

JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C

E.S.D

Referencia: Reparación Directa

Demandante: Candelaria Felicia Mejía Torres y Otros

Demandado: Nación- Mindefensa-Ejército Nacional

Radicado: 11001334306020190032800

Folios: 28

Asunto: Complementación a escrito que descurre traslado de excepciones.

Diego Fernando Posada Grajales, actuando como apoderado judicial de la parte actora en el asunto de la referencia, con el acostumbrado respeto, por medio del presente escrito me permito aportar complementación a escrito que recorrió el traslado de excepciones propuestas por la entidad demandada, el cual se allegó al despacho mediante correo electrónico el pasado 5 de agosto de 2020, dentro del término procesal propuesto.

Dicho lo anterior, adjunto al presente escrito encontrará reciente Fallo de Acción de Tutela, emanada por el Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, calendado el pasado (30) de julio de 2020, el cuál es de importante valor para el asunto que hoy nos ocupa, la providencia en mención aborda la excepción de caducidad, por lo cual se pone en conocimiento de esta sede judicial.

Con el envío del presente escrito se remite copia de correo electrónico en simultáneo a los demás sujetos procesales, acorde con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 806 de 2020.

Atentamente,

DIEGO FERNANDO POSADA GRAJALES

C.C 71.766.824

T.P 116.039 del C.S. de la J.

Correo electrónico: dieposada@gmail.com, elkinpino1@hotmail.com



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: ROBINSON ALEJANDRO GÓMEZ GIRALDO
Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUÍA

Tema: Tutela contra providencia judicial / Derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, vida, integridad personal y reparación integral / Caducidad en reparación directa / ejecución extrajudicial - menor de edad / Principio *pro infans*.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

La Sala de Subsección conoce de la impugnación formulada por los accionantes, contra la sentencia de 16 de enero de 2020, proferida por la Sección Primera de esta Corporación, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros¹, en contra del Tribunal Administrativo de Antioquía.

1. HECHOS

Los presupuestos fácticos sobre los cuales descansa la presente solicitud de protección constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, vida, integridad personal y reparación integral presuntamente vulnerados por el Tribunal Administrativo de Antioquia, son los siguientes:

El 11 de agosto de 2004, la señora María Edilma Giraldo López se dirigía junto con su hija María Juliana Gómez Giraldo, al corregimiento de Santa Ana ubicado en el municipio de Granada – Antioquia con el fin de visitar a unos familiares.

¹ Samuel Gómez Botero, Miguel Ángel Gómez Botero, Hersilia Inés Gómez, Marleny Amparo Gómez Gómez, María Nohemy Gómez Gómez, Gabriela del Socorro Gómez Gómez, Luz Margarita Gómez Gómez, Nestor Julio Gómez Gómez, Gloria Elcid Gómez Gómez, Ana Lilia Gómez, Aura Ester Gómez, Jesús María Gómez Gómez, Luis Manuel Gómez Gómez, Lilia Rosa Giraldo López, Gloria Elsi López Gómez, Ana Milena Ríos Gómez, Luisa Fernanda Gómez Gómez, Leidy Johana López Gómez, Danilo López Gómez, Jorge Alberto López Gómez, Luz Amanda Noreña Giraldo, Gonzalo de Jesús Noreña Giraldo, Flor Marina Noreña Giraldo, Gloria Inés Noreña Giraldo, Luz Mary Noreña Giraldo, Leidy Yurany Noreña Giraldo, Eliana María Noreña Giraldo.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

En dicho desplazamiento se encontraron con miembros del Ejército Nacional. La menor procedió a reclamarles por la desaparición y muerte de su padre Ramón Abel Gómez, a lo que los soldados respondieron accionando sus armas de dotación e impactándola en una de sus piernas.

La madre de María Juliana Gómez Giraldo intentó auxiliarla pero solo pudo observar cómo los miembros del ejército se llevaban a su hija arrastrándola por el piso. Finalmente, frente a ella, los soldados procedieron a terminar con la vida de la menor. Más adelante se sabría que el cuerpo de María Juliana (Q.E.P.D.) fue inhumado como N.N. en el Cementerio del municipio de Cocorná - Antioquia.

Por lo anterior, el 20 de enero de 2017, el señor Robinson Alejandro Gómez y otros², instauraron demanda en el medio de control de reparación directa en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación que por reparto correspondió al Juzgado 29 Administrativo del Circuito Judicial de Medellín. Despacho que en providencia de 22 de enero de 2019, declaró no probada la excepción de caducidad propuesta por el Ejército Nacional, al considerar que se trató de un delito de lesa humanidad.

Apelada la decisión por la entidad demandada, el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante auto de 27 de junio de 2019, revocó lo resuelto por el *a quo* y en su lugar declaró probada la excepción de caducidad al concluir que el daño antijurídico cometido en la persona de María Juliana no era un hecho que pudiera considerarse imprescriptible.

Años atrás, el 28 de agosto de 2006, el Juzgado 31 de Instrucción Penal Militar, inició investigación en contra de los soldados Niño Sanabria Freud Amín, Narváez Darío Iván, Diosca Blandón Diego Alberto, Muñoz Oquendo Juan Carlos, Para Zea Edwin y Quintero López José Manuel, por el homicidio de persona de sexo masculino y de la menor María Juliana Gómez Giraldo.

El 5 de agosto de 2015, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, al resolver el conflicto de jurisdicciones

² Samuel Gómez Botero, Miguel Ángel Gómez Botero, Hersilia Inés Gómez, Marleny Amparo Gómez Gómez, María Nohemy Gómez Gómez, Gabriela del Socorro Gómez Gómez, Luz Margarita Gómez Gómez, Nestor Julio Gómez Gómez, Gloria Elcid Gómez Gómez, Ana Lilia Gómez, Aura Ester Gómez, Jesús María Gómez Gómez, Luis Manuel Gómez Gómez, Lilia Rosa Giraldo López, Gloria Elsi López Gómez, Ana Milena Ríos Gómez, Luisa Fernanda Gómez Gómez, Leidy Johana López Gómez, Danilo López Gómez, Jorge Alberto López Gómez, Luz Amanda Noreña Giraldo, Gonzalo de Jesús Noreña Giraldo, Flor Marina Noreña Giraldo, Gloria Inés Noreña Giraldo, Luz Mary Noreña Giraldo, Leidy Yurany Noreña Giraldo, Eliana María Noreña Giraldo



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

suscitado entre la Fiscalía 37 especializada DNFE DH y DIH y el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, asignó la competencia para conocer de la investigación a la Jurisdicción Penal Ordinaria.

En cumplimiento de lo anterior, el 7 de septiembre de 2015, la Fiscalía General de la Nación resolvió que la investigación SIJUF 9931, originada por el homicidio de persona de sexo masculino y de la menor María Juliana Gómez Giraldo, correspondía a la Fiscalía 37 Especializada con sede en la Ciudad de Medellín.

2. PRETENSIONES

Las pretensiones de la acción de tutela son las siguientes (Fol. 32):

« Tutelar los derechos fundamentales al : i) Libre acceso a la administración de justicia y debido proceso, en cuanto a la supremacía del principio de justicia material y prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procedimental, que tiene por fundamento el derecho a una tutela judicial efectiva y la no denegación de justicia (Artículos 29-228 y 229 de la Constitución, en concordancia con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-Garantías judiciales-); ii) Supremacía constitucional sobre leyes y jurisprudencia (Artículo 4 de la Constitución); iii) -inobservancia del precedente jurisprudencial vertical y horizontal que aplica la excepción a la caducidad del medio de control de reparación directa en casos de graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. Todo lo anterior, en concordancia con el bloque de constitucionalidad (Artículo 93 de la Constitución) y la obligación internacional de los operadores judiciales de actuar ejerciendo un estricto control de convencionalidad (Artículo 1 y 2 de la Convención Americana); iv) Derecho a la igualdad de las víctimas en casos de graves violaciones a los derechos humanos, en especial: Derechos a la vida (Artículo 4 de la Convención Americana y 11 de la Constitución), e integridad personal (Artículo 5 de la Convención Americana y 12 y 44 de la Constitución), todo ello en conexidad con la obligación del Estado Colombiano establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; declarando que la providencia judicial del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUÍA, SALA CUARTA DE ORALIDAD, con ponencia del Magistrado GONZALO ZAMBRANO VELANDIA, del 29 de junio de 2019, dentro del medio de control de reparación directa con radicado 05001 33 33 029 2017 00018 01, incurrió en defecto material o sustancial , teniendo en cuenta que: I) La *ratio decidendi* del H. Tribunal Administrativo de Antioquia se muestra injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución, habida cuenta que la **víctima** era **menor de edad** al momento de ser ejecutada por miembros del Ejército Nacional y que,



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

tanto a ella como a su familia, la cobijan garantías constitucionales como el **deber de protección reforzada** en aras de la protección del **interés superior del menor**; II) La decisión se funda en una interpretación no sistemática del derecho que vulnera garantías como el **ius cogens** internacional. III) Se desconoció el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación y IV) El juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando corresponde (T-640/15)».

3. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La parte accionante considera que el Tribunal Administrativo de Antioquía, al proferir el auto de 27 de junio de 2019, incurrió en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente jurisprudencial, por las siguientes razones:

- El Tribunal Administrativo de Antioquia, al proferir la providencia objeto de reproche, incurrió en **defecto sustantivo** al no tener en cuenta que la víctima era menor de edad al momento de ser ejecutada por miembros del Ejército Nacional y tanto a ella como a su familia los cobijan las garantías constitucionales como el deber de protección reforzada por la el interés superior del menor (principio *pro infans*). Es decir que la decisión se fundó en una interpretación no sistemática del derecho, vulneró garantías del *ius cogens* y se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.
- Hubo una **inobservancia del precedente jurisprudencial** horizontal y vertical que aplica la excepción a la caducidad del medio de control de reparación directa en casos de graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad en concordancia con el bloque de constitucionalidad. Señaló como precedente jurisprudencial las siguientes providencias:

Horizontal:

- Auto de 19 de julio de 2019, a través del cual la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquía, manifestó que a pesar de la disparidad de criterios entre las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consideró que conforme al criterio mayoritario de la Alta Corporación, no debe aplicarse el fenómeno de la caducidad de las acciones tratándose de hechos catalogados como de lesa humanidad, sin que se haya llevado a cabo la etapa probatoria.

Vertical:



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Órdenes Guerra y otros vs Chile de 29 de noviembre de 2018, encontró razonable que ante los hechos calificados como crímenes contra la humanidad, las acciones de responsabilidad civil que garantizan la responsabilidad de las víctimas, no sean objeto de prescripción, y aclaró que la imprescriptibilidad se justifica en "la obligación del Estado de reparar por la naturaleza de los hechos y no depende del tipo de acción que busque hacerla valer".
- En Sentencia de 30 de agosto de 2018, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Expediente 61798), señaló que observando el estándar internacional, ha inaplicado los términos de caducidad en casos de crímenes atroces para garantizar a las víctimas el acceso a la administración de justicia y un reparación adecuada.
- El anterior fundamento, también lo sostuvo la Subsección B de la Sección Tercera en providencias de 2 de mayo de 2016, 30 de mayo de 2017, entre otras.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 20 de noviembre de 2019, la Sección Quinta de esta Corporación, admitió la presente acción constitucional y ordenó notificar al Tribunal Administrativo de Antioquía, al Consejo Superior de la Judicatura, al Juzgado 29 Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a la Fiscalía General de la Nación, a los demandantes del proceso 05001-33-33-029-2017-00018-00 y a los demandantes del proceso 05001-33-33-021-2017-00428-00, para que dentro de los (2) días siguientes, contados a partir de la notificación de la providencia, procedieran a rendir el respectivo informe.

Posteriormente, en providencia de 6 de diciembre de 2019, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Luis Alberto Álvarez Parra, remitió la tutela de la referencia al Despacho de la Dra. Nubia Margoth Peña Garzón para su eventual acumulación al proceso identificado con Radicado No. 2019-04418-00.

Al momento de realizar el estudio de la posible acumulación, la Sección Primera del Consejo de Estado ya había proferido sentencia en la tutela identificada con radicado 2019-04418-00, razón por la cual, resolvió proferir el fallo de primera instancia de la presente acción Constitucional, sin la acumulación de los procesos.

Luego de su impugnación, previo a proferir sentencia de segunda instancia dentro la acción de tutela de la referencia, este Despacho en providencia de 30 de abril de 2020, requirió a la Fiscalía General de la



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

Nación para que remitiera la siguiente información sobre los señores Niño Sanabria Freud Amín, Narváez Darío Iván, Diosa Blandón Diego Alberto, Muñoz Oquendo Juan Carlos, Para Zea Edwin y Quintero López José Manuel, investigados en el proceso adelantado por la Fiscalía 37 especializada, identificado con radicado número 11001606660642004009931, por el homicidio de persona de sexo masculino y de la menor María Juliana Gómez Giraldo:

- Relación de los hechos sobre los cuales se realiza la investigación.
- Delitos por los cuales están siendo investigados.
- Copia de las providencias que han sido proferidas e indicación del estado actual del proceso.
- Señalar si sobre los investigados, versa alguna condena penal, en qué procesos y sobre qué delitos. En caso de que exista condena, enviar copia de dichas providencias.

El 15 de julio de 2020, pasó al Despacho la respuesta otorgada por la Fiscalía 106 Especializada DECVDH de Medellín, la cual fue remitida por correo electrónico, el 9 de julio calendario.

5. INTERVENCIONES

5.1. La Fiscalía General de la Nación³, solicitó rechazar por improcedente la presente tutela, al considerar que no se cumplen las causales generales de procedencia de la acción constitucional contra providencias judiciales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los accionantes no identificaron el tipo de error en que presuntamente incurrió la providencia controvertida y por lo tanto los presuntos defectos no fueron sustentados.

5.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia⁴, por conducto del magistrado ponente de la decisión objeto de reproche, solicitó negar las pretensiones de la tutela y afirmó que la providencia acusada se profirió con el debido fundamento normativo y jurisprudencial sobre la caducidad del medio de control de reparación directa. Asimismo señaló que realizó un análisis específico de las circunstancias del caso como lo fue el conocimiento de los hechos por parte de los familiares, para luego estudiar la caducidad cuando se trata de delitos de lesa humanidad y advirtió que no se puede confundir la imprescriptibilidad con el fenómeno de caducidad.

³ Fol. 102 y ss.

⁴ Fol. 108 y ss.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

Así las cosas, concluyó que los demandantes tuvieron conocimiento de los hechos, desde el día en que fueron entregados los restos mortales de las víctimas, que en el caso de María Juliana Gómez Giraldo ocurrió el 13 de julio de 2012, la solicitud de conciliación prejudicial fue radicada el 23 de noviembre de 2016, es decir, se solicitó cuando ya se encontraba superado el término previsto en la ley para presentar el medio de control de reparación directa, de manera que para el día en que se presentó la demanda, esto es el 29 de agosto de 2017, ya había fenecido el término de 2 años y por ende, operaba el fenómeno jurídico de la caducidad.

5.3. La Fiscalía 106 Especializada DECVDH –MEDELLIN, señaló que actualmente se adelanta investigación en contra de los señores los señores Niño Sanabria Freud Amín, Narvárez Darío Iván, Diosa Blandón Diego Alberto, Muñoz Oquendo Juan Carlos, Para Zea Edwin y Quintero López José Manuel, por los delitos de homicidio en persona protegida y desaparición forzada, como consecuencia de los hechos ocurridos el 11 de agosto de 2004, en límites de las veredas La Estrella y La Mesa del municipio de Granada (Antioquia), cuando reportaron dos bajas N.N. (hombre y mujer) en un presunto combate.

Asimismo, indicó que el proceso se encuentra en etapa de instrucción y no se ha proferido ninguna decisión de fondo en contra de los procesados.

Por otro lado, manifestó que en sentencia de 22 de mayo de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Antioquia, se condenó a los mencionados por el delito de doble homicidio en persona protegida.

Finalmente, expuso que el comandante de patrulla Freud Amin Niño Sanabria, tiene adicionalmente cinco investigaciones en la Justicia Penal Militar y otras cinco en la Justicia Ordinaria incluida en ella, la radicada bajo el número 11001606606420040009931, todas por ejecuciones extrajudiciales ocurridas en oriente Antioqueño durante el año 2004.

6. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 16 de enero de 2020, negó el amparo solicitado. Al efecto, manifestó que la Corporación ya había tenido la oportunidad de pronunciarse en un asunto con idéntica situación fáctica en sentencia de 12 de diciembre de 2019, con radicado 11001031500020190441800, con ponencia de la Consejera Nubia Margoth Peña.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

En esa ocasión, la acción constitucional se promovió en contra de la misma providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia pero las pretensiones únicamente estaban encaminadas respecto de lo decidido sobre el señor Juan Francisco Giraldo Parra (Q.E.P.D.).

En dicho fallo se argumentó que, de las pruebas obrantes en el proceso, se acreditó que los restos óseos del señor Juan Francisco Giraldo Parra fueron entregados a sus familiares el 13 de julio de 2012, por lo que tuvieron conocimiento de los hechos ese mismo día, razón por la cual el término de caducidad para instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho comenzó a correr desde el 14 de julio de 2012 y fenecía el 14 de julio de 2014 y teniendo en cuenta que la demanda se interpuso el 31 de agosto de 2017, ya había operado el fenómeno jurídico de caducidad.

Como fundamento de lo anterior, la Sección Primera citó un auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 10 de diciembre de 2018 en el que se reiteró que en los eventos en que se demande la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, el literal 1 del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 dispone que la demanda debe presentarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o desde cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del daño, siempre que pruebe al imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Asimismo, en dicho auto se estipuló que en los eventos en que se configuren delitos de lesa humanidad no es posible aplicar la imprescriptibilidad de la acción penal a la acción indemnizatoria.

Así las cosas, la Sección Primera de esta Corporación, con fundamento en la sentencia de tutela sobre el señor Juan Francisco Giraldo Parra (Q.E.P.D), negó las pretensiones de la acción constitucional y concluyó que la demanda fue instaurada por fuera del término previsto en el artículo 164, numeral 2, literal 1 del CPACA.

Finalmente, señaló que el término de caducidad debe aplicarse independientemente de que la víctima de una menor de edad ya que no hay norma alguna que así lo establezca.

7. IMPUGNACIÓN

Los accionantes en escrito de impugnación, reiteraron los argumentos señalados en la tutela y anexaron dos salvamentos de voto que consideran, guardan absoluta consonancia con lo expuesto en la solicitud de amparo constitucional. El primero hace referencia a la jurisprudencia de unificación sobre el tema de caducidad del medio de control de reparación directa en el que el Magistrado Alberto Montaña



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

Plata, realizó un análisis sobre los preceptos del derecho internacional de los derechos humanos. Allí se concluye que en los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra no debe operar el fenómeno jurídico de la caducidad en el medio de control de reparación directa.

El segundo salvamento de voto, hace referencia a lo manifestado por el Consejero Hernando Sánchez Sánchez frente a la sentencia de tutela proferida por la Sección Primera de esta Corporación, identificado con número de radicado 2018-04418-00, con similar situación fáctica. En dicho salvamento, el Dr. Sánchez señaló que de acuerdo con las normas y principios de obligatorio cumplimiento para el Estado Colombiano contenidos en el Bloque de Internacionalidad, se debió establecer si la desaparición forzada en el caso objeto de estudio constituyó o no un crimen de lesa humanidad, con el objeto de determinar si le era aplicable o no la figura procesal de caducidad del medio de control de reparación directa.

Finalmente, los accionantes manifestaron su inconformidad con lo señalado en la sentencia de primera instancia en la que se afirmó que no existe regulación especial de los menores de edad en el derecho colombiano con relación a la figura procesal de la caducidad.

En ese punto, señalaron que existe el deber de protección reforzada del menor cuando concurren derechos en aparente tensión, esto con base en el principio constitucional del interés superior y es ese principio de rango constitucional el que debe orientar al aplicador jurídico en favor de la parte sobre la cual recae ese deber de protección reforzada.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2 del Acuerdo 080 de 2019, esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada en el trámite de la acción constitucional de la referencia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, entiende la Sala de Subsección que el problema jurídico se circunscribe a establecer si:

- ¿La presente demanda de tutela cumple los requisitos generales de procedibilidad?

De resultar afirmativo el anterior interrogante, se resolverá si:



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

- ¿El Tribunal Administrativo de Antioquia, al expedir la providencia de 27 de junio de 2019 que revocó el auto proferido en primera instancia por el Juzgado 29 Administrativo de Medellín, para en su lugar rechazar la demanda por caducidad, incurrió en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente jurisprudencial?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes se procederá a analizar: i) la acción de tutela contra providencias judiciales, ii) los requisitos generales de procedibilidad y, de cumplirse con estos iii) el defecto sustantivo, iv) el defecto fáctico, v) el bloque de constitucionalidad, vi) sobre la caducidad de la acción de reparación directa en el caso de las ejecuciones extrajudiciales y vi) el estudio del defecto sustantivo y el desconocimiento del precedente jurisprudencial en el caso concreto.

3. La acción de tutela contra providencia judicial

En términos generales y de acuerdo con la doctrina constitucional vigente⁵ aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta Corporación⁶, es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Ello, atendiendo a que el ejercicio de la judicatura como cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece, y en esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, sin importar su linaje, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando desborda los límites que la Carta le impone.

Ahora bien, siendo la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las controversias que allí surjan, son subsanables en el contexto del proceso. De ahí que la Corte Constitucional estructurara después de años de elaboración jurisprudencial, los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como sano propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-590-05.

⁶ Sentencia de treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ) Actor: Nery Germanía Álvarez Bello. C.P. María Elizabeth García González.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

Los presupuestos generales responden al carácter subsidiario de la tutela y por lo mismo deben cumplirse en cualquier evento para su interposición, mientras que los especiales deben acreditarse para que la protección del derecho fundamental prospere.

En ese orden, la doctrina constitucional ha señalado las causales especiales, indicando que la acción constitucional resulta procedente únicamente en aquellos eventos en los cuales, con ocasión de la actividad jurisdiccional, se vean afectados derechos fundamentales, al verificar la ocurrencia de uno de los siguientes eventos: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental, (ii) defecto fáctico, (iii) error inducido, (iv) decisión sin motivación, (v) violación directa de la Constitución, y (vi) desconocimiento del precedente.

3.1 En el presente caso, advierte la Sala que la pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición.

3.1.1. Los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados se encuentran plenamente individualizados.

3.1.2. Se encuentra que la providencia objeto de tutela carece de recursos ordinarios y extraordinarios para obtener el amparo constitucional.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

judicial se basa en, "(i) una norma no aplicable al caso, ya sea, porque la norma,(a) no es pertinente de aplicación, (b) se empleó cuando fue derogada y como consecuencia perdió su vigencia, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, (e) está vigente y es constitucional pero no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, (ii) su interpretación no se encuentra dentro del margen de interpretación razonable o es errada, (iii) no se da aplicación a las sentencias con efecto Erga Omnes, que son aquellas de aplicación general, (iv) la norma aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución, y finalmente, (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza para un fin no previsto en la disposición"⁹.

En segundo momento, el defecto material o sustantivo se origina cuando en la estructura de la sentencia, se presenta una contradicción evidente y grosera entre la decisión y los fundamentos que la explican. En este orden de ideas, se produce cuando la decisión "(vi) se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, es decir, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso, (vii) cuando desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso en concreto,(viii) no se encuentra debidamente justificada y por ende afecta derechos fundamentales (ix) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial, (x) y cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una manifiesta violación de la Constitución"¹⁰. Este defecto, se presenta ante situaciones excepcionales, por lo que se debe demostrar que la decisión judicial es irrazonable, desproporcionada, arbitraria o caprichosa, pues de no ser así, la acción de tutela resultaría improcedente¹¹.

3.3. Desconocimiento del precedente

En materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el principio de igualdad (artículo 13 de la C.P.) el cual implica no solamente la igualdad ante la ley sino también la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades y específicamente la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley por parte de las autoridades judiciales, preservándose de esta manera la seguridad jurídica y con ella la certeza en los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma¹².

En ese sentido, el precedente judicial¹³ es la figura jurídica que sirve

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-416 de 2015. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-034 de 2018. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-367 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

¹² Ver entre otras las sentencias C-836 de 2001, T-1130 de 2003, T-698 de 2004, T-731 de 2006, T-571 de 2007, T-808 de 2007, T-766 de 2008 y T-014 de 2009.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento, pues no solo hace previsibles las consecuencias jurídicas de sus actos sino también materializa la igualdad en la aplicación del derecho¹⁴.

En ese orden sentido, la Corte Constitucional ha diferenciado lo que constituye un antecedente jurisprudencial y el precedente en estricto sentido¹⁵. Por una parte, ha aclarado que antecedente es una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio y por tanto, tiene un carácter orientador, lo que no significa que (a) no deba ser tenido en cuenta por el juez al momento de fallar y (b) que lo exima del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad¹⁶.

Por otra parte, ha precisado que puede predicarse la existencia de un precedente, cuando "(i) los hechos relevantes que definen el asunto pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado; (ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado constituye la pretensión del caso presente; y (iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación"¹⁷.

No obstante lo anterior, el sometimiento al precedente no puede convertirse en una camisa de fuerza para el juzgador, por lo que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las autoridades judiciales pueden apartarse válidamente de precedentes previos, bien sean estos verticales u horizontales¹⁸, siempre y cuando cumplan con (i) la **carga de transparencia**, de hacer referencia al precedente del que se va a apartar, y (ii) la **carga de argumentación** que les impone el deber de señalar una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, en la que manifiesten las razones por las cuales se apartan de la regla jurisprudencial; elementos con los que, en palabras de la misma Corte, se portegen el carácter dinámico del

13 En la sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado., la Corte Constitucional precisó que precedente judicial se concibe como "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo".

14 MARINON, Luiz Guilherme. El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 2012, vol. 18, no 1, p. 249-266.

15 Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

16 Sentencias T-830 de 2012 y T-714 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

17 Sentencia T-794 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

18 Se entiende por precedente vertical aquellas decisiones previas promulgadas por un superior jerárquico y que resultan pertinentes para resolver el caso concreto, y por el horizontal aquellas decisiones fijadas por una autoridad judicial de la misma jerarquía y que resultan relevantes para resolver un caso concreto. Al respecto ver la Sentencias T- 589 de 2007.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

derecho y los principios de autonomía e independencia que caracterizan la labor judicial¹⁹.

3.4 Bloque de constitucionalidad contenido en el artículo 93 de la Constitución Política y la protección internacional a los derechos humanos

Según el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y/o convenios internacionales que han sido ratificados por el legislativo, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. De igual manera los derechos y deberes que se encuentran consagrados en la Carta Magna serán interpretados del mismo modo conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Colombia.

La sentencia C-067 de 2003, se refirió al concepto y alcance del bloque de constitucionalidad y precisó que:

« (...) no es privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política. El Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado 'bloque de constitucionalidad' y que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En este sentido, la noción "bloque de constitucionalidad" pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales. (...)»

Si bien es cierto que el artículo 4 de la Constitución política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, aquella se aplicará a preferencia, la Corte evidenció que:

« (...) la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión. (...)»

¹⁹ Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

De igual manera, el bloque de constitucionalidad al tener jerarquía constitucional, lo hace una verdadera fuente de derecho. Esto se traduce en que las providencias y sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones, es decir que son de obligatorio y forzoso cumplimiento.

Por su parte, la Corte Constitucional aclaró que existen dos maneras de integrar los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad:

« En primer lugar, según la sentencia C-488 de 2009 la vía "integración normativa", en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución. Para ello se requiere que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción. En este caso, la incorporación es directa y puede comprender, incluso, derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta.

En segundo lugar, vía "referente interpretativo", de acuerdo con el inciso segundo del artículo constitucional referido. Algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; no como "referentes normativos directos" sino como "herramientas hermenéuticas" para analizar la legitimidad de la normatividad interna ».

De igual manera, el constituyente especificó que solamente pueden ser incluidos los tratados que versen sobre derechos humanos o sobre la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, tal como está dispuesto en el artículo 93 de Constitución política.

En materia de derechos humanos, las obligaciones de respetar y garantizar sin discriminación los derechos de las personas bajo su jurisdicción, se encuentran consagradas, especialmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1.1).

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-352 de 2016, reiteró la plena vigencia y carácter vinculante de normas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y, a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) también hace parte del bloque de constitucionalidad y consagra con claridad las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

3.5 Pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la caducidad en la reparación directa cuando se trata de ejecuciones extrajudiciales

Esta Corporación, a lo largo del abundante desarrollo jurisprudencial, ha sostenido que en los casos en que se realiza el estudio de casos de homicidio en persona protegida o ejecuciones extrajudiciales, se impone al juez un manejo diferente a efectos de no generar un trato discriminatorio que pueda afectar el acceso a la administración de justicia de las víctimas.

En ese contexto, respecto a estas conductas que son calificadas como infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario y además son catalogados como delitos de lesa humanidad por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, al momento de analizarse la caducidad de la acción de reparación directa, no se les puede otorgar el mismo tratamiento de otras conductas que se configuran por fuera del conflicto armado.

Así, en fallos como el de 12 de febrero de 2015, el CP. Alberto Yepes Barreiro (E), al resolver una acción de tutela contra providencia judicial en segunda instancia, en la que se atacaba un providencia que rechazó la demanda de reparación directa por caducidad de la acción, hizo referencia a la teoría del daño descubierto, la cual establece que, excepcionalmente la caducidad del medio de control no debe contar desde el acaecimiento del hecho o acto, sino cuando las víctimas conocieron del mismo. En ese sentido, el conteo del término de caducidad en acciones de reparación directa para casos de ejecuciones extrajudiciales es de dos años, pero contados desde el día siguiente de la ejecutoria del fallo penal que determina la existencia del delito de homicidio en persona protegida.

Así las cosas, consideró que el término no puede contarse desde el momento en que apareció el cadáver, sino después del fallo judicial penal condenatorio, pues de ninguna otra manera, las víctimas pueden conocer la antijuridicidad del hecho.

En ese sentido sostuvo lo siguiente:

«(...) Tanto el Tribunal Contencioso de Risaralda como la Sección Tercera al no estudiar la naturaleza y caracterización de los hechos que se alegaban como causa de la responsabilidad del Estado, a partir de sus verdaderas connotaciones, dejaron de valorar si era razonable y proporcional aplicar a la conducta denunciada, la caducidad propia de las desapariciones, pues (...) por tratarse de hechos o conductas diversas, **no basta, en el caso de los homicidios en personas protegidas falsos positivos, que aparezca el cadáver de la víctima, pues, dadas las connotaciones de este delito, la**



analogía para aplicar la norma especial de las desapariciones forzadas no resulta suficiente.

(...)

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

(...)

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

Por su parte, la Sección Quinta de esta Corporación, en fallo de 12 de marzo de 2015, CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en sentencia de tutela de segunda instancia reiteró lo desarrollado en la sentencia de 12 de febrero de 2015 y afirmó que la ley no contempla un término específico de caducidad para los eventos en que se alegue una ejecución extrajudicial, como sí ocurre para la desaparición forzada.

La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado al proferir fallo en una acción de reparación directa del 7 de septiembre de 2015, MP. Jaime Orlando Santofimio, discrepó de las posturas señaladas anteriormente en el sentido de establecer que la caducidad de la acción se contabiliza a partir del día siguiente a la ejecutoria del fallo penal que determina la existencia del delito de homicidio y concluyó que ese tipo de delitos como las ejecuciones extrajudiciales no cuentan con término de caducidad, al considerar que dichas conductas se enmarcan dentro de la definición de crímenes de lesa humanidad y con base en el Derecho Internacional Humanitario esta clase de delitos trascienden el interés individual de la víctima para convertirse en interés propio de la humanidad.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

En ese sentido, sostuvo lo siguiente:

« (...) Guardar silencio, en virtud del argumento de la prescripción de la acción, respecto de una posible responsabilidad del Estado en esta clase de actos que suponen una violación flagrante y grave de Derechos Humanos equivaldría a desconocer la gravedad de los hechos objeto de pronunciamiento –y sus nefastas consecuencias.

(...)

Cuando se trata de eventos, casos o hechos en los que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil (...) inmersa en el conflicto armado, por violación de los derechos fundamentales de los niños, por violación de los derechos de los combatientes, por violación de los derechos de un miembro de una comunidad de especial protección, o de un sujeto de especial protección por su discapacidad (...) o identidad social, la aplicación de las reglas normativas procesales [antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso] debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección de los mencionados ámbitos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como garantía convencional y constitucional.

(...)

La hipótesis de la sujeción del juzgamiento de las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad que comprometan la responsabilidad del Estado a la regla general de caducidad de los dos (2) años establecida en el artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo resulta insuficiente y poco satisfactoria, sobre todo cuando se hace manifiesta la presencia de situaciones fácticas que se enmarcan en hipótesis constitutivas de delitos que comprometen intereses y valores sustancialmente diferentes a los simplemente individuales; intereses y valores vinculados materialmente a la suerte de la humanidad misma, y que por lo tanto trascienden cualquier barrera del ordenamiento jurídico interno que fundada en razones de seguridad jurídica pretenda establecer límites temporales para el juzgamiento de los mismos, sea en el ámbito de la responsabilidad penal o de cualquier otro, como el de la responsabilidad del Estado

(...)

Las hipótesis de daño antijurídico acaecidos con ocasión de actos de lesa humanidad no tienen caducidad de ninguna clase y su tratamiento procesal no puede hacerse con sujeción a las reglas limitativas de la caducidad propias del ordenamiento jurídico interno de los países en cuanto entrañan situaciones de interés para la humanidad, en relación con los cuales, los argumentos de seguridad jurídica deben ceder en aras de una adecuada ponderación a favor de esos interés superiores que los delitos en mención involucran».



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

Así las cosas, según el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, para la Corporación el término de caducidad de la acción de reparación directa por ejecución extrajudicial no puede contarse con sujeción única al CPACA y los términos que esta normativa propone. Hacerlo así, supondría, un trato discriminatorio, un desconocimiento del contexto de conflicto en el que se desarrollaron los hechos y una interpretación limitada y en desconocimiento de la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos y DIH.

4. Caso concreto

En el presente asunto, el señor Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros, reprochan la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía, mediante la cual, revocó lo resuelto por el *a quo* y declaró probada la excepción de caducidad propuesta por el Ejército Nacional, en la demanda de reparación directa interpuesta por los aquí accionantes.

En sentir de los accionantes, con la providencia acusada, el Tribunal Administrativo de Antioquía incurrió en defecto sustantivo, no dio aplicación a las garantías del *ius cogens*, desconoció el precedente jurisprudencial sin un mínimo razonable de argumentación y se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Al efecto, la Sección Primera de esta Corporación mediante sentencia del 16 de enero de 2020, negó las pretensiones de la presente acción de tutela. Al respecto, manifestó que al momento de realizarse el estudio sobre caducidad en los casos de delitos de lesa humanidad no puede emplearse la imprescriptibilidad de la acción penal a la acción indemnizatoria y en consecuencia se debe dar aplicación al literal 1 del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Para resolver el caso concreto y una vez revisado el expediente de reparación directa, se tiene que:

- El 11 de agosto de 2004, la menor María Juliana Gómez Giraldo fue asesinada, presuntamente por miembros del Ejército Nacional.
- El 18 de septiembre de 2012, se hizo entrega de los restos óseos de la menor Gómez Giraldo a su familia. (A folio 184, obra certificado de entrega)
- Los demandantes presentaron solicitud de conciliación extrajudicial el 30 de septiembre de 2016. (Fol. 185)
- El 11 de enero de 2017, es declarada fallida la conciliación (Fol. 188)
- El 20 de enero de 2017, el señor Robinson Alejandro Gómez y otros, instauraron demanda en el medio de control de



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

reparación directa con el fin de que se declarara a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y a la Fiscalía General de la Nación, administrativamente responsables de la muerte de la menor María Juliana Gómez Giraldo.

En Audiencia inicial celebrada el 22 de enero de 2019, el Juzgado 19 Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, declaró no próspera la excepción de caducidad propuesta por el Ejército Nacional y señaló que no se tuvo en cuenta dicho término por cuanto se trataba de un delito de *lesa humanidad*.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Antioquía, en providencia de 27 de junio de 2019, revocó lo resuelto por el *a quo*, para en su lugar decretar la caducidad del medio de control.

Al efecto, Tribunal consideró lo siguiente:

« (...) esta Sala establece que contrario a lo argumentado por la A quo, el daño antijurídico cometido en la persona de **MARÍA JULIANA GÓMEZ GIRALDO Y JUAN FRANCISCO GIRALDO PARRA**, no es un hecho que pueda considerarse imprescriptible, esto por cuanto, como bien ha sido precisado por la Jurisprudencia de la máxima Corporación Contencioso Administrativa no puede confundirse la imprescriptibilidad de las conductas con la oportunidad para interponer acciones o medios de control de tipo indemnizatorio contra el Estado, por lo que en el caso de la referencia, nos encontramos sujetos a darle aplicación al fenómeno jurídico de la caducidad tal y como lo dispone el artículo 164 numeral 2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, término que como también fue expuesto por la máxima Corporación Contenciosa Administrativa no vulnera normas superiores ni se considera un obstáculo para las víctimas (sic) accedan a la reparación de perjuicios perseguida.

(...)

Se concluye que en los eventos en que se configuren delitos de lesa humanidad no es posible aplicar la "imprescriptibilidad de la acción penal" a la acción indemnizatoria, sin que tal proceder comporte un desconocimiento de una norma pues el numeral 1º del artículo 169 ibidem señala claramente que hay lugar a rechazar la demanda "Cuando hubiera operado el fenómeno de caducidad".

Así las cosas, tenemos que en el caso objeto de estudio, con el medio de control de reparación directa, los accionantes pretenden que se declare la responsabilidad del Ejército Nacional por la muerte y desaparición del cuerpo de la menor de edad María Juliana Gómez Giraldo.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

De acuerdo con lo señalado en la acción de tutela y en la providencia objeto de reproche, se afirma que los accionantes tuvieron conocimiento de los hechos el 18 de septiembre de 2012, día en que fueron entregados los restos mortales de la víctima María Juliana Gómez (Q.E.P.D), razón por la cual el término de caducidad para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo empezó a correr desde el 19 de septiembre de 2012 y feneció el 19 de septiembre de 2014.

No obstante, esta Sala de Subsección considera que, si bien el Tribunal Administrativo de Antioquía fundamentó su decisión en una norma vigente y aplicable al caso objeto de estudio como lo es el artículo 164, literal 2 numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

« Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia ».

Lo cierto es, que lo resuelto en el auto de 27 de junio de 2019, va en contravía de las disposiciones establecidas en la Constitución, el Derecho Internacional Humanitario, y las interpretaciones jurisprudenciales realizadas por el Consejo de Estado.

En este punto, es necesario recordar que los accionantes, como fundamento de la presente acción de tutela, alegaron la existencia del desconocimiento del precedente jurisprudencial. En primera medida, hicieron referencia al precedente horizontal por la no aplicación de lo contemplado en el auto de 19 de julio de 2019, a través del cual la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquía, consideró que no debe aplicarse el fenómeno de la caducidad de las acciones tratándose de hechos catalogados como de lesa humanidad, sin que se haya llevado a cabo la etapa probatoria.

Como precedente vertical, señalaron que en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado²⁰ observando el estándar internacional, ha inaplicado los términos de caducidad en casos de crímenes atroces para garantizar a las víctimas el acceso a la administración de justicia y una reparación adecuada y finalmente hicieron referencia a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso

²⁰ Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia de 30 de agosto de 2018, (Expediente 61798); Subsección B de la Sección Tercera en providencias de 2 de mayo de 2016 y 30 de mayo de 2017.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

Órdenes Guerra y otros vs Chile de 29 de noviembre de 2018, la cual sostuvo que ante los hechos calificados como crímenes contra la humanidad, las acciones de responsabilidad civil que garantizan la responsabilidad de las víctimas, no sean objeto de prescripción.

En ese contexto, para la época en que transcurrieron los hechos, la posición dominante del Consejo de Estado²¹, consistió en establecer que en los casos de delitos cometidos por la fuerza pública contra civiles, específicamente los casos de homicidios en persona protegida o ejecuciones extrajudiciales, al tratarse de conductas que se enmarcan dentro de la definición de crímenes de lesa humanidad, en el estudio de la caducidad no puede otorgarse el mismo tratamiento de otras conductas que se configuran por fuera del conflicto armado. En ese sentido, el Consejo de Estado consideró que debe garantizarse de forma efectiva la reparación que hace parte del derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación así como también el de acceso a la administración de justicia de personas protegidas por el derecho internacional que de ninguna manera puede verse vulnerado ni limitado en casos en que se estudien ejecuciones extrajudiciales.

En consecuencia, consideró esta Corporación que no realizar el estudio de la posible responsabilidad del Estado, respecto de las ejecuciones extrajudiciales, con fundamento en la operabilidad del fenómeno jurídico de la caducidad, supone una violación flagrante de Derechos Humanos que desconoce la gravedad de los hechos objeto sobre los cuales se debe efectuar el pronunciamiento, por lo tanto, las reglas procesales deben garantizar el acceso a la justicia, como garantía convencional y constitucional.

Por lo expuesto, considera esta Sala de Subsección que en el presente caso, existió por parte del Tribunal Administrativo de Antioquía un desconocimiento del precedente jurisprudencial vigente para la época en que fue recuperado el cuerpo de la menor por parte de su familia, pues no tuvo en cuenta que los hechos relevantes del caso objeto de estudio, son semejantes a los supuestos de hecho que se analizaron en las providencias señaladas del Consejo de Estado y sus consecuencias jurídicas sobre el estudio de la caducidad cuando se trata de demandas de responsabilidad por presuntas ejecuciones extrajudiciales realizadas por el Ejército Nacional, además de desconocer las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

21 Consejo de Estado, Sección Quinta, CP. Alberto Yepes Barreiro, 12 de febrero de 2015, radicado No. 2014-00747-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 12 de marzo de 2015; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Sentencia de 7 de septiembre de 2015, expediente 47671; Consejo de Estado, Subsección B, Sección Tercera, 30 de agosto de 2018, expediente 61798; Consejo de Estado, Subsección B, Sección Tercera, 30 de marzo de 2017, radicado 2014-01449-01.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

Sumado a lo anterior, esta Sala de Subsección, no puede desconocer bajo ninguna óptica la gravedad de los hechos objeto de estudio y sus fatídicas consecuencias ya que se encuentra comprometida la violación de derechos de un sujeto de especial protección, pues según la situación fáctica, la víctima es una menor de edad presuntamente asesinada por miembros del ejército nacional, posteriormente, se evidencia la desaparición de su cuerpo y finalmente es reportada como "muerta en combate".

En ese contexto, es necesario traer a colación los pronunciamientos de esta Corporación sobre el interés superior y prevalente de los niños (*Principio pro infans*), así, en sentencia de 14 de diciembre de 2016, la Subsección B de la Sección Tercera, expuso lo siguiente:

«El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual "la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales", le impuso al Estado, entre otras, la obligación de "asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas²².

Esto, por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor. Las obligaciones contenidas en el art. 3 de la Convención fueron desarrolladas por la interpretación consultiva OC-17/2002²³, que dispuso: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dimensionado este deber como un fin legítimo e imperioso: El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos,

²² Art. 3, n° 2.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, nota 58.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
 Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección"²⁴.

En el marco interno, el art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto prepondera el carácter 33 Art. 3, nº 2. 34 Corte Interamericana de Derechos Humanos,, 28 de agosto de 2002, nota 58. 35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). trascendente de los derechos de la niñez, a la vez, que los deberes que surgen para el conglomerado social y estatal al momento de protegerlos. El postulado de protección se entiende a partir de una relación de inferencia básica: (a) los niños(as) atendiendo su condición sicofísica son considerados sujetos vulnerables; b) en tanto vulnerables, son sujetos de especial protección, y c) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía».

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia T - 117 de 2013, dispuso:

« En esta medida, los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, (...), postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, **en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad**». Negrilla fuera de texto

En ese sentido, encuentra esa Sala de Subsección que el Tribunal también incurrió en un defecto sustantivo, en la medida que se sustrajo de su deber de realizar una interpretación sobre el término de caducidad del medio de control con un enfoque constitucional y a la luz de los diversos instrumentos internacionales en la materia,

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

situación que, además lo llevó a desconocer las especiales circunstancias del caso objeto de estudio, ya que por tratarse de una presunta ejecución extrajudicial efectuada en una menor de edad, tanto a ella como a su familia los deben cobijar las garantías constitucionales como el deber de protección reforzada por la protección del interés superior del menor, específicamente el principio *pro infans*.

Por otro lado, no puede perderse de vista que la Fiscalía 106 Especializada DECVDH de Medellín, señaló que quienes actualmente se encuentran investigados como consecuencia de los hechos ocurridos el 11 de agosto de 2004, cuando reportaron dos bajas N.N. (hombre y mujer menor de edad) en un presunto combate, en sentencia de 22 de mayo de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Antioquia, fueron condenados por el delito de doble homicidio en persona protegida, por hechos similares.

Finalmente, expuso la Fiscalía que el comandante de patrulla Freud Amin Niño Sanabria, tiene adicionalmente cinco investigaciones en la Justicia Penal Militar y otras 5 en la Justicia Ordinaria, todas por ejecuciones extrajudiciales ocurridas en oriente Antioqueño durante el año 2004.

Es por todo lo expuesto, que esta Sala de Subsección, considera que los hechos narrados en la acción de tutela de la referencia, deben ser estudiados por el juez natural. En ese sentido, se revocará la sentencia de primera instancia de 16 de enero de 2020, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado que negó el amparo solicitado.

En su lugar, se amparará el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los accionantes, se dejará sin efectos la providencia de 27 de junio de 2019 y se ordenará al Tribunal Administrativo de Antioquia para que se pronuncie nuevamente sobre el auto admisorio de la demanda, de conformidad con los lineamientos señalados en la parte motiva de esta providencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

FALLA

- PRIMERO.-** **REVÓCASE** la sentencia de 16 de enero de 2020, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado, y en su lugar;
- SEGUNDO. -** **AMPÁRASE** el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del señor Robinson Alejandro Gómez y otros, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.
- TERCERO. -** **ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Antioquía, para que en un término no mayor a (10) diez días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, revoque lo resuelto en el auto del 27 de junio de 2019 y proceda a dictar una providencia de reemplazo, teniendo en cuenta los lineamientos a que se ha hecho referencia en la parte motiva del presente proveído. Para lo anterior, por Secretaría General deberá devolverse el expediente allegado a estas diligencias en calidad de préstamo.
- CUARTO.-** **REGÍSTRESE** la presente providencia en la plataforma SAMAI
- QUINTO. -** **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-04842-01
Accionante: Robinson Alejandro Gómez Giraldo y otros

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ
VARGAS**

NOTA: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.