

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad / DESAPARICION FORZADA - Definición. Elementos

La desaparición forzada de personas constituye violación de múltiples derechos humanos tanto en el orden interno como en el marco del derecho internacional y por lo mismo, esta práctica abominable es considerada en el derecho internacional como delito de lesa humanidad pues -como lo ha resaltado la Sala- esta práctica no sólo compromete los intereses de la víctima sino, que simultáneamente, atenta contra la convivencia social, la paz y la tranquilidad de la humanidad y por ello, cualquier Estado puede pretender que se investigue y sancione al infractor de la misma. A juicio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana la comunidad internacional adoptó la primera declaración y el primer tratado empleando la calificación de desaparición forzada de personas recién en 1992 y 1994, aunque con anterioridad la doctrina y los órganos del sistema universal y regional habían utilizado frecuentemente dicha calificación para referirse a ese conjunto de hechos y violaciones como un delito contra la humanidad, dentro de ellos destaca la Resolución AG/RES. 666 (XIII-0/83) de 18 de noviembre de 1983, en la que la OEA declaró que la práctica de desaparición forzada de personas “es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. Varios instrumentos internacionales establecen la prohibición de desapariciones forzadas. Así, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la definió como el arresto, detención o traslado contra su voluntad de personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley. Conforme a esta definición tres son los presupuestos de esta práctica: i) Que el arresto, detención, traslado o privación de la libertad de una persona sea contra su voluntad sin respaldo legal o judicial, ii) Que los actos sean llevados a cabo por agentes del Estado, por grupos organizados o por particulares que actúan en su nombre, o con su apoyo, autorización o asentimiento y iii) Que posteriormente se niegue a revelar el paradero de la persona desaparecida o a reconocer su privación de la libertad; todo lo cual supone que la persona queda desprotegida del imperio de la ley.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Desaparición Forzada / DESAPARICION FORZADA - Presupuestos / DESAPARICION FORZADA - Régimen Jurídico en Colombia / DESAPARICION FORZADA - Sujetos Activos / GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY - Particulares / CADUCIDAD DE LA ACCION - Término

Para que pueda hablarse de desaparición forzada deben reunirse las siguientes condiciones: i) Que se haya privado a una persona de la libertad en cualquier forma sin amparo legal, ii) Que dicha privación haya sido cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con su autorización, apoyo o consentimiento; iii) Que haya sido seguida de la falta de información o la negativa a reconocer la privación de la libertad o a informar sobre el paradero de la persona y iv) Que en consecuencia se impida el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. En el derecho interno, el artículo 12 Constitucional dispone también que nadie será sometido a desaparición forzada. Como ha señalado la Corte Constitucional, los antecedentes de este precepto fundamental revelan la importancia que revistió para el Constituyente dejar determinado el sujeto pasivo de la desaparición forzada, en orden a amparar los derechos fundamentales, lo que explica el que la norma haya sido ubicada en el

Capítulo I del Título III de la Carta. A nivel legislativo en el año 2000 las leyes 589 (artículo 268A) y 599 (artículo 165) tipificaron por primera vez el delito de desaparición forzada, en desarrollo del compromiso internacional asumido en la negociación diplomática de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada y en la convención misma (párrafo 1º artículo III). A su vez, el artículo 48.8 de la ley 734 de 2002, nuevo Código Disciplinario Único, reprodujo la norma del Código Penal y la previó como falta gravísima. Normatividad de derecho interno que se separa de los lineamientos internacionales y parte de la base de que es posible imputar este ominoso crimen a particulares integrantes de grupos armados al margen de la ley. En ese orden de ideas si el delito de desaparición forzada en el derecho interno también se predica respecto del particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, es claro para la Sala que el término de caducidad que se debe aplicar al sub examine es el establecido en el inciso 2º del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 7º de la Ley 589 de 2000.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Desaparición Forzada / CADUCIDAD DE LA ACCION - Término. Cómputo / DESAPARICION FORZADA - Delito continuado o permanente

De acuerdo con la prescripción transcrita (inciso 2º del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 7º de la Ley 589 de 2000), el legislador nacional previó unas reglas de excepción frente a las acciones de reparación directa en cuanto el término para ser intentadas, atendiendo las particulares circunstancias que rodean este ominoso crimen. Así la norma establece tres eventos: i) se contarán los dos años a partir de la fecha en que aparezca la víctima, ii) esa contabilización se hará desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal y iii) lo anterior sin perjuicio de que pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición. Esta regulación se explica en tanto que en este tipo de eventos el daño antijurídico que se demanda tiene la calidad de “continuado”, esto es, que se sigue produciendo de manera sucesiva en el tiempo. O lo que es igual, todo acto de desaparición forzada es considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos. De ahí que sea razonable la previsión contenida en el precepto en cita conforme a la cual el término para intentar la acción inicia a partir del momento en que se verifica la cesación de la conducta o hecho que dio lugar al mismo. En otras palabras, una vez “reaparece” la persona, esta se encuentra en condiciones de ocurrir ante la jurisdicción para buscar el amparo de la ley, siendo pues una carga hacerlo dentro del plazo indicado por el ordenamiento.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Desaparición Forzada / CADUCIDAD DE LA ACCION - Operancia. Cómputo / TERMINO - Dos años

La Sala reitera que la ocurrencia de los eventos consignados en la norma en cita no implica que no opere la caducidad para la reclamación de los perjuicios causados con el evento de “desaparición forzada”, toda vez que lo que el legislador hizo fue introducir una variación en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción, el cual queda pues sometido al acaecimiento de una de dos condiciones: i) el aparecimiento de la víctima; o ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. Por manera que el

término de dos años previstos en la norma, no varía.

**ACCION PENAL - Imprescriptible / ACCION DE REPARACION DIRECTA
Término de caducidad. Dos años / COMPUTO - A partir del día en que el
desaparecido recobra su libertad. Desde la ejecutoria del fallo definitivo
adoptado en el proceso penal**

Ahora, si bien la Ley 707 de 2007, por la cual se aprobó la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, en su artículo VII dispuso que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción, es claro que esta previsión no puede hacerse extensiva por vía de interpretación a otro tipo de acciones. En relación con éstas últimas, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992, dispuso en su artículo 17, apartado 3º, que de haber prescripción de las acciones derivadas de los actos de desaparición forzada, el plazo debe ser largo y proporcionado a la extrema gravedad del delito. Justamente, como lo ha precisado la Sala, en atención a la gravedad de la desaparición forzada, el legislador nacional previó una regla singular para demandar la indemnización por los daños causados con esa conducta y estableció un plazo razonable, como ya se precisó, de dos (2) años que se cuenta a partir del día en que el desaparecido recobra su libertad, o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Desaparición forzada / Ley 288 de 1996 -
Artículo 2. Presupuestos**

Dicha normativa prevé (Ley 288 de julio 5 de 1996) la posibilidad de indemnizar los perjuicios no obstante que haya operado el fenómeno de caducidad de las acciones en derecho interno, para que haya lugar a dar curso a la excepción en materia de indemnizaciones a pesar de que “hubieren caducado (sic) las acciones previstas en el derecho interno” la disposición transcrita (artículo 2 de dicha ley) exige la reunión de tres condiciones para su aplicación, que imponen la intervención tanto de órganos de naturaleza internacional como de autoridades nacionales: i) Que medie una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; ii) Que en dicha decisión se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios; iii) Que exista un concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido por el Ministro del Interior y de Justicia, el Ministro de Relaciones Exteriores y el Ministro de Defensa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 50001-23-31-000-2008-00045-01(35528)

Actor: MILLER ANDRES RODRIGUEZ ORTIZ Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION AUTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Meta el 23 de abril de 2008, el cual será confirmado.

Mediante el auto recurrido se rechazó la demanda por haber caducidad.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Meta, el 3 de marzo de 2008, los señores Miller Andrés Rodríguez Ortiz, Elvia Ortiz, Emira Rodríguez Ortiz, Gerlenis Rodríguez Ortiz, Maby Elvira Rodríguez Ortiz y María Dionela Rodríguez Ortiz, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, con el fin de que se declarara su responsabilidad por la falla del servicio en que incurrieron al omitir el deber de protección con los demandantes, omisión que llevó a la pérdida de la libertad del señor Miller Andres Rodríguez Ortiz, por más de tres años, por parte de un grupo al margen de la ley.

2. Los demandantes narraron en síntesis, los siguientes hechos:

Que el señor Miller Andrés Rodríguez Ortiz se encontraba vinculado como integrante de la Policía Nacional a la Base Antinarcóticos de Miraflores-Guaviare.

Que en esa base antinarcóticos la instrucción impartida a sus integrantes fue deficiente, al igual que las dotaciones que poseían para los posibles enfrentamientos, y que a pesar de que la base había sido objeto de varios ataques guerrilleros, sólo recibieron conocimientos básicos acerca del uso de armas de

dotación oficial, se les inició en un seminario “jungla” guiados por instructores antinarcóticos el cual nunca culminó con ocasión de un incendio que se presentó en la Escuela, por lo tanto quedaron sin el mínimo de tiempo que exige la preparación para la guerra, además de perder sus pertenencias en el incendio las cuales nunca fueron reemplazadas por la institución.

Que con esa poca instrucción fueron trasladados a la base de Miraflores-Guaviare, lugar en el cual se percataron de que la mayoría de los habitantes de la población civil se encontraba huyendo, en atención a la anunciada toma de las FARC a Miraflores en conmemoración a la toma ocurrida el 7 de agosto de 1995.

Que el cuerpo especial de combate de los hombres jungla de la Policía fue trasladado de la base de Miraflores, por lo cual dejaron solos a los Auxiliares de Policía para enfrentar el ataque guerrillero anunciado, el cual era evidente, además porque tiempo atrás se venían entregando panfletos informando a la población civil que se alejaran de los puestos militares por la anunciada toma, por tanto se debió dotar a la fuerza pública de armas suficientes y del personal necesario para contrarrestar el ataque, hecho que nunca ocurrió.

Que a pesar de las constantes perturbaciones del orden público, la guarnición militar no se encontraba en las condiciones necesarias y suficientes para proteger a los miembros de la fuerza pública, además de que sus integrantes se encontraban en mal estado de salud y físico.

Que el 3 de agosto de 1998, aproximadamente a las 7:15 p.m., la Base Antinarcóticos de Miraflores fue atacada por más de 1.200 hombres de las FARC, ataque que duró más de 20 horas y en el que resultaron muertos 40 miembros del Ejército y la Policía, y secuestrados 56 auxiliares regulares de Policía y 73 Soldados por parte las FARC, entre los que se encontraba el señor Miller Andrés Rodríguez Ortiz.

Que durante la toma guerrillera la débil tropa pidió apoyo por radio y teléfono, pero no recibieron refuerzo alguno, situación que los llevó a entregarse al grupo guerrillero antes de terminar muertos como sus compañeros, grupo que los mantuvo secuestrados por un término de 3 años.

Que con lo señalado anteriormente se evidencia claramente la actitud omisiva de las entidades demandadas, además de la conducta desplegada después de la liberación del demandante, quien quedó con secuelas psicológicas y traumas severos después de su cautiverio, además del deterioro físico con el que llegó, toda vez que la Policía Nacional incumplió ya que se había comprometido a incluir al demandante en un programa de reintegro laboral en la institución y éste se encuentra sin ningún tipo de protección, ni tratamiento post-traumático, además de que la Policía Nacional lo declaró no apto para continuar con la carrera militar, circunstancias éstas que han perjudicado al demandante y a sus familiares tanto en la esfera económica como en la psicológica.

3. El Tribunal Administrativo del Meta, mediante auto de 23 de abril de 2008, rechazó la demanda por encontrar vencido el término para interponer la acción indemnizatoria.

Consideró que de los hechos expuestos en la demanda y de las pruebas acompañadas con ésta se evidencia claramente que operó el fenómeno de la caducidad, toda vez que de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, numeral 8, inciso 2, el término de caducidad de las acciones de reparación directa cuando se trate de delitos de desaparición forzada se cuenta a partir de la fecha en que aparezca la víctima o a partir de la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, por tanto, señaló el *a-quo*, que este plazo es preclusivo y que contrario de lo afirmado por el demandante en el sentido de que su situación genera un daño permanente y que por tanto no hay término de caducidad para accionar, en este caso para efectos de computar el término existe una fecha cierta, cual es, la fecha en que el demandante quedó en libertad, toda vez que incluso en los casos en que la omisión se mantenga en el tiempo o cuando el hecho sea permanente, el término de caducidad no se extiende de forma indeterminada, porque la citada ley previó que el término de dos años se contaba a partir de la omisión de la administración.

Que, en consecuencia, es evidente que venció el término para ejercer la acción, por cuanto el demandante quedó en libertad en el año 2001, y la demanda fue presentada el 3 de marzo de 2008, es decir que el plazo concedido vencía en el 2003. Que aunque los efectos del daño se prorroguen en el tiempo, no evita el

inicio del término de caducidad, debido a que éste empieza a correr desde la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales.

4. El actor interpuso recurso de apelación contra esta decisión por considerar que las acciones indemnizatorias que versan sobre delitos de lesa humanidad como el secuestro, plagios, entre otros, son imprescriptibles, por lo tanto este tipo de acciones no tiene término de caducidad puesto que así lo han dejado establecido los convenios y la normatividad internacional, al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se señala que los derechos y libertades de todas las personas son imprescriptibles.

Señaló que la jurisprudencia de Colombia acoge esta tesis en el sentido de que cuando se trate de indemnización integral por los denominados delitos de lesa humanidad el término para accionar no caducará, citó en respaldo doctrina y jurisprudencia. Que el ordenamiento interno debe ceder frente al internacional cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos, por lo que las autoridades estatales deben adoptar todas las medidas necesarias tendientes a la protección y reparación de las garantías del individuo, entre lo cual se encuentra, entender que las acciones judiciales dirigidas a la restitución integral del perjuicio sufrido, son imprescriptibles.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la decisión recurrida, toda vez que en el *sub examine* efectivamente operó el fenómeno de la caducidad, aunque no frente a un delito de desaparición forzada, conforme se pasa a explicar.

1. Caducidad del término para accionar

Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

La doctrina ha desarrollado las características propias de esta figura para intentar delimitarla y diferenciarla con la prescripción extintiva de corto plazo. La caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite suspensión salvo la excepción que se da con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada debe ser declarada de oficio por el juez.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, prevé diferentes términos para intentar las acciones y sanciona su inobservancia con el fenómeno de la caducidad. Así, el numeral 8° dispone, sobre el término para intentar la acción de reparación directa:

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.”

Por manera que la ley establece un término de dos años contados desde el día siguiente al acaecimiento de la causa del daño por el cual se demanda indemnización para intentar la acción de reparación directa, al término del cual deberá rechazarse la demanda en la que se pretenda la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, porque habrá operado el fenómeno de la caducidad.

2. De la operancia de la caducidad en el *sub examine*

El *a quo* acierta al señalar que en el *sub lite* operó el fenómeno de la caducidad del término. En efecto, la norma por él invocada (artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, numeral 8, inciso 2) aunque, *prima facie* pareciera no resultar aplicable en la medida en que la desaparición forzada en derecho internacional sólo resulta imputable a agentes del Estado, nuestro derecho interno, y en particular el texto constitucional, resulta más amplio.

En efecto, la desaparición forzada de personas constituye violación de múltiples derechos humanos tanto en el orden interno como en el marco del derecho

internacional y por lo mismo, esta práctica abominable es considerada en el derecho internacional como delito de lesa humanidad pues -como lo ha resaltado la Sala- esta práctica no sólo compromete los intereses de la víctima sino, que simultáneamente, atenta contra la convivencia social, la paz y la tranquilidad de la humanidad y por ello, cualquier Estado puede pretender que se investigue y sancione al infractor de la misma.¹

A juicio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana la comunidad internacional adoptó la primera declaración y el primer tratado empleando la calificación de desaparición forzada de personas recién en 1992 y 1994, aunque con anterioridad la doctrina y los órganos del sistema universal y regional habían utilizado frecuentemente dicha calificación para referirse a ese conjunto de hechos y violaciones como un delito contra la humanidad, dentro de ellos destaca la Resolución AG/RES. 666 (XIII-0/83) de 18 de noviembre de 1983, en la que la OEA declaró que la práctica de desaparición forzada de personas “*es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad*”².

Varios instrumentos internacionales establecen la prohibición de desapariciones forzadas. Así, *la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, la definió como el arresto, detención o traslado contra su voluntad de personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.³

Conforme a esta definición tres son los presupuestos de esta práctica: i) Que el arresto, detención, traslado o privación de la libertad de una persona sea contra su voluntad sin respaldo legal o judicial, ii) **Que los actos sean llevados a cabo por agentes del Estado, por grupos organizados o por particulares que actúan**

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad.: 70001-23-31-000-1993-4561-01(12812), Actor: Luis Adolfo González Espinosa, Demandado: Nación –DAS, C.P. Ricardo Hoyos Duque

² Caso Hermanas Serrano Cruz, Excepciones preliminares, citado en LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Un cuarto de siglo: 1979-2004, primera edición 2005, San José de Costa Rica, p. 338.

³ Adoptada por la Asamblea General de la ONU según Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992.

en su nombre, o con su apoyo, autorización o asentimiento y iii) Que posteriormente se niegue a revelar el paradero de la persona desaparecida o a reconocer su privación de la libertad; todo lo cual supone que la persona queda desprotegida del imperio de la ley.

No debe perderse de vista que, conforme al artículo 1º del citado instrumento internacional, todo acto de desaparición forzosa constituye un ultraje a la dignidad humana, una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y una violación grave y manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el artículo 2º prescribe que ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzosas.

De otra parte, el artículo 7º de la misma declaración estatuye que no puede cometerse tampoco este delito ni siquiera en tiempos de guerra, en situaciones de inestabilidad política interna ni en cualquier otro estado de excepción.

Con esta perspectiva, el artículo 19 prevé que las víctimas de actos de desaparición forzosa y sus familias deben obtener reparación y tienen derecho a ser indemnizados de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible.

Aunque esta *Declaración de Naciones Unidas sobre desapariciones forzosas* no reviste el carácter de tratado público, ostenta –como advierte la doctrina- un valor político y moral que representa el consenso de la comunidad internacional respecto a este tema.⁴

En sentido similar, el artículo 2º de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada*⁵ la define como la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, **cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado**, seguida de falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la

⁴ MONROY CABRA Marco Gerardo y NAVARRO DEL VALLO, Hermes, *Desaparición forzada de personas, análisis jurídico de los instrumentos internacionales y de la ley colombiana 589 de 2000 sobre desaparición forzada de personas*, Ed. Librería del profesional, Bogotá, 2001, p. 26 y 27.

⁵ Adoptada en Belén do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

De modo que para que pueda hablarse de desaparición forzada deben reunirse las siguientes condiciones: i) Que se haya privado a una persona de la libertad en cualquier forma sin amparo legal, ii) **Que dicha privación haya sido cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con su autorización, apoyo o consentimiento;** iii) Que haya sido seguida de la falta de información o la negativa a reconocer la privación de la libertad o a informar sobre el paradero de la persona y iv) Que en consecuencia se impida el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Vale la pena señalar que el artículo 1º, letra a) de dicha Convención expresa que los Estados se comprometen a no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia.

Igualmente, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* de 17 de julio de 1998⁶, entendió -en su artículo 7, 2, letra I- por desaparición forzada de personas la aprehensión, la detención o el secuestro de personas **por un Estado o una organización política o con autorización, apoyo o aquiescencia**, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

En definitiva, se trata, como lo advirtió la OEA desde el año de 1983 (Res. 666), de un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal, en definitiva una afrenta contra la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, desde sus primeros pronunciamientos (en particular a partir del célebre caso Velásquez Rodríguez), no ha dudado en calificarla como delito de lesa humanidad en tanto (i) entraña privación arbitraria de la libertad; (ii) conculca el derecho del detenido a ser llevado

⁶ Aprobado mediante Ley 742 de 2002.

sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto; (iii) el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; (iv) incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho a la integridad física; (v) La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron⁷

No hay que olvidar que esta prohibición, como señala la doctrina, es de *ius cogens*, o lo que es igual, todos los Estados del mundo están obligados a abstenerse de incurrir en desapariciones forzadas⁸

Pero el repudio a esta ominosa práctica no sólo ha tenido eco a nivel positivo en el derecho internacional de los derechos humanos. En el derecho interno, el **artículo 12 Constitucional** dispone también que nadie será sometido a desaparición forzada. Como ha señalado la Corte Constitucional, los antecedentes de este precepto fundamental revelan la importancia que revistió para el Constituyente dejar determinado el sujeto pasivo de la desaparición forzada, en orden a amparar los derechos fundamentales, lo que explica el que la norma haya sido ubicada en el Capítulo I del Título III de la Carta⁹.

Asimismo, **al no haber cualificado** –también ha subrayado la jurisprudencia constitucional- **el sujeto activo que comete la desaparición**, el constituyente previó una prohibición de carácter universal que **se dirige a todas las personas independientemente de la calidad que ostenten** (agente público o particular) que resulta ser más amplia que la consignada en los instrumentos internacionales:

⁷ Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, en <http://www.corteidh.or.cr>

⁸ MONROY CABRA, et al op. cit. p. 5.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, C 317 de 2002

“El Artículo 12 de la Constitución Nacional es más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema, pues como se dijo anteriormente, la Carta colombiana prohíbe la desaparición forzada y la tortura en los casos en que su práctica sea por un particular. De ahí que el artículo 279 del Código Penal sea, en un todo, acorde con la Constitución.

“(…) La misma norma internacional establece, sin embargo, que esa noción de tortura se debe entender sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance. Exactamente eso es lo que ha hecho la Constitución Nacional al prohibir la tortura no sólo cuando esta proviene de un funcionario público o con su consentimiento o aquiescencia, sino cuando proviene también de un particular, como quedo visto en el anterior numeral de esta providencia. De ahí que el artículo 279 del Código Penal esté, también por este aspecto, ajustado en un todo a la Constitución.”¹⁰.

A nivel legislativo en el año 2000 las leyes 589¹¹ y 599¹² tipificaron por primera vez el delito de desaparición forzada, en desarrollo del compromiso internacional asumido en la negociación diplomática de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada y en la convención misma (párrafo 1º artículo III). A su vez, el artículo 48.8 de la ley 734 de 2002¹³, nuevo Código Disciplinario Único, reprodujo la norma del Código Penal y la previó como falta gravísima. Normatividad de derecho interno que se separa de los lineamientos internacionales y parte de la base de que es posible imputar este ominoso crimen a particulares integrantes de grupos armados al margen de la ley.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 587 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón

¹¹ ARTICULO 268-A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior

¹² Artículo 165. *Desaparición forzada*. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

¹³ “Someter a una o varias personas a privación de la libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.”

En ese orden de ideas si el delito de desaparición forzada en el derecho interno también se predica respecto del particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, es claro para la Sala que el término de caducidad que se debe aplicar al *sub examine* es el establecido en el inciso 2º del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 7º de la Ley 589 de 2000, conforme al cual:

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

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

De acuerdo con la prescripción transcrita, el legislador nacional previó unas reglas de excepción frente a las acciones de reparación directa en cuanto el término para ser intentadas, atendiendo las particulares circunstancias que rodean este ominoso crimen. Así la norma establece tres eventos: i) se contarán los dos años a partir de la fecha en que aparezca la víctima, ii) esa contabilización se hará desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal y iii) lo anterior sin perjuicio de que pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

Esta regulación se explica en tanto que en este tipo de eventos el daño antijurídico que se demanda tiene la calidad de “continuado”, esto es, que se sigue produciendo de manera sucesiva en el tiempo. O lo que es igual, todo acto de desaparición forzada es considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.

De ahí que sea razonable la previsión contenida en el precepto en cita conforme a la cual el término para intentar la acción inicia a partir del momento en que se

verifica la cesación de la conducta o hecho que dio lugar al mismo. En otras palabras, una vez “reaparece” la persona, esta se encuentra en condiciones de ocurrir ante la jurisdicción para buscar el amparo de la ley, siendo pues una carga hacerlo dentro del plazo indicado por el ordenamiento.

La Sala reitera que la ocurrencia de los eventos consignados en la norma en cita **no implica que no opere la caducidad para la reclamación de los perjuicios causados con el evento de “desaparición forzada”**, toda vez que lo que el legislador hizo fue introducir una variación en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción¹⁴, el cual queda pues sometido al acaecimiento de una de dos condiciones: *i)* el apareamiento de la víctima; o *ii)* la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. Por manera que el término de dos años previstos en la norma, no varía.

Ahora, si bien la Ley 707 de 2007, por la cual se aprobó la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, en su artículo VII dispuso que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción, es claro que esta previsión no puede hacerse extensiva por vía de interpretación a otro tipo de acciones.

En relación con éstas últimas, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992, dispuso en su artículo 17, apartado 3º, que de haber prescripción de las acciones derivadas de los actos de desaparición forzada, el plazo debe ser largo y proporcionado a la extrema gravedad del delito.

Justamente, como lo ha precisado la Sala, en atención a la gravedad de la desaparición forzada, el legislador nacional previó una regla singular para demandar la indemnización por los daños causados con esa conducta y estableció un plazo razonable, como ya se precisó, de dos (2) años que se cuenta a partir del día en que el desaparecido recobra su libertad, o desde la ejecutoria del fallo

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 3 de diciembre de 2008, Exp: 35.525, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y Auto de 26 de marzo de 2009, Exp. 36.163, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

definitivo adoptado en el proceso penal¹⁵.

Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley 288 de julio 5 de 1996¹⁶, por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos. En efecto, dicha normativa prevé la posibilidad de indemnizar los perjuicios no obstante que haya operado el fenómeno de caducidad de las acciones en derecho interno, así el artículo 2º de la citada Ley establece:

“ARTÍCULO 2o. Para los efectos de la presente Ley solamente se podrán celebrar conciliaciones o incidentes de liquidación de perjuicios respecto de aquellos casos de violaciones de derechos humanos en relación con los cuales se cumplan los siguientes requisitos:

“1. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

“2. Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido por:

- a) El Ministro del Interior;
- b) El Ministro de Relaciones Exteriores;
- c) El Ministro de Justicia y del Derecho;
- d) El Ministro de Defensa Nacional.

“PARÁGRAFO 1o. El Comité proferirá concepto favorable al cumplimiento de la decisión del Órgano Internacional de Derechos Humanos en todos los casos en que se reúnan los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales aplicables. Para ello tendrá en cuenta, entre otros elementos, las pruebas recaudadas y las providencias recaídas en los procesos judiciales, administrativos o disciplinarios internos y en la actuación surtida ante el respectivo órgano internacional.

“PARÁGRAFO 2o. Cuando el Comité considere que se no (sic) reúnen los presupuestos a que hace referencia el párrafo anterior,

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 3 de diciembre de 2008, Exp: 35.525, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y Auto de 26 de marzo de 2009, Exp. 36.163, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶ DIARIO OFICIAL No. 42.826 de 9 de julio de 1996.

deberá comunicarlo así al Gobierno Nacional para que presente la demanda o interponga los recursos del caso contra la aludida decisión ante órgano internacional competente, si lo hubiere. En todo caso, si no existiere segunda instancia prevista en el tratado internacional aplicable o se hubiere agotado el término para impugnar la decisión, el Comité deberá rendir concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional.

“PARÁGRAFO 3o. El Comité dispondrá de un plazo de cuarenta y cinco (45) días, contados a partir de la notificación oficial del pronunciamiento del órgano internacional de que se trate, para emitir el concepto correspondiente.

El plazo en mención comenzará a correr a partir de la fecha en que principie a regir la presente Ley, respecto de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos que se hayan proferido con anterioridad a dicha fecha.

La Sala destaca la regla singular que prevé el parágrafo 4 del precepto en cita:

“PARÁGRAFO 4o. **Habrá lugar al trámite de que trata la presente Ley incluso si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno para efectos de obtener la indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo.**” (subrayas y negrilla fuera de texto)¹⁷.

Para que haya lugar a dar curso a la excepción en materia de indemnizaciones a pesar de que *“hubieren caducado (sic) las acciones previstas en el derecho interno”* la disposición transcrita exige la reunión de tres condiciones para su aplicación, que imponen la intervención tanto de órganos de naturaleza internacional como de autoridades nacionales:

i) Que medie una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

¹⁷ La Corte Constitucional en Sentencia C-115 de 1998, al examinar la constitucionalidad del artículo 136 del C.C.A., lo encontró ajustado al ordenamiento superior al estimar que “estas excepciones al principio general de la caducidad tienen fundamento supralegal y se justifican en la medida que reconocen la necesidad de darle un tratamiento especial a aquellos casos donde se produce la violación de derechos humanos, que son objeto de reprobación internacional, frente a la gravedad de los mismos y la trascendencia que ellos tienen”

ii) Que en dicha decisión se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios;

iii) Que exista un concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido por el Ministro del Interior y de Justicia, el Ministro de Relaciones Exteriores y el Ministro de Defensa.

Al descender estas premisas al *sub examine*, se advierte que en el escrito de demanda se afirma que Miller Andrés Rodríguez Ortiz fue liberado el día el 27 de junio de 2001 y la demanda fue presentada el día 3 de marzo de 2008, esto es más de dos años después de que la víctima apareció, situación que permite concluir sin mayor esfuerzo que la demanda no se presentó en tiempo, y que por tanto operó la caducidad.

Las razones expuestas, llevan a la Sala a confirmar el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE el auto apelado, esto es, aquel proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, el 23 de abril de 2008.

SEGUNDO: Ejecutoriado este auto, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

Con salvamento de voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad / CADUCIDAD - Cómputo. Supuestos

La Sala ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa fuente o causa del perjuicio. Si bien, es posible que, en específicas ocasiones, el daño se prolongue en el tiempo, con posterioridad al momento de acaecimiento de los hechos dañosos que sirven de fundamento de la acción, lo cierto es que ello no puede significar que el término de caducidad se postergue de manera indefinida, por cuanto la norma no consagra ese supuesto. Es decir, la disposición no establece que el cómputo de la caducidad debe partir del momento en que el daño se concreta por completo, sino que por el contrario, determina que el mismo debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de basamento a la pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquél con las secuelas o efectos del mismo. Cosa distinta es que la parte demandante sólo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación, pues en tales eventos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.), el plazo debe iniciarse a partir de la fecha en que la persona -o personas- tuvieron conocimiento del daño; una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad / VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS - Acciones imprescriptibles / NORMAS Y TRATADOS INTERNACIONALES - Obligatoriedad

De conformidad con los supuestos fácticos planteados en el libelo petitorio, así como de algunas pruebas acompañadas con ese escrito, se desprende que, en el caso sub examine, se evidencia que los demandantes derivan el daño antijurídico reclamado, de la violación de derechos humanos, toda vez que uno de ellos adujo ser víctimas de una retención ilegal, que a efectos de la legislación internacional sobre derechos humanos configura del delito de toma de rehenes. Los derechos humanos (DDHH), parten del supuesto de la imprescriptibilidad de las acciones que se relacionen con la persecución, sanción, y reparación de los responsables y de las conductas atentatorias de los mismos. En efecto, el preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), reconoce la importancia y relevancia de los derechos humanos, al margen del Estado o Nación del que haga parte el ser humano. Los Estados constitucionales

modernos parten de un supuesto indiscutible, consistente en el reconocimiento expreso de la existencia de una serie de garantías mínimas de las cual es titular la persona por el solo hecho de serlo. De allí que de acuerdo con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (principio *pacta sunt servanda*), así mismo, las partes de un tratado internacional no podrán invocar su derecho interno so pena de excusarse de las obligaciones que se derivan de la convención. Es por lo anterior que, en mi criterio constituye un imperativo categórico el compromiso internacional relativo a la protección de los derechos humanos; responsabilidad que, de manera alguna, resultó ajena en la expedición y promulgación de la Carta Política de 1991, toda vez que el constituyente fue explícito en señalar que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Así mismo, la Constitución, hace especial énfasis en este aspecto, cuando de manera expresa puntualiza que los derechos y deberes establecidos en ese cuerpo normativo, deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93 C.P.). Si la demanda tiene como fundamento la presunta vulneración o trasgresión de derechos humanos, no puede invocarse la caducidad de la acción de reparación directa, a nivel interno, como fundamento de la pérdida del derecho de acción. De lo contrario, se entraría en claro desconocimiento de las normas y postulados internacionales que consagran, de manera expresa, la imprescriptibilidad de los desconocimientos y vulneraciones a derechos humanos, sin que ello implique limitar la competencia con que cuenta el funcionario judicial al momento de proferir la sentencia, para efectuar un análisis detallado y ponderado sobre los hechos de la demanda. En los asuntos en los cuales se discuta la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a causa de desconocimientos y vulneraciones a derechos humanos, los términos de caducidad deben ceder frente a los principios y postulados que benefician al demandante - víctima de la violación (*pro actione y pro damato*).

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad / VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS - Caducidad / VALORACION DE LOS HECHOS Y DE LAS PRUEBAS DE LA DEMANDA - Caducidad. Determinación

No es que se disponga sin razón que en algunos eventos, las normas de caducidad no operan, lo cual implicaría, de suyo, una vulneración al derecho fundamental de igualdad (art. 13 C.P.). Lo que debe quedar claro es que, en aquellas situaciones en las cuales el juez del proceso evidencie que de los hechos y pruebas allegadas con la demanda donde se debate y se reclama la responsabilidad del Estado a causa de una vulneración de derechos humanos, la caducidad no puede llegar a enervar la acción judicial, toda vez que el carácter de imprescriptible de la persecución de la violación, así como el imperativo de reparar integralmente a las víctimas, prevalecen en esos casos concretos, en cuanto se refiere a la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional para reclamar la indemnización y la adopción de medidas necesarias para el restablecimiento del daño antijurídico. Por último, se requiere hacer especial énfasis en el cuidado y valoración que deben emplear los jueces al momento de admitir las correspondientes demandas, como quiera que la única forma de morigerar los términos de caducidad, se dará en aquellos eventos en los cuales de los hechos narrados en la demanda, así como de las pruebas acompañadas con la misma, se desprenda de forma clara y manifiesta que la reparación que se pretende tiene su origen en la vulneración de derechos humanos; de lo contrario, si aquella se fundamenta en los conceptos antes delineados, con el fin de revivir o retomar

términos procesales ya vencidos, el juez deberá dar aplicación estricta al artículo 143 del C.C.A., y proceder a rechazarla de plano. Adicionalmente, si bien es cierto que la retención ilegal de los soldados la cometió el grupo guerrillero luego del enfrentamiento en el municipio de Miraflores, es claro que ese delito de lesa humanidad se produjo, dentro de la dinámica o en el rol de la omisión del Estado al no proporcionar la protección necesaria para la defensa de sus agentes e instalaciones durante el ataque mencionado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 50001-23-31-000-2008-00045-01(35528)

Actor: MILLER ANDRES RODRIGUEZ ORTIZ Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los que me aparto de lo resuelto en el auto del 10 de diciembre de 2009, en el que se confirmó la providencia apelada, esto es, la que rechazó la demanda al considerar que había operado el fenómeno procesal de la caducidad de la acción.

1. Contenido y alcance de la decisión materia del salvamento de voto

La decisión de la que me aparto, confirmó el rechazo de la demanda realizado por el a quo, quien consideró que esta fue presentada por fuera del término previsto en la ley para el ejercicio de la acción de reparación directa.

Sostuvo el proveído en cuestión que los hechos que dieron lugar al trámite del presente asunto, ocurrieron los días 3 y 4 de agosto de 1998, cuando guerrilleros de las FARC realizaron una toma al municipio de Miraflores, en la que fueron secuestrados varios soldados del Ejército Nacional, entre ellos, el demandante Miller Andrés Rodríguez Ortiz, quien fue retenido por el grupo ilegal hasta el 27 de junio de 2001, fecha en que recuperó la libertad. Señaló que a partir de ese día se

inició el término de dos años para ejercer la acción de reparación directa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y como quiera que la demanda fue presentada con posterioridad al 28 de junio de 2003, es decir, después del vencimiento de ese plazo, la acción se encuentra caducada.

2. Fundamentos del disentimiento

A continuación expongo mi criterio acerca de cómo deben interpretarse las normas de caducidad, de manera concreta la de la acción de reparación directa, en aquellos eventos en que se está en presencia de una vulneración o trasgresión de derechos humanos.

2.1. La caducidad de la acción de reparación directa

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la organización jurisdiccional del poder público, a efectos de que el respectivo litigio o controversia sea definido con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello.

Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga¹⁸ a los asociados del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos

¹⁸ "(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales." DEVIS Echandía, Hernando "Teoría General del Proceso", Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.

Ahora bien, en relación con la caducidad de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. - modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998- establece lo siguiente:

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por acusa de trabajo público o por cualquier otra causa.”

En ese contexto, la Sala ha señalado, en reiteradas ocasiones¹⁹, que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa fuente o causa del perjuicio.

Si bien, es posible que, en específicas ocasiones, el daño se prolongue en el tiempo, con posterioridad al momento de acaecimiento de los hechos dañosos que sirven de fundamento de la acción, lo cierto es que ello no puede significar que el término de caducidad se postergue de manera indefinida, por cuanto la norma no consagra ese supuesto. Es decir, la disposición no establece que el cómputo de la caducidad debe partir del momento en que el daño se concreta por completo, sino que por el contrario, determina que el mismo debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de basamento a la pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquél con las secuelas o efectos del mismo.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: 11 de mayo de 2000 exp. 12200; 10 de noviembre de 2000 exp. 18805; 10 de abril de 1997 exp. 10954, y de 3 de agosto de 2006, exp. 32537. Autos de: 3 de agosto de 2006, exp. 32537; 7 de febrero de 2007, exp. 32215.

Cosa distinta es que la parte demandante sólo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación, pues en tales eventos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.), el plazo debe iniciarse a partir de la fecha en que la persona -o personas- tuvieron conocimiento del daño; una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción.

De otra parte, debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Ello ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Ese lapso está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho y opte por accionar o no.

La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.

Definido lo anterior, se torna imperativo abordar el análisis sometido a consideración por la parte actora, según el cual, en aquellos asuntos que traten de la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos, las normas de caducidad deben ser reinterpretadas por el operador judicial.

2.2. Cómputo de la caducidad en eventos en los cuales de los hechos y pruebas acompañadas con la demanda se desprende sumariamente una presunta violación a derechos humanos

De conformidad con los supuestos fácticos planteados en el libelo petitorio, así como de algunas pruebas acompañadas con ese escrito, se desprende que, en el caso *sub examine*, se evidencia que los demandantes derivan el daño antijurídico reclamado, de la violación de derechos humanos, toda vez que uno de ellos adujo

ser víctimas de una retención ilegal, que a efectos de la legislación internacional sobre derechos humanos configura del delito de toma de rehenes.

En esa perspectiva, se debe analizar la norma de caducidad invocada por el *a quo* al rechazar la demanda de reparación directa, para que de conformidad con los razonamientos esgrimidos en el recurso de apelación, así como con la integridad del ordenamiento jurídico y las decisiones jurisprudenciales de la Corporación, establecer la forma como debe operar el término de caducidad de la acción de reparación directa en aquellos eventos en que se alega y se desprende al menos, *prima facie*, una posible o eventual violación de derechos humanos.

Lo anterior, como quiera que los parámetros del derecho de los derechos humanos (DDHH), parten del supuesto de la imprescriptibilidad de las acciones que se relacionen con la persecución, sanción, y reparación de los responsables y de las conductas atentatorias de los mismos.

En efecto, el preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), reconoce la importancia y relevancia de los derechos humanos, al margen del Estado o Nación del que haga parte el ser humano, en los siguientes términos:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, **razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;**

“Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

“Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, **sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos...**”²⁰ (Destaca la Sala).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2002-0004.

En esa perspectiva, los Estados constitucionales modernos parten de un supuesto indiscutible, consistente en el reconocimiento expreso de la existencia de una serie de garantías mínimas de las cual es titular la persona por el solo hecho de serlo. De allí que de acuerdo con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (principio *pacta sunt servanda*), así mismo, las partes de un tratado internacional no podrán invocar su derecho interno so pena de excusarse de las obligaciones que se derivan de la convención.

Es por lo anterior que, en mi criterio constituye un imperativo categórico el compromiso internacional relativo a la protección de los derechos humanos; responsabilidad que, de manera alguna, resultó ajena en la expedición y promulgación de la Carta Política de 1991, toda vez que el constituyente fue explícito en señalar que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Así mismo, la Constitución, hace especial énfasis en este aspecto, cuando de manera expresa puntualiza que los derechos y deberes establecidos en ese cuerpo normativo, deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93 C.P.).

En la anterior dirección, la jurisprudencia reciente de esta Sección, ha precisado:

“Entonces, es claro que ese conjunto normativo internacional²¹, a partir del contenido del artículo 93 antes precitado, se integra en el ordenamiento jurídico interno y, por consiguiente, tiene plena vigencia a nivel nacional, conjunto de preceptos que, en su gran mayoría, hacen parte del denominado *ius cogens*, es decir, reglas

²¹ V.gr. La declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Bogotá, 1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1970), Declaración universal de los derechos humanos (Nueva York, 1948), Documentos de la organización de las Naciones Unidas relativos a los derechos de la mujer, Declaración de los derechos del niño (1959), Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (Nueva York, 1966).

imperativas aceptadas por los Estados, y que no admiten acuerdo en contrario, según lo determinado por el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, sobre derecho de los tratados.

“En ese contexto, las disposiciones legales nacionales deben ceder y, de otra parte, ser armonizadas, claramente, a los postulados contenidos en el denominado “derecho de los derechos humanos”, en tanto los postulados de legitimidad y reconocimiento internacional, se estructuran sobre la base del respeto y materialización que un sujeto de derecho internacional brinde en relación con los derechos humanos.

“Así las cosas, con el fin de proteger y restablecer los derechos humanos, las autoridades oficiales en Colombia y, concretamente, las pertenecientes a la Rama Judicial del poder público, cuentan con amplias facultades otorgadas por el propio ordenamiento jurídico, de manera principal, por la Constitución Política, toda vez que es un imperativo categórico adoptar todas las medidas posibles dirigidas a la satisfacción de las garantías básicas del ser humano, en especial las de naturaleza fundamental (primera generación), como quiera que el propio texto constitucional reconoce que son de aplicación inmediata (art. 85 C.P.), sin que sea necesaria ningún tipo de regulación y reglamentación para que sean adoptadas las medidas para su protección y promoción.”²²

En ese orden de ideas, podría afirmarse sin anfibología alguna que la regulación de los derechos humanos, y los mecanismos de protección, deben ser interpretados a la luz de los postulados internacionales, como quiera que los diferentes tratados, convenios e instrumentos que Colombia ha ratificado sobre la materia, contienen una amplia gama de principios y reglas que sirven para definir el contenido y alcance de cada derecho.

Así las cosas, en el ámbito de los derechos humanos, y de la responsabilidad del Estado, derivada de la violación de los mismos, existe el principio general del

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 16996.

derecho, nominado como: el de la *irrelevancia del derecho interno*²³; relacionado con la imposibilidad en que se encuentra un Estado de invocar las disposiciones de su derecho nacional (interno) como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le corresponden en el marco internacional.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva No. 014, puntualizó:

“34. La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho.

“35. Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

²³ El artículo 32 de la Resolución No. A/RES/56/83, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece: “El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.”

“36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

“37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho:

“Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención **[Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26].**

“38. Para el caso de que un Estado emitiera una ley contraria a la Convención, esta Corte ha dicho

“[q]ue la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella [. . .] **(Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra 37, parte resolutive 1).**

“39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria

y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.

“40. Otro es el tratamiento que el mismo problema tendría ante la Corte. En efecto, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, la Corte puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos.”²⁴

No significa lo anterior, que las normas sobre caducidad procesal sean, por sí mismas, violatorias del sistema de derechos humanos; por el contrario, las disposiciones sobre la oportunidad para el ejercicio de los instrumentos de reclamación de perjuicios, por regla general, deben contar con términos y plazos claros y específicos para su interposición. No obstante lo anterior, es claro que si la demanda tiene como fundamento la presunta vulneración o trasgresión de derechos humanos, no puede invocarse la caducidad de la acción de reparación directa, a nivel interno, como fundamento de la pérdida del derecho de acción. De lo contrario, se entraría en claro desconocimiento de las normas y postulados internacionales que consagran, de manera expresa, la imprescriptibilidad de los desconocimientos y vulneraciones a derechos humanos²⁵, sin que ello implique limitar la competencia con que cuenta el funcionario judicial al momento de proferir la sentencia, para efectuar un análisis detallado y ponderado sobre los hechos de la demanda.

Lo anterior tiene su logor, en tanto las violaciones de derechos humanos están dotadas de la condición de imprescriptibilidad, de allí que la reparación integral

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, *RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCIÓN (ARTS. 1 Y 2 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)*.

²⁵ Establece el artículo 39 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ratificado por Colombia mediante ley 742 de 2002): “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.”

que de la conducta violatoria se deriva, no puede hacerse depender del oportuno ejercicio de la acción respectiva, dentro de los términos legales establecidos en el derecho interno²⁶.

En efecto, una posición contraria, conllevaría a que la persona se viera compelida a acudir, de manera automática, al Sistema Interamericano, con el fin de que una Corte Internacional restableciera el derecho vulnerado, y reparara el perjuicio padecido. Esa óptica, a todas luces, desconocería los principios - derechos del acceso efectivo y material a la administración de justicia (art. 229 C.P.), así como de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 228 C.P.)²⁷.

Dentro del paradigma del Estado Social de Derecho, en el cual el eje central del poder político y público es el ser humano y, por consiguiente, la materialización de sus derechos y la satisfacción de sus necesidades, no hay lugar a una aplicación e interpretación normativa que no tenga en cuenta los principios de reparación integral (art. 16 ley 446 de 1998) y de justicia material. En consecuencia, el Estado no debe limitarse a exigir el cumplimiento de términos y oportunidades de índole procesal, cuando la persona es víctima de un desconocimiento de sus derechos humanos, toda vez que, en la mayoría de los casos, la persona afectada –dadas las circunstancias–, se encuentra en imposibilidad real de acudir al aparato jurisdiccional para deprecar la reparación del daño antijurídico padecido, lo cual supondría desconocer, de otra parte, el postulado de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 228 C.P.).

²⁶ “No obstante, nunca debí haber permitido que se abrieran las puertas del pueblo a quienes afirman que existen valores más altos que la decencia. Le mostraron a su padre desnudo y lo torturaron hasta hacerle balbucear algunas palabras; a ella la maltrataron y él no pudo evitarlo (un día que pasé en mi despacho ocupado con el libro mayor). Desde entonces nunca volvió a ser enteramente humana, dejó de ser hermana de todos nosotros. Se rompieron ciertos vínculos, su corazón no pudo volver a abrigar ciertos sentimientos...” J.M. Coetzee “Esperando a los Bárbaros”, pág. 121.

²⁷ Al respecto, vale la pena extraer algunos apartes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención...”

En ese orden, el juez de lo contencioso administrativo requiere emplear instrumentos y mecanismos como el principio de proporcionalidad²⁸, para aliviar la tensión que se genera entre el principio de la seguridad jurídica –en el cual se fundamentan las normas de caducidad–, frente al principio de la reparación integral derivado de violaciones o trasgresiones de derechos humanos. Si se parte del supuesto que el principio procesal, en estos eventos, debe ceder frente al principio sustancial de la reparación integral y el derecho a la verdad, se requiere entonces verificar si dicha conclusión es necesaria, razonable y efectiva para la protección del derecho correspondiente²⁹.

Un análisis sobre el particular lleva a concluir, que en los asuntos en los cuales se discuta la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a causa de desconocimientos y vulneraciones a derechos humanos, los términos de caducidad deben ceder frente a los principios y postulados que benefician al demandante - víctima de la violación (*pro actione* y *pro damato*)³⁰.

Así las cosas, el derecho interno y/o nacional debe estar en consonancia con las obligaciones y compromisos del Estado Colombiano, frente al derecho internacional, como también en relación con las normas de reparación de daños

²⁸ Debe entenderse como aquel instrumento hermenéutico que no sólo sirve para alivianar las tensiones entre derechos fundamentales, sino que puede ser empleado, igualmente, para resolver pugnas entre reglas o principios jurídicos.

²⁹ “El derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de los procesos. Estos deben asegurar, en un tiempo razonable, el derecho de las víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y par que se identifique, juzgue y sancione a los eventuales responsables... En todo caso, como lo ha señalado la Corte IDH, en los procesos por violaciones de derechos humanos, el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable.” Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *“Recomendaciones de Criterios de Reparación y de Proporcionalidad Restaurativa”*, pág. 46.

³⁰ “En efecto, los daños que se reclaman tienen la calidad de continuados como quiera que se producen de manera sucesiva en el tiempo, esto es, día a día sin que exista solución de continuidad. Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección, en el sentido de que cuando se demanda la reparación de un daño continuado en el tiempo, como sería el caso de la desaparición forzada, el término para intentar la acción, solo inicia su conteo a partir del momento en que se verifique la cesación de la conducta o hecho que dio lugar al mismo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 19 de julio de 2007, exp. 31.135.

derivadas que están contenidas en otros cuerpos legales, verbigracia en la ley 975 de 2005³¹, en cuyo artículo 8 se estableció:

“El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

“Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

“La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

“La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

“La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

“Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

“Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

“La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo

³¹ Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.”

Existe por lo tanto, un deber jurídico, consistente en la obligación a la cual se enfrenta el Estado, de brindar todos los mecanismos e instrumentos para que el principio de reparación integral sea una realidad. Ahora bien, con fundamento en este postulado no se puede, en todos los casos, aligerar o distensionar la vigencia de las normas de caducidad; *a contrario sensu*, esta regulación tiene como objetivo garantizar, como se precisó, la seguridad jurídica, motivo por el cual, debe enfatizarse, las normas de caducidad por regla general, tienen plena validez y vigencia, de acuerdo con cada respectiva acción, en los términos del artículo 136 del C.C.A.

No es que se disponga sin razón que en algunos eventos, las normas de caducidad no operan, lo cual implicaría, de suyo, una vulneración al derecho fundamental de igualdad (art. 13 C.P.). Lo que debe quedar claro es que, en aquellas situaciones en las cuales el juez del proceso evidencie que de los hechos y pruebas allegadas con la demanda donde se debate y se reclama la responsabilidad del Estado a causa de una vulneración de derechos humanos, la caducidad no puede llegar a enervar la acción judicial, toda vez que el carácter de imprescriptible de la persecución de la violación, así como el imperativo de reparar integralmente a las víctimas, prevalecen en esos casos concretos, en cuanto se refiere a la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional para reclamar la indemnización y la adopción de medidas necesarias para el restablecimiento del daño antijurídico.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corporación ha desarrollado la conexión existente entre el sistema interno y el internacional, desde la perspectiva de la reparación integral, en los siguientes términos:

“La imbricación entre los ordenamientos internos, con los supranacionales de derechos humanos, ha sido expuesta por la más calificada doctrina europea, en los siguientes términos:

“El juez contencioso - administrativo queda comprometido a introducir en su actividad jurisdiccional de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas las

enseñanzas derivadas de la doctrina persuasiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque a este Tribunal, como ha subrayado expresivamente el magistrado Delgado Barrio, le corresponde la tarea propia de los vasos comunicantes, en el mantenimiento de un nivel común de reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales...

“(...) La colaboración fructífera entre la jurisdicción contencioso administrativa, el Tribunal Constitucional, y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, si se hace perceptible en ambas direcciones motivará que el Tribunal Europeo funcionalmente desempeñe su papel de modo asistencial y subsidiario, como último recurso de amparo, ante el celo desplegado por los tribunales nacionales en incorporar su doctrina; y logrará que el efecto de irradiación que se deriva de su jurisprudencia llegue más allá del ámbito jurisdiccional, incidiendo en el perfeccionamiento de la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales y en la actividad de la administración.

“(...)”³²

“Así mismo, la Corte Permanente de Justicia Internacional (ONU), acerca del concepto de reparación integral, puntualizó:

“Constituye un principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de reparación en forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que

³² SÁNCHEZ – CRUZAT, José Manuel “Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Ed. Civitas, 1996, Pág. 145 y 146.

puedan obedecer al incumplimiento de una convención, son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación.

“(…) El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional y en particular por los laudos de los tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho.”³³

“Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, *per se*, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Lo anterior, por cuanto en estos eventos el daño antijurídico, no supone la afectación personal de un derecho o una garantía relacionada con el núcleo esencial del ser humano y con su posibilidad de vivir e interrelacionarse en términos de respeto absoluto a la dignidad del individuo, sino que tiene su fundamento en el aminoramiento patrimonial padecido (v.gr. la destrucción de una cosa como un vehículo, una lesión a causa de una falla de la administración, etc.).

“En ese contexto, resulta imprescindible diferenciar dos escenarios al interior del derecho de la reparación, los cuales pueden ser expresados en los siguientes términos: i) de un lado, los relativos a

³³ Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Factory of Chorzów, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245.

los restablecimientos de daños antijurídicos derivados de violaciones a derechos humanos y, por el otro, ii) los referentes al resarcimiento de daños antijurídicos emanados de lesiones a bienes o intereses jurídicos que no se refieran a derechos humanos. La anterior distinción permitirá establecer, en el marco del derecho interno, qué efectos genera el pronunciamiento de un organismo o un tribunal internacional que juzgue los hechos en los cuales se controvierta la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos y, adicionalmente, servirá para determinar, en el caso de las acciones constitucionales, con qué potestades cuenta el juez nacional para hacer cesar la amenaza o vulneración del correspondiente derecho.”³⁴

El mencionado vínculo conceptual y práctico entre el sistema interno y el internacional de los derechos humanos, reviste tal entidad que incluso la propia ley 288 de 1996³⁵, autoriza al Estado a conciliar por la violación de derechos humanos, aun cuando las acciones judiciales a nivel interno hayan caducado (art. 2º párrafo cuarto). Entonces, la interpretación de las normas de caducidad de las acciones judiciales, y de reparación de daños no debe estar orientada a evitar una condena internacional, sino a permitir que las personas víctimas o afectados de la trasgresión no requieran acudir al ámbito externo para reclamar la condena del Estado; se obtiene así, que sea la propia organización pública la que garantice la reparación *in integrum* del daño padecido, sin someter a sus asociados a trámites dispendiosos y a recurrir a Cortes de tipo internacional que, en principio y por regla general, sólo tienen competencia de manera subsidiaria cuando a nivel interno no se brindan las garantías necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos afectados.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de febrero de 2008, exp. exp. 16996. Así mismo, para ver un análisis del sistema de reparación internacional frente al sistema nacional, se puede consultar igualmente, la sentencia del 19 de septiembre de 2007, exp. 29273 (Masacre del Aro).

³⁵ Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos.”

La jurisprudencia constitucional, en labor analítica y detallada, ha reseñado los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, en los cuales se asume un compromiso real y efectivo para la protección de los derechos humanos, referidos concretamente a la persecución y sanción de su violación, así como su efectiva reparación. Al respecto, la Corte Constitucional, con ocasión del estudio de constitucionalidad del Estatuto de Roma, precisó:

“Colombia hace parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos. Ese compromiso de Colombia se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. A saber:

“i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959;

“ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981;

“iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986;

“iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968;

“v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972;

“vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato

debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra;

“vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992;

“viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994;

“ix) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987;

“x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994.”³⁶

De allí que, la jurisprudencia contencioso administrativa –encargada de la reparación de los daños antijurídicos que se le imputan al Estado– es quien debe armonizar y dar concreción a los principios y reglas jurídicas contenidas en los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos, a efectos de garantizar la verificación y materialización de las garantías de las cuales es titular el ser humano. Los esquemas políticos y jurídicos modernos parten del reconocimiento de la existencia de un modelo “*garantista*”, en el cual la protección y pleno ejercicio de los derechos de la persona constituyen el fin mismo de la organización estatal. Por lo tanto, el hecho de asumir criterios como el de esta estirpe, es decir, según el cual la reparación integral de un daño antijurídico derivado de la violación de derechos humanos no tiene prescripción ni caducidad, no puede considerarse ni ser entendido como una ruptura que desconocería la seguridad jurídica, o como el de una interpretación que atentaría contra el patrimonio público, toda vez que si el Estado no responde, por la violación de los derechos humanos, no habrá posibilidad alguna de que los valores y principios que trazó el constituyente en la Carta Política de 1991, se vean efectivamente realizados.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda E.

De lo contrario, no se entendería el por qué el Estado puede perseguir a las personas responsables de violaciones a derechos humanos sin que opere la prescripción de la acción penal y, desde el lado opuesto, no pudieran las víctimas de la trasgresión buscar la reparación del daño en cabeza del Estado; este último, principal encargado de la protección y satisfacción de las garantías humanas³⁷.

Por último, se requiere hacer especial énfasis en el cuidado y valoración que deben emplear los jueces al momento de admitir las correspondientes demandas, como quiera que la única forma de morigerar los términos de caducidad, se dará en aquellos eventos en los cuales de los hechos narrados en la demanda, así como de las pruebas acompañadas con la misma, se desprenda de forma clara y manifiesta que la reparación que se pretende tiene su origen en la vulneración de derechos humanos; de lo contrario, si aquella se fundamenta en los conceptos antes delineados, con el fin de revivir o retomar términos procesales ya vencidos, el juez deberá dar aplicación estricta al artículo 143 del C.C.A., y proceder a rechazarla de plano³⁸.

2.3. El caso Concreto

Dentro del presente asunto, los demandantes formularon las siguientes pretensiones:

³⁷ "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente, concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes; si son injustas han de ser reformadas o abolidas. **Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar.**" (Resalta la Sala) RAWLS, John "Teoría de la Justicia", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, Pág. 17.

³⁸ "Podemos, por tanto, corregir la afirmación con que comenzamos este epígrafe. Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier "señor del derecho" hay una radical incompatibilidad. El derecho no es propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos." ZAGREBELSKY, Gustavo "El derecho dúctil", Ed. Trotta, Pág. 153.

“PRIMERA: Declarar administrativamente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL, entidades representadas por el SEÑOR MINISTRO DE DEFENSA, Dr. JUAN MANUEL SANTOS o quien haga sus veces en sus faltas temporales o absolutas y así lo demuestre ante éste Despacho, de los daños y perjuicios tanto morales como materiales objetivados y subjetivados, presentes y futuros, causados a los demandantes, MILLER ANDRÉS RODRÍGUEZ ORTÍZpor la omisión, negligencia y falla de servicio de la parte demandada, la logística militar e insuficiencia bélica y apoyo militar a la Base Antinarcóticos de Miraflores (Guaviare) que ha debido tener la parte demandada frente al anunciado ataque de la Guerrilla de las FARC perpetrado el 3 y 4 de Agosto de 1998 que determinó el plagio y la pérdida de la libertad, torturas, los tratos inhumanos soportados desde el 3 de Agosto de 1998 hasta el 21 de julio de 2001 el demandante MILLER ANDRÉS RODRÍGUEZ ORTÍZ y por el permanente perjuicio tanto moral como material, objetivado y subjetivado, presente y futuro que padece la parte demandada (sic), derivado de la omisión, negligencia y falla del servicio en la protección y garantía que ha debido otorgar dentro del marco del cumplimiento prioritario de las normas del derecho internacional humanitario referidas a los atributos propios del ser humano derivado de su dignidad, derecho a la igualdad, derecho a la libertad, a la vida, a no sufrir torturas, tratos inhumanos o crueles, a la garantía constitucional de la protección integral de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, derecho a la seguridad social, en los hechos ocurridos, durante y después del secuestro del soldado y demandante MOISÉS CABALLERO CÁRDENAS.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL, a la reparación integral del daño que padece la parte demandante, es decir, al pago del perjuicio a título de LUCRO CESANTE Y DAÑO MORAL, conforme al siguiente desglose:

(...)”

Igualmente dentro de los hechos de la demanda puso de presente que:

“11. una vez prisioneros de la guerrilla, permanecieron en su poder desde el día de la toma o sea el tres (4) (sic) de agosto de 1.988 (sic) hasta el día 28 de junio de 2.001, cuando fueron liberados con la participación de la Cruz Roja Internacional, sufriendo las mas humillantes vejaciones, la tortura, el trato inhumano tanto físico como mental y sobreviviendo a condiciones deplorables, infrahumanas en campos de concentración de la guerrilla de las FARC, dentro de una guerra ilegítima, hechos que marcaron para siempre la vida de mi representado excombatiente de las fuerzas militares de Colombia y la integridad familiar.

12. Además la falla e inoperancia de la parte demandada, mi mandante sufrió martirios de un actuar remiso incompetente e irracional del Estado, que lo apartó del mundo por más de dos años sin la esperanza de volver a reintegrarse a la sociedad, sin más miramientos, sin ningún tipo de resarcimiento por el tiempo en que estuvo secuestrado por la guerrilla, sin percibir los emolumentos que como servidor de la patria corresponde por el tiempo que permaneció en poder de la guerrilla, sin ningún tipo de indemnización por el daño moral, síquico y material que padeció, y que aún padece y que llevará toda la vida, por el menosprecio a su labor en combate no reconocida por el Estado. Por el contrario su sacrificio para con la patria, ha sido olvidado, a pesar de haber sido su secuestro, en ejercicio de la prestación de servicio personal como defensor de la Patria. No se le ha nombrado y condecorado por su heroísmo, ni en el más remoto de los pueblos de Colombia, omisiones todas que violan el derecho internacional humanitario.

(...)

14. Incide en consecuencia lo expuesto, en el stress post traumático de lo vivido por el demandante ex secuestrado, quien no solo padeció el delito de torturas, el trato cruel e inhumano soportados durante su secuestro, de lesa humanidad sino que todo el tiempo se sintió desprotegido por la parte demandante (sic), es decir, desde que prestó su servicio en la Base Militar de Miraflores, durante su cautiverio y después de éste, al no haber tenido eficientemente ningún auxilio psicológico, moral ni físico y haber sido dado de baja sin ninguna

protección ni a él ni a su familia, daño que permanece en la parte actora y la ha sumido día a día, en total neurosis post traumática y sentimientos de menosvalía (sic) e incapacidad laboral y detrimento de la integridad y armonía familiar de todos los demandantes.”

Dentro del mismo escrito, y específicamente sobre la caducidad de la acción de reparación directa por violación de derechos humanos, la parte actora sostuvo:

“De la CADUCIDAD. Me permito manifestar al honorable Tribunal, que no se ha configurado el fenómeno jurídico de la caducidad, por cuanto la omisión de la parte demandada para satisfacer las mínimas obligaciones que tiene para con el demandante ex secuestrado, ex combatiente de su institución y con derechos para continuar dentro de la misma una vez liberado, y para asistir a toda su familia, continúa, sin que halla cesado inmisericorde el daño moral que padece cada día de forma creciente en el Actor y toda su familia.

Y no sólo deberá entenderse que la caducidad no opera en el sub judice de acuerdo a nuestra jurisprudencia y doctrina, sino bajo el acatamiento de los tratados y convenciones internacionales, que otorga la imprescriptibilidad, no caducidad, de los derechos humanos consagrados en los convenios y tratados de derecho humanitario, ratificados por el Congreso, entre otros, convenios de Ginebra 1, 2 y 3, romas (sic) rectoras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fallos proveídos por la Corte Permanente de Justicia internacional, como Tribunal Supranacional y demás, los que a su vez hacen parte del ius Mogens de obligatorio y prioritario cumplimiento conforme el artículo 93 de la C.N. y el 53 de la Convención de Viena de 1969.

Toda la normatividad internacional, avala el pronunciamiento de ser las torturas como las probadas sufrió el demandante ex secuestrado MILLER ANDRÉS RODRÍGUEZ ORTÍZ durante todo el tiempo en que permaneció secuestrado por las FARC, un DELITO DE LESA HUMANIDAD, por ende es imprescriptible la acción indemnizatoria que puede invocar la parte actora.

Siendo el nexa causal del perjuicio que padece la parte demandante la omisión y falla del servicio en los términos expuestos, es decir antes, durante el secuestro y después del mismo, permaneciendo y acrecentando dicho perjuicio con el transcurso del tiempo, el Estado Colombiano en acatamiento de las normas internacionales, supralegales y legales, está en la obligación de reparar íntegramente el daño que padece la parte demandante.

Como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado en Sentencia No.6750 del 17 de julio de 1992:

En cuanto a la reparación integral del daño, las normas contenidas en tratados y convenios internacionales, su prevalencia y la no caducidad del derecho a reclamar cuando se es sujeto de delitos de lesa humanidad y se ha violado el derecho humanitario a la igualdad a la libertad, a la vida y cuando el daño como consecuencia de ésta violación no solo permanece sino que transtorna para siempre la víctima del mismo.

Es de exaltar la aplicación de imprescriptibilidad que las autoridades internacionales otorgan a los servidores de la patria muertos en combate, quienes son calificados como héroes y pasan a formar parte de historia, así como a quienes han sido plagiados por fuerzas enemigas. Este hecho acaba de ocurrir con los 3 ex secuestrados norteamericanos quienes permanecieron en cautiverio de las FARC y fueron liberados 2 de julio del presente año.”

De los anteriores apartes del líbela petitorio, se verifica que las pretensiones se fundamentaron en hechos relacionados con la presunta vulneración de derechos humanos; pues se hace referencia, en los supuestos fácticos a una retención ilegal de rehenes, torturas, malos tratos físicos y psicológicos, campos de concentración de secuestrados. Delitos que de acuerdo con la normatividad vigente para la época de los hechos, se encontraban tipificados dentro del los Convenios I, II, III³⁹ y IV de Ginebra⁴⁰ y Protocolos Adicionales⁴¹, en la

³⁹ Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴², en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³. Específicamente se acusa la violación del “Principio Humanitario” consagrado en el artículo 3 *Común de los Convenios de Ginebra de 1949.*, que establece un **parámetro mínimo de humanidad**, dentro de los conflictos armados, de la siguiente manera:

“Artículo 3 Común.

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;

⁴⁰ Integrada al ordenamiento interno por la Ley 5 de 1960

⁴¹ Aprobados por la leyes 11 de 1992 y 171 de 1994.

⁴² Aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986.

⁴³ aprobada por la Ley 16 de 1972

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.”

El principio en cita comporta el respeto de unas garantías mínimas o fundamentales, que son en suma obligaciones de derecho internacional que priman en caso de conflicto.⁴⁴

⁴⁴ Sobre las garantías que implica la consagración del Principio Humanitario la Corte Constitucional en sentencia C – 291 de 2007, puntualizó:

“Las garantías fundamentales como nodo de interacción entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El componente del principio humanitario consistente en la obligatoriedad de respetar las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias básicas durante los conflictos armados, constituye uno de los principales nodos de interacción del Derecho Internacional y Constitucional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En efecto, las garantías mínimas y salvaguardas humanitarias que forman parte del principio humanitario, corresponden a su vez a las disposiciones cardinales del derecho de los derechos humanos, que están plasmadas como obligaciones no derogables y derechos no sujetos a suspensión durante estados de emergencia.

Dentro de las mencionadas garantías se encuentra la prohibición de toma de rehenes, garantía que para el caso en concreto constituye el fundamento de la pretensión de los actores, pues fue la privación de la libertad a que fue sometido el señor Miller Andrés Rodríguez Ortiz por parte de un grupo no estatal cuando éste y sus compañeros habían depuesto las armas y los daños que consigo trajo dicha aprehensión, lo que dio lugar a la presentación de la demanda que se tramita.

Esta interacción, en el seno del principio humanitario, del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos más esenciales, confirma que estos dos ordenamientos jurídicos se complementan mutuamente en tiempos de confrontación armada, y que ambos comparten el objetivo cardinal de proteger los derechos básicos y la dignidad de la persona, en tiempos de guerra y de paz, limitando el poder de los Estados y de las organizaciones para salvaguardar un núcleo básico de garantías fundamentales de las que son titulares todas las personas, sin discriminación. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado, como uno de los principios **básicos** para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, el que *“los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados”*.⁴⁴ La interrelación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adquiere una especial fuerza en los conflictos armados internos: *“es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente”*⁴⁴. En igual sentido, el Preámbulo del Protocolo Adicional II dispone que *“los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”*, y el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha precisado que *“las leyes de la guerra no desplazan necesariamente a las leyes que regulan las situaciones de paz; aquellas pueden añadir elementos requeridos por la protección que debe ser otorgada a las víctimas en situaciones de guerra”*⁴⁴.

Más aún, es claro que en los casos de conflictos armados internos, las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se aplican de manera concurrente e interactúan de distintas formas en su aplicación a situaciones concretas.”

Concretamente, dicha garantía, se encuentra definida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en la ley 837 de 2007⁴⁵, mediante la cual se aprobó la Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979, que tipificó la conducta así:

“Artículo 1

1. Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "el rehén") o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención.

2. Toda persona que

a) intente cometer un acto de toma de rehenes, o

b) participe como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes comete igualmente un delito en el sentido de la presente Convención.”

Sobre la prohibición de toma de rehenes, la Corte Constitucional en sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, con ponencia del doctor Manuel José Cepeda Espinoza, precisó:

“La garantía fundamental de la prohibición de la toma de rehenes durante conflictos armados no internacionales, en tanto parte integrante del principio humanitario y en sí misma considerada, tiene la triple naturaleza de ser una norma convencional, consuetudinaria y de *ius cogens* de Derecho Internacional Humanitario. **Su violación**

⁴⁵ Declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-405 del 4 de mayo de 2004. M.P. Clara Ines Vargas Hernández.

constituye un crimen de guerra que da lugar a responsabilidad penal individual; también puede constituir un crimen de lesa humanidad cometido en el marco de un conflicto armado interno.

El crimen de toma de rehenes ha recibido las más enérgicas condenas por parte de instancias internacionales a todo nivel.

Como se vió, la prohibición de la toma de rehenes está consagrada en tanto garantía fundamental inherente al principio humanitario en distintos tratados internacionales vinculantes para Colombia en casos de conflicto armado interno - concretamente, en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Artículo 4-2-c del Protocolo II Adicional de 1977. Además, la prohibición de la toma de rehenes ha adquirido carácter consuetudinario, tanto por su carácter de garantía integrante del principio humanitario contenido en el Artículo 3 Común (que ha hecho tránsito a la costumbre en su integridad), como autónomamente. En efecto, el carácter consuetudinario de la prohibición de la toma de rehenes ha sido confirmado por la sistematización del CICR, así como su aplicabilidad tanto a conflictos armados internacionales como a conflictos armados no internacionales, luego de un cuidadoso análisis de su proscripción en instrumentos internacionales, legislaciones nacionales y distintos actos que constituyen una práctica general, uniforme y reiterada aceptada como obligatoria por la comunidad internacional⁴⁶.

Más aún, la prohibición de la toma de rehenes ha sido catalogada como una norma imperativa de derecho internacional, o norma de *ius cogens* en sí misma. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la prohibición de la toma de rehenes en el Derecho Internacional Humanitario refuerza, en la práctica, varias garantías no derogables provistas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –que incluyen el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de la persona,

⁴⁶ Sistematización del CICR, **Norma 96:** “Queda prohibido tomar rehenes”. En el contexto de los conflictos armados internacionales, la toma de rehenes ha sido prohibida adicionalmente por el Cuarto Convenio de Ginebra (artículos 34 y 147) y clasificada como una violación grave del mismo, y da lugar a responsabilidad penal como crimen de guerra.

la prohibición de las torturas y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como la protección contra la detención arbitraria-, lo cual, como se precisó anteriormente, es una indicación clara del carácter imperativo, perentorio o de *ius cogens* de esta última. En ese preciso sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Comentario General No. 29 sobre el Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual se explica que la toma de rehenes, al desconocer garantías no derogables en tiempos de conflicto armado, es una violación de normas imperativas o perentorias de derecho internacional, por lo cual no se puede invocar bajo ninguna circunstancia el estado de excepción para justificarla: *“Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4º del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes...”*. Más adelante en este mismo Comentario General se señala que la prohibición de la toma de rehenes es una disposición que no puede ser objeto de suspensión, y que su carácter absoluto se justifica en virtud de *“su condición de [norma] de derecho internacional general”*. El acuerdo unánime de la comunidad internacional respecto de la prohibición absoluta de la toma de rehenes se refleja, entre otras, en que el artículo 4(2)(c) del Protocolo Adicional II, que la consagra, fue adoptado por consenso⁴⁷. La gravedad de las violaciones de la prohibición ha sido resaltada por entes especializados tales como la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que en su proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1991 caracteriza la toma de rehenes como un crimen de guerra excepcionalmente grave, y como una violación seria de los principios y reglas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados.

Haciendo eco de la naturaleza estricta y perentoria de la prohibición de la toma de rehenes, varias organizaciones internacionales han condenado sistemáticamente la comisión de este crimen en conflictos armados tanto internos como internacionales, resaltando su gravedad. En particular, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha

⁴⁷ Sistematización del CICR, p. 2263.

condenado la toma de rehenes en la Resolución 638 del 31 de julio de 1989, aprobada por unanimidad, sobre “La cuestión de la toma de rehenes y el secuestro”, en la cual se declara *“profundamente perturbado por la frecuencia de los casos de toma de rehenes y de secuestro y el continuo y prolongado encarcelamiento de muchos de los rehenes”*, afirma que *“la toma de rehenes y los secuestros son delitos que preocupan profundamente a todos los Estados y constituyen serias violaciones del derecho humanitario internacional, con graves consecuencias adversas para los derechos humanos de las víctimas y sus familias y para la promoción de las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados”*, posteriormente *“condena inequívocamente todos los actos de toma de rehenes y de secuestro”*, y *“exige que se ponga en libertad inmediatamente y en condiciones de seguridad a todos los rehenes y personas secuestradas, independientemente del lugar en que se encuentren detenidos y de quien los tenga en su poder”*, exhortando luego *“a todos los Estados a que utilicen su influencia política de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional a fin de lograr la liberación en condiciones de seguridad de todos los rehenes y personas secuestradas e impedir que se cometan actos de toma de rehenes y de secuestro”*. Finalmente, el Consejo *“insta a que se desarrolle aún más la cooperación internacional entre los Estados para la formulación y adopción de medidas eficaces que se ajusten a las normas del derecho internacional a fin de facilitar la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de todos los actos de toma de rehenes y de secuestro como manifestaciones de terrorismo”*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, ha condenado reiteradamente la toma de rehenes, y en su resolución más reciente sobre el particular –la Resolución 61/172 del 19 de diciembre de 2006, adoptada sin votación, es decir, por consenso unánime– reafirma enérgicamente la proscripción de esta grave violación del Derecho Internacional Humanitario, así: (i) recuerda en primera instancia *“la Declaración Universal de Derechos Humanos, que garantiza, entre otras cosas, el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona y a no ser sometido a torturas ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la libertad de circulación y*

la protección contra la detención arbitraria"; (ii) recuerda la proscripción convencional de la toma de rehenes por la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979 y la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973; (iii) invoca las diversas resoluciones del Consejo de Seguridad *"en que se condenan todos los casos de terrorismo, incluida la toma de rehenes y, en particular la resolución 1440 (2002), de 24 de octubre de 2002"*; (iv) se declara *"consciente de que la toma de rehenes constituye un crimen de guerra con arreglo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y es también una violación grave de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra"*; (v) se declara *"preocupada por el hecho de que, a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional, los actos de toma de rehenes, en sus distintas formas y manifestaciones, incluidos, entre otros, los perpetrados por terroristas y grupos armados, siguen produciéndose y hasta han aumentado en muchas regiones del mundo"*; (vi) reconoce que *"la toma de rehenes requiere una acción resuelta, firme y concertada de la comunidad internacional, estrictamente acorde con las normas internacionales de derechos humanos, para acabar con esa práctica aborrecible"*; (vii) *"reafirma que la toma de rehenes, dondequiera que se cometa y quienquiera que sea su autor, es un delito grave destinado a destruir los derechos humanos y es injustificable en toda circunstancia"*; (viii) *"condena todos los actos de toma de rehenes dondequiera que se realicen"*; (ix) *"exige que todos los rehenes sean liberados inmediatamente y sin condiciones previas de ningún tipo y expresa su solidaridad con las víctimas de la toma de rehenes"*, y (x) *"exhorta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, para prevenir, combatir y castigar los actos de toma de rehenes, incluso fortaleciendo la cooperación internacional en esta materia"*. La Asamblea ha efectuado afirmaciones similares o idénticas en varias resoluciones anteriores a ésta, tales como la Resolución 57/220 del 18 de febrero de 2002.

El Consejo de Seguridad también ha condenado casos específicos de toma de rehenes en distintos conflictos armados internos e internacionales⁴⁸, como lo ha hecho la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁹, catalogando estos actos como hechos atroces que violan gravemente las normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario.

En esta misma línea, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1998/73 del 22 de abril de 1998 sobre “Toma de Rehenes”, en la cual (i) recuerda como primera medida los derechos inderogables afectados por la toma de rehenes –enuncia *“la Declaración Universal de Derechos Humanos que garantiza el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, a no ser sometido a torturas o tratos degradantes, así como la libertad de circulación y la protección contra la detención arbitraria”*-, (ii) declara su preocupación *“por el hecho de que, a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional, los actos de toma de rehenes, en sus distintas formas y manifestaciones, incluidos, entre otros, los perpetrados por terroristas y grupos armados, han aumentado en muchas regiones del mundo”*, (iii) reconoce que *“la toma de rehenes exige que la comunidad internacional despliegue esfuerzos decididos, firmes y concertados, de conformidad estricta con las normas internacionales de derechos humanos, para acabar con esas prácticas abominables”*, (iv) luego *“Reafirma que la toma de rehenes, dondequiera y por quienquiera que se realice, es un acto ilícito cuyo objetivo es destruir los derechos humanos y que, en cualquier circunstancia, resulta injustificable”*, (v) *“condena todos los actos de toma de rehenes que se realicen en cualquier parte del mundo”*, (vi) *“exige que todos los rehenes sean liberados inmediatamente y sin condiciones previas de ningún tipo”*, y (vii) *“pide a los Estados que*

⁴⁸ Así lo ha hecho en relación con casos de toma de rehenes en **Kuwait** [Resoluciones 664 del 18 de agosto de 1990, 674 del 29 de octubre de 1990, 686 del 2 de marzo de 1991 y 706 del 15 de agosto de 1991], **Tayikistán** [Declaraciones del Presidente del Consejo de Seguridad del 7 de febrero de 1997 y del 24 de febrero de 1998], y **Sierra Leona** [Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad del 26 de febrero de 1998].

⁴⁹ Ver, por ejemplo, la Resolución 53/164 del 9 de diciembre de 1998 sobre la situación en Kosovo.

adopten todas las medidas necesarias, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional y de las normas internacionales de derechos humanos, para prevenir, combatir y reprimir los actos de toma de rehenes, inclusive mediante el fortalecimiento de la cooperación internacional en esta materia". Estas mismas declaraciones se han reafirmado posteriormente, en términos similares, en las Resoluciones 2000/29 y 2001/38 de la misma Comisión.

En igual tono, en la Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos se declara *"preocupada por la desaparición de personas y la toma de rehenes especialmente durante los conflictos armados, así como por el sufrimiento que esto causa a los familiares y personas cercanas durante y después de haber finalizado el conflicto"*.

En consonancia con la naturaleza absoluta e imperativa de la prohibición, la toma de rehenes ha sido clasificada como un crimen de guerra a nivel convencional y consuetudinario. Así está tipificada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y en los estatutos de los Tribunales Penales Especiales para la Antigua Yugoslavia⁵⁰ y para Ruanda⁵¹, así como en el estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona⁵². El Estatuto de Roma, que resulta directamente vinculante para Colombia en esta materia, dispone en su artículo 8(2)(c)(iii), para los conflictos armados internos:

"Artículo 8. Crímenes de guerra. (...) 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por 'crímenes de guerra': (...) (c) *En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen*

⁵⁰ Art. 2-h.

⁵¹ Art. 4-c.

⁵² Art. 3-c.

*directamente en las hostilidades, **incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas** y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: (...) (iii) la toma de rehenes”.*

La definición consuetudinaria del delito de toma de rehenes ha sido plasmada en los Elementos de los Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional⁵³; es decir, a la fecha en que se adopta la presente providencia, existe una definición consuetudinaria de los elementos constitutivos de este crimen de guerra que forma parte, igualmente, del bloque de constitucionalidad colombiano. El crimen de guerra de toma de rehenes se configura así, en el ámbito de los conflictos armados de carácter no internacional, cuando están presentes los siguientes elementos: (a) la detención o retención de una o más personas (el o los rehenes), (b) la amenaza de asesinar, lesionar o continuar la retención del rehén, (c) con la intención de obligar a *un tercero* –que puede ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas- a hacer o abstenerse de hacer un acto determinado, (d) como condición explícita o implícita para la liberación o la seguridad del rehén. (negrilla de la Sala)

⁵³ Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional establecen en su artículo 8.2.c.iii) los siguientes elementos para el crimen de guerra de toma de rehenes en conflictos armados de carácter no internacional: “1. *Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas.* // 2. *Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas.* // 3. *Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas (las negrillas son nuestras).* // 4. *Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.* // 5. *Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.* // 6. *Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.* // 7. *Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.”*

En ese orden de ideas, es claro que la retención de personal militar que ha depuesto las armas con ocasión del conflicto interno, por parte de cualquier agente externo, con la intención de obligar al Estado a hacer o abstenerse de realizar una conducta, por el sólo hecho de que los rehenes tengan la calidad de agentes del Estado, constituye per se un ataque a la institucionalidad del mismo y por tanto cualquier daño que se cause a aquellos con ocasión de esa privación de la libertad es imputable al Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución.

Así las cosas, como la demanda se formuló en contra de las entidades demandadas con el fin de que se reparen los perjuicios derivados entre otros, de la violación de los derechos humanos, específicamente por la toma de rehenes, y como quiera que el señor Miller Andrés Rodríguez Ortiz era un miembro de las fuerzas armadas que había depuesto las armas, después de la toma guerrillera a la base militar de Miraflores, situación que constituye un delito de lesa humanidad a la luz del Derecho Internacional Humanitario, se hace necesario, de conformidad con las pretensiones de la demanda, atemperar las normas de caducidad, toda vez que lo reclamado se relaciona con la reparación de un perjuicio producto de una violación de derecho internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario que es imprescriptible.

Adicionalmente, si bien es cierto que la retención ilegal de los soldados la cometió el grupo guerrillero luego del enfrentamiento en el municipio de Miraflores, es claro que ese delito de lesa humanidad se produjo, dentro de la dinámica o en el rol de la omisión del Estado al no proporcionar la protección necesaria para la defensa de sus agentes e instalaciones durante el ataque mencionado.

Es por lo anterior, que disiento de lo decidido por la Sala, en cuanto confirmó lo resuelto por el *a quo* al señalar que la acción de reparación directa había caducado frente a la violación de derechos humanos anunciada en el líbelo petitorio.

En los anteriores términos, dejo planteada mi posición, en relación con el contenido y alcance de la regla de caducidad de la acción de reparación directa, cuando el daño proviene de una violación o desconocimiento a derechos humanos.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra.