

La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de desaparición forzada

Danilo Rojas Betancourth

Consejero de Estado

Sección Tercera

Resumen: En muchos temas relacionados con la desaparición forzada, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha estado en la misma línea de reflexión de aquella producida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como puede constatarse en el tratamiento de los medios probatorios, los elementos requeridos para la imputación de la responsabilidad del Estado y el carácter de la reparación. Merced a este desarrollo jurisprudencial, puede afirmarse que la acción que en Colombia tienen las víctimas de desaparición forzada para reclamar sus derechos del Estado, está llamada a convertirse en un *recurso judicial efectivo* del tipo exigido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con las consecuencias que ello comporta.

Voy a tratar de dar algunos elementos para sustanciar parte de la siguiente hipótesis: los casos fallados por el Consejo de Estado relacionados con la reparación de las víctimas de desaparición forzada, constituyen (i) una jurisprudencia en construcción que ha dado muestras de estar en línea con las elaboraciones jurisprudenciales de la Corte IDH sobre el tema e incluso con el avance del DIDH. Pero igualmente se trata de una jurisprudencia que todavía necesita (ii) decantar e incorporar la crítica doctrinaria que se ha hecho a la propia jurisprudencia de la Corte IDH (como la elaborada por ex presidente de la Corte Cecilia Medina) y (iii) avanzar para hacer de la acción reparación directa un auténtico recurso judicial efectivo.

Lo investigado hasta ahora solo me permitirán decir algo en torno al primer punto y hacer apenas un esbozo sobre el último, consecuencia de los hallazgos iniciales. Quedará para otro momento la reflexión sobre la importancia de incorporar en la jurisprudencia que elabore el Consejo de Estado en torno a la reparación de víctimas de desaparición forzada, las importantes críticas hechas a la construcción jurisprudencial de la Corte IDH en torno al entendimiento conceptual y normativo del fenómeno, en especial a partir de la expedición del Estatuto de Roma de la CPI, tales como los elementos del tipo penal, su carácter o no de delito de lesa humanidad, etc.

I. La jurisprudencia en construcción sobre reparación de víctimas de desaparición forzada

En la legislación colombiana existen varios recursos judiciales y administrativos¹ a través de los cuales las víctimas del delito de desaparición forzada pueden hacer efectivo su derecho a obtener reparación. Uno de esos recursos es la llamada acción de reparación directa.

Prevista en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.) esta acción tiene por objeto ofrecer reparación a cualquier persona que ha sufrido un daño (sea material o inmaterial) por causa de una actuación activa u omisiva de una autoridad pública². Si bien

¹ El proceso penal es un recurso de carácter judicial a través del cual las víctimas de los delitos pueden obtener reparación. En materia administrativa se destacan los recursos consignados en la Ley 288 de 1996, 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 el Decreto 1290 de 2008, por el cual se creó el programa de reparación individual administrativa para las víctimas de los grupos armados al margen de la ley; y en la Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

² La de reparación directa, *“es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de un trabajo público o de cualquier otra causa, sucedidas dentro del territorio nacional, podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo*

no fue instituida en el ordenamiento jurídico colombiano con el propósito específico de dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia a través de la firma y posterior ratificación de distintos tratados de derechos humanos, que imponen al Estado la obligación de ofrecer a las víctimas del delito de desaparición forzada una protección judicial efectiva³, en la práctica esta acción ha demostrado ser un instrumento idóneo para permitirles obtener reparación y, al mismo tiempo, para juzgar la responsabilidad del Estado por hechos constitutivos de desaparición forzada y de otras graves violaciones de derechos humanos.

El que la acción de reparación directa se haya constituido en un instrumento idóneo para los fines anotados se debe, en parte, a su configuración normativa pues para su ejercicio no es necesario que exista un pronunciamiento judicial, proferido por la jurisdicción ordinaria, que establezca la ocurrencia del hecho ni que determine que el mismo fue cometido por un agente oficial. Basta que exista un daño –que debe tener el carácter de antijurídico⁴– y que éste pueda ser imputado desde el punto de vista fáctico o normativo al Estado. No obstante, también la jurisprudencia ha jugado un papel relevante en este aspecto pues, al resolver las distintas demandas de reparación directa, el Consejo de Estado ha desarrollado importantes criterios hermenéuticos para facilitar que quienes acuden ante la jurisdicción contencioso administrativa obtengan –dentro de los límites de su competencia– una protección judicial efectiva.

contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho”. Jaime Orlando Santofimio. *Tratado de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, tomo III, p. 211.

³ Entre estos tratados se encuentran los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (Ley 707 de 2001) y la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Ley 1418 de 2010).

⁴ La propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 de la Constitución Política estuvo inspirada en la doctrina española, la cual ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.

Esos criterios son: i) la flexibilización de las reglas sobre caducidad de la acción; (ii) la admisibilidad de la prueba indiciaria para declarar probada la existencia del hecho –aún en ausencia de investigación y sanción penal–, y para adelantar una atribución fáctica de responsabilidad; (iii) la aplicación del concepto de *garante* para realizar una imputación jurídica de responsabilidad, incluso cuando no existe suficiente material probatorio para formular una imputación fáctica y; (iv) la incorporación de los estándares de reparación integral del daño, desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos. En lo que sigue se hará una presentación de cada uno de ellos.

i) *La flexibilización de las reglas sobre caducidad de la acción*

Por regla general, la acción de reparación directa caduca al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa (C.C.A., artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998). No obstante, en los casos de desaparición forzada, no es el hecho de la desaparición o la noticia de su ocurrencia el que sirve como límite inicial para el cómputo del término de caducidad. Tampoco lo es la declaración judicial de muerte presunta por desaparecimiento⁵. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 136 del C.C.A., el cual fue adicionado por el artículo 7º de la Ley 589 de 2000⁶, en estos casos el plazo de dos años debe empezar a contarse *“a partir de la fecha en que aparezca la víctima*

⁵ Así lo estableció la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante auto del 21 de febrero de 2011, exp. 39.360, C.P. Olga Valle de la Hoz, al revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño que rechazó la demanda presentada por varios ciudadanos por caducidad de la acción de reparación directa. Si bien encontró que la acción fue promovida luego de dos años desde que se produjo la declaración de muerte presunta por desaparecimiento, consideró que no se había producido el fenómeno de la caducidad por cuanto la víctima se encontraba aún desaparecida al momento de la presentación de la demanda y no se había proferido sentencia dentro del proceso penal respectivo.

⁶ La Ley 589 de 2000, que entró a regir el 6 de julio del mismo año, tipificó por primera vez el delito de desaparición forzada en cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano con la firma y posterior ratificación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.

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”.

Esta regulación se explica porque, desde un punto de vista normativo y jurisprudencial, la desaparición forzada ha sido considerada como un delito de ejecución permanente, lo cual significa que la conducta permanece en el tiempo mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima⁷. Entonces, si se entiende que la comisión del delito no termina hasta tanto no se sepa la suerte que corrió la persona desaparecida, es razonable exigir que el término para intentar la acción de caducidad comience a computarse a partir del momento en que se verifica la cesación de la conducta o se esclarecen judicialmente los hechos.

No obstante, debe señalarse que existe una postura minoritaria al interior de la Sección Tercera de la Corporación que considera que el artículo 136 del C.C.A., resulta inaplicable en casos de crímenes que, como la desaparición forzada, son considerados de lesa humanidad. A partir de defender la prevalencia de las normas internacionales sobre derechos humanos en el orden interno, el magistrado Enrique Gil Botero ha señalado que las disposiciones sobre caducidad deben ceder frente al derecho de las víctimas de crímenes graves conforme al derecho internacional a una reparación integral y al principio 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 derechos humanos:

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

⁷ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo III; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 8-b; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 17.1; Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 106 y ss; caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 128; caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; sentencia de julio 29 de 1998, párr. 155.

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 antijurídico⁸.

Por tratarse de un delito de ejecución permanente, el Consejo de Estado ha señalado que el ámbito de aplicación temporal del artículo 7º de la Ley 589 de 2000 no se limita a los hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia (julio 6). En consecuencia, ha considerado que es posible dar aplicación a esa norma, incluso cuando se demanda la reparación de hechos de desaparición forzada que se presentaron con anterioridad a esa fecha, sin que ello signifique una aplicación retroactiva de la ley⁹:

En efecto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, se tiene que la desaparición forzada es un delito de carácter continuado, que se encuentra constituido por un conjunto de actos que se extiende en el tiempo. Se inicia con la privación de la libertad de la víctima, continúa con la negativa de los victimarios de reconocer su realización y con su ocultamiento y finaliza con la liberación del retenido o con el conocimiento de su paradero, en el estado en que se encuentre.

De la lectura de la demanda se entiende que los perjuicios cuya indemnización se reclama tienen por causa el desaparecimiento del señor Héctor Jaime Beltrán

⁸ Salvamento de voto a la sentencia del 3 de marzo de 2010, exp. 36.282, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁹ En este punto, el Consejo de Estado ha aplicado el mismo razonamiento utilizado por la Corte IDH para resolver casos de desaparición forzada en los que la conducta comenzó a ejecutarse antes de que el Estado demandado reconociera su competencia en materia contenciosa.

Fuentes, en hechos ocurridos durante la toma del Palacio de Justicia, los días 6 y 7 de noviembre de 1985, sin que a la fecha se tenga conocimiento de su paradero. Así las cosas, la Sala verifica que existe una permanencia en el tiempo de la conducta vulnerante que da lugar al daño cuya reparación se reclama, como quiera que hasta el momento se desconoce la suerte del afectado.

Por lo anterior, no puede predicarse la caducidad de la acción dentro del presente asunto, porque la conducta vulnerante no ha cesado, por el contrario, se ha extendido en el tiempo, situación que permite que esta facticidad sea regulada por la ley 589 de 2000, toda vez que a la entrada en vigencia de dicha normatividad, esto es el 7 de julio de 2000, la desaparición forzada que se demanda continuaba y en consecuencia el daño no se había consolidado¹⁰.

Es más, la Corporación ha admitido que en vigencia del texto original del artículo 136 del C.C.A., el término de caducidad de la acción de reparación también tendría que empezar a computarse desde el momento en que se verifica la cesación de la conducta, pues mientras ello no ocurra, los daños que se reclaman tienen la calidad de continuados porque se producen de manera sucesiva en el tiempo, esto es, día a día sin que exista solución de continuidad¹¹.

Por último, es importante mencionar que así como la Ley 589 de 2000, no establece en qué condiciones debe verificarse la cesación de la conducta violatoria para efectos de empezar a contabilizar el término de caducidad de la acción de reparación directa, el Consejo de Estado tampoco ha establecido restricciones o limitaciones al respecto, por lo que debe entenderse que el plazo de dos años empieza a correr a partir del momento en que la persona reaparece con vida o se produce el hallazgo de su cadáver¹². Si bien a primera

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 19 de julio de 2007, exp. 31135, C.P. Enrique Gil Botero.

¹¹ *Ibíd.* Al respecto, es importante aclarar que el Consejo de Estado ha distinguido entre los daños instantáneos o inmediatos y los daños continuados o de tracto sucesivo. Los primeros son aquellos susceptibles de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, producen perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, éstos como tal, existen únicamente en el momento en que se producen. Por su parte, el daño continuado o de tracto sucesivo es aquél que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente. Se aclara que la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de éste o si se quiere de los perjuicios causados, sino del daño como tal. Sentencia de 18 de octubre de 2007, rad. 2001-00029-01(AG), C.P. Enrique Gil Botero.

¹² En la citada sentencia del 3 de marzo de 2010, el Consejo de Estado se ocupó de la acción de reparación directa promovida por un integrante de la policía nacional que fue raptado por la guerrilla de las FARC en la

vista ésta pudiera parecer una observación intrascendente, lo cierto es que tiene relevancia porque, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, el delito de desaparición forzada puede configurarse incluso cuando la persona reaparece con vida. La muerte, en consecuencia, si bien es un resultado frecuente (y tristemente esperado) en este tipo de casos, no es un elemento constitutivo del tipo, por lo que la conducta igual puede configurarse cuando la persona logra escapar con vida o cuando el sujeto activo decide dejarla en libertad.

ii) La admisibilidad de la prueba indiciaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado se fundamenta en la existencia de un daño antijurídico proveniente de hechos, acciones u omisiones imputables a una autoridad pública. Desde un punto de vista normativo, no es necesario, entonces, que exista ilicitud en la conducta del agente oficial o que se acredite que éste ha obrado con culpa o dolo para que surja a cargo del Estado la obligación de reparar.

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que la prueba de la responsabilidad penal individual o disciplinaria del funcionario presuntamente involucrado en la desaparición forzada no es condición previa y necesaria para que pueda adelantarse el juicio de responsabilidad administrativa. Es más, en algunas ocasiones, el Tribunal ha proferido sentencias indemnizatorias contra el Estado pese a que los procesos penales adelantados ante la jurisdicción ordinaria o penal militar han concluido con pronunciamientos absolutorios¹³.

toma a la base de la Policía Antinarcóticos de Miraflores en el Guaviare, pero que alegaba ser víctima del delito de desaparición forzada. Al margen de que pueda cuestionarse si la conducta en realidad constituye una desaparición forzada, es relevante que la Corporación haya dado aplicación al inciso segundo del artículo 136 del C.C.A., adicionado por el artículo 7º de la Ley 589 de 2000, y haya tomado como límite para el inicio del término de caducidad el día en que el soldado recuperó su libertad.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, exp. 13.922, C.P.

Se tiene, entonces, que en los casos de desaparición forzada –como en todos aquellos en los que el daño antijurídico sea el resultado de una acción, omisión u actuación administrativa de las autoridades públicas– la responsabilidad del Estado puede resultar comprometida aún o si el carácter doloso o culposo del proceder oficial no ha sido declarado judicialmente, pues para que surja la obligación de reparar basta con que exista un daño antijurídico imputable, desde el punto de vista fáctico o normativo, a la administración.

La carga de la prueba en estos casos recae, por regla general, en la parte interesada en que se condene al Estado. No obstante, es evidente que la desaparición forzada es un hecho de difícil demostración porque *“esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento o evidencia que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”*¹⁴.

Es por ello que el Consejo de Estado ha acogido el criterio, reiteradamente utilizado por la Corte IDH, según el cual es posible demostrar la ocurrencia de un hecho constitutivo de desaparición forzada e imputar al Estado responsabilidad por ello con base en pruebas indiciarias o circunstanciales:

Es necesario precisar que esta Sala ha puesto de presente que la actividad probatoria es muy compleja en tratándose del fenómeno de la desaparición forzada de personas como que enfrenta una evidente dificultad al momento de acreditarse en el proceso, en tanto de ordinario no es posible acudir a pruebas directas para demostrar la autoría de ese ilícito, como tampoco de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutó y en consecuencia decretar la responsabilidad patrimonial de la administración. Al decir de la jurisprudencia administrativa: “Regularmente no existen pruebas directas porque el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a

¹⁴ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 134.

*las represalias. De tal manera que en la generalidad de los casos las decisiones judiciales se fundamentan en indicios*¹⁵.

*En efecto, suele acudir a pruebas indirectas en las que está separado el objeto de la prueba y el objeto de percepción, en particular a los indicios, toda vez que exigir la prueba directa supondría demandar una “prueba imposible”, lo que impone acudir al juicio lógico del fallador quien a través de su raciocinio evalúa algunos rastros y máximas de la experiencia de varios hechos probados, infiere conclusiones desconocidas y así procura establecer cuál ha sido la participación de agentes del Estado en el hecho dañoso*¹⁶.

A través de la prueba indiciaria, el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado por hechos de desaparición forzada y de ejecuciones extrajudiciales que ocurren con posterioridad a la detención. En general, esto ha sido posible porque dentro del expediente existen pruebas suficientes para tener por probados ciertos hechos que sirven como indicativos de la conducta punible¹⁷. Estos hechos son, en la mayoría de los casos, (i) la retención de la persona por agentes estatales; (ii) la negativa a suministrar información sobre su paradero, sea que se formule o no un requerimiento expreso a las autoridades; (iii) y el total desconocimiento sobre la suerte que corrió la víctima o el posterior hallazgo de su cadáver con signos de haber fallecido de manera violenta.

Nótese que los hechos que sirven como indicadores de que se ha cometido una desaparición forzada y que ésta es imputable al Estado coinciden con los elementos constitutivos del tipo penal: la privación de la libertad y la falta de información sobre su paradero o la negativa a reconocer tal privación de la libertad. Esto es relevante, porque muestra que la responsabilidad estatal surge de un análisis autónomo que facilita el acceso directo de las víctimas a la administración de justicia, pues para tener acreditado el daño no

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 12.812, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 3 de 2007, exp. 19.286, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, “el hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido”. Sentencia de Casación Penal 04-05-94 Gaceta Judicial No. 2469, página 629, M.P. Ricardo Calvete Rangel.

se exige prueba de la sentencia penal ni la declaración judicial de muerte presunta por desaparecimiento. De hecho, en casos como los del Palacio de Justicia, donde subsiste hasta el día de hoy la incertidumbre sobre el paradero de la víctima, la prueba del daño lo constituye el hecho mismo del desaparecimiento¹⁸.

Tampoco cuando la desaparición forzada ha sido seguida de una ejecución extrajudicial, el Tribunal ha exigido prueba sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el homicidio. Si la muerte está acreditada, es posible responsabilizar al Estado cuando existen otro conjunto de hechos probados a partir de los cuales puede inferirse razonablemente que ésta ha sido cometida por un agente estatal o, en otras palabras, que existe un nexo causal entre el daño (la muerte) y la actuación de los agentes estatales (la detención seguida de la falta de información sobre su paradero).

Obviamente, en estos casos, el Consejo de Estado ha exigido que exista un enlace o conexión precisa y directa entre el hecho indicativo y lo que de él se infiere pues, de lo contrario, el hecho indicado aparecerá como el producto de un análisis amañado y caprichoso, y no como el resultado de un razonamiento lógico o de una inferencia cognitiva¹⁹. Así, si bien se reconoce que el juez goza de autonomía para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento para la elaboración de la inferencia, así como para deducir sus consecuencias²⁰, tal construcción está sujeta a las restricciones consignadas en

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997, exp. 11.600, C.P. Jesús María Carrillo.

¹⁹ La ausencia de esta conexión o enlace, sirvió como argumento a la Sección Tercera del Consejo de Estado para revocar la sentencia mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la responsabilidad administrativa del Estado en un caso de desaparición forzada. Consideró la Sala que la prueba de (i) las llamadas amenazantes recibidas por la víctima; (ii) su posterior desaparición en la ciudad de Bogotá; y (iii) la existencia de una investigación adelantada por el DAS contra la ONG en la cual esta persona trabajaba, por supuestos nexos con la guerrilla del ELN, no podían tenerse como indicios de que la desaparición había sido cometida por agentes de esa institución porque no existía una adecuada conexión entre esos hechos y el hecho indicado. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 3 de 2007, exp. 19.286, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ Esta es la razón por la que Taruffo anota que *“todo hecho, en el sentido más amplio de la palabra, puede ser asumido como un medio de prueba circunstancial. El único criterio significativo para la consideración de que una circunstancia tiene valor probatorio es que, a partir de ella, el juez puede obtener conclusiones*

los artículos 248 y 250 del C. de P.C., conforme al cual los raciocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados y sean apreciados en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y su relación con las demás pruebas que obran dentro del proceso.

Interesa destacar en este punto, que entre el conjunto de elementos que han sido utilizados por el Consejo de Estado para la construcción y valoración de la evidencia indiciaria, no sólo se encuentran las pruebas que han sido practicadas dentro del proceso contencioso administrativo o que han sido trasladadas de los procesos penales o disciplinarios. También están los informes sobre Colombia elaborados por organismos del sistema universal de protección de derechos humanos, y que denuncian las prácticas o hechos que son atribuibles al Estado e incompatibles con el respeto y protección de los derechos humanos. Estos documentos deben ser considerados no solo como parte del bloque de constitucionalidad –como lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana-, sino también como de lo que podría llamarse el “bloque de elementos probatorios a ser analizados”.

Así, en un caso reciente, el Tribunal valoró las pruebas aportadas al proceso en conjunto con el informe elaborado en el año 2010, por el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales²¹, y concluyó que el Estado era responsable de la muerte de cuatro personas

inferenciales sobre la verdad o falsedad de un hecho en disputa. En cierto sentido, entonces, un hecho se convierte en medio de prueba circunstancial simplemente porque el juez lo considera como tal. Cualquier hecho puede ser calificado como un elemento de prueba circunstancial exclusivamente sobre la base de su relevancia para la determinación de un hecho en litigio”. Michel Taruffo, La prueba, editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 105.

²¹ Dice el informe del Relator: “Las fuerzas de seguridad han perpetrado un elevado número de asesinatos premeditados de civiles y han presentado fraudulentamente a esos civiles como “bajas en combate”. Aunque al parecer estos llamados falsos positivos no respondían a una política de Estado, tampoco fueron hechos aislados. Esos homicidios fueron cometidos por un gran número de unidades militares y en todo el país. Se produjeron porque las unidades militares se sintieron presionadas para demostrar que su lucha contra las guerrillas tenía resultados positivos a través del “número de bajas”. Hubo además algunos alicientes: un sistema oficioso de incentivos ofrecidos a los soldados para que produjeran bajas y un sistema oficial de incentivos ofrecidos a los civiles para que proporcionaran información que condujera a la captura o muerte de guerrilleros. Este último sistema careció de supervisión y transparencia. En general, hubo una falta

que habían sido presentadas como guerrilleros muertos en combate, cuando en realidad se trataba de campesinos de la región. La coincidencia existente entre los hechos que fueron probados en el curso del proceso y las prácticas denunciadas por el Relator Especial, le permitieron concluir que se trataba en realidad de un caso de “falso positivo”²².

iii) *La aplicación del concepto de garante*

Antes de que la Corte IDH empleara este concepto para atribuir responsabilidad al Estado colombiano por las masacres cometidas por grupos paramilitares²³, el Consejo de Estado – siguiendo de cerca la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos de las personas privadas de la libertad– ya había señalado que el Estado es el *garante* de los derechos de las personas que se encuentran privadas de la libertad, sea de forma definitiva o transitoria, de manera que si éstas no regresan a la sociedad en las mismas condiciones en que fueron retenidas, aquél debe reparar el daño, aunque el hecho que lo ocasiona no le sea imputable desde el punto de vista fáctico, esto es, aunque el hecho no haya sido cometido por uno de sus agentes:

En síntesis, frente a los retenidos el Estado tiene una obligación específica de protección y seguridad, porque éstos se encuentran en una situación de particular sujeción, en razón de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía

fundamental de rendición de cuentas y problemas en todas las etapas de los procesos disciplinarios y de investigación”. Sobre la dinámica utilizada por las fuerzas del orden, el informe también señala: “En algunos casos, un “reclutador” pagado (un civil, un miembro desmovilizado de un grupo armado o un ex militar) atrae a las víctimas civiles a un lugar apartado engañándolas con un señuelo, por lo general la promesa de un trabajo. Una vez allí, las víctimas son asesinadas por miembros de las fuerzas militares, a menudo pocos días u horas después de haber sido vistos por los familiares por última vez. En otros casos, las fuerzas de seguridad sacan a las víctimas de sus hogares o las recogen en el curso de una patrulla o de un control de carretera. Las víctimas también pueden ser escogidas por “informantes”, que las señalan como guerrilleros o delincuentes a los militares, a menudo a cambio de una recompensa monetaria. Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate”.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2011, exp. 20.145, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²³ Caso de la masacre de Pueblo Bello, sentencia de 31 de enero de 2006.

para responder por su propia integridad y por lo tanto, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen.

Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar.

(...)

Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado²⁴.

El concepto de “garante” se refiere, entonces, a la posición jurídica que ocupa una autoridad pública frente a un particular y que lo obliga, no sólo a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda poner en peligro su vida, su seguridad o su integridad física o mental, sino también a adoptar medidas para prevenir y enfrentar amenazas a sus derechos fundamentales que provengan de terceros particulares o de otras autoridades oficiales.

El Consejo de Estado se valió de este criterio –inicialmente utilizado en casos de detenciones injustas, sin desaparecimiento- para imputar responsabilidad al Estado por casos de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales en los que solamente existía prueba de que la persona había sido detenida por agentes oficiales y que posteriormente había sido asesinada. Ante la imposibilidad de hacer una atribución fáctica de responsabilidad por falta de elementos probatorios, el Tribunal consideró que el juicio de imputación debía ser de naturaleza jurídica y fundarse en el incumplimiento de la

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 12.812, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase, sentencia de 17 de junio de 1998, exp. 10.650, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

obligación de proteger y garantizar los derechos de la persona detenida, o de ponerla a disposición de las autoridades judiciales competentes, en los casos en que ésta fuera capturada en flagrancia:

Si bien sobre las circunstancias que rodearon la muerte del señor Leiber Castillo no se tiene pleno conocimiento en el proceso, pues no hay testigos presenciales del homicidio cometido contra él o, si fue causado por miembros de la fuerza pública, de lo que sí existe absoluta certeza, es que las últimas personas que aseguran haberlo visto con vida, coinciden en afirmar que fue retenido por los agentes de policía Efraín Mercado y Carlos Capdevilla el día 20 de agosto de 1995, quienes desatendieron las obligaciones referentes a proteger la vida e integridad del señor Castillo, al no ponerlo a disposición de las autoridades judiciales competentes, o devolverlo a la sociedad en las mismas condiciones de salud en que fue retenido²⁵.

Posteriormente, según ya se vio, el Tribunal comenzó a valerse de la prueba indiciaria para hacer una imputación fáctica del delito y condenar al Estado. Sin embargo, no abandonó el criterio según el cual el Estado es el garante de las personas detenidas. De hecho, lo hizo extensivo a los casos en los que la víctima aparece muerta (ejecución extrajudicial) pero en los que ni siquiera existen pruebas directas o indirectas para concluir que la desaparición y posterior asesinato ha sido cometido por agentes estatales.

Así, en la sentencia de 28 de febrero de 2008²⁶, el Tribunal responsabilizó a la Policía Nacional y al municipio de Tuluá por la desaparición y posterior ejecución extrajudicial de un grupo de hermanos que fueron sacados por la fuerza por desconocidos mientras se encontraban detenidos en la inspección de policía del municipio por un caso de lesiones personales y riña callejera. Debido a que las víctimas se encontraban bajo la custodia y cuidado de las autoridades del Estado, el Consejo de Estado consideró que el homicidio les era imputable pese a que las pruebas aportadas al proceso no permitían concluir con certeza que fueron agentes estatales quienes se los llevaron y luego los asesinaron.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, exp. 13.922, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En similar sentido, véase la sentencia de 17 de junio de 1998, exp. 10.650, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁶ Exp. 16.996, C.P. Enrique Gil Botero.

iv) *La incorporación de los estándares de reparación integral*

En las primeras decisiones proferidas por casos de desaparición forzada, el Consejo de Estado dio aplicación al principio indemnizatorio básico –daño emergente, lucro cesante, daño a las condiciones de existencia-. Si bien la Ley 446 de 1998 dispuso que la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, dentro de cualquier proceso tramitado ante la administración de justicia, debía atender a los principios de reparación integral y de equidad, el paradigma dominante y aceptado establecía que para la reparación del daño, fuera de carácter material o inmaterial, bastaba con el otorgamiento de una suma de dinero²⁷.

No obstante, se tiene conocimiento de un caso en que, además de indemnizaciones, los demandantes solicitaron medidas no pecuniarias de reparación. Fue el caso de la guerrillera Irma Franco, quien fue desaparecida durante los hechos del Palacio de Justicia, ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985. Los familiares de esta persona solicitaron que se ordenara a Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional devolver el cadáver de Irma Franco a su familia. Si bien el Consejo de Estado desestimó dicha solicitud no lo hizo por considerar que la misma fuera improcedente o incompatible con el objeto de la acción de reparación directa sino porque *“no est[aba] probado en el expediente que ella hubiese fallecido, que hubiese sido hallado el cadáver y por ende que la autoridad tenga alguna información del lugar donde pueda encontrarse”*²⁸.

La prevalencia del principio indemnizatorio básico se mantuvo hasta 2008. Ese año la Corporación introdujo el concepto de reparación integral, el cual ya había incursionado con fuerza en las decisiones de la Corte IDH. Así, en la sentencia de 20 de febrero de ese año,

²⁷ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, editorial Temis, 5ª edición, Bogotá, 2011, p. 123.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997, exp. 11.600, C.P. Jesús María Carrillo.

con ocasión del juicio de responsabilidad adelantado contra la Policía Nacional y el municipio de Tuluá por la desaparición y posterior asesinato de cuatro hermanos que previamente habían sido detenidos por integrantes de la fuerza pública, reconoció la insuficiencia del criterio indemnizatorio y dispuso el otorgamiento de medidas de satisfacción y garantías de no repetición²⁹.

Para llegar a esta decisión, el Consejo de Estado consideró que, tratándose de graves violaciones de derechos humanos, el principio de reparación integral debe ceder ante los principios de congruencia y de jurisdicción rogada, de manera que, aunque no exista una petición expresa de las partes para el reconocimiento de medidas de reparación distintas a la indemnización, el juez debe adoptar las medidas que estime necesarias para retrotraer, en la medida de lo posible, los efectos de la violación y para procurar el resarcimiento pleno del perjuicio ocasionado. Por consiguiente, resulta perfectamente viable que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso y al tipo y a la gravedad de daño sufrido, se ordenen medidas pecuniarias y no pecuniarias en similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte IDH ha decantado.

Con posterioridad, el Consejo de Estado ha reiterado este criterio en otras decisiones también referentes a casos de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales, y ha ordenado (i) medidas de rehabilitación, que se han concretado en tratamientos psiquiátricos, psicológicos y terapéuticos para procurar la readaptación, integración social y superación individual de las víctimas; (ii) medidas de satisfacción que tienen un carácter simbólico y que han consistido en solicitudes oficiales de perdón, publicación de apartes de la sentencia, construcción de monumentos en desagravio y memoria de las víctimas y; (iii) garantías de no repetición que se han materializado en el diseño e implementación de sistema de promoción y respeto de los derechos humanos, mediante charlas con la comunidad y en la orden para que se compulsen copias de la actuación a la Fiscalía General

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 16.996, C.P. Enrique Gil Botero.

de la Nación con el fin de que adelante las investigaciones correspondientes para establecer las responsabilidades penales de tipo individual³⁰.

En cuanto a las indemnizaciones, si bien se considera que son insuficientes, siguen siendo una medida importante para el resarcimiento de los daños materiales (lucro cesante y daño emergente) e inmateriales (daño moral y daño a la vida de relación³¹) causados a las víctimas de desaparición forzada.

El criterio general, es que tanto los daños materiales como el daño a la vida de relación deben probarse, mientras que el daño moral puede presumirse a partir del parentesco, sin perjuicio de que pueda acreditarse mediante prueba testimonial:

Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su hijo, padre y hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

³⁰ Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: 14 de abril de 2011, exp. 20.145, C.P. Stella Conto Díaz; sentencia de 28 de enero de 2009, exp. 30.340, C.P. Enrique Gil Botero.

³¹ Mediante la sentencia de 23 de agosto de 2001, exp. 13.745, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, el Consejo de Estado reconoció el daño a la vida de relación solicitado por la madre de un joven que fue capturado por agentes de la Policía Nacional en momentos en perpetraba un robo a un supermercado y cuyo cadáver apareció posteriormente enterrado como N.N. con señales de tortura: *“Una vez valoradas las anteriores probanzas de carácter testimonial y pericial, se encuentra acreditado plenamente que con la muerte de su hijo, la señora María Rocío Tabares experimentó un sufrimiento de tal intensidad, que le produjo un trastorno mental, diagnosticado como duelo patológico, el cual le modificó su vida en los siguientes aspectos: la vida matrimonial que llevaba con el señor José Daniel Becerra se terminó; al igual que su vida laboral, dado que dejó de realizar sus actividades profesionales, lo cual condujo a que la responsabilidad económica pasara a su progenitora Carolina Calderón; también su vida social se limitó a su madre, con quien vivía después de su separación; y, su vida personal se concentró en venerar la memoria de su hijo en el cementerio, en las condiciones relatadas por los referidos testigos.// En tales condiciones, la Sala considera que está demostrada la existencia de perjuicios a la vida de relación, sufridos por la madre del joven José Fernelly Becerra, de manera grave y definitiva en su vida personal, familiar, laboral y social, en las circunstancias antes descritas; razón por la cual, conforme al prudente juicio que le compete al juzgador para tasar el valor de la indemnización de estos perjuicios extrapatrimoniales, debe condenarse a pagar a la entidad demandada, por este concepto, la suma de dinero equivalente a dos mil (2.000) gramos de oro, a favor de la señora María Rocío Tabares”.*

El monto de las indemnizaciones por concepto de daño material está sujeto en todos los casos, a lo que logre acreditarse dentro del proceso, sin que en ningún caso pueda hacerse más gravosa la situación del apelante único³². No obstante, cabe señalar que para el cálculo del lucro cesante, el Consejo de Estado ha admitido que si éste no se encuentra debidamente probado, debe presumirse para estos efectos que la víctima devengaba, por lo menos, el salario mínimo.

II. La acción de reparación directa como recurso judicial efectivo

El conocimiento detallado de la estipulación normativa sobre la acción de reparación directa y los avances jurisprudenciales que a partir de allí se han hecho –conforme a la descripción sucinta antes realizada-, permite arriesgar la tesis de que estamos en presencia de un recurso judicial efectivo -a despecho de lo considerado por la Corte IDH sobre el punto- que sin duda requiere de ajustes conceptuales y prácticos pero que se encuentra en la ruta de las exigencias hechas por la Corte IDH sobre lo que es un recurso judicial efectivo.

En efecto, una acción que permite (i) el acceso a la justicia flexibilizando la caducidad en casos como la desaparición forzada, (ii) la afirmación de lo que ocurrió –premisas fácticas del caso- a partir de un análisis probatorio indiciario, (iii) la imputación de responsabilidad no necesariamente fáctica, sino jurídica del Estado –por la posición de garante- y (iv) la reparación integral en los términos concebidos por la propia Corte IDH y el DIDH; es una acción bastante parecida, a mi juicio, a un recurso judicial efectivo en los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³² De acuerdo con el Consejo de Estado, ni siquiera en casos de violaciones de derechos humanos, el juez de segunda instancia puede agravar la condena económica del apelante.

Lo que en la práctica judicial colombiana desnaturaliza la acción de reparación directa como recurso judicial efectivo es aquella propiedad atribuida por la Corte IDH relacionada con el plazo razonable, pues que un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, iniciado por la mencionada acción, dure como ocurre actualmente, hasta 15 años, desvirtúa cualquier posibilidad de asimilar este importante mecanismo judicial como un recurso judicial efectivo.

Pero más que atribularnos esa realidad, debe constituirse en un reto para los jueces que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El reto de hacer valer el principio de celeridad judicial cuando se esté ante el juzgamiento de la responsabilidad del Estado por casos de graves violaciones a los derechos humanos, como es el caso de la desaparición forzada de personas. Para el efecto, en Colombia los instrumentos legales están dados. Solo falta decisión, sentido de responsabilidad con las víctimas de este crimen y voluntad de acción.

Bibliografía

Autos

1. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 19 de julio de 2007, exp. 31135, C.P. Enrique Gil Botero.
2. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 21 de febrero de 2011, exp. 39.360, C.P. Olga Valle de la Hoz.

Sentencias

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997, exp. 11.600, C.P. Jesús María Carrillo.
2. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 1998, exp. 10.650, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

3. Consejo de Estado, sentencia de 23 de agosto de 2001, exp. 13.745, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 12.812, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, exp. 13.922, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 3 de 2007, exp. 19.286, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 2007, rad. 2001-00029-01(AG), C.P. Enrique Gil Botero.
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 16.996, C.P. Enrique Gil Botero.
9. Consejo de Estado sentencia del 3 de marzo de 2010, exp. 36.282, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; y salvamento de voto de Enrique Gil.
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2011, exp. 20.145, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 106 y ss; caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 128; caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; sentencia de julio 29 de 1998, párr. 155; Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 134; caso de la masacre de Pueblo Bello, sentencia de 31 de enero de 2006.