



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022).

RADICACION: 73001-33-33-006-2015-00314-02 (0884-2019)
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JHON EDILSON ALAPE MONTIEL Y OTROS
DEMANDADO(S): NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA — EJÉRCITO NACIONAL
TEMA: ASPECTOS PROCESALES - CADUCIDAD

OBJETO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora en contra de la sentencia del 25 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual, declaró probada de oficio la excepción de caducidad.

ANTECEDENTES

Los señores JHON EDILSON ALAPE MONTIEL, CARMEN JULIA MONTIEL MORENO y otros, actuando a través del apoderado judicial formularon el Medio de Control de Reparación Directa contra **LA NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA — EJÉRCITO NACIONAL**, con el fin que se les concedieran las siguientes:

PRETENSIONES

Condenar a la Nación —Ministerio de Defensa representado legalmente por el señor Luis Carlos Villegas — Ejército Nacional representada legalmente por su señor comandante General Jaime Alfonso Lasprilla Villamizar, o quien haga sus veces al momento de la notificación y como consecuencia de ello, se realicen las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare a la Nación, Ministerio de Defensa, responsables administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto de orden material como moral, que les fueron causados a todos los demandantes, por la falla en el servicio, daño antijurídico, por el reclutamiento forzado e ilegal, inconstitucional y contra convencionalmente, cometidos por miembros del Ejército Nacional en contra del Indígena JHON EDILSON ALAPE MONTIEL.

PRIMERO: *Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad anterior, solicito que se condenen al reconocimiento y pago, en perjuicios materiales a la suma de \$ 37.372.300 millones de pesos Moneda Corriente, producto de la multiplicación de un SMLMV, es decir 644.350*58 meses, desde el mes de julio de 2011 y hasta la fecha en que se falle ésta acción, más las prestaciones sociales, ya que existe presunción legal de estas sumas de dinero, como mínimo de haberse percibido, por no haberlo percibido al estar prestando un servicio militar obligatorio y posteriormente habersele discriminado y afectado su proyecto de vida y el de su familia, a favor del señor JHON EDILSON ALAPE MONTIEL, más la correcta corrección monetaria e indexación causadas desde la fecha en que debió percibir el ingreso.*

SEGUNDO: Que se condene e igualmente se declaren administrativamente responsables y consecuentemente se condene al pago de todos los perjuicios morales, que padecieron los demandantes y sus parientes más cercanos en la forma y términos que lo describo a continuación:

- Conforme a los criterios jurisprudenciales últimos del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 12 de agosto de 2013, 28 de agosto de 2013 sobre este particular y en especial de la forma de reconocerse ese perjuicio de la privación injusta de la libertad, solicitan así:
- 1. JHON EDILSON ALAPE MONTIEL, la suma de CIEN (100) Salarios Mínimos Legales mensuales, vigentes para la fecha de la respectiva condena, pertenecientes a la comunidad indígena PUERTO SAMARIA, del Municipio de Ortega.
- 2. Para Su madre: CARMEN JULIA MONTIEL MORENO, la suma de CIEN (100) SMLMV vigentes para la fecha de la respectiva condena, pertenecientes a la comunidad indígena PUERTO SAMARIA, del municipio de ortega.
- 3. Para Su hermano: ADIER ARLEY ALAPE MONTIEL, pertenecientes a la comunidad indígena PUERTO SAMARIA, del Municipio de Ortega - Tolima, la suma de CINCUENTA (50) SMLMV vigentes a la fecha de la respectiva condena.
- 4. Para Su hermana CINDY YANITH ALAPE MONTIEL, pertenecientes a la comunidad indígena PUERTO SAMARIA, del municipio de Ortega - Tolima, la suma de CINCUENTA (50) SMLMV vigentes a la fecha de la respectiva condena.
- 5. Para Su hermana KARENTH SIRLENY GONZÁLES (sic) MONTIEL, pertenecientes a la comunidad indígena PUERTO SAMARIA, del municipio de Ortega - Tolima, la suma de CINCUENTA (50) SMLMV vigentes a la fecha de la respectiva condena.
- 6. y Para Su hermano LUIS CARLOS PACHECO MONTIEL, pertenecientes a la comunidad indígena PUERTO SAMARIA, del municipio de Ortega - Tolima, la suma de CINCUENTA (50) SMLMV vigentes a la fecha de la respectiva condena.

TERCERO: La condena respectiva, o sea el monto total de la indemnización, será actualizada de conformidad con lo previsto en la Ley 1437 de 2011 artículos 182 y ss, mediante la aplicación de los mecanismos, procedimientos y fórmulas adoptadas por el H. Consejo de Estado, en diferentes oportunidades. Actualización que se hará con sus correspondientes intereses e indexación desde la fecha de la ocurrencia de los hechos dañosos y hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo definitivo. Así lo dejo solicitado.

CUARTO: Sobre la suma que resulte condenada la entidad, se dispondrá los que ordenan los artículos 192 y 195 de la ley 1437 del 2011, en cuanto a pago de intereses corrientes y moratorios, los que se aplicaran desde la ejecutoria de la sentencia que señale tales sumas y aumento de índice de precios al consumidor. Quedando solicitado su reconocimientos y pago de esta forma. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada conforme lo han dispuesto las ultimas jurisprudencias del H Consejo de Estado Y H. Corte Constitucional. Toda vez que queda plenamente demostrada la mala fe por parte del Ejército Nacional, ya

que no atendió la solicitud de desacuartelamiento, ni impedido (sic) la discriminación efectuada a este indígena.

QUINTO: *Se solicita la declaratoria pública de disculpas por parte del Ejército Nacional y la manifestación de no repetición de estos hechos tanto a la comunidad indígena Puerto samaria y a la familia del joven de la etnia pijao perteneciente a esta comunidad, JHON EDILSON ALAPÉ MONTIEL, conforme a la jurisprudencia de la Honorable Corte Interamericana De Derechos Humanos.*

Las anteriores pretensiones las fundamenta en los siguientes:

HECHOS

Indicó el apoderado judicial de la parte actora, que el señor JHON EDILSON ALAPE MONTIEL, nació el día 16 de julio de 1993, fruto de la relación consentida de CARMEN JULIA MONTIEL MORENO y JUAN EVANGELISTA ALAPE MENDEZ; añade que, de esa misma relación nacieron cuatro hijos más: Adier Arley Alape Montiel, Cindy Yanith Alape Montiel, Karenth Sirleny Gonzáles (sic) Montiel y Luis Carlos Pacheco Montiel.

Afirmó que, el núcleo familiar en mención está conformado íntegramente por indígenas pertenecientes al cabildo indígena Puerto Samaria de Ortega, Tolima.

Manifestó que, en el mes de julio del año 2011, el joven indígena Jhon Edilson Alape Montiel se encontraba laborando como jornalero para apoyar el sustento de su familia, cuando fue reclutado para prestar el servicio militar obligatorio en la cabecera municipal de Chaparral y llevado para el batallón de Infantería Domingo N°. 17 Caicedo de este lugar.

Esgrimió que, su prohijado al momento del reclutamiento ilegal, inconstitucional y contravencional, manifestó a viva voz ser indígena, a lo que las autoridades hicieron caso omiso.

Señaló que, existe un oficio de fecha marzo de 2012, en el que el Gobernador FLORENTINO MÉNDEZ, del Cabildo Indígena Puerto Samaria del municipio de Ortega, a petición de la familia del joven Jhon Edilson Alape Montiel, solicitó al Ejército Nacional — Batallón de Infantería N° 18 de Chaparral, el desacuartelamiento del referido joven, por su condición especial. Agregó que ante esta solicitud no se recibió respuesta alguna.

Expuso que, desde el momento de su reclutamiento el joven Jhon Edilson Alape Montiel sufrió discriminación por parte de sus compañeros, lo cual se manifestaba con burlas y comentarios xenofóbicos por su condición de indígena, sus condiciones culturales y conciencia de grupo, que a consideración del abogado le produjeron un desequilibrio emocional, precisando que, los comandantes del ejército nunca hicieron nada para evitar dicha discriminación.

Sostuvo que, en el mes de mayo de 2012 se presentó un hecho derivado de la presión y las dificultades culturales entre el demandante y sus compañeros, en el corregimiento de Santiago Pérez del municipio de Ataco, pues tras una acalorada discusión entre unos soldados, el joven indígena accionó su arma de dotación en contra de uno de sus compañeros dejando como saldo dos soldados muertos y dos más gravemente heridos.

Relató que, por los hechos mencionados se capturó al joven Jhon Edilson Alape Montiel quien fuera trasladado a la cárcel del Municipio de Chaparral y posteriormente, al COIBA Picaleña en Ibagué, en donde actualmente se encuentra.

Agregó que, es inquietante que el joven Jhon Edilson Alape Montiel haya suscrito un preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual aceptó la responsabilidad sobre los hechos narrados y fue condenado a 402 meses y 15 días de prisión, por homicidio agravado en concurso con homicidio simple. Manifestó que, en ningún momento el condenado fue evaluado psicológicamente, para determinar su estado mental y tenerlo en cuenta para su sentencia.

Puntualizó que, el 11 de diciembre de 2012, el señor Hidelbrando Díaz Oviedo, amigo de la señora Carmen Julia Montiel, acudió a la Defensoría Regional del Pueblo, donde a través de una queja expuso lo que a su parecer eran irregularidades cometidas en contra de Jhon Edilson Alape Montiel, en el trámite y transcurso de su reclutamiento para prestar el servicio militar obligatorio. Informó que la Defensoría le dio trámite a esta queja enviando comunicaciones al INPEC — COIBA Picaleña, quien dio respuesta el 17 de enero de 2013.

Argumentó que, existe una comunicación del Departamento del Tolima por medio de la cual, hace constar que en el municipio de Ortega se encuentra la comunidad indígena Puerto Samaria, registrada ante la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior; y a la cual pertenece el señor Jhon Edilson Alape Montiel.

Aseguró que, a través de una comunicación de la Defensoría Regional del Pueblo con fecha mayo 29 de 2013, se dio respuesta a la queja instaurada y se hicieron precisiones respecto al lugar especial en donde el demandante debía estar recluido, y también sobre el reclutamiento el cual fue irregular en tanto, por su condición de indígena estaba excluido de la prestación.

Para finalizar, recalcó que el reclutamiento que a su juicio fue ilegal, inconstitucional y contravencional causó graves daños, afectaciones y perjuicios en la vida, honra, honor, salud y relación de la familia indígena Alape Montiel; pues afirma que, si el joven no hubiera sido reclutado no se hubieran producido los asesinatos, en tanto éstos tuvieron su génesis en las burlas, discriminación y posterior, pérdida de conciencia del hoy condenado. Agrega que, por la condena impuesta, el joven pasará el resto de su vida en la cárcel, sin poder ayudar económicamente a su humilde familia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACION — MINISTERIO DE DEFENSA — EJÉRCITO NACIONAL (Fls. 149-164 Cdno. Ppal. Tomo I)

Mediante apoderada judicial, la entidad accionada dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por falta de requisitos legales y probatorios que establezcan la responsabilidad del Estado, al sostener que la entidad demandada no incurrió en falla alguna, ya que el demandante y su familia no indicaron antecedentes que le impidieran prestar el servicio militar.

De este modo, expresó que no puede condenarse a la entidad por perjuicios que resultan inexistentes, al no probarse que el Ejército Nacional ocasionó en el demandante un daño antijurídico, que no deba soportar, requisito sine qua non, bajo las premisas constitucionales jurisprudenciales.

Así mismo, manifestó que, para que se configure el daño emergente debe demostrarse que en efecto se causaron erogaciones con ocasión al daño sufrido, como consecuencia del ingreso al Ejército Nacional, lo cual no llegó a demostrarse.

Ahora bien, respecto del lucro cesante reiteró que, tendría lugar cuando existe en definitiva una lesión grave que afecta el curso normal de la vida del demandante por haberse incorporado a las filas del Ejército, lo cual no aparece demostrado.

Por consiguiente, argumentó que no es posible establecer la totalidad de los requisitos legales que conlleven a determinar la responsabilidad del Estado, por tanto, no es posible condenarlo a indemnizar perjuicios, y mucho menos a otorgar pagos.

Finalmente, propuso como excepciones caducidad del medio de control e inexistencia del daño o falla del servicio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el día 25 de junio de 2019, declaró probada de oficio la excepción de caducidad, y, en consecuencia, dio por terminado el proceso, sin condenar en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión, indicó lo siguiente (Fls. 281 a 288 Cdno. Ppal. Tomo II):

"(...) Ahora, es imperativo traer a estudio lo acontecido en el trámite procesal del presente medio de control, pues, en audiencia inicial celebrada el treinta (30) de enero de dos mil diecisiete (2017), este Despacho decretó la caducidad de la acción, puesto que, el daño alegado por la parte demandante se concretaba en el reclutamiento del joven Jhon Edinson Alape Montiel por el Ejército Nacional, ocurrido el 01 de agosto de 2011, por lo que a la fecha de presentación de la demanda, 10 de agosto de 2015, ya habían transcurrido los dos (2) años de caducidad del medio de control contemplados en la legislación.

Siendo así, y en virtud del recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora en contra de dicha providencia, el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima determinó revocar la providencia referida, teniendo como argumentos:

"Visto lo anterior, y para el caso en particular, encuentra la Sala que la situación fáctica alegada por los demandantes hace referencia, al presunto reclutamiento ilegal para la prestación del servicio militar de que fue objeto el joven Jhon Edilson Alape Montiel, como miembro perteneciente a la etnia Pijao de la comunidad de Puerto Samaria del municipio de Ortega - Tolima.

Que precisamente, dadas sus circunstancias culturales, se encontraba exento de prestar el servicio militar obligatorio, razón por la cual, a su

juicio se compromete la responsabilidad del Estado, al reclutarlo ilegalmente, a partir del cual afirma se generaron una serie de sucesos que afectaron la vida, honra, honor y salud de la familia indígena.

Así las cosas y frente a este panorama corresponde a esta Corporación precisar que tal y como se ha considerado en otros pronunciamientos del H. Consejo de Estado, en los cuales se ha indicado que si bien la finalidad e importancia de la caducidad, es la de dotar seguridad jurídica en los asuntos que conoce la jurisdicción, también es cierto, que, en algunos casos, dada la especialidad de las relaciones que surgen entre el Estado y los particulares, es menester dar un trato diferenciado, en aras de no restringir el acceso a la administración de justicia.

Por lo anterior y en aras de garantizar derechos de índole fundamental como lo es el acceso a la administración de justicia, en este caso, de quien predica pertenecer a un miembro de un pueblo indígena, no resulta procedente en esta etapa procesal decretar la caducidad, hasta tanto no se cuente con los suficientes elementos de prueba que permitan dilucidar si es efecto las condiciones allí alegadas resultan ser verificadas dentro del plenario.

Por lo expuesto, se REVOCARÁ la providencia proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué de fecha 30 de enero de 2017, por medio de la cual se declaró probada la excepción de caducidad alegada por la entidad demandada, lo anterior sin perjuicio que la misma pueda ser declarada en un momento posterior.

Puestas, así las cosas, resulta del caso realizar un nuevo análisis a la figura de caducidad teniendo en cuenta todo el material probatorio allegado al proceso, para lo cual es pertinente señalar que la parte actora alega en el escrito de la demanda que el daño antijurídico se concreta en "[...] el reclutamiento forzado e ilegal, inconstitucional y contra convencionalmente, cometidos por miembros del Ejército Nacional en contra del indígena JHON EDILSON ALAPE MONTIELS"

Ahora, sobre dicha situación, en la continuación de la audiencia inicial celebrada el cinco (05) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), el Despacho decretó la prueba documental, solicitada por la parte demandante, consistente en oficiar a la Dirección del Batallón Caicedo Brigada de Reclutamiento de Chaparral - Tolima para que expidiera y remitiera certificación en la que constara la fecha de reclutamiento de JHON EDILSON ALAPE MONTIEL, empero, en la audiencia de pruebas celebrada el diecinueve (19) de julio de dos mil diecinueve (2019), la apoderada de la entidad demandada aportó certificado expedido por el Jefe de Recursos Humanos del Batallón de Infantería N.º. 17 general José Domingo Caicedo, obrante a folio 261 del cuaderno principal tomo II, que indica que el señor Jhon Edilson Alape Montiel fue miembro activo de las fuerzas militares y prestó sus servicios en el batallón de infantería No. 17 General José Domingo Caicedo desde el 30 de julio de 2011 hasta el 06 de junio del 2012, para un total de 10 meses y 07 días.

Así, las cosas, y teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por nuestro superior jerárquico, el Despacho considera que el daño se concretó el 06 de junio de 2012, fecha en que finalizó presuntamente el reclutamiento ilegal de que fuera sujeto el demandante Jhon Edilson Alape Montiel, por lo que es procedente contabilizar desde esa fecha el término de que trata el literal i) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, esto es, los dos años de caducidad, a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, por lo que el término para demandar vencería el 07 de junio de 2014, término que

conforme al artículo 3° del Decreto 176 de 2009 pudo haber sido suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación, sin embargo, ello aconteció el día 28 de mayo de 2015 conforme certificación expedida por la Procuraduría 27 Judicial para Asuntos Administrativos y que obra a folio 07 del cuaderno principal, posterior al 07 de junio de 2014, sin que pudiera generar la suspensión del término.

En consecuencia, para el 10 de agosto de 2015, fecha en que se radicó la demanda objeto de estudio en la oficina judicial según el acta individual de reparto que obra a folio 1 del cuaderno principal, ya había vencido el término de dos años estipulado en la precitada norma, razón suficiente para decretar la caducidad.

Resulta evidente a todas luces que transcurrieron más de tres años desde la concreción del daño hasta la presentación del medio de control bajo estudio, operando la caducidad, por lo que no es viable para este Despacho entrar a estudiar la eventual responsabilidad del Estado por el alegado reclutamiento ilegal de que fuera sujeto el demandante Jhon Edilson Alape Montiel.

Por lo expuesto, se declarará probada de oficio la excepción de caducidad y, en consecuencia, se declarará terminado el presente proceso.

Finalmente, respecto a la condena en costas, el Despacho se abstendrá de emitir la misma con el fin de no hacer más gravosa la situación de los demandantes quienes pertenecen a una minoría étnica, como se probó en el trámite procesal, ser miembros del cabildo indígena Puerto Samaria, de la etnia Pijao; esto, en aras de garantizar su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia”.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, argumentando en primer lugar, que la demostración de la condición indígena debe darse a partir de la identidad cultural real del sujeto que pregona su pertenencia a determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad, como se demuestra en el presente caso, con el poder otorgado por el Gobernador de la comunidad y representante de la comunidad indígena de Puerto Samaria del Municipio de Ortega - Tolima.

En segundo lugar, mencionó que, en la imposición de un servicio militar, no se tuvo en cuenta que el artículo 9° del convenio 107 de la O.I.T, el cual a su tenor literal establece que se deberán prohibir, so pena de sanciones legales, la prestación obligatoria de servicios personales de cualquier índole, a los miembros de las comunidades indígenas y tribales, por tanto, aduce que, el señor JHON EDILSON ALAPE al ser indígena y estar en su territorio, tenía un trato especial convencional de no prestar servicios personales como el militar, sin embargo, el Estado lo reclutó el 1 de agosto de 2011 de manera ilegal, vulnerando sus derechos humanos y padeciendo de trato discriminatorio por parte de sus compañeros lo que desencadenó los hechos.

Agregó que, las comunidades indígenas están completamente protegidas por la Constitución y por convenios como el 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, cuyo artículo 11 prevé, que la ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios

personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos, todo ello, que puso en riesgo su vida y la de su familia, puntualizando que, es deber del estado proteger y salvaguardar la vida y los derechos de estas comunidades indígenas para preservar y conservar los grupos étnicos de nuestro país.

En tercer lugar, precisó que, como lo expuso la Corporación en su momento, de que en dicha etapa procesal no era procedente decretar la caducidad, hasta tanto no se contara con los suficientes elementos de prueba, por lo que, al expediente fueron remitidos documentos donde se demuestra que el demandante pertenece a una comunidad indígena, donde la naturaleza jurídica y las funciones de los cabildos indígenas, se constituye en ser una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad, Decretos 2164 de 1965, artículo 2º.

Así mismo, expresó que la caducidad para el proceso en referencia no se revisa por el tiempo transcurrido en este caso (3 años), si no por ser miembro de una comunidad indígena que está protegida por tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, la Constitución Política de Colombia y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ya que se presentó una violación de los Derechos Humanos en un miembro de un pueblo indígena, que además de ser una prohibición convencional, también lo es de carácter Constitucional y Legal.

Explicó que, desde la fecha de ocurrencia del hecho, es decir, el 01 de agosto de 2011 y que en días siguientes en que el Joven Alape firmó varios documentos, sin tener en cuenta que no sabía leer ni escribir, ya que esto lo aprendió en la cárcel de Picalaña, tal y como lo expresó su señora madre y el señor Hildebrando en sus testimonios.

Igualmente, mencionó que el A Quo parte de la base que el daño se concretó el 06 de junio de 2012, pasando por alto que al señor Alape, el Estado lo reclutó ilegalmente y que producto de eso, lo colocó en una situación que si se le hubieran respetado sus derechos humanos, no le hubiera ocurrido y que terminó encarcelado por acciones generadas con la prestación del servicio, como fueron la convivencia y la posterior disputa con sus compañeros de servicios, quienes cometieron bullying en contra de él y, que incluso con un arma de fuego del estado se generaron los hechos.

Argumentó que dentro de lo probado, está en el numeral 39 de la providencia de fecha 25 de junio, que el 19 de febrero de 2017, el comandante del batallón de infantería N. 17 General Domingo Caicedo certificó que una vez revisado el archivo de la sección de recursos humanos, comprendidos entre el año 2011 y 2012, se pudo establecer que no se encontró solicitud de retiro alguno por parte del SLC Jhon Edison Alape Montiel, por consiguiente, no es debido decir que prestó servicio hasta el 06 de junio, ni tampoco que es la fecha de inicio de la caducidad, por cuanto la concreción del daño, en su sentir, se trata de daños permanentes o de tracto sucesivo que se agravan con el tiempo, y, se acaban cuando el mismo se acaba, y el señor Jhon Edison Alape Montiel continua con el daño, no solo por la prestación del servicio, sino porque en razón al mismo, sufrió las

consecuencias de la discriminación y bullying de su compañeros, que lo llevaron a realizar los nefastos hechos y a los cuales jamás debió verse expuesto por la falla del servicio en la dirección de reclutamiento del ejército.

De este modo, manifestó que, el descontento con la providencia radica en el desconocimiento sobre la jurisprudencia sobre caducidad, ya que en el caso aplican varias excepciones.

La primera de ellas, está relacionada con la duda sobre el inicio del término de caducidad, el cual se cuenta cuando el indígena tiene plena conciencia y conocimiento de sus derechos, no solo a no ser reclutado, sino a la reparación del daño originado por los agentes del Estado, aduciendo que, ello no es fácilmente comprensible para la persona, debido a su pertenencia étnica y su nivel de escolaridad.

Sumado a esto, manifestó no estar de acuerdo con el juez de primera instancia, quien desconoció que los perjuicios generados a Jhon Edison Alape Montiel son de daños permanentes y de tracto sucesivo que se agravan con el tiempo, ya que está condenado a pagar una pena de 412 meses y 15 días de cárcel, producto de las reacciones a las acciones discriminatorias en su contra cuando prestaba de manera irregular un servicio militar, al cual no estaba obligado.

Adicionalmente, arguyó que, el A Quo olvidó que el daño generado por el reclutamiento, todavía se sigue presentando, porque el demandante pasará toda su vida en la cárcel, al haber sido reclutado y colocado en una situación que nunca debió soportar, todo esto atribuible a los agentes del Estado que lo reclutaron.

Continuó explicando que, no se hizo un análisis de la situación real, pues si se ve con detenimiento, el señor Alape fue consciente de su situación de vulneración y de sus derechos, cuando la Defensoría del Pueblo le informó de los mismos, ya que por su nivel de educación y de pertenencia étnica, ni siquiera sabía leer y escribir, menos sobre qué derechos tenía y, sobre todo, lo relacionado con las responsabilidades del Estado en cuanto a la vulneración de derechos humanos a la que fue sometido.

En tal sentido, indicó que, el señor Alape tuvo conocimiento de su derecho y las acciones para la protección de los mismos, desde el día 29 de mayo de 2013, fecha desde la cual, y siguiendo la teoría del Juez de Conocimiento, se debería contar los términos para los dos años. Así, atendiendo a que la conciliación prejudicial se hizo el 28 de mayo de 2015, un día antes de cumplirse el término de los dos años, mientras se adelantaba este procedimiento judicial, por el término de tres meses para la realización del mismo.

En consecuencia, señaló que la presentación de la demanda se hizo el día 10 de agosto, dentro de los tres meses siguientes a la solicitud de conciliación y una vez realizada la misma, el término para su presentación era el 28 de agosto, concluyendo que el medio de control se presentó dentro del término.

Agregó que, una segunda excepción, es el conocimiento en la participación de agentes del Estado en la causación de los hechos dañosos, afirmando que la misma no se configura en el presente caso, porque desde el comienzo se

tuvo conocimiento que fue el Ejército Nacional el que reclutó ilegal y contravencionalmente al indígena Alape, sin embargo, reiteró, que no se deben presentar todas las causales, sino al menos una de ellas.

Continuó explicando la tercera excepción, a la que denominó conocimiento y concreción de los hechos dañosos, este último tratándose de daños permanentes o de tracto sucesivo que se agravan con el tiempo, diciendo que, según el señor Juez, los daños se concretaron una vez retirado del servicio, argumentando que desde ese momento dejó de ejecutarse el perjuicio al indígena Alape, pero, estima que esto no es cierto, ya que los perjuicios aún continúan, al recibir una condena de 412 meses y 15 días de cárcel, es decir, que el daño se acaba cuando cumpla la pena y pueda volver a su comunidad, de la cual el ejército lo alejó ilegalmente.

La cuarta excepción, consideró que son las conductas constitutivas de violaciones de los derechos humanos, ya que, los hechos narrados son una violación contra dos convenios internacionales de derechos humanos, debidamente ratificados por el Estado Colombiano y que por vía Jurisprudencial uno de ellos, el convenio 169 de la O.I.T. hace parte del Bloque de constitucionalidad y conforme a la jurisprudencia (Sentencia T-568 de 1999, M.P Carlos Gaviria Díaz), no son susceptibles de caducidad.

Conforme a lo anterior, expuso que, respecto a la caducidad de las violaciones de los derechos humanos, no prescriben las violaciones de derechos humanos y la capacidad para hacer valer el derecho al acceso a la justicia y a obtener protección por parte de la víctima y contra el Estado agresor del mismo.

Trajo a colación la sentencia del 01 de diciembre de 2014, emitida por el Consejo de Estado, dentro del proceso con radicado No. 44001-23-31-000-2012-00026-01, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el cual se analizó la procedencia de rechazar la demanda de reparación directa por caducidad, de la cual, aduce que el Alto Tribunal concluyó que la decisión del Tribunal resultaba particularmente defectuosa cuando se aprecia su incompatibilidad con las normas jurídicas de la Convención Americana de Derechos humanos, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia Constitucional.

Señaló que, en dicho caso, el Alto Tribunal adujo que, la perspectiva del caso demanda un necesario análisis a la luz de la convencionalidad, pues el Tribunal en su razonamiento no reconoció ningún peso o valor a tres circunstancias nucleares del litigio: (i) que la víctima en este caso es una niña, (ii) perteneciente a una comunidad indígena y (iii) que el daño antijurídico se hace consistir en actos atentatorios de la integridad sexual de la mujer.

Destacó que, cuestiones tales como las relativas al acceso a la justicia, el deber de los operadores jurídicos no puede reducirse a una labor de subsunción mecánica, pues una actuación de tal naturaleza desconoce el deber jurídico del Estado de potencializar y hacer efectiva la autonomía de dichos pueblos y el principio de no discriminación, de manera que se obra mal por parte del juez cuando, sin tener en consideración la diversidad cultural y jurídica de dichos grupos, se adopta una decisión como si ante los ojos del derecho estatal, los pueblos indígenas se encontraran en pie de

igualdad y bajo las mismas condiciones de cualquier individuo no perteneciente a estos grupos. En otras palabras, ello equivaldría a desconocer de tajo el pluralismo jurídico reconocido a nivel supranacional y constitucional.

Por último, resaltó lo indicado por el Consejo de Estado en providencia del 13 de noviembre del 2018, Consejero de Estado Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicado No. 05001-23-33- 000-2017-01512-01, en donde se señala que *"la caducidad no puede enervar la acción judicial cuando se trate de violaciones a derechos humanos, toda vez que el carácter de imprescriptible de la investigación, juzgamiento y sanción, así como el imperativo de reparar integralmente a las víctimas prevalecen en esos casos concretos, en cuanto se refiere a la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional para reclamar la indemnización y la adopción de medidas necesarias para el restablecimiento del daño antijurídico y el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano, en materia de derechos humanos"*.

Por lo anterior, solicitó revocar el fallo de primera instancia y en su defecto, acceder a las pretensiones de la demanda en favor de Jhon Edilson Alape Montiel y otros (Fls. 296-305 Cdno. Ppal Tomo. II).

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 15 de agosto de 2019, se admitió el recurso de apelación instaurado por la parte demandante contra la sentencia del 25 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué. (Fl. 316 Cdno. Ppal. Tomo II).

En providencia del 12 de septiembre de 2019, se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días, para que formularan por escrito sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (Fl. 319 Cdno. Ppal. Tomo II).

Dentro del término otorgado, las partes y el Ministerio Público **guardaron silencio** (Fl. 320 Vto. Cdno. Ppal. Tomo II).

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL - COMPETENCIA

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, tal como lo señala el art. 153 de la Ley 1437 de 2011.

ESTUDIO SUSTANCIAL

El marco de competencia de esta segunda instancia, se circunscribe a los argumentos de la apelación expuestos por la parte demandante, razón por la cual, corresponde a esta Corporación, abordar el análisis del mismo, en la medida de determinar si fue procedente declarar probada de oficio la excepción de caducidad.

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Corresponde a la Corporación entrar a determinar, si estuvo acertada la decisión del A Quo al haber declarado de oficio la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa, o si, por el contrario, como lo alega el recurrente, se debe revocar la decisión, atendiendo a que la caducidad en el presente caso se debe analizar a la luz de las excepciones establecidas por la jurisprudencia y por la magnitud de la violación de los derechos humanos de los demandantes, al ser parte de una comunidad indígena, siendo procedente el estudio de fondo de las pretensiones y la declaratoria de responsabilidad del estado con ocasión al presunto reclutamiento ilegal del señor Jhon Edilson Alape.

Marco Normativo y Jurisprudencial Frente a la Figura Jurídica de la Caducidad

El término de caducidad está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, sin consideración a situaciones personales, invariable, para que quien se pretenda titular de un derecho opte por accionar o no.

Es por lo anterior, que se da aplicación a la máxima latina “*contra non volenten agere non currit prescriptio*”, es decir, que el término de caducidad no puede ser materia de convención, antes de que se cumpla, ni después de transcurrido puede renunciarse.

Dicho de otro modo, el término para accionar no es susceptible de interrupción, ni de renuncia por parte de la Administración. Es, que el término prefijado por la ley, obra independientemente y aún contra la voluntad del beneficiario de la acción.

La caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado, para el ejercicio de la acción.

La facultad potestativa de accionar, comienza con el plazo prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, improrrogable¹.

El artículo 164 numeral 2, literal i, de la ley 1437 de 2011, establece la oportunidad para presentar la demanda so pena de que opere la caducidad para la reparación directa.

Conforme lo anterior, 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.

Así lo establece la norma en su literal i):

“(…)

*i) 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***

¹ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 11 de mayo de 2000, expediente 12.200.

mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.” (Negrilla fuera del texto original).

En tanto que el artículo 161 ibidem, en su numeral primero indica como requisito previo para demandar, el trámite de conciliación extrajudicial:

*“1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, **reparación directa** y controversias contractuales.” (Negrilla fuera del texto original)*

En relación con la suspensión del término de caducidad del medio de control, dispone el artículo 3 del Decreto 1716 de 2003:

“Artículo 3°. Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

- a. Que se logre el acuerdo conciliatorio, o*
- b. Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; **lo que ocurra primero.**” (Negrilla fuera del texto original)*

Ahora bien, el numeral primero del artículo 161 de la ley 1437 de 2011 estableció como requisito de procedibilidad para demandar el trámite de la conciliación extrajudicial, así:

“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

- 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, **reparación directa** y controversias contractuales.*

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida (...).”

De la Especial Protección a los Derechos Fundamentales de Quienes Hacen Parte de las Comunidades Indígenas y de las Excepciones al Cumplimiento de Obligaciones que se imponen a la Totalidad del Pueblo Colombiano.

Al respecto, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en indicar que, en virtud del pluralismo y de la participación en los cuales se cimenta el Estado Colombiano, conforme lo prevé los artículos 1 y 7 de la Constitución Política, se ha reconocido la especial necesidad de proteger y de garantizar los derechos de quienes hacen parte de las **comunidades indígenas**, en especial, debido a que históricamente se les ha perseguido, discriminado, diezmado o pretendido su homogenización², por lo que, entre

² Corte Constitucional, sentencia T-387 del 28 de junio de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

otras políticas y previsiones particulares, se ha propendido por:

(i) respetar su autodeterminación y autonomía dentro de los límites establecidos por la Constitución Política y la Ley -artículos 246 y 329 superior, visión en virtud de la cual, se previó la existencia de una justicia indígena para su juzgamiento, cuyo fuero especial puede llegar a excepcionar a las autoridades judiciales ordinarias³ siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos⁴, y,

(ii) Se ha establecido a su favor algunas excepciones al cumplimiento de obligaciones que se imponen a la totalidad de quienes integran el pueblo colombiano -pueblo del cual hacen parte, lo que la Corte Constitucional ha denominado como excepciones por diversidad etnocultural-, entre ellas, la prestación del servicio militar obligatorio⁵, como lo establece expresamente el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, excepción que, no opera frente a todos los indígenas, sino únicamente en beneficio de los que residen en su territorio y conservan su integridad cultural, social y económica⁶, sin que ello signifique que no puedan asumir la prestación de ese servicio de manera voluntaria⁷.

No obstante, en lo que respecta a las obligaciones, deberes y cargas fijadas en cabeza de quienes se rigen por el ordenamiento jurídico colombiano, dentro de los cuales se encuentra acudir de manera oportuna a la jurisdicción so pena que se declare la caducidad del medio de control, no se les estableció a las comunidades indígenas un tratamiento especial o exceptivo, pues en palabras de la Corte Constitucional⁸, ello “*(i) implicaría su desarticulación en relación con el resto de la Nación -entendida no como persona de derecho público sino como el elemento de población que conforma el Estado colombiano-, y (ii) consistiría en un tratamiento diferencial irrazonable, puesto que no tendría como finalidad proteger su distinción cultural como pueblo con una cosmovisión distinta a la que impera en la generalidad de la sociedad colombiana -motivo que como se observó, justifica las medidas especiales que se han ideado para su protección-, sino que por el contrario, de manera infundada, (i) los excluiría de una carga que resulta equitativa y que se constituyó en pos de finalidades constitucionalmente válidas -la seguridad jurídica y la no paralización del tráfico jurídico-, y (ii) podría llegar a equiparlos a sujetos de capacidad relativa o insuficiente, lo que es completamente inaceptable”.*

Incluso, el Consejo de Estado se ha pronunciado en torno a este aspecto, precisando que, aun cuando existen normas especiales por las cuales se rigen las comunidades que se encuentran cobijadas por el fuero indígena, lo cierto es, que cuando se requiere de la intervención y pronunciamiento de un operador judicial, en este caso de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, también se encuentran sometidos al cumplimiento de las cargas procesales, que también imperan a la totalidad de colombianos. Sobre el particular, nuestro Máximo Órgano de Cierre, en providencia del **08 de junio de 2017**, emitida dentro del proceso con radicado No. **19001-23-31-000-2007-00495-01(43586)**, **Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth**, indicó:

³ Sentencia T-685 del 4 de noviembre de 2015, M.P. (e) Myriam Ávila Roldán.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-548 del 22 de agosto de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-113 del 20 de febrero de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-058 del 17 de febrero de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-113 del 20 de febrero de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-139 del 9 de abril de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

“(...) se advierte que a favor de tales grupos no se determinó una exención general respecto todas las obligaciones, deberes y cargas fijadas en cabeza de quienes se rigen por el ordenamiento jurídico colombiano (...) si bien los integrantes de las comunidades indígenas tienen derecho a regirse por sus propios procedimientos y preceptos respecto de asuntos en los que se reúnan los requisitos para la operancia del fuero indígena, lo cierto es que frente al resto de conflictos que pueden suscitar un pronunciamiento judicial, como lo son los contenciosos administrativos, se encuentran sometidos a las previsiones establecidas para la generalidad de los ciudadanos -toda vez que se reitera, comparten esa misma calidad- y por ende, es indudable que les asiste el deber de promover oportunamente los procesos contenciosos que deben ser resueltos por esta jurisdicción, dentro del tiempo que establece la ley para ello. (Destacado por fuera del texto original).

CASO CONCRETO

Los señores Jhon Edilson Alape Montiel, Carmen Julia Montiel Moreno y otros, actuando a través de apoderado judicial, acuden al presente medio de control de Reparación Directa, pretendiendo se declare administrativa y patrimonialmente responsable por falla en el servicio a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por el presunto reclutamiento forzado, ilegal, inconstitucional y contravencional por parte de la entidad demandada al señor Jhon Edilson Alape Montiel, de condición indígena, aseverándose que por tal situación, se generó en el demandante una presión psicológica, que desencadenó que éste asesinara a dos de sus compañeros militares e hiriera a otros dos, siendo condenado a pena privativa de la libertad en establecimiento cancelario, donde se encuentra en la actualidad.

Por lo anterior, solicita se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de perjuicios morales, materiales y al pago de costas procesales (Fls. 49 a 62 Cdno. Ppal. Tomo I).

A su turno, el apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional solicitó se negaran las pretensiones de la demanda, al considerar que en el sub judice no se probó efectivamente el daño antijurídico, en virtud a que el señor Alape Montiel acudió de forma voluntaria a prestar el servicio militar obligatorio y en ningún momento manifestó que pertenecía a una comunidad indígena o en su defecto, que ostentara una calidad que lo eximiera de prestar el servicio militar obligatorio. Igualmente, precisó que la entidad accionada en ningún momento intervino en la decisión personal del demandante de asesinar a sus dos compañeros militares y dejar heridos a otros dos.

Finalmente, propuso como excepciones la caducidad del medio de control e inexistencia del daño o una falla del servicio (Fls. 149 a 164 Cdno. Ppal. Tomo I).

En sentencia proferida el 25 de junio de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué declaró probada de oficio la excepción de caducidad, al considerar que dentro del presente medio de control se aducía como daño antijurídico en el reclutamiento presuntamente ilegal del señor Jhon Edinson Alape, tomando como fecha de inicio de la misma, a partir del 07 de junio de 2012, al estar acreditado que el 06 de junio de 2012, fue el último día en que el demandante estuvo prestando su

servicio militar en el batallón de Infantería No. 17 General José Domingo Caicedo.

En consecuencia, explicó que el demandante contaba hasta el 07 de junio de 2014, para demandar y como quiera que, ese término no se había suspendido, porque la conciliación extrajudicial había sido presentada hasta el 28 de mayo de 2015, conforme la certificación expedida por la Procuraduría 27 Judicial II para Asuntos Administrativos, y la demanda hasta el 10 de agosto de 2015, por lo que concluyó que había operado la caducidad en el presente medio de control (Fls. 281 a 288 Cdno. Ppal. Tomo II).

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, haciendo alusión inicialmente a la protección por vía convencional de los derechos de las comunidades indígenas y de las excepciones que existen frente al conteo de la caducidad.

Posteriormente, argumentó que, no era viable afirmar que a partir del 06 de junio de 2012 iniciaba la caducidad, por cuanto la concreción del daño, se trata de un daños permanentes o de tracto sucesivo que se agravan con el tiempo, y el señor Alape Montiel continúa con el daño, no solo por la prestación del servicio, sino porque en razón al mismo, sufrió las consecuencias de la discriminación y bullying de sus compañeros, que lo llevaron a realizar los nefastos hechos y a los cuales jamás debió verse expuesto por la falla del servicio en la dirección de reclutamiento del ejército.

Agregó que, el daño generado por el reclutamiento todavía se sigue presentando, porque el demandante está condenado a pagar una pena de 412 meses y 15 días de cárcel, asumiendo una carga que no debió soportar y todo ello, atribuible a los agentes del Estado.

Sostuvo que, en el presente caso, el señor Alape tuvo conocimiento de su derecho y las acciones para la protección de los mismos, desde el día 29 de mayo de 2013, cuando la Defensoría del Pueblo le informó de los mismos, ya que por su nivel de educación y de pertenencia étnica, no sabía leer, ni escribir.

En tal sentido, manifestó en la fecha antes mencionada es que se debería contar los términos de caducidad y atendiendo a que la conciliación prejudicial se realizó el 28 de mayo de 2015, faltando un día para que operara este fenómeno y que la demanda se presentó el 10 de agosto de 2015, concluyó que el medio de control se presentó dentro del término.

Finalmente, trajo a colación dos pronunciamientos del Consejo de Estado de los cuales derivó que, la cuestiones relativas al acceso a la justicia, el deber de los operadores jurídicos no puede reducirse a una labor de subsunción mecánica, pues una actuación de tal naturaleza desconoce el deber jurídico del Estado de potencializar y hacer efectiva la autonomía de dichos pueblos y el principio de no discriminación, de manera que se obra mal por parte del juez cuando, sin tener en consideración la diversidad cultural y jurídica de dichos grupos, se adopta una decisión como si ante los ojos del derecho estatal, los pueblos indígenas se encontraran en pie de igualdad y bajo las mismas condiciones de cualquier individuo no perteneciente a estos grupos. En otras palabras, ello equivaldría a

desconocer de tajo el pluralismo jurídico reconocido a nivel supranacional y constitucional.

Igualmente, mencionó que, la caducidad no puede enervar la acción judicial cuando se trate de violaciones a derechos humanos, toda vez que, el carácter de imprescriptible de la investigación, juzgamiento y sanción, así como el imperativo de reparar integralmente a las víctimas, prevalecen en casos concreto.

En consecuencia, solicitó revocar el fallo de primera instancia y en su defecto, acceder a las pretensiones de la demanda (Fls. 296 a 305 Cdno. Ppal. Tomo II).

Hechas las anteriores precisiones, corresponde a la Corporación entrar a determinar, si estuvo acertada la decisión del A Quo al haber declarado de oficio la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa, o si, por el contrario, como lo alega el recurrente, se debe revocar la decisión, atendiendo a que la caducidad en el presente caso se debe analizar a la luz de las excepciones establecidas por la jurisprudencia y por la magnitud de la violación de los derechos humanos de los demandantes, al ser parte de una comunidad indígena, siendo procedente el estudio de fondo de las pretensiones y la declaratoria de responsabilidad del estado con ocasión al presunto reclutamiento ilegal del señor Jhon Edilson Alape.

En aras de resolver la cuestión litigiosa, se procederá hacer alusión a los hechos que se encuentran debidamente probados, a través del siguiente cuadro ilustrativo:

HECHO PROBADO	MEDIO DE PRUEBA
1. El señor Jhon Edinson Alape Montiel, nació el 16 de julio de 1993 en el Municipio de Ortega - Tolima, Vereda Samaria y es hijo de la señora Carmen Julia Montiel Moreno y Juan Evangelista Alape Méndez.	El registro civil de nacimiento obra a folio 12 del Cdno. Ppal. Tomo II
2. El señor Jhon Edilson Alape tiene cuatro hermanos, llamados Cindy Yanith Alape Montiel, Adier Arley Alape Montiel, Karenth Sirleny González Montiel y Luis Carlos Pachecho Montiel	Los registros civiles de nacimiento reposan a folios 8 a 11 ibidem.
3. El 01 de agosto de 2011 el señor Jhon Edilson Alape Montiel suscribió el Freno Extralegal para Personal Aspirante a Soldado Campesino, donde manifestó bajo la gravedad de juramento, entre otras cosas, que no era indígena.	El freno extralegal para personal aspirante obra folios 175 del Cdno Ppal. Tomo I y 264 del Cdno. Ppal. Tomo II.
4. El señor Jhon Edilson Alape Montiel suscribió el seguro de vida subsidiado No. 211299 de las Fuerzas Militares de Colombia, póliza No. 000700048975, designando como beneficiarios a sus padres Juan Evangelista Alape y Carmen Julia Montiel.	El seguro de vida reposa a folio 85 del Cdno. Ppal. Tomo I.
5. El día 20 de agosto del año 2011, el señor Alape Montiel suscribió hoja de datos personales No. 0657 022227, ante la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército Nacional; indicando dentro de sus generales de ley que su	La hoja de datos personales obra a folio 84 ibidem.

nivel de educación era primaria y que su ocupación era como jornalero en una finca de la Vereda la Samaria, en el Municipio de Ortega - Tolima.	
6. La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional emitió la ficha médica unificada del señor Alape Montiel donde se estableció como condición de ingreso: buen estado general , siendo debidamente suscrita por el señor Jhon Edilson Alape Montiel.	La ficha médica unificada obra a folios 86 a 93, ibidem.
7. El 01 de agosto del año 2011, el señor Jhon Edilson Alape Montiel suscribió acta de compromiso para la prestación del servicio militar como soldado regular-soldado campesino, de 12 a 18 meses, manifestando que era su deseo prestar el servicio militar de manera voluntaria, bajo las mismas normas y parámetros que rigen para ese tipo de servicio.	El acta de compromiso reposa a folio 83 ibidem.
8. El día 11 de septiembre del 2011, el señor Alape Montiel suscribió el estudio de seguridad personal - formato no.03 para ingreso de soldados bachilleres, regulares y profesionales, dentro del cual manifestó brevemente, entre otras cosas, que deseaba vincularse a la institución porque le gustaba.	El estudio de seguridad personal reposa a folios 37 a - 39 del Cuaderno No. 02 Tomo I - Anexos Contestación de la demanda.
9. Entre el 1º de agosto de 2011 hasta el 12 de noviembre del mismo año, el comandante del Pelotón - C3 Espinel Quiñones Jhon, al cual pertenecía el hoy demandante, suscribió el folio disciplinario en donde se consignó que el señor Alape se desempeñaba adecuadamente, y que además el 12 de noviembre de 2011 salió de permiso autorizado por 17 días, sin novedad.	El folio disciplinario obra a folio 173, Cdn. Ppal. Tomo I.
10. El 26 de mayo de 2012, el comandante de la Base Militar Casa Verde presentó informe al comandante BICAI de Chaparral - Tolima sobre los hechos acontecidos en dicha fecha, cerca de las 6:00 pm, cuando fue informado telefónicamente por el Cabo segundo Acevedo Zapata, que se presentó una riña entre los soldados SLC Alape Montiel y el SLC Ardila Perdomo, donde el SLC Alape disparó su fusil de dotación impactando al SLC Ardila y el SLC Cajiao, produciéndoles la muerte y dejando heridos a los SLC Bejarano Aguirre y SLC Aguirre Sotelo. Indicó que, de manera inmediata se dirigió al sector de los hechos y confirmó la situación, informando al coronel lo sucedido, además de observar que los soldados heridos estaban siendo atendidos por el enfermero del Comité de Instrucción de la Fuerza de Tarea Zeus. Junto al mencionado informe, se adjuntó la declaración de los testigos presenciales de los hechos y de quienes se dice, lograron controlar al SLC Alape.	Ver Fls. 245 Cdn ppal. Tomo II y Fls. 2 a 11 y 18 a 43 del Cuaderno No. 02 Tomo I - Anexos Contestación de la demanda.
11. El 26 de mayo de 2012, el comandante del Batallón de Infantería No. 17 General José Domingo Caicedo - Teniente Coronel Carlos Alberto Quinchia Uribe-, solicitó mediante Oficio No. 2676 MDN CFGM-CE-DIV5-BR6-BICAI-CO-S3-OP-38.13 a la Fiscalía de turno de Chaparral Tolima, acompañamiento de policía judicial para actos urgentes relacionados con los cuerpos de los soldados asesinados, e	El oficio reposa a folio 185 del Cuaderno No. 02 Tomo I - Anexos Contestación de la demanda

igualmente hizo entrega del capturado Jhon Edinson Alape Montiel para lo pertinente.	
12. El 26 de mayo de 2012, el señor Jhon Edinson Alape Montiel suscribió el acta de derechos del capturado en su calidad de indiciado del delito de homicidio y lesiones personales.	El acta de derechos del capturado obra a folio 44 del Cuaderno No. 02 Tomo I - Anexos Contestación de la demanda
13. El 27 de mayo de 2012 el Juzgado 81 de Instrucción Penal Militar inició el proceso penal No. 2033 contra el soldado Campesino Jhon Edilson Alape por el delito de homicidio.	El Radiograma obra a folio 190 del Cuaderno No. 02 Tomo I - Anexos Contestación de la demanda
14. El 06 de junio de 2012, el Juez Segundo Penal Municipal de Chaparral Tolima libró boleta de detención No. 0011-2012 en contra del señor Jhon Edilson Alape Montiel con destino al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chaparral - Tolima.	La boleta de detención obra a folio 189 del Cuaderno No. 02 Tomo I - Anexos Contestación de la demanda
15. El 27 de junio de 2012, el Asesor de Asuntos Étnicos (E) del Departamento del Tolima, Dr. Héctor Arciniegas Robayo certificó que, en el municipio de Ortega, Departamento del Tolima, se encuentra la comunidad indígena Puerto Samaria , inscrita ante la Dirección de Asuntos Indígena, ROM y Minorías del Ministerio del Interior , y que el señor Jhon Edilson Alape Montiel se encuentra registrado y reportado en la comunidad mencionada.	La constancia obra a folio 05 del Cuaderno Principal - Tomo I.
16. El 08 de julio de 2012, el señor Florentino Méndez en su calidad de Gobernador de la Comunidad Indígena Puerto Samaria del municipio de Ortega - Tolima, certificó que Jhon Edilson Alape Montiel pertenecía a dicha comunidad de la etnia Pijao.	La certificación obra a Folio 04, Cuaderno Principal - Tomo I.
17. El 11 de julio de 2012, mediante oficio No. 3220 MDN-CGFM-CE-DIV5 BR6-BICA117-CJM.19, el comandante del Batallón de Infantería No.17 Gr. Domingo Caicedo solicitó a la Fiscalía 28 Seccional de Chaparral - Tolima, el traslado de Jhon Edinson Alape Montiel a un centro carcelario, pues a consideración del Juzgado 81 de Instrucción Penal Militar, los hechos materia de investigación no se pueden considerar como actos del servicio por lo que son competencia de la justicia ordinaria. Además, en dicha comunicación el comandante dejó clara su preocupación ante las manifestaciones de fuga realizadas por el recluso.	El oficio obra a folios 323-324, Cuaderno No.02 Tomo II - Anexos Contestación de la demanda.
18. El 13 de agosto de 2012, el señor Jhon Edinson Alape Montiel presentó ante el Director Seccional de Fiscalías de Ibagué solicitud de sentencia anticipada por aceptación de cargos por doble homicidio y doble tentativa.	El oficio obra a folios 383 a 384, Cuaderno No 02 Tomo II - Anexos Contestación de la demanda.
19. Mediante oficio No. 377-USF-Chap, el Fiscal 28 Seccional de Chaparral allegó respuesta a la solicitud de sentencia anticipada presentada por el señor Alape Montiel,	El oficio obra a folio 407, Cuaderno N.02 Tomo II - Anexos

Radicación: 73001-33-33-006-2015-00314-02 (0884-2019)
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandantes: JHON EDILSON ALAPE MONTIEL Y OTROS.
Demandados: NACION — MINISTERIO DE DEFENSA — EJERCITO NACIONAL

manifiestándole que adjuntaba acta de preacuerdo para ser suscrita.	Contestación de la demanda.
20. El 06 de octubre del 2012, el comandante del Batallón de Infantería No. 17 Gral. José Domingo Caicedo, emitió oficio No. 4788 MDN-CGFM-CE DIV5-BR6-BICAI 17-CJM-1.10, en respuesta al derecho de petición presentado por el señor Jhon Edinson Alape Montiel en el que solicitaba constancia de su calidad de militar, con el fin de ser recluido en patio especial en el centro carcelario; manifiestándole que fue desacuartelado con novedad fiscal el 06 de junio de 2012.	El oficio obra a folio 26, Cuaderno N°.03 - Pruebas parte demandante.
21. El 14 de noviembre de 2012, el Fiscal 28 Seccional de Chaparral, remitió al Juzgado Primero Penal del Circuito de esa jurisdicción, acta de preacuerdo suscrita por el señor Jhon Edinson Alape Montiel.	El oficio obra a folio 408, Cuaderno No 02 Tomo II - Anexos Contestación de la demanda.
22. El 11 de diciembre de 2012, el señor Hildebrando Díaz Oviedo presentó solicitud ante la Defensoría del Pueblo de Ibagué Tolima, para que el señor Jhon Edilson Alape Montiel fuera evaluado por un psiquiatra forense, haciendo alusión a que los padres del joven eran separados, además, precisó que estaba privado de la libertad, porque había suscrito un preacuerdo sin contar con asesoría de su abogado. Así mismo, señalaba que el joven hacía parte de la Comunidad Indígena Puerto Samaria de Ortega, y que sentía temor, de que el señor Alape agrediera a sus compañeros de celda o que, por su comportamiento, fuera violentado.	El oficio obra a folios 16 a 18 del Cdno. Ppal. Tomo I.
23. El 29 de mayo de 2013, la Defensoría de Pueblo dio respuesta a la queja antes mencionada, informando que se había requerido al INPEC - COIBA Picalaña para que se informara sobre las condiciones del señor Alape y solicitando se le respetaran sus derechos especiales por su calidad de indígena censado y reconocido y se le diera tratamiento especial, de conformidad con las normas internacionales y a los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, y por medio de los cuales se establecen derechos a los miembros de los pueblos indígenas, en razón a su situación cultural, y por tanto, deben ser tratados con un enfoque diferencial. En este sentido, señaló que el interno indígena pijao Alape Montiel debía ser recluido en un patio o pabellón especial, de conformidad con la normativa vigente. Adicionalmente, precisó que, de conformidad como acontecieron los hechos con el indígena Alape Montiel, se debía recomendar e insistir en que los miembros de los pueblos indígenas no podían ser reclutados para prestar servicio militar.	La respuesta obra a folios 14 a 15 del Cdno. Ppal. Tomo I.
24. El 17 de abril de 2013, el teniente coronel Carlos Alberto Quinchia Uribe, comandante del Batallón de Infantería N°17 Gr. José Domingo Caicedo, determinó que esa dependencia no era competente para tramitar la investigación disciplinaria por los hechos ocurridos el 26 de mayo de 2012, en virtud a que presuntamente podría verse comprometida la conducta personal del hoy demandante, que si bien se encontraba desacuartelado por determinación del Comando de la Fuerza y por encontrarse bajo medida de aseguramiento, al momento	La providencia obra a folios 412 a 439 del Cuaderno No.02 Tomo II - Anexos Contestación de la demanda.

de la comisión de los hechos el señor Alape Montiel era un soldado campesino activo (Servidor Público), motivo por el cual, teniendo como fin único, el prevenir futuros impedimentos y recusaciones, se abstuvo de continuar conociendo de las diligencia y resolvió remitirlas por competencia a la Procuraduría Provincial de Chaparral Tolima.	
25. Al plenario fue aportado poder, sin fecha, otorgado por el señor Jhon Jairo Bejarano Aguirre al profesional del Derecho, Dr. Juan Alberto Torres Cortes para tramitar el medio de control de Reparación Directa contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 26 de mayo de 2012, en donde el señor Bejarano resultó herido al recibir un disparo por parte del SLC Alape Montiel.	El poder reposa a folio 397 del Cuaderno No. 02 Tomo II - Anexos Contestación de la demanda.
26. El 27 de agosto de 2013, la personería municipal El Pital del Departamento de Huila, emitió constancia de que la señora Carmen Julia Montiel, junto con su núcleo familiar, integrado por: Jhon Edilson Alape Montiel , Adier Arley Alape Montiel, Cindy Yanith Alape Montiel, Karenth Sirleny González Montiel y Luis Carlos Pacheco Montiel, aparecían registrados en la base de datos de población víctima de violencia (SIPOD).	La constancia reposa a folio 06 del Cuaderno Principal - Tomo I.
27. El 06 de noviembre de 2013, el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral - Tolima profirió sentencia de carácter anticipado en el proceso con radicado No. 73675-60-00-477-2012-80014, en virtud del preacuerdo celebrado por el señor Jhon Edilson Alape Montiel; condenándolo a 412 meses y 15 días de prisión, como autor responsable a título doloso del delito de homicidio agravado, en concurso con homicidio simple. Así mismo, negó por improcedente tanto la condena de ejecución condicional, como la prisión domiciliaria	El fallo obra a folios 94 a 100. Cuaderno Principal - Tomo I y folios 9 a 15 del Cuaderno No. 03 - Pruebas Parte Demandante.
28. El 06 de noviembre de 2013, la señora Carmen Julia Montiel Moreno presentó ante la Defensoría del Pueblo - Regional Ibagué un oficio informando que por la queja presentada por el señor Hildebrando Díaz habían cambiado a Jhon Edilson Alape Montiel de patio y que éste había intentado suicidarse; razón por la cual, solicitó ayuda para su hijo por las condiciones de su reclusión y por su estado mental.	El derecho de petición obra a folios 19 del Cuaderno Principal - Tomo I.
29. El 03 de agosto de 2015, el Administrador de Personal Batallón de Infantería N°17 General José Domingo Caicedo - Sargento Primero Jhon Genry Jiménez Chica-, certificó que el señor Jhon Edilson Alape Montiel para el día 26 de mayo de 2012, ostentaba el grado de soldado campesino integrante del quinto contingente del 2011 orgánico de la compañía Hércules primer pelotón.	La certificación reposa a folio 247 del Cuaderno Principal - Tomo II.
30. El día 20 de agosto de 2015, el apoderado de la parte demandante presentó Derecho de Petición ante el Batallón de Infantería de Montaña No. 17 general Domingo Caicedo de Chaparral, solicitando aclarar cuándo fue reclutado el joven Jhon Edilson Alape Montiel, y cuándo fue desacuartelado el mismo.	La petición reposa a Folio 101 del Cuaderno Principal - Tomo I.
31. El 21 de octubre de 2015, el Director del Dispensario Médico Batallón Caicedo, mediante oficio NO 470 MD-CE-DIV5-BR6-BICAI-SAN-53.2. certificó que, al revisar los archivos de historias clínicas y el libro, no hay registros de que al señor	La certificación obra a folio 238 y 259 del Cuaderno Principal - Tomo II.

Jhon Edilson Alape Montiel se le haya atendido por psicología como tampoco, que haya tenido alteraciones en su conducta mientras estuvo en servicio.	
32. El 06 de noviembre de 2015, el Jefe de Recursos Humanos del Batallón de Infantería N°17 General Domingo Caicedo certificó que el señor Jhon Edilson Alape Montiel fue miembro activo de las fuerzas militares y prestó sus servicios en este batallón durante 10 meses y siete días, desde el 30 de julio de 2011 y hasta 06 de junio de 2012.	La certificación reposa a folio 246 y 261 del Cuaderno Principal - Tomo II.
33. El 07 de noviembre de 2015, el comandante del Batallón de Infantería No. 17 Gral. Domingo Caicedo, emitió oficio No. 7733 MDN CGFM-CE-DIV5-BR6-BICAI-17-EJEC-CJM-1.9 en el que informa, entre otras cosas, que en la unidad <u>no reposa ninguna constancia de que el señor Jhon Edinson Alape Montiel pertenece o pertenecía a algún cabildo indígena.</u>	El oficio reposa a folio 258 del Cuaderno Principal - Tomo II.
34. El 08 de enero de 2016, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué - Tolima, resolvió reconocer a Jhon Edinson Alape Montiel una redención de pena de 4 días por trabajo y 202 días por estudio; y negó la solicitud de sustitución de sitio de reclusión al resguardo indígena, al no existir certificación del resguardo indígena en torno a las condiciones en que se cumpliría la sanción o dónde se cumpliría la misma.	La providencia reposa a folios 54 a 62 del Cuaderno No.03 - Pruebas Parte Demandante.
35. El 21 de diciembre de 2016, el Juez 81 de Instrucción Penal Militar informó que en su Despacho cursó la investigación penal contra el señor Jhon Edilson Alape Montiel por el delito de homicidio, pero que la misma fue remitida por competencia al Despacho del Fiscal 28 seccional de Chaparral mediante oficio No. 1066 del de junio de 2012.	El oficio reposa a folio 248 del Cuaderno Principal - Tomo II.
36. El 19 de febrero de 2017, el comandante del Batallón de Infantería No. 17 general Domingo Caicedo certificó que, una vez revisado el archivo de la sección de recursos humanos, al igual que los libros radicadores de documentación entrante para los días comprendidos entre el año 2011 y 2012, <u>se pudo establecer que no se encontró solicitud de retiro alguno por parte del SLC. Jhon Edilson Alape Montiel.</u>	El oficio reposa a folio 263 del Cuaderno Principal - Tomo II.

Cabe mencionar que, el día 19 de julio de 2018, el Juzgado de Conocimiento celebro audiencia de pruebas, dentro de la cual, se recibieron dos testimonios decretados a favor de la parte demandante, los cuales se relacionan a continuación.

- **HILDEBRANDO DÍAZ OVIEDO - Amigo Jhon Edilson Alape Montiel**

Dicho testigo depuso acerca del conocimiento de la condición del señor Alape Montiel y de la situación que vivía al interior de la Cárcel de COIBA - PICALAÑA, según la información que le fue suministrada por el mismo demandante, así⁹:

“PREGUNTADO: Don Hildebrando usted conoce al Joven Jhon Edilson Alape Montiel. Si puede concretar cómo lo conoce, de dónde lo conoce y

⁹ Las grabaciones obran a folio 266 del Cdno. Ppal. Tomo II.

qué situación conoce sobre los hechos que se están investigando dentro de esta demanda.

CONTESTA: *Yo hace aproximadamente 19 años estoy visitando el Pueblo de Ortega - Tolima, yo soy vendedor de joyas, por mi forma de trabajar, conocí a doña Carmen, la mamá de Jhon Edilson. Un sobrino mío estuvo detenido en Picalaña. Yo me fui a visitar a mi sobrino y ahí encontré a Jhon Edilson. La señora Carmen ya me había dicho que tenía un hijo preso. Ahí contacté a Jhon Edilson y él me contó la situación de él.*

Jhon Edilson me comentó que, se había venido de la finca o del resguardo indígena hacer el mercadito (sic), ahí el Ejército lo reclutó y se lo llevó al camión”.

De lo anterior precisó que no le constaba, que eso se lo había contado Jhon Edilson, cuando iba a visitar a su sobrino al Establecimiento Carcelario de COIBA - PICALAÑA.

“PREGUNTADO: *A usted que le consta de lo que vio de Jhon Edilson.*

CONTESTADO: *Únicamente sé, por lo que él me comentó, porque a mí no me consta, que ellos viven en Puerto Samaria, que es un Puerto Indígena de Ortega - Tolima, allá viven los papás y toda la familia. Se que, ellos son indígenas, porque yo saqué una certificación de la Secretaría de Gobierno.*

PREGUNTADO: *Usted dónde se encontró al señor Jhon Edilson, dónde lo vio.*

CONTESTA: *En la Cárcel de Picalaña.*

PREGUNTADO: *Usted hizo alguna actuación para ayudarlo a él.*

CONTESTA: *Efectivamente, cuando Jhon Edilson me comentó, yo hice personalmente, a nombre propio una solicitud a la Defensoría del Pueblo, eso hace ya más o menos 5 años y esta es la hora que no he tenido una respuesta satisfactoria.*

PREGUNTADO: *De qué se trataba la queja.*

CONTESTA: *Que el muchacho estaba enfermo, tenía una enfermedad infectocontagiosa, y no le daban la oportunidad para estudiar y estaba mal físicamente, entonces yo solicité que por favor lo asesoraran por lo que le estaba sucediendo, y como él me dijo que era indígena y yo sé que los indígenas no pueden ser reclutados para el Ejército, ahí fue donde yo me apersoné del caso.*

PREGUNTADO: *Usted tiene conocimiento si Jhon Edilson sabe leer y escribir.*

CONTESTA: *Hasta donde yo lo contacté, era una persona que medio escribía. Sé que en Picalaña él está estudiando.*

Yo he tratado de colaborarle al muchacho por todos los medios posibles, es un muchacho de varios recursos económicos”.

Así mismo, se recibió el testimonio de la señora Carmen Julia Montiel Moreno, Madre del señor Jhon Edilson Alape Montiel, quien hizo alusión al día del reclutamiento de su hijo, y de las acciones que adelantó para que su hijo regresara al resguardo indígena, como se pasa a detallar:

- CARMEN JULIA MONTIEL MORENO – MADRE DE JHON EDILSON ALAPE MONTIEL

“PREGUNTADO: *Infórmele al Despacho si usted tiene conocimiento de qué le pasó a Jhon Edilson cuando bajó al pueblo en la época en que sucedieron los hechos que se están investigando.*

CONTESTA: *Él bajó al pueblo y lo reclutaron para el Ejército, como él era analfabeta no sabía, a él le hicieron firma, y cuando uno no sabe firmar, puede estar firmando la sentencia de muerte y uno no sabe.*

Yo más, sin embargo, pasé una solicitud, pidiendo al Batallón que me devolvieran a mi hijo, pero la verdad nunca tuve respuesta, hasta que pasó lo que tenía que pasar, porque allá se la empezaron a montar (sic) unos compañeros, nada más porque él era indígena, nada más le hacían bullying, que él era indio. Llegado el caso, pasó lo que pasó, ya ahí no se pudo hacer nada, nosotros somos pobres, no tenemos recursos económicos y hoy para poder estar aquí en esta audiencia, gracias al abogado, me mandó los transportes, sino lamentablemente no había podido venir tampoco.

PREGUNTADO: *Informe al Despacho qué tipo de solicitud hizo usted y a quién se la hizo.*

CONTESTA: *Se la hice directamente al Batallón, yo de leyes no sé nada, yo soy analfabeta, la llevé y lo único que me dijeron fue entréquela allá y no firmaron ningún recibido, simplemente me dijeron espere y esta es la hora que estoy esperando y nunca me dieron respuesta.*

PREGUNTADO: *Quién le hizo ese documento.*

CONTESTA: *Yo lo mandé hacer en una papelería del mismo cabildo, me dijeron llévela usted misma al Batallón y así lo hice.*

PREGUNTADO: *Señora Carmen Tulia (sic) indíquele al Despacho en qué parte usted radicó la solicitud.*

CONTESTA: *Yo la dejé en el Batallón, en una oficina, supuestamente me indicaron que la dejara allá. No me dieron recibido de la misma, apenas me dijeron colóquela ahí ya le avisaremos, ya le mandaremos respuesta”.*

Establecido lo anterior, y dado que el génesis de la presente controversia se suscita en establecer el momento a partir del cual inicia el cómputo de la caducidad, la Sala considera necesario distinguir ante qué tipo de daño nos encontramos, es decir, si ante un daño instantáneo o continuado, con el propósito de definir el inicio del plazo procesal del presente medio de control.

En este sentido, el **Consejo del Estado en providencia del 30 de noviembre de 2017¹⁰**, proferido dentro del medio de Control de Reparación Directa, se ocupó de realizar una distinción en relación al efecto temporal en que se concreta el daño, pues señala que existen algunos daños que se concretan en un mismo momento, mientras que existe algunos que se consolidan con el transcurrir del tiempo. Al respecto, precisó el Alto Tribunal lo siguiente:

“(…) La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección tercera – C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Rad. No. 05001-23-31-000-2005-00940-01 (44867).

y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños.

En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce (...)

(...)

Por el contrario, al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, esta circunstancia impone en aras de la justicia que se deba contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, advierte la Sala que, en el presente medio de control, las pretensiones van orientadas a que se indemnice el daño antijurídico generado a la parte demandante, con ocasión al presunto ***“reclutamiento forzado e ilegal, inconstitucional y contra convencionalmente (sic), cometido por los miembros del Ejército Nacional en contra del indígena Jhon Edilson Alape Montiel”***.

En este sentido, al analizar la totalidad de los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente, estima la Corporación que, en efecto, la fecha para la cual se produjo el supuesto reclutamiento ilegal al joven indígena Jhon Edilson Alape Montiel, tuvo lugar entre el **30 de julio de 2011 al 06 de junio de 2012**, es decir, por un total de **10 meses y 7 días**, tal como lo certificó el Jefe de Recursos Humanos del Batallón de Infantería N°17 General Domingo Caicedo (Fl 261, Cdno. Ppal - Tomo II).

Bajo estas circunstancias, encuentra el Tribunal que, tal como lo consideró el Juez de conocimiento, la presencia del hecho dañoso se consolidó a partir del **06 de junio de 2012**, fecha esta última donde fue desacuartelado el Joven Alape Montiel, y por ende, que culminó el supuesto reclutamiento ilegal, para ser puesto a disposición de la autoridad competente, con ocasión a la conducta punible de homicidio agravado, en concurso con homicidio simple, por la cual fue investigado y juzgado, imponiéndole la condena de 412 meses y 15 días, la cual se encuentra purgando en la actualidad en el Establecimiento Carcelario de Coiba Picalaña.

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, se vislumbra que, el apoderado de la parte ejecutante incurre en una imprecisión, cuando indica que, en el presente caso se esta en presencia de un daño continuado que se extendió en la actualidad, como quiera que, producto del supuesto reclutamiento ilegal se generó la privación del señor Alape Montiel y que tendrá que pasar toda su vida purgando una pena. Lo anterior, atendiendo a que en el presente caso no se pretende la indemnización de la parte demandante, con ocasión a la privación del señor Jhon Edilson, por el contrario, la totalidad del sustento fáctico y

jurídico de la demanda se concreta en la prestación del servicio militar obligatorio del que fue objeto el joven indígena, catalogado por el profesional del derecho como ilegal y en contra de las normas convencionales.

En consideración, este argumento queda sin sustento alguno y, por ende, no se puede catalogar que el daño antijurídico se encuentre presente por la privación de la libertad del señor Jhon Alape, porque precisamente esta circunstancia no es la que se pretende sea resarcida por la entidad accionada.

De otra parte, frente a lo expuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, precisando que el señor Alape Montiel tuvo conocimiento de su derecho y las acciones para la protección de los mismos desde el **29 de mayo de 2013**, cuando la Defensoría del Pueblo le informó sobre la situación de vulneración y de sus derechos, y que por su condición de indígena no podría prestar el servicio militar obligatorio, derivando que dicha fecha es a partir de la cual se debe empezar a contabilizar la caducidad del presente medio de control; ha de indicarse que este argumento no tiene vocación de prosperidad.

Esto, por cuanto la comunicación a la que hace alusión el profesional del derecho fue remitida por el señor Hildebrando Díaz Oviedo, quien, en su testimonio, se identificó como amigo del señor Alape Montiel, que lo conoció en el Establecimiento Carcelario - COIBA - PICALÉÑA, cuando visitaba a un sobrino y al tener conocimiento de la situación por el propio demandante, remitió una Queja a la Defensoría del Pueblo el día 11 de diciembre de 2012 (Fls. 16 a 18 del Cdno. Ppal. Tomo I), poniendo de presente la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba presuntamente el interno, siendo resuelta la misma por la entidad el día 29 de mayo de 2013 y direccionada al señor Díaz Oviedo.

En tal sentido, no es posible establecer esta fecha como el momento en que el señor Alape Montiel tuvo conocimiento del hecho dañoso, porque precisamente, dentro del plenario no se encuentra probado, que dicha comunicación haya sido puesta a disposición del hoy demandante.

De igual forma, invoca el apoderado de la parte demandante las comunidades indígenas están completamente protegidas por la Constitución y los Convenios internacionales, como el 169 de la OIT, donde se consagra expresamente que, se deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole. Así mismo, expresa que, respecto a la caducidad de los derechos humanos, no prescriben las violaciones a los mismos y la capacidad para hacer valer el derecho al acceso a la administración de justicia y a obtener protección por parte de la víctima y contra el Estado agresor.

En el mismo sentido, sostiene el recurrente que, al expediente fueron remitidos documentos donde se demuestra que el demandante pertenece a una comunidad indígena y que, en este caso, la caducidad del medio de control no se revisa por el tiempo transcurrido (3 años), sino por ser miembro de esta comunidad, que está protegido por tratados y convenios internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia.

En relación a este aspecto, es necesario reiterar que, las comunidades indígenas se encuentran ampliamente protegidas, tanto por las normas del derecho interno como por las normas a nivel internacional, y que existen excepciones frente a estas comunidades, debido al fuero indígena que ostentan, donde claramente una de ellas, es la exclusión para prestar el servicio militar obligatorio, *como lo establece expresamente el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, excepción que, no opera frente a todos los indígenas, sino únicamente en beneficio de los que residen en su territorio y conservan su integridad cultural, social y económica.*

Adicionalmente, en cuanto a la condición de indígena de los demandantes, si existe prueba en el plenario que acredita que tanto el señor Jhon Edilson Alape Montiel como su grupo familiar hacen parte de la Comunidad Indígena Puerto Samaria del municipio de Ortega - Tolima, como lo certificó el señor Florentino Méndez, en su calidad de Gobernador de la misma. No obstante, cabe precisar que, para la época de los hechos, esta condición no estaba claramente establecida, teniendo en cuenta que, dentro del plenario reposa el freno extralegal para personal aspirante a Soldado Campesino, donde el señor Alape Montiel manifestó bajo la gravedad de juramento, entre otras cosas, que no era indígena.

Ahora, como lo ha indicado nuestro Máximo Órgano de Cierre, frente a las comunidades indígenas **no se ha establecido una excepción respecto a la aplicación en su integridad del Estatuto de lo Contencioso Administrativo**, máxime cuando es conforme a esta normatividad que la parte actora fundamenta sus pretensiones para la declaratoria de responsabilidad de Estado; derechos que para su reconocimiento, claramente deben observar las cargas que se establecen a todos los que se encuentran en su misma situación para el acceso a la administración de justicia, entre ellas, la de ejercer su derecho de acción en los términos establecidos en la ley procesal.

Incluso, de llegar a *“excluirlos de una carga que resulta equitativa y que se constituyó en pos de finalidades constitucionalmente válidas -la seguridad jurídica y la no paralización del tráfico jurídico-, (...) podría llegar a equipararlos a sujetos de capacidad relativa o insuficiente, lo que es completamente inaceptable”*, tal como fue expuesto por el Consejo de Estado y referenciado en el acápite del marco normativo y Jurisprudencial de la presente providencia.

En consideración a lo anterior, las posibles excepciones que plantea la parte recurrente para sustentar la tardanza para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, vislumbra el Tribunal que, no tienen vocación de prosperidad, precisamente, porque el hecho dañoso que se aduce en el presente medio control, se sustenta específicamente en el presunto reclutamiento ilegal, situación que permanece en el tiempo, hasta el **06 de junio de 2012**, motivo por el cual, el término de caducidad se empieza a contabilizar al día siguiente, es decir, **el 07 de junio de 2012**, teniendo la parte demandante hasta el 07 de junio de 2014, para ejercer su derecho de acción.

Cabe precisar que, dicho término podía ser interrumpido por la parte actora, en virtud del agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, sin embargo, ello sucedió hasta el día **28 de mayo de 2015**, como se desprende de la constancia de no conciliación emitida por la Procuraduría 27 Judicial II Para Asuntos Administrativos, que reposa a folio 7 del plenario; cuando ya se encontraba ampliamente vencido el término para demandar.

En este sentido, atendiendo que la demanda fue presentada hasta el **10 de agosto de 2015** (Fl. 1 Cdno ppal. Tomo I), se concluye que operó el fenómeno jurídico de la caducidad al Medio de Control de Reparación Directa incoada por el señor Jhon Edilson Alape Montiel y otros.

Bajo estas circunstancias, la Sala procederá a **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, el 25 de junio de 2019, pues si bien se decretará la caducidad del medio de control, se hace necesario precisar que la excepción de caducidad fue formulada por la entidad demandada y, por ende, no se decretará de oficio como lo indicó el Juez de Conocimiento. En consecuencia, se introduce una **MODIFICACIÓN** al **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia recurrida, el cual quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de CADUCIDAD propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia”.

➤ **COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA**

En el presente caso, estima la Corporación que no hay lugar a condena en costas, atendiendo a que en el plenario se encuentra acreditado que los demandantes hacen parte de la etnia pijao, miembros del Cabildo Indígena Puerto Samaria de Ortega – Tolima y, por ende, en aras de salvaguardar su derecho al acceso a la administración de justicia, no se impondrá esta carga que haga más gravosa su situación.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, en Sala de decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. – CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, el 25 de junio de 2019, en el sentido de introducir una **MODIFICACIÓN** a su **NUMERAL PRIMERO**, el cual quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de CADUCIDAD propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia”.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO. – Sin condena en costas de esta instancia judicial.

CUARTO. – Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente

