

1

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, octubre diecinueve (19) de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-
EJÉRCITO NACIONAL.
MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE
EXPEDIENTE: 50001-33-33-003-2015-00163-01

Resuelve la Sala, en 2ª instancia, el recurso de apelación formulado por la apoderada de la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**, contra el auto del 21 de febrero de 2017, proferido en audiencia inicial por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual se declaró no probada la excepción de **CADUCIDAD** del medio de control **REPARACIÓN DIRECTA** instaurado por **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**.

I. ANTECEDENTES

PROVIDENCIA APELADA

El A-Quo mediante **auto del 21 de febrero de 2017**, proferido en audiencia inicial, dispuso declarar no probada la excepción de **CADUCIDAD** del medio de control **REPARACIÓN DIRECTA** instaurado por **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**, por considerar que según la regla general contenida en el artículo 164 del C.P.A.C.A., debe tener en cuenta las características de los delitos de lesa humanidad, como son, que sean graves vulneraciones

Expediente: **50001-33-33-003-2015-00163-01**

Referencia: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.**

Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.**

contra la dignidad humana, que niegan la existencia de los derechos humanos, sean ejecuciones contra la población civil y se desarrollen en el marco de un ataque que revista las condiciones de generalizado o sistemático, lo que ha reconocido el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y la **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, dando prevalencia a la reparación del daño antijurídico sin perjuicio del tiempo transcurrido. Así lo ha señalado **H. CONSEJO DE ESTADO** que en los actos de lesa humanidad no opera el fenómeno de caducidad.

Argumenta que no negarse ni afirmarse de manera certeza la posible configuración de un acto de lesa humanidad y en Despacho en garantía del acceso efectivo y material a la Administración de Justicia continuará el trámite y al momento de dictar sentencia se analizará si opera o no el fenómeno de la caducidad en este medio de control. (fls. 579 y 580 cuad. 2)

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del Ente demandado **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** interpone recurso de apelación contra el anterior auto, y el **MINISTERIO PÚBLICO** coadyuva el recurso.

Estima la apoderada del demandado, que la fecha de conocimiento del daño antijurídico es indispensable para la declaración de la responsabilidad, y desde el momento que se dio la muerte de **NICASIO FAJARDO TRIANA** los familiares tuvieron conocimiento de quienes eran los responsables. Señala que al establecer la lesa humanidad o la vulneración al derecho internacional humanitario y los derechos humanos, para calificar si opera o no la caducidad -cuya finalidad es que las personas tengan seguridad jurídica para acudir a la jurisdicción-, debe tenerse en cuenta que en la jurisdicción penal la conducta fue catalogada como homicidio agravado, que las características que ha establecido el estatuto de Roma, el carácter sistemático, no se encuentran conforme a lo establecido en la investigación penal. Alude que la sentencia del **CONSEJO DE ESTADO** del año 2016 a la que se hizo alusión en el proceso para no declarar la excepción, apenas viene abriendo espacio dentro de estas conductas consideradas de lesa humanidad y respecto de los cuales habría que verificar, de manera precisa, si se reúnen las características. A su juicio no está demostrado que el delito tuviera características de lesa humanidad, prueba sustancial de ello la contemplado por el Juez de conocimiento penal, que no hizo referencia a una conducta sistemática del **EJÉRCITO NACIONAL**.

Indica que otro aspecto a considerar es que frente al homicidio en persona protegida se ha empezado a estructurar una tesis jurisprudencial reiterada en que el termino

Expediente: **50001-33-33-003-2015-00163-01**

Referencia: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.**

Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL.**

de caducidad solo puede contarse a partir del momento en que se sabe quién es el responsable en materia penal, a voces del artículo 135 del Código Penal del capítulo de delitos contra el DIH, pero en el caso no fue tipificado como homicidio en persona protegida, por lo que el término empezaría a contar desde que se profirió sentencia penal. Finaliza concluyendo que frente a ambos puntos de vista está llamado a prosperar la excepción previa.

La representante del **MINISTERIO PÚBLICO** coadyuva el recurso, manifestando que dentro del proceso penal adelantado no se determinó la existencia de un delito de lesa humanidad sino de homicidio agravado, por tanto, el alcance de lesa humanidad y el control de convencionalidad no cabría en este caso, cuando no fue imputada en ese contexto y los Soldados no fueron condenados en esos parámetros del DIH ni los Derechos Humanos. Analiza que si se cuenta la caducidad desde la fecha de la toma de decisión de la sentencia de casación, el fallo en el que profirió la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** es del 9 de octubre de 2013, momento desde que se contarían los 2 años, por cuanto el debate de la responsabilidad de los agentes del Estado, solo se dirimió con la decisión penal, momento en que se tiene certeza de la ocurrencia del daño; sin embargo, finaliza comentando que se observó un fallo de segunda instancia del **TRIBUNAL SUPERIOR DE VILLAVICENCIO, SALA PENAL**, que declaró la responsabilidad de uno de los responsables, el cual no interpuso casación, por lo que se debe tener en cuenta esa fecha para contar el término.

Se corrió traslado al apoderado de la parte demandante, quien manifestó que si se tiene como fecha la sentencia de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, ejecutoriada el 18 de octubre de 2013, el término de caducidad vencería el 18 de octubre de 2015, interponiéndose en término la demanda el 17 de abril de 2015. Menciona que se debe tener en cuenta la sentencia de la **CORTE CONSTITUCIONAL T 352 del 6 de julio de 2016**, que aduce lo referente a las ejecuciones extrajudiciales y que en la casación y las instancias se ha demostrado que se trata de delitos impetrados por el **EJÉRCITO NACIONAL**. Que por bloque de constitucionalidad se debe optar por la protección de los delitos de lesa humanidad en casos como el presente, pues se evidencia que es una ejecución extrajudicial, que en un Estado social de derecho no admite caducidad ni prescripción.

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA:

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer, en 2ª Instancia, de los recursos de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, por ser el superior funcional del A Quo.

Expediente: **50001-33-33-003-2015-00163-01**

Referencia: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.**

Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.**

IMPEDIMENTO

La Magistrada **NILCE BONILLA ESCOBAR**, mediante oficio radicado el 10 de julio 2017 (fl .. C-2ª inst.), manifestó su impedimento de hacer parte de la Sala de decisión, con fundamento en el numeral 2º del artículo 141 del **CODIGO GENERAL DEL PROCESO**, teniendo en cuenta que fue la que profirió el auto de 1ª instancia.

El numeral 2º del artículo 141 del **CODIGO GENERAL DEL PROCESO** prescribe:

Artículo 141. Causales de recusación.

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. **Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.** (Se resalta).

La Sala encuentra fundada las razones esbozadas por la señora Magistrada, pues se advierte que conoció del presente asunto en instancia anterior, por cuanto fue quien profirió la sentencia de 1ª instancia, contra la cual se interpuso el recurso de apelación que ahora debe resolver esta Sala.

Así las cosas, se declara fundado el impedimento, razón por cual se le separará del conocimiento de la controversia de la referencia, a fin de velar por el principio de imparcialidad, que rige la Administración de Justicia.

PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se centra en decidir, si hay lugar a la excepción de **CADUCIDAD** del medio de control **REPARACIÓN DIRECTA** interpuesto en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**

CASO CONCRETO

Expediente: **50001-33-33-003-2015-00163-01**

Referencia: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.**

Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCÍTO NACIONAL.**

Según el Ente demandado, los accionantes tuvieron conocimiento de la fecha de configuración del daño antijurídico desde el momento en que se produjo, e incluso, con posterioridad tuvieron noción de quienes eran los responsables. Que el delito fue catalogado como homicidio agravado en la discusión penal no como homicidio en persona protegida, no cumpliendo las características que ha establecido el estatuto de Roma para los delitos de lesa humanidad o como vulneración al Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos

Alude que la sentencia del **CONSEJO DE ESTADO** de 2016, que fue mencionada para no operar la caducidad contempla una teoría que hasta ahora se viene abriendo paso, en contraposición con la tesis jurisprudencial reiterada que sostiene que el termino de caducidad solo puede contarse a partir del momento en que se sabe quién es el responsable, con la sentencia en materia penal.

Concluye que no se tienen demostrado que el delito fuera configurado bajo las características de un delito de lesa humanidad, prueba sustancial de ello lo expresado por el Juez de conocimiento penal, sin hacer referencia a una conducta sistemática del **EJÉRCITO NACIONAL** y que en ambas situaciones, estaría caducada la acción administrativa. (fl. 581 cuad. 2. CD de audiencia inicial).

Para el apoderado del demandante se está frente a una ejecución extrajudicial, debiéndose dar prioridad al bloque de constitucionalidad para la protección de las víctimas del delito de lesa humanidad, como en el presente caso, y que en la casación y las instancias se ha demostrado que se trata de delitos impetrados por el **EJÉRCITO NACIONAL** y quedó evidenciado que es una ejecución extrajudicial, y en un Estado social de derecho no admite caducidad ni prescripción.

En el proceso penal se extrae que los hechos ocurrieron el 19 de octubre de 2003, en inmediaciones de la **VEREDA EL VERGEL**, de **LA URIBE- META**, fue retenido por unidades del **EJÉRCITO NACIONAL** el señor **NICASIO FAJARDO TRIANA**, quien posteriormente apareció muerto por efectos de proyectil de arma de fuego, en un aparente enfrentamiento y hostigamiento que se presentó con integrantes del grupo armado al margen de la ley denominado las **FARC..**

Se estableció que el móvil de los sentenciados no era otro que legalizar la muerte de un civil, haciéndolo pasar por miembro de las fuerzas irregulares, pues de los dichos del policial que realizó el acta de inspección de cadáver se deduce que en el sitio donde se halló el cuerpo no se observó vestigios del pretendido enfrentamiento, tales como cráteres

Expediente: **50001-33-33-003-2015-00163-01**

Referencia: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.**

Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCÍTO NACIONAL.**

producidos por los aludidos artefactos explosivos con lo que dicen los Militares fueron atacados. Se dedujo que evidentemente el móvil era dar muerte al civil, sin que mediara motivación alguna, pues se encontró que el occiso era un particular que nada tenía que ver con el grupo armado, y los Militares desbordaron su deber constitucional de cuidar su integridad física de los ciudadanos, y por el contrario, atentaron en contra del interés jurídico de la vida (fl. 244 cuad. 1).

Hubo Resolución de acusación en contra de los Militares, Sub oficial Cabo Primero, **JHON FERNEY QUIMBAYO ROCHA**, como probable coautor material responsable del delito de Homicidio agravado (fls. 102 al 132 cuad. 1), y Oficial en el grado de Mayor **GUILLERMO RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, como probable determinador responsable del delito de homicidio agravado (fls. 133 a 174 cuad. 1).

Se tiene que el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GRANADA (META)** profirió sentencia de primera instancia el 22 de agosto de 2007 (fls. 227 a 252 cuad. 1) mediante la cual condenó a **JHON FERNEY QUIMBAYO ROCHA** y **GUILLERMO RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, quienes se desempeñaban como miembros del **EJÉRCITO NACIONAL** por haber sido responsables del delito de homicidio agravado en la persona de **NICASIO FAJARDO TRIANA**, el primero en calidad de autor y el segundo como determinador.

La sentencia de previamente mencionada fue confirmada en su integridad por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL SALA PENAL DE DESCONGESTIÓN DE VILLAVICENCIO- META**, mediante providencia del 14 de diciembre de 2012 (fls. 307 a 339 cuad. 2)

La decisión fue casada de oficio parcialmente (fl 394- 416), por parte de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** el 9 de octubre de 2013.

En tal entendido, corresponde a esta Sala determinar, si la conducta desplegada que dio origen a la ocurrencia del daño antijurídico tiene características que puedan enmarcarse dentro de los denominados delitos de lesa humanidad, y así mismo, si se debe dar prevalencia a la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional para reclamar la indemnización y la adopción de medidas necesarias para el restablecimiento del daño.

La jurisprudencia del **H. CONSEJO DE ESTADO**¹ ha reconocido que el principio de caducidad de los medios de control de lo contencioso administrativo, acepta

¹ H. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 15 de Noviembre de 2016. Radicación: 25000-23-36-000-2016-01320-01(58073). C.P. DE. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Reiterado en la sentencia del Consejo de Estado del 11 de mayo de 2017. Sección tercera. Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano barrera. Radicación: 25000-23-36-000-2016-01314-01(58217).

Expediente: **50001-33-33-003-2015-00163-01**

Referencia: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.**

Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCÍTO NACIONAL.**

excepciones justificadas en aplicación de los imperativos de derecho internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo tanto, como juez de convencionalidad, el máximo órgano de esta jurisdicción, ha encontrado la necesidad de darle un tratamiento especial a aquellos casos donde se produce una grave violación de derechos humanos, debiendo prevalecer la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional para reclamar la indemnización y la adopción de medidas necesarias para el restablecimiento del daño, puesto que ameritan una protección jurídico-procesal reforzada, que busca hacer efectivo el derecho fundamental de las víctimas a una reparación integral.

También ha precisado que, resulta importante resaltar que los delitos de lesa humanidad son actos de *extrema crueldad*, que niegan la existencia y vigencia de los derechos humanos al despreciar de manera grave la dignidad humana; para su configuración, se requiere que estas conductas revistan de gravedad, tenga carácter *generalizado* o *sistemático*, y estén dirigidos contra la población civil, sin importar si es en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. Por generalizado se entiende un ataque dirigido contra multiplicidad de personas o que genera gran cantidad de víctimas, y por sistemático, que es parte de un plan o política amplia, que cuenta con una planificación previa de las conductas².

Según el proceso penal obrante en estas diligencias, en el presente asunto, los miembros del **EJÉRCITO NACIONAL**, retuvieron el día 19 de octubre de **2003** en inmediaciones de la Vereda **EL VERGEL DE LA URIBE- META**, al ciudadano **NICASIO FAJARDO TRIANA** en contra de su voluntad, siendo objeto de torturas según testimonios (fl. 241 del cuad. 1) y posteriormente lo asesinaron, estando este en situación de indefensión. Que los militares, justificaron su conducta en un presunto enfrentamiento armado contra fuerzas armadas guerrilleras en la que dieron de baja a un combatiente en un enfrentamiento, que nunca existió y sin ser parte del conflicto armado.

El carácter *sistemático* o *generalizado* de esta conducta ha sido estudiado en varias ocasiones por el **H. CONSEJO DE ESTADO**³, el cual recientemente, al analizar lo correspondiente a las reparaciones directas por “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales” en cabeza de las Fuerzas Militares, práctica generalizada en Colombia, durante los años 2003 al 2012, con participación o

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 15 de noviembre de 2016, Exp. N° 25000-23-36-000-2016-01320-01(58073).

³ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 9 de junio de 2017, Radicación 54001-23-31-000-2010-00370-01(53704)A C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Expediente: **50001-33-33-003-2015-00163-01**

Referencia: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.**

Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCÍTO NACIONAL.**

acquiescencia de Agentes estatales, contra la población civil más vulnerable y con carácter sistemático que puede estar permitiendo su encuadramiento como un típico acto de lesa humanidad, a tenor del artículo 7 del Estatuto de Roma.

No comparte este Juez colegiado lo afirmado por la apelante, en el sentido de que los hechos fueron tipificados en el proceso penal como Homicidio Agravado y no como Homicidio en Persona Protegida, porque como se precisó el fallo penal, los miembros del **EJÉRCITO NACIONAL**, retuvieron el día 19 de octubre de **2003** en inmediaciones de la Vereda **EL VERGEL DE LA URIBE- META**, al ciudadano **NICASIO FAJARDO TRIANA** en contra de su voluntad, siendo objeto de torturas según testimonio (fl. 241 del cuad. 1) y posteriormente, asesinado, estando este en situación de indefensión. Que los Militares, justificaron su conducta en un presunto enfrentamiento armado contra fuerzas armadas guerrilleras en la que dieron de baja a un combatiente, enfrentamiento que nunca existió y quien no era parte del conflicto armado, estando frente a un caso de ejecución extrajudicial o falso positivo, catalogados como delitos de lesa humanidad.-

Debe tenerse en cuenta que lo decidido en dicha jurisdicción no desestima una presunta vulneración a los Derechos Humanos y el DIH, pues al contrario, de lo establecido en esa sede, se evidencian unas circunstancias conducentes a determinar que la conducta desplegada por los agentes del Estado, nos ubica ante un delito de lesa humanidad, y se debe prevalecer la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional para reclamar la indemnización y la adopción de medidas necesarias para el restablecimiento del daño.

Así las cosas, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión proferida el **auto del 21 de febrero de 2017**, por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO**, con el que se declaró no probada la excepción de **CADUCIDAD**.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**,

RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento de la Dra. **NILCE BONILLA ESCOBAR**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Expediente: **50001-33-33-003-2015-00163-01**

Referencia: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **ANA BRIYITH FAJARDO TRIANA y OTROS.**

Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.**

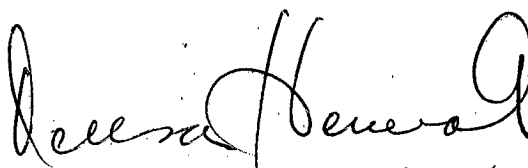
SEGUNDO: CONFIRMAR el auto del auto del 21 de febrero de 2017, proferido en audiencia inicial por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**.

TERCERO : En firme la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previa **DESANOTACIÓN** en los respectivos libros.

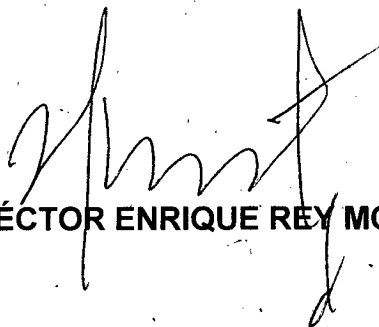
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Estudiado y aprobado en Sala de Decisión de la fecha, mediante acta N°

044.-



TERESA HERRERA ANDRADE



HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO

NILCE BONILLA ESCOBAR