobierno nacional carece de competencia para denunciar hechos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que el Presidente de la República es el encargado de dirigir las relaciones internacionales, razón por la cual la Rama Judicial no tiene facultad para ordenar la presentación de controversias ante organismos internacionales.

Añadió que la autoridad judicial transgredió los principios de subsidiariedad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que el Estado cuenta con mecanismos que permiten a las víctimas contar con medidas de reparación y satisfacción, sin que sea necesario que los jueces ordenen al mismo Estado comparecer ante el sistema regional en calidad de peticionario o acusador⁶.

Adujo que con las medidas dispuestas en los numerales 4.1, 4.6, 4-12 y 4.13 del respectivo acápite, el Tribunal Administrativo desconoció el precedente trazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al ordenar las mismas medidas de reparación simbólica en cinco (5) sentencias, pues vulneró el principio de *non bis in idem* y el presupuesto de reparación integral y colectiva según el cual las medidas de satisfacción “(...) dentro de una vulneración de derechos que afecta a una colectividad solo se ordena una sola vez (...) las cuales cobijan a todas las víctimas de los hechos”.

Estimó que como cada sentencia corresponde a un título ejecutivo, las medidas de satisfacción ordenadas deben ser cumplidas cinco (5) veces por los demandados en los procesos de reparación directa.

Sostuvo que los numerales 4-10 y 4-11 de la parte resolutive de los fallos violaron el derecho al debido proceso e incurrieron en defecto procedimental por manifiesta desviación de las formas propias del juicio.

Concluyó que la corporación demandada también produjo un defecto sustantivo por desconocimiento del deber de impulso oficioso del juez en la búsqueda de la verdad para tomar decisiones dentro de un orden justo frente a las medidas no pecuniarias⁷.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Luego del reparto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado⁸ mediante providencia de diciembre quince (15) de 2015 admitió la demanda y ordenó notificar a los magistrados que integran el Tribunal Administrativo del Chocó.

Requirió la publicación de dicho auto en un medio de amplia circulación con el propósito de que quienes actuaron como demandantes en las acciones de reparación directa “(...) No. 27001-23-31-002-2004-00449 Actor: Benjamín Romaña, 27001-23-31-002-2004-00431 Actor: Adelfa Publia Asprilla, 27001-23-31-002-2004-00472 Actor: Helmer Martínez Rentería, 27001-33-31-003-2004-

⁶ Folio 23 del cuaderno 1.

⁷ Folio 7 cuaderno 1.

⁸ Con ponencia de la magistrada Martha Teresa Briceño de Valencia (folios 60 y 61 cuaderno 1).

00428-01 Actor: Aida María Andrade Hurtado y Otros, 27001-23-31-002-2004-00461 Actor: Luz Mary Correa (...)", se vincularan como terceros interesados.

Dispuso la notificación de la demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso.

Posteriormente, a través de auto para mejor proveer de febrero diecinueve (19) de 2016 ordenó lo siguiente:

*"1. **NIÉGASE** la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado respecto del amparo de los derechos fundamentales de la Defensoría del Pueblo.*

*2. **ACÉPTASE** a la Policía Nacional como coadyuvante dentro de la presente acción de tutela.*

*3. **VÍNCULASE** al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, como terceros interesados en las resultas del proceso, a quienes se les remitirá copia de la demanda.*

*4. **INFÓRMASE** al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, pueden rendir informe sobre las pretensiones de la acción de tutela".*

4.1 Coadyuvancia de la Policía Nacional

Por conducto de apoderada, la Policía Nacional coadyuvó las pretensiones de la solicitud de amparo en atención al interés legítimo en el resultado del proceso.

Solicitó que sea estudiado especialmente el asunto relacionado con la sostenibilidad fiscal a partir de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-282 de 2012.

Agregó que en aplicación del control de convencionalidad, se emita un concepto y sentencia unificación sobre las medidas contempladas para la reparación integral de las víctimas del conflicto armado.

4.1.2 Informe adicional del ministerio demandante

El director de asuntos legales del Ministerio de Defensa, a través de oficio No. OFI16-27673 MDN-SGDAL de abril dieciocho (18) de 2016⁹, informó que "(...) *aproximadamente en los primeros días del mes de junio del año en curso, se estima se estará llevando a cabo en Bojaya (sic), en el mismo día, la inauguración del parque monumento y la realización de las excusas públicas, en atención a lo*

⁹ Radicado en esta corporación en abril veintiuno (21) de (2016, visible a folio 176 cuaderno 1.

*ordenado por el H. Tribunal del Choco (sic), en providencias de reparación directa (...)*¹⁰.

Solicitó que sea confirmada la *“(...) aceptación del evento en las condiciones anteriormente indicadas, con el fin de proceder a informar lo antes posibles (sic) a todos los involucrados”*¹¹.

5. Argumentos de defensa

5.1 Tribunal Administrativo del Chocó

Mediante escrito remitido por correo electrónico el veinte (20) de enero del año en curso, el magistrado ponente de las sentencias cuestionadas precisó que cualquier argumento de defensa se encuentra inmerso en dichas providencias.

Resaltó que *“(...) no entiende la razón para interponer el reclamo judicial de tutela hoy, que tuvo los pronunciamientos individuales por no acumularse los mismos como estrategia procesal, bien sea por negligencia, por ignorancia, por desidia o cualquier otra razón predicable única y exclusivamente de los abogados que representaron al Ejército (sic) Nacional, los coordinadores jurídicos de las Fuerzas Militares Nación–Ministerio de Defensa-Ejército Nacional–Armada Nacional–Policía Nacional”*.

5.2 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

El organismo solicitó acceder a las pretensiones de la acción de tutela, toda vez que en su criterio los fallos del Tribunal Administrativo fueron desproporcionados y abiertamente contrarios a derecho.

Agregó que con independencia del análisis de procedencia de la tutela, las víctimas y sus familiares sufrieron el impacto del conflicto armado en Colombia, lo cual afectó sus vidas de manera determinante.

Consideró que la autoridad judicial incurrió en defecto orgánico al emitir una orden que no está dentro de sus competencias y en defecto sustantivo, ya que la argumentación que sustentó la puesta en conocimiento de los hechos ante las instancias internacionales desconoció las normas del Derecho Internacional.

Explicó que además violó directamente la Constitución y que sus decisiones configuraron un defecto procedimental absoluto por cuanto el Ministerio de Defensa, como entidad pública, es titular de derechos fundamentales dentro del cuales se encuentra el debido proceso, que garantiza el principio de *non bis in idem*, por tanto se encuentra legitimado para solicitar su garantía y protección.

Advirtió que llevar a cabo la publicación de la sentencia, la declaración oficial y la respectiva ceremonia en cada uno de los procesos de reparación directa es una

¹⁰ Folio 176 cuaderno 1.

¹¹ *Ibíd.*

violación a dicho principio, dado que por un mismo hecho, como la masacre de Bojayá, se está sancionando más de una vez a dicha cartera.

Afirmó que las sentencias cuestionadas violan el principio de cosa juzgada, por cuanto los cinco (5) procesos de reparación directa estudian los mismos hechos, tienen las mismas pretensiones y cuentan con identidad de partes, por lo cual basta que se cumpla una sola medida de satisfacción para que se repare a todas las víctimas.

Manifestó que el Tribunal Administrativo incurrió en defecto fáctico porque no valoró debidamente el material probatorio allegado a los expedientes y en los fallos no analizó la situación concreta de cada demandante, pues solo incluyó una argumentación general sin verificar el daño a la salud y el grado de intensidad.

Subrayó que, igualmente, desconoció el precedente porque no tuvo en cuenta los topes indemnizatorios fijados por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación de agosto veintiocho (28) de 2014.

Pidió revocar las órdenes proferidas a la Defensoría del Pueblo en el numeral 7° de la parte resolutive de las sentencias, ya que dicha entidad no fue vinculada a los procesos de reparación directa, lo cual hizo que no pudiera ejercer el derecho a la defensa¹².

5.3 Ministerio de Relaciones Exteriores

La directora de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Cancillería, como tercero vinculado, contestó la demanda mediante escrito radicado en marzo cuatro (4) del presente año.

Consideró que no resulta viable, ni conveniente, el cumplimiento de las órdenes 5ª y 9ª emitidas por la corporación judicial demandada.

Añadió que esas decisiones desconocen la naturaleza subsidiaria de las instancias internacionales y no se ajustan a los procedimientos establecidos para recurrir ante las mismas de conformidad con los tratados ratificados por el Estado, como la Convención Americana, el Estatuto de Roma, la Carta de Naciones Unidas o el mandato otorgado a la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia.

Destacó que el preámbulo de la citada convención dispuso que los derechos inherentes al hombre deben gozar de “(...) *una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*”¹³.

¹² Esta petición fue negada por el *a quo* mediante providencia de febrero diecinueve (19) de 2016, cuya parte resolutive se transcribió en el acápite de trámite de la solicitud de amparo.

¹³ Folio 163 vuelto cuaderno 1. Subrayado del texto original.

Explicó que dicho mecanismo de protección es subsidiario a los medios que el Estado debe proveer para su garantía, por lo cual para presentar peticiones ante la Comisión Interamericana es requisito que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, salvo que no se haya permitido al afectado acceder y agotar dichos medios o cuando exista retardo injustificado para decidir sobre los mismos.

Advirtió que por este motivo no es posible que un estado presente una petición contra sí mismo y precisó que la Corte Interamericana solo puede conocer un caso cuando se haya surtido el procedimiento ante la Comisión Interamericana y concluya, en su informe, que hubo vulneración de un derecho reconocido por la Convención Americana.

Aclaró que al tenor del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, por lo que no es procedente someter por parte del estado, a *motu proprio*, asuntos resueltos dentro de la institucionalidad nacional.

Resaltó que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos trabaja con el Estado y la sociedad civil en la promoción de los derechos, pero no tiene establecido un procedimiento específico mediante el cual pueda recurrirse a esta instancia para poner en conocimiento una decisión judicial relacionada con un asunto de derecho interno que no se encuentre bajo seguimiento de la oficina, lo que hace que no sea procedente la orden del Tribunal Administrativo.

Informó que los hechos acaecidos en Bojayá fueron objeto de un informe por parte de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, a partir de las funciones previstas en su mandato.

5.4 Oficina del Alto Comisionado para la Paz

A pesar de ser notificado¹⁴, no contestó la demanda.

6. Sentencia de primera instancia

En sentencia de abril veinticinco (25) del año en curso, la Sección Cuarta amparó el derecho al debido proceso del Ministerio de Defensa–Ejército Nacional y Policía Nacional y, en consecuencia, dejó sin efectos las medidas de reparación contenidas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 de la parte resolutive de las sentencias impugnadas¹⁵.

¹⁴ De conformidad con las comunicaciones secretariales visibles a folios 151 y 160 cuaderno 1.

¹⁵ Las medidas adoptadas en estos numerales se indicaron en el acápite de fundamentos de la petición.

A su vez, se transcribe la parte resolutive, así:

“2. DÉJASE sin efectos las medidas de reparación simbólicas contenidas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 de las siguientes sentencias:

Adicionalmente, ordenó al Tribunal Administrativo del Chocó que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del fallo, profiera nuevas decisiones en las cuales tenga en cuenta los parámetros expuestos sobre las múltiples medidas simbólicas de reparación y se abstenga de adoptar determinaciones similares en futuros casos.

Advirtió que la corporación demandada desconoció el procedimiento previsto para acudir a instancias internacionales y por tanto, el principio de subsidiariedad de la jurisdicción internacional.

Indicó que las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales hacen parte del ordenamiento jurídico interno y deben ser atendidas, sin excepción, por los jueces y tribunales del país.

Sostuvo que de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los órganos competentes para exigir el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los estados parte son la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Agregó que es la Comisión a la que corresponde recibir y tramitar las peticiones, denuncias o quejas presentadas por la presunta violación a los derechos humanos o la omisión del estado parte, en cuanto a protección y garantía.

Dijo que para acudir a la Comisión Interamericana y a la Corte Penal Internacional es necesario que *“1) no exista legislación interna que proteja los derechos presuntamente violados, 2) que no se le haya permitido al afectado o víctima acceder a los medios o recursos de la jurisdicción interna, 3) cuando la jurisdicción penal omita la investigación de los hechos”*.

Recalcó que la competencia de la jurisdicción internacional es subsidiaria y complementaria, lo cual implica que si bien existen normas y procedimientos internacionales, corresponde a los estados adoptar las medidas para respetar los derechos en el ámbito de su jurisdicción y únicamente cuando no proporcionen la protección adecuada y efectiva adquiere competencia la Comisión Interamericana.

Destacó que en el caso concreto, el gobierno no está legitimado para acudir a la Comisión, según lo establecido el artículo 44 de la Convención Americana, pues no puede un Estado presentar petición en la que alegue su propia responsabilidad y solicite la intervención del organismo para resolver un asunto ya fue fallado en la

a) Sentencia del 6 de noviembre del 2015, Rad: 2004-00428-02, Actores: Aida María Andrade Hurtado y otros.

b) Sentencia del 28 de mayo del 2015, Rad: 2004-00431-02, Actores: Adelfa Publia Asprilla Palacios y otros.

c) Sentencia del 28 de mayo del 2015, Rad: 2004-00449-01, Actores: Benjamín Romaña Chaverra y otro.

d) Sentencia del 28 de mayo del 2015, Rad: 2004-00472-02, Actores: Elmer Martínez Rentería y otro.

e) Sentencia del 28 de mayo del 2015, Rad: 2004-00461-01, Actores: Luz Mary Correa Chaverra y otros.”

jurisdicción interna.

Informó que por los hechos ocurridos en el municipio de Bojayá, algunos jueces y tribunales en Colombia ordenaron medidas de reparación a las víctimas, por lo que las personas afectadas han tenido acceso a la administración de justicia y a la protección de sus derechos en forma efectiva.

Por lo anterior, revocó los numerales 4.5 y 4.9 de las medidas no pecuniarias ordenadas por el Tribunal Administrativo en las sentencias acusadas.

Señaló que no se cumplen los requisitos señalados en el artículo 46 de la Convención Americana para que una petición de esa naturaleza sea admitida.

Hizo énfasis en que la orden de exhortar al Estado para que estudie la situación de cada uno de los demandantes y otorgue los beneficios correspondientes, en virtud de la ley 1448 de 2011¹⁶, no constituye medida desproporcionada ni implica la vulneración del derecho fundamental porque lo que se pretende es que el gobierno brinde asistencia a las víctimas y las incluya en los programas puestos en marcha garantizarles el derecho a la vida digna.

Recordó que los procesos de reparación directa no son el escenario para estudiar la responsabilidad personal de los agentes del Estado y que en un trámite contencioso administrativo no es procedente calificar las conductas como dolosas y permisivas.

Calificó como innecesaria la orden consistente en emitir “(...) *declaración oficial a través de un periódico de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación regional en los departamentos de Chocó y Antioquia en donde se deberá informar que la crisis humanitaria padecida por los habitantes del Medio Atrato entre el segundo semestre de 2001 y el primer semestre de 2002 (...)*”, contenida en el numeral 4.12 de la parte resolutive de las sentencias, por lo cual la dejó sin efectos.

Consideró que la publicación de las sentencias es suficiente para que se evidencie el estudio que realizó la corporación sobre la responsabilidad del Estado, por omisión, en la masacre de Bojayá.

Indicó que no es procedente que quienes se desempeñaban como comandantes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los ministerios de Defensa y del Interior, en mayo de 2002, realicen declaraciones que impliquen juicios de responsabilidad personal.

Aseguró que ordenar la realización de un nuevo evento público con la misma finalidad de ofrecer disculpas a las víctimas de la masacre de Bojayá resulta innecesario y ocasionaría un desgaste económico y logístico, por lo que también

¹⁶ Por medio de la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

dejó sin efectos la medida contenida en el numeral 4.13 de la parte resolutive de las sentencias.

Subrayó la configuración del defecto sustantivo por indebida interpretación las normas contenidas en la Convención Americana y el Estatuto de Roma, que hacen parte del ordenamiento interno con base en lo previsto en el artículo 93 de la Constitución.

Estimó que el Tribunal Administrativo llevó a cabo una adecuada valoración probatoria de los elementos allegados a los procesos ordinarios, para concluir que no hubo el defecto fáctico alegado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pues la corporación se basó en el precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto de la flexibilidad probatoria cuando se trata de violaciones a los derechos humanos.

Sostuvo que existe otro medio de defensa judicial como es el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, al cual hacen referencia los artículos 256 y siguientes de la ley 1437 de 2011.

6. La impugnación

Mediante memorial recibido vía electrónica en la secretaría general de esta corporación, el magistrado ponente de las sentencias cuestionadas impugnó el fallo, sin expresar las razones de inconformidad con la decisión.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en los artículos 32 del decreto 2591 de 1991 y 2° del acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de amparar el derecho al debido proceso de la parte actora y ordenar que sean dictadas nuevas sentencias, en los cinco (5) procesos de reparación directa, que tengan en cuenta los parámetros fijados en la decisión impugnada.

3. El caso concreto

En el memorial de impugnación, el magistrado ponente de las sentencias objeto de tutela no expuso las razones por las cuales no comparte la providencia dictada por la Sección Cuarta, ya que simplemente manifestó que impugnaba la decisión (fl. 214 cdno 1).

Sin embargo, dada la trascendencia que tiene el asunto tratado por la corporación demandada en dichos fallos, la Sala limitará el estudio a los aspectos que sustentaron el amparo, como son las medidas no pecuniarias de reparación dispuestas por el Tribunal Administrativo, pues entiende que sobre ellas gira el desacuerdo con la decisión.

Precisado lo anterior, es claro que la Sección Cuarta amparó el debido proceso de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y la Policía Nacional al concluir que el Tribunal Administrativo del Chocó incurrió en defecto sustantivo al dictar las cinco (5) sentencias cuestionadas a través de la acción de tutela.

En consecuencia, dejó sin efectos las medidas de reparación no pecuniarias previstas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 del punto cuarto de la parte resolutive de las respectivas providencias y ordenó dictar nuevas decisiones donde tenga en cuenta los parámetros establecidos en el fallo objeto de impugnación.

A partir de los argumentos expuestos en las providencias del Tribunal Administrativo y en la sentencia proferida por la Sección Cuarta, la Sala abordará el análisis respecto de los numerales que describen las medidas de reparación que fueron dejadas sin efectos.

3.1 La medida de reparación prevista en el numeral 4.5

En este numeral, la corporación demandada exhortó al gobierno para que acuda a la Comisión Interamericana para que este organismo se pronuncie sobre las sistemáticas violaciones de los derechos humanos perpetradas por los grupos ilegales durante el conflicto armado, concretamente en la crisis humanitaria que culminó con la masacre de Bojayá.

Según indicó, la referida recomendación tiene el propósito de cumplir los mandatos previstos en los artículos 93 de la Constitución y 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Sala comparte la conclusión a la cual llegó la Sección Cuarta en el fallo de primera instancia, pues el Tribunal Administrativo incurrió en error al hacer una inadecuada interpretación de las normas que sustentan los mecanismos de acceso a la instancia regional de protección de los derechos humanos y a la Corte Penal Internacional para la investigación y sanción de los delitos contra el Derecho Internacional.

En cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, debe advertirse que la exhortación hecha al gobierno nacional no está ajustada a los requisitos exigidos para el trámite de las peticiones individuales que pueden presentarse ante la Comisión Interamericana.

Las sentencias fueron claras al señalar en el numeral 4.5, que la alternativa de acudir al sistema regional de protección tiene como objeto un pronunciamiento sobre las violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo por las FARC y

las AUC en desarrollo del conflicto armado interno, específicamente en el caso de Bojayá.

Advierte la Sala que la competencia asignada por la Convención Americana a la Comisión Interamericana, como órgano del sistema, no incluye la posibilidad de tramitar peticiones contra los grupos armados ilegales, dado que no tienen la condición de estados parte de dicho instrumento internacional.

Sin perjuicio de poder evaluar la situación en casos específicos, la violación de los derechos humanos atribuida a los llamados grupos armados organizados, como actores del conflicto interno, escapa a la órbita de las funciones de la CIDH en la investigación del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por los estados miembros del sistema regional de protección.

Además, en los términos del artículo 44 de la Convención Americana el gobierno no tiene la legitimación para tramitar una petición individual, menos cuando dicho mecanismo realmente busca establecer la propia responsabilidad del Estado en los hechos de Bojayá.

La norma del instrumento internacional fue expresa al señalar que la petición individual, que activa la competencia del organismo, solo puede ser presentada ante la Comisión por cualquier persona, un grupo de personas o una entidad no gubernamental legalmente reconocida.

También fue clara al disponer que la denuncia contenida en la petición individual corresponde a posibles violaciones de la Convención Americana **por el Estado parte** en dicho tratado internacional.

Al respecto es ilustrativo el criterio fijado por la Comisión Interamericana en un informe que resolvió una petición que involucró a Guatemala, donde concluyó que no puede tramitar una actuación en la que el Estado sea promotor de la denuncia, por canto la función que le fue asignada por la Convención Interamericana no contempla el curso de casos contra grupos irregulares¹⁷.

En materia contenciosa y como regulación excepcional, la alternativa que tiene un Estado de acudir ante la Comisión únicamente es procedente en aquellos casos en que la petición va dirigida contra otro Estado miembro del sistema regional, que sea parte de la Convención Americana.

Este mecanismo de comunicaciones interestatales está contemplado en el artículo 45 de la Convención Americana para los casos en que un Estado parte alegue la violación de los derechos humanos previstos en el tratado internacional por parte de otro Estado Parte¹⁸.

¹⁷ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe No. 61/91 reseñado por el tratadista Héctor Faúndez Ledesma en la obra *“El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos institucionales y procesales”*, al explicar lo referente a la competencia ratio personae del organismo.

¹⁸ Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de la demanda presentada por Ecuador contra Colombia a raíz de la muerte de un ciudadano de ese Estado durante la llamada Operación Fénix que condujo

Su ejercicio exige que el Estado que presenta la petición como el Estado en contra de la cual va dirigida hayan declarado previamente el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana para examinar y tramitar las comunicaciones interestatales.

Esta, sin embargo, no es la situación característica de la orden emitida por el Tribunal Administrativo del Chocó como medida de reparación, lo cual hace que no pueda servir de soporte jurídico para que el Estado acuda ante el organismo para que conozca la masacre de Bojayá.

Además, la Sala enfatiza que tampoco es viable que el gobierno pueda acudir directamente ante la Corte Interamericana, como lo exhortó el Tribunal Administrativo, ya que la Convención Americana no contempla dicha posibilidad para casos contenciosos dentro del procedimiento que regula el sistema interamericano de protección.

El trámite de la petición individual, que insiste la Sala es presentada contra el Estado, tiene que agotar necesariamente el trámite previo ante la Comisión Interamericana, cuya actuación culmina normalmente con el informe de fondo sobre la violación puesta a su consideración.

Cumplida la etapa inicial ante dicho organismo, es la Comisión la que tiene la facultad para llevar el caso ante la Corte Interamericana, lo cual descarta que pueda hacerlo directamente el gobierno acogiendo la exhortación de la autoridad judicial accionada.

Concluye la Sala que la medida adoptada por el Tribunal Administrativo en el numeral 4.5 de las sentencias cuestionadas es claramente improcedente y contradice las exigencias previstas para acudir al sistema regional de protección de los derechos humanos.

3.2 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.9

El Tribunal Administrativo dispuso la expedición de copias de las sentencias para que desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario, las instituciones e instancias internacionales, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, se pronuncien sobre la crisis humanitaria que azotó al Medio Atrato y afectó a la población civil por la masacre de Bojayá.

Además de buscar el eventual rechazo a las acciones bélicas de los grupos armados ilegales, la medida fue adoptada como forma de responder al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación y para acatar el artículo 2º de la Convención Americana.

a la muerte del jefe guerrillero alias "Raúl Reyes", como consta en el informe de admisibilidad No. 112/10 emitido por la Comisión Interamericana con motivo de la PI-02.

En alusión expresa al conflicto armado y a las acciones de los grupos armados ilegales, el Tribunal Administrativo del Chocó destacó en sus sentencias que “(...) *No cabe duda que los delincuentes en reyerta inmoral sobre el escenario civil concurrieron a violaciones (sic) a los Convenios de Ginebra, especialmente el IV y a su Protocolo II (...)*”. (Negrillas fuera del texto).

3.2.1 El conflicto armado interno y el Convenio IV de Ginebra

Precisa la Sala que la posibilidad de admitir la infracción de las normas del Derecho Internacional Humanitario, como expuso la corporación demandada, involucra directamente la aceptación de la existencia de un conflicto armado interno en el territorio colombiano¹⁹.

Este factor resulta determinante, puesto que el ámbito material, temporal y personal de aplicación de las disposiciones convencionales y consuetudinarias de dicha regulación lo constituye precisamente ese tipo de situaciones.

Observa la Sala que la primera norma que estableció los criterios mínimos que deben ser tenidos en cuenta en el conflicto armado sin carácter internacional fue el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949²⁰.

No obstante, la citada disposición no contiene, en sí misma, una definición de aquello que el Derecho Internacional Humanitario considera como un conflicto armado interno para efectos de la aplicación de la norma.

El desarrollo de esta materia en el Derecho Internacional permitió que en el año 1977, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra incluyera los elementos normativos característicos que permiten estructurar el conflicto armado interno.

¹⁹ Las consideraciones sobre la existencia del conflicto armado corresponden a parte del estudio hecho en sentencia de junio once (11) de 2015, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, exp. No. 25000-23-41-000-2014-00084-00, acción de grupo, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

²⁰ Artículo 3 - Conflictos no internacionales 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: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

En el artículo 1º, el instrumento internacional, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, del cual Colombia es Estado Parte, señaló lo siguiente:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. (Negrillas fuera del texto).

Desde la óptica de la intensidad de la confrontación y la organización estructural de los grupos armados ilegales que operan en el país, como referentes importantes en el Derecho Internacional y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales²¹, la Sala considera que la situación de Colombia reúne los requisitos exigidos por el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra para la configuración del conflicto armado de carácter no internacional.

A pesar de la amplia controversia generada por esta problemática en los últimos años en Colombia, la existencia del conflicto armado interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias y al resolver casos relacionados con dicha situación²².

También fue admitido por el Consejo de Estado al adoptar varias decisiones que, igualmente, resolvieron demandas contra el Estado por hechos ocurridos en

²¹ Al respecto pueden consultarse las emblemáticas sentencias dictadas por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Prosecutor vs Akayesu* y el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Prosecutor vs Disko Tadic*, donde la corporación internacional sentó importantes criterios para la ampliación de la tradicional definición del conflicto armado sin carácter internacional.

²² Acerca del reconocimiento del conflicto armado interno pueden verse como principales referentes las sentencias de la Sala Penal de febrero quince (15) de 2006, expediente No. 21330, M.P. Jaime Lombana Trujillo, diciembre cinco (5) de 2007, expediente No. 25931, M.P. María del Rosario González, marzo once (11) de 2009, expediente No. 30510, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y marzo veintitrés (23) de 2011, expediente No. 35099, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

desarrollo de la lucha que enfrenta contra los grupos armados ilegales desde hace varias décadas²³.

A nivel normativo, el Congreso de la República en algunas leyes admitió implícitamente la existencia del conflicto armado, como por ejemplo en la ley 418 de 1997 cuyo título II dispuso por primera vez la atención a las víctimas que surjan “(...) *en el marco del conflicto armado interno*”.

En el artículo 8º, la norma precisó la definición de *grupo al margen de la ley* en forma similar a lo previsto en el Protocolo Adicional II de Ginebra, en el artículo 15 introdujo la definición de víctima “(...) *en el marco del conflicto armado interno*” y en el capítulo II incluyó la protección de los menores de edad contra los efectos del *conflicto armado interno*.

En épocas recientes, el mismo Congreso de la República expidió la ley 1448 de 2011 mediante la cual dictó medidas para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del *conflicto armado interno* y se adoptan otras disposiciones.

El artículo 3º precisó que “*Se consideran víctimas, para los efectos de 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*”²⁴. (Negritas fuera del texto).

Al margen de la posición asumida por las altas corporaciones judiciales y el Congreso de la República, la Sala acoge el criterio jurisprudencial según la cual la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario es procedente incluso aunque el gobierno nacional no haya reconocido el conflicto, pues su existencia no requiere una declaración de este carácter por tratarse de un hecho²⁵.

Concluye la Sala que el conflicto armado interno en Colombia es una especie de hecho notorio²⁶ desde el punto de vista de los referentes objetivos exigidos por el

²³ Sobre el particular, puede consultarse especialmente la sentencia de abril veintinueve (29) de 2015, Sección Tercera, Subsección A, expediente No. 5200-12-33-1000-1998-00580-01, M.P. (E) Hernán Andrade Rincón. Mediante esta sentencia, la corporación resolvió una apelación por la condena impuesta a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional por la toma guerrillera a la base militar de Las Delicias, en el Departamento de Putumayo.

²⁴ La expresión “*con ocasión del conflicto armado interno*” fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2002, siempre que se entienda que dicha noción en el caso colombiano tiene un alcance amplio que puede llegar a involucrar, incluso, hechos ajenos a las hostilidades entre las Fuerzas Armadas y los grupos armados ilegales. La sentencia es ilustrativa sobre el tratamiento que la corporación viene dando a dicho concepto en las sentencias de tutela y control constitucional en el marco de la situación que vive el país.

²⁵ Este importante criterio, respaldado por la doctrina jurídica, fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de marzo veintitrés (23) de 2011, Sala Penal, expediente No. 35099, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, donde hizo énfasis en el amplio campo de aplicación que tiene dicha noción propia del Derecho Internacional Humanitario.

²⁶ La calificación de *hecho notorio* fue atribuida por la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al estudiar casos relacionados con homicidios en personas que tienen la condición de protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en el conflicto armado interno. Al respecto

Derecho Internacional Humanitario, particularmente en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

Con base en este marco jurídico, advierte la Sala que el Convenio IV de Ginebra de 1949 no podía servir de sustento para la medida ordenada por el Tribunal Administrativo, ya que este instrumento no es aplicable al conflicto de carácter no internacional.

En el artículo segundo, dicho tratado fue precisó al señalar que sus disposiciones, dirigidas a la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra, tienen como ámbito de aplicación el conflicto surgido entre las partes contratantes, que son los estados, por lo cual está referido al conflicto internacional.

Desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario, el conflicto interno está regulado específicamente por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y por el Protocolo II Adicional de 1949.

Por consiguiente, resulta desacertada la orden de expedir copias para que las instituciones e instancias internacionales hagan un pronunciamiento sobre el desconocimiento de un instrumento que no es aplicable a la situación en la cual ocurrió la masacre de Bojayá.

3.2.2 El sistema regional y el Derecho Internacional Humanitario

La jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene reconocido que en el curso de la función contenciosa, sus órganos no tienen competencia para determinar la compatibilidad entre los actos de los estados parte y los Convenios de Ginebra.

Este criterio fue fijado por la Corte Interamericana al resolver el caso *Las Palmeras contra Colombia*, donde las víctimas y la Comisión Interamericana alegaron la infracción de disposiciones del Derecho Internacional Humanitario durante ese hecho ocurrido en el departamento de Putumayo.

Sobre el particular, el tribunal internacional sostuvo lo siguiente:

“(...) La Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación” de sus disposiciones (artículo 62.3).

Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aún (sic) cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o

puede verse, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de noviembre trece (13) de 2013, radicación No. 35212, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

(...) Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana. **Esta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949 (...)**²⁷.

En igual sentido consideró que la Comisión tampoco puede invocar en sus demandas las normas del DIH, en la medida en que “(...) Si bien la Comisión Interamericana tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, **de la Convención Americana se desprende, con toda claridad, que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte, debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención (cfr. artículos 33, 44, 48.1 y 48)**”²⁸.

Al estar claro que el sistema regional de protección de los derechos humanos admitió que su competencia no puede extenderse al examen del cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario, la orden del Tribunal Administrativo carece de fundamento.

3.2.3 La Corte Penal Internacional y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

Revisada la actuación, subraya la Sala que la medida de reparación tampoco cumple los estándares fijados para que la situación de Bojayá pueda ser conocida en el ámbito de las instituciones e instancias a que hacen referencia las decisiones cuestionadas.

En lo que corresponde a la Corte Penal Internacional, la situación ocurrida en el municipio de Bojayá plantea un problema sobre la competencia que este organismo podría tener para tramitar el caso.

Como es sabido, la función del tribunal penal internacional tiene como fundamento normativo el Estatuto de Roma que creó dicho organismo y limitó su competencia a los cuatro (4) crímenes actuales contra el Derecho Internacional, como son el

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Las Palmeras vs Colombia, sentencia de febrero cuatro (4) de 2000 (Excepciones preliminares). Es importante señalar que en esta providencia, la Corte acogió las excepciones propuestas por el Estado colombiano respecto de la competencia de los órganos del Sistema Interamericano para pronunciarse sobre la violación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario respecto de este hecho ocurrido dentro del conflicto armado interno.

²⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Las Palmeras vs Colombia, sentencia de febrero cuatro (4) de 2000 (Excepciones preliminares).

genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

En el ámbito universal, el referido instrumento internacional entró en vigencia el primero (1º) de julio de 2002, mientras que en el caso de Colombia está en vigor desde el primero (1º) de noviembre del mismo año²⁹.

Al regular la competencia *ratio temporis* de la Corte Penal Internacional, el artículo once (11) del Estatuto de Roma dispuso lo siguiente:

“1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”. (Negrillas fuera del texto).

Según fue expuesto reiteradamente en las demandas de los procesos de reparación directa y en las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo, la masacre de Bojayá, luego del ataque de las FARC a la iglesia, tuvo lugar el dos (2) de mayo de 2002.

Lo anterior significa que el hecho que motivó la expedición de copias de las sentencias, está por fuera del marco temporal de competencia de la CPI al haber ocurrido antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma y de la vigencia para Colombia, como estado Parte.

En el expediente no está probado que el Estado haya hecho una declaración de aquellas exigidas en el numeral tercero del artículo doce (12) del Estatuto de Roma para que el hecho pudiera ser conocido por el tribunal internacional, sin que Colombia fuera parte en la fecha en que ocurrió la situación referida en las sentencias.

De hecho, ninguna de las declaraciones interpretativas hechas por Colombia al ratificar el instrumento internacional está relacionada con la competencia de la Corte Penal para conocer hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma³⁰.

Es claro, entonces, que la medida de reparación no resulta procedente en la medida en que el crimen derivado de la masacre de Bojayá no alcanza a ser cubierto por la competencia *ratio temporis* establecida en el tratado que regula la Corte Penal Internacional.

²⁹ Cfr. www.cancilleria.gov.co – sitio de tratados

³⁰ Cfr. www.cancilleria.gov.co – sitio de tratados

Adicionalmente, advierte la Sala que la orden impartida por el Tribunal Administrativo en el numeral 4.9 también desconoce el principio de activación dispuesto para que la CPI pueda asumir el conocimiento del hecho que originó las sentencias objeto de tutela.

Respecto del ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional, el artículo trece (13) del Estatuto de Roma señaló lo siguiente:

“La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

En los precisos términos de la norma transcrita, es evidente que la puesta en marcha de la jurisdicción internacional, en materia de los crímenes de competencia de la CPI, no opera a partir de la expedición de copias que ordene el juez que tramitó el caso en el derecho interno.

Finalmente, la Sala no encuentra que al imponer la medida de reparación el Tribunal Administrativo haya hecho el análisis correspondiente al requisito de subsidiariedad para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer jurisdicción respecto de la masacre de Bojayá.

Las sentencias cuestionadas no expresaron las razones por las cuales el Estado pudo haber incurrido en la falta de disposición para adelantar la investigación de los hechos ocurridos en Bojayá, como lo exige el artículo diecisiete (17) del Estatuto de Roma.

Tampoco determinó la falta de capacidad del Estado para adelantar la investigación, ni demostró la decisión de abstenerse de iniciar la acción penal por tales hechos, según lo previsto en el citado artículo diecisiete (17) al regular las cuestiones de admisibilidad del asunto por parte de la Corte Penal Internacional.

Aparte de las anteriores consideraciones, la Sala no puede desconocer que al ratificar el Estatuto de Roma, el Estado hizo una declaración interpretativa a través de la cual no aceptó la competencia de la CPI para el conocimiento de la categoría de crímenes de guerra por el término de siete (7) años, el cual venció a en noviembre de 2009.

Este factor también hace que la Corte Penal Internacional no tenga competencia

para asumir el conocimiento de la masacre de Bojayá, como lo dispuso la medida de reparación, en el evento que dicha situación pueda calificarse como crimen de guerra, en los términos del artículo 8º del Estatuto de Roma, por el hecho de haber tenido lugar en desarrollo del conflicto armado interno, con ocasión de las hostilidades y como infracción al Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

Así, es claro que la medida de reparación es improcedente.

Respecto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Sala precisa que la situación de Bojayá ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta institución internacional³¹.

En desarrollo del mandato de la oficina en Colombia y por petición del gobierno nacional, el organismo adelantó una misión de observación en la región del Medio Atrato entre los días nueve (9) y doce (12) de mayo de 2002, luego de ocurrida la masacre de Bojayá³².

Como resultado de dicha labor, la oficina rindió un informe donde examinó la responsabilidad de las AUC por la falta de respeto del principio de distinción propio del Derecho Internacional Humanitario y del Estado desde la perspectiva de la prevención y protección de la población civil.

El documento fue objeto de varias referencias en el *Informe Anual del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos en Colombia* correspondiente al año 2002³³, donde calificó lo ocurrido en Bojayá como el más grave de los ataques indiscriminados, cuestionó la práctica sistemática del homicidio en personas protegidas llevada a cabo por los grupos armados ilegales, enfatizó la profunda degradación de la confrontación bélica en el país y advirtió la dificultad del Estado para proteger a la población civil y garantizar el cumplimiento de los principios de distinción y proporcionalidad vigentes en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados.

Ante la existencia de estos pronunciamientos hechos sobre la masacre de Bojayá, estima la Sala que no era necesario un nuevo análisis sobre el particular por parte del organismo internacional, lo que también hace que la medida de reparación no sea procedente.

3.3 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.12

En este numeral, el Tribunal Administrativo ordenó que los ministros de Defensa y

³¹ Así, incluso, lo puso de presente el Ministerio de Relaciones Exteriores en la contestación de la demanda de tutela.

³² El análisis hecho por la misión de observación sobre la situación de Bojayá fue ampliamente citado por el organismo en el Informe Anual del Alto Comisionado de los Derechos Humanos en Colombia correspondiente al año 2002, disponible en www.hchr.org.co (Documentos e informes).

³³ El informe puede ser consultado en www.hchr.org.co (Documentos e informes), cuyo anexo sobre la situación de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario dedicó algunos numerales específicos a los hechos ocurridos en Bojayá en mayo del año 2002.

del Interior y los comandantes de la Armada, el Ejército y la Policía hicieran declaraciones oficiales a través de la prensa nacional y regional en las cuales informarán que la crisis humanitaria surgida por la masacre de Bojayá fue producto de la omisión en el cumplimiento de las funciones de la Presidencia de la República, los referidos ministerios y las Fuerzas Armadas.

Teniendo en cuenta las restantes medidas de reparación dispuestas en las sentencias, la Sala comparte la posición asumida por la Sección Cuarta según la cual tales declaraciones oficiales son innecesarias.

Al haberse ordenado la publicación de las sentencias dictadas por la corporación demandada en los medios electrónicos, redes sociales y páginas web de las citadas entidades, el conocimiento público del hecho tiene la trascendencia suficiente como medida de reparación.

El despliegue de la acción comunicativa a través de los medios institucionales de divulgación colectiva dispuestos por el Tribunal Administrativo, por el amplio lapso de seis (6) meses fijado en las sentencias, permite que la situación llegue al dominio de la comunidad nacional y regional.

Por estas razones, considera la Sala que no resulta viable la duplicidad de procedimientos de igual naturaleza dirigidos al mismo objetivo de reparación, como es la difusión pública del hecho.

3.4 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.13

De manera similar al anterior, en este numeral el Tribunal Administrativo dispuso que los ministros de Defensa y del Interior y los comandantes de la Armada, el Ejército y la Policía pedirán disculpas públicas en nombre del Estado por la crisis humanitaria vivida en Bojayá y la omisión en el cumplimiento de sus funciones, en un acto público que debe cumplirse en la Asamblea del Chocó.

Advierte la Sala que en el expediente obra una comunicación dirigida por el director de asuntos legales del Ministerio de Defensa en la que puso en conocimiento la próxima inauguración de un parque monumento en Bojayá, en memoria de los menores víctimas de la masacre y en cuyo desarrollo el Estado ofrecerá excusas públicas por los hechos ocurridos en mayo del año 2002 que motivaron las condenas en su contra.

Dicho acto será llevado a cabo en cumplimiento de las órdenes incluidas en algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo, por lo cual la Sección Cuarta, en el fallo de primer grado, consideró que no era necesario un nuevo acto público para tales efectos.

Estima la Sala que le asiste razón al *a quo* de la acción de tutela, pues la ceremonia prevista para la inauguración del parque es suficiente como acto público para que la medida de reparación cumpla su finalidad y trascienda a la comunidad afectada por la masacre.

Al igual que en numeral que antecede, la Sala advierte que tampoco es procedente ordenar múltiples medidas de reparación del mismo carácter, particularmente cuando es incuestionable que se trata de un mismo hecho.

Sobre el particular, la Sala acoge el criterio expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado para este tipo de casos, en virtud del cual declarada la responsabilidad del Estado sobre el hecho surge el fenómeno de la cosa juzgada material respecto de los demás procesos adelantados por las restantes víctimas cuyas demandas están basadas en las mismas circunstancias fácticas³⁴.

Esto obedece, según la Sección Tercera, a la identidad de objeto y de causa entre el proceso que decidió la responsabilidad por el hecho y los litigios posteriores y al carácter vinculante, la eficacia jurídica y la inmutabilidad que la decisión tiene para las demás partes.

Desde luego, los fundamentos expuestos en la sentencia que resuelve el caso son acogidos para el análisis de la responsabilidad estatal en los procesos posteriores tramitados frente a aquellos hechos debatidos y decididos, como lo tiene reconocido la jurisprudencia de la Sección Tercera en asuntos similares al ocurrido en Bojayá, donde el mismo hecho produjo múltiples víctimas.

Así, declarada la responsabilidad del Estado y ordenada la medida de reparación consistente en la realización de un acto que incluye la disculpa pública por la masacre de Bojayá, no procedente disponer la celebración de nuevos actos con idéntico propósito.

Entiende la Sala que el acto público que debe hacerse en cumplimiento de las primeras sentencias proferidas por los hechos de Bojayá surte plena eficacia jurídica y simbólica como medida de reparación para la totalidad de las víctimas de dicho suceso.

En consecuencia, respecto del defecto sustantivo relacionado con las medidas de reparación no pecuniarias ordenadas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 de las sentencias cuestionadas, el fallo de la Sección Cuarta será confirmado.

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

FALLA

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril veintinueve (29) de 2015, expediente No. 5200123-31-000-1998-00580-01, CP (E) Hernán Andrade Rincón. La sentencia resolvió la apelación interpuesta contra un fallo de reparación directa por el fallecimiento de un soldado durante la toma a la base militar de Las Delicias por parte de las FARC.

PRIMERO: Confírmase la providencia impugnada, esto es la sentencia de abril veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016) dictada por la Sección Cuarta de esta corporación, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado