

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SALA PLENA

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

Expediente: 85001-33-33-002-2014-00144-01(61.033)
Demandante: Juan José Coba y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y otros
Asunto: Acción de reparación directa
Consejero Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones la Corporación, me aparto de la sentencia proferida el 29 de enero del año en curso, mediante el cual la Sala Plena de la Sección unificó jurisprudencia frente al instituto jurídico-procesal de la caducidad del medio de control de reparación directa, en asuntos relacionados con delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y *“cualquier otro supuesto en el que se pueda pedir la reparación de daños irrogados por el Estado”*.

La regla jurisprudencial de unificación quedó contenida en las siguientes premisas:

i) en tales eventos resulta aplicable el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley.

Las razones por las cuales me aparto de la sentencia de unificación, son las que expongo a continuación:

1. A partir de la segunda posguerra, el sistema nacionalista entró en crisis sin que hubiera desaparecido por completo, pues aún hoy persisten ideologías proteccionistas que defienden la noción de Estado-Nación; no obstante, la globalización económica, social y cultural, así como los avances en conectividad han cambiado sustancialmente las relaciones entre los Estados y los individuos.

Si las relaciones sociales y culturales han sufrido modificaciones, resulta incuestionable que también los sistemas normativos y, por tanto, la estructura de las fuentes del derecho, puesto que este es en sí mismo un sistema social.

En tal virtud, el proceso de existencia, de validez y de aplicación de las normas no puede ser estudiado y analizado desde una perspectiva tradicional o clásica. El proceso de constitucionalización del derecho –conocido en algunas latitudes como neoconstitucionalismo o constitucionalismo dúctil– ha dado paso a un constitucionalismo internacional, puesto que a partir de normas de *ius cogens* o de tratados y convenciones se crean sistemas jurídicos universales y regionales vinculantes.

En el caso colombiano esta circunstancia tiene aún mayor incidencia, si se tiene en cuenta que se celebró un Acuerdo de Paz con el propósito de poner fin a uno de los conflictos armados internos más prolongados de la historia, superior a 50 años.

Por consiguiente, si el objetivo era unificar y fijar reglas jurisprudenciales que afectarán –retrospectivamente y ultractivamente– los derechos humanos y fundamentales de acceso efectivo a la administración de justicia y de reparación integral de daños irrogados por el Estado, considero que se debió estudiar el contenido y alcance de los sistemas normativos multinivel de derechos humanos y del Acuerdo de Paz celebrado entre Colombia y las FARC.

Como consecuencia, la Sala Plena de la Sección debió abordar y ponderar la tensión normativa y nomoárquica que se presenta entre sistemas jurídicos de diferente nivel (multinivel), concretamente entre el ordenamiento jurídico interno; el sistema regional de derechos humanos contenido principalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos “CADH” y el “*Nuevo Acuerdo para la Construcción de una Paz Estable y Duradera*” suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las FARC-EP.

Como se advierte, la existencia de diferentes normas y sistemas jurídicos dificultan la labor de los jueces, pues son estos los llamados a resolver los conflictos y analizar los comportamientos que se reputan como injustos y, por tanto, son los encargados de definir las obligaciones idóneas para resarcir o retribuir los daños que se produzcan en el contacto social.

En el punto cinco del Acuerdo de Paz se estipuló que las víctimas *"tienen derecho a ser resarcidas por los daños que sufrieron a causa del conflicto"*. Y se agregó en el mismo texto que: *"Restablecer los derechos de las víctimas y transformar sus condiciones de vida en el marco del fin del conflicto es parte fundamental de la construcción de la paz estable y duradera"*.

En síntesis, considero que el análisis que se efectuó entre *"imprescriptibilidad de la acción penal"* y la *"caducidad de la acción de reparación directa"* se hizo al margen de los sistemas normativos a los que me he referido, al igual que al Acuerdo de Paz, por cuanto el estudio se limitó a estudiar y acoger la interpretación la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha fijado frente al principio internacional de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

En efecto, la decisión acogió la hermenéutica de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha sostenido que la imprescriptibilidad de la acción penal en delitos de lesa humanidad solo es admisible cuando el Estado no hubiere iniciado la investigación penal, identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los hubiere vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente.

Sin embargo, en mi criterio, insisto, el problema jurídico no podía quedar reducido a la relación y tensión legislativa interna (ordenamiento nacional) entre los conceptos de delitos de lesa humanidad; imprescriptibilidad penal y caducidad del medio de control de reparación directa, puesto que con esta perspectiva se podrían desconocer deberes básicos y consuetudinarios (normas *ius cogens*), así como obligaciones vinculantes interacionales, derivadas de tratados, protocolos y convenios.

En suma, la hermenéutica contenida en la sentencia de unificación podría ser ajena a los estándares convencionales y, por tanto, renuente al ejercicio del control de convencionalidad¹ que debe efectuar todo operador judicial, que no

¹ *"Esta Corte ha señalado que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad' entre los actos u omisiones y las normas internas y la Convención Americana, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Este control de convencionalidad debe realizarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte*

tiene otra finalidad distinta a garantizar que la aplicación e interpretación de las normas internas de cada país se adecúe a los estándares y compromisos internacionales del sistema regional de derechos humanos, así como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. La sentencia de unificación jurisprudencial dejó de lado análisis imprescindibles en relación con reglas específicas de caducidad para ciertos delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o graves violaciones de derechos humanos, como, por ejemplo, la desaparición y el desplazamiento forzado, que mediante normas o decisiones judiciales han permitido garantizar el acceso a la administración de justicia, aun aplicando el término legal de caducidad.

En efecto, el inciso segundo del literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 "CPACA", determina: *"Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición"*.

Igualmente, mediante sentencia de unificación SU-254 de 2013, la Corte Constitucional determinó en la parte resolutive –y como *ratio decidendi*– que el término de dos años para demandar la responsabilidad patrimonial del Estado se contaría a partir de la fecha de ejecutoria de ese fallo, así:

VIGÉSIMO CUARTO -DETERMINAR que, para efectos de la caducidad de futuros procesos judiciales, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los términos para la población desplazada sólo podrán computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.

En otros términos, la Corte Constitucional avaló en sentencia de unificación que el desplazamiento forzado estaba vinculado al término de caducidad de dos años,

Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019, Párrafo 129.

pero contados a partir de la fecha de ese pronunciamiento. El fundamento de la Corte para arribar a la mencionada conclusión, fue el siguiente:

Ahora bien, teniendo en cuenta que por primera vez la Corte Constitucional, a través de una sentencia de unificación de su jurisprudencia, fija el sentido y alcance del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena precisa que los términos de caducidad para población desplazada, en cuanto hace referencia a futuros procesos judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa, sólo pueden computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse, como antes se explicó, de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto por la sentencia C-099 de 2013, que declaró exequibles los incisos 2 y 3 del artículo 132 de la Ley 1448 de 2011, en el entendido que en el caso de los daños causados por crímenes de lesa humanidad, como el desplazamiento forzado, que sean atribuibles a agentes del Estado, no podrá entenderse que la indemnización administrativa se produce en el marco de un contrato de transacción, pudiendo descontarse de la reparación que se reconozca por vía judicial a cargo del Estado, los valores pagados por concepto de reparación administrativa.

En mi criterio, resultaba improcedente establecer parámetros de caducidad generales, al margen de la identificación específica del hecho que produjo el daño antijurídico cuya reparación se reclama, constitutivo, según la demanda y la sentencia del Tribunal en una grave violación de los derechos humanos de la víctima, toda vez que para cada supuesto resultaba viable fijar estándares o criterios de caducidad, máxime si lo que se persigue es la reparación de delitos y crímenes que, como su nombre lo indica, pugnan o riñen contra la humanidad.

A mi modo de ver, la anterior conclusión es la que mejor se acompasa con lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado “interpretación evolutiva”, según la cual las normas que impactan directa o indirectamente derechos humanos (v.gr. el acceso efectivo a la administración de justicia; la reparación efectiva de graves violaciones a derechos humanos, entre otros) son instrumentos normativos “vivos”, cuya interpretación no puede ser pétrea o anquilosada²:

245. Este Tribunal ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, serie C, n.º 257, párrafo 245.

Expediente: 85001-33-33-002-2014-00144-01(61.033)
Demandante: Juan José Coba y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional
Asunto: Salvamento de voto

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, la Corte Europea ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado.

Como se advierte, la decisión de la cual me aparto no tuvo en cuenta el contexto evolutivo de la caducidad y los significativos retos que tendrá que asumir el juez de lo contencioso administrativo en materia de reparación histórica, con el Acuerdo de Paz y con la persistencia del conflicto armado interno.

3. En el caso Órdenes Guerra contra Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que resultaba injustificado aplicar términos de caducidad tratándose de “delitos de lesa humanidad”.

En el párrafo 89 de esa decisión, la Corte precisó que la imprescriptibilidad de la acción civil era razonable en la medida en que los hechos que dieron origen a las mismas hubieran sido calificados como delitos de lesa humanidad. Posteriormente, en el párrafo 95 dijo que los hechos podían estar calificados o ser calificables como delitos o actos de lesa humanidad.

Además, la Corte encontró fundamento y razonabilidad en acoger la propuesta de la Comisión IDH, bajo el argumento de que Colombia –a través del Consejo de Estado–³ y Argentina –vía legislativa–⁴ habían incorporado el criterio de imprescriptibilidad de las acciones civiles, cuando el delito cometido era de lesa humanidad.

De modo que no comparto el criterio relacionado con la carencia de efecto vinculante *erga omnes* del fallo de la Corte Interamericana, en el caso Órdenes-

³ La Corte citó un auto de ponente del 2 de mayo de 2016, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ Artículo 2561 del Código Civil y Comercial que establece: “las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles”

Guerra, por no haber hecho el análisis del artículo 25 de la Convención frente a la CCA y al CPACA (página 26 de la sentencia). La Corte no podía hacer un juicio de convencionalidad de las normas colombianas, por cuanto su análisis estuvo referido al contenido de la reparación civil por los delitos de lesa humanidad en el contexto del Estado demandado, en este caso Chile.

De allí que sostener, como lo hace la sentencia de la que me aparto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no generó una regla de derecho vinculante, porque no resolvió el caso Órdenes Guerra a la luz de la Convención Americana, no es admisible.

La Corte declaró responsable al Estado de Chile, precisamente por haber violado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ende, contrario a lo que afirma la decisión, el análisis y la *ratio decidendi* de esa providencia se hizo a la luz de la CADH. El hecho de que la Corte IDH se haya referido a la jurisprudencia penal chilena no significa que el caso se hubiera fallado solo con el derecho interno de ese país.

Pero más grave aún es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia Órdenes Guerra, sí se refirió expresamente al contexto colombiano para destacar como han existido pronunciamientos del Consejo de Estado en los que se admitió la regla de imprescriptibilidad de las acciones de reparación respecto de actos de lesa humanidad, crímenes de guerra o graves violaciones a derechos humanos.

Creo que no es posible que un tribunal nacional invoque la solución de un caso a la luz de las normas internas del Estado condenado, por cuanto por esta vía se podría evadir el control de convencionalidad que se desprende o es ínsito a toda decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Haciendo eco del criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Órdenes Guerra, la Corte Interamericana consideró que la figura de la prescripción (en nuestro caso caducidad), resultaba relevante para garantizar el principio de seguridad, porque permitía "*coadyuvar al orden público y la paz en las relaciones sociales*"; pero, precisó, y esto me parece fundamental para el análisis de los casos que resuelve esta jurisdicción, que "*el derecho a un recurso judicial para obtener una reparación por crímenes de lesa humanidad no va en desmedro*

de este principio, sino que lo fortalece y contribuye a su optimización”, pues esta “se relaciona con el carácter fundamental que tiene el esclarecimiento de los hechos y la obtención de justicia para las víctimas”.

4. Pero, a pesar de la obligatoriedad que a mi juicio comportan las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que no puede desconocerse que de acuerdo con la misma, tratándose de delitos de guerra o de lesa humanidad la acción civil para reclamar la reparación de perjuicios no prescribe, considero que la fórmula que hoy trae el artículo 164, numeral 2, literal i) de la Ley 1437 puede resultar aún más garantista, si se tiene en cuenta que la calificación de un hecho como *“delito de lesa humanidad”*, conforme a lo previsto en el Estatuto de Roma implica que se trate de un *“ataque generalizado y sistemático”*, lo cual puede generar que conductas gravemente violatorias de derechos humanos y del derecho humanitario queden por fuera de esa calificación y, por ende, de la posibilidad de acudir a reclamar la reparación de perjuicios por fuera del plazo previsto en la ley de cada país, como en efecto pasaría con las conductas tipificadas en los artículos sexto a octavo del Estatuto de Roma y los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario previstos en el Código Penal colombiano, así como los que se relacionan con la libertad personal (previstos en los artículos 135 a 174 de ese estatuto).

Aún más, cabe preguntar si para que opere la excepción del término de caducidad de la acción reparatoria debe una autoridad, en ejercicio de la acción penal, declarar que la conducta que da origen al daño deba ser considerada como delito de lesa humanidad o si, por el contrario, basta con que el juez de la reparación pueda considerar que la conducta generadora del daño puede ser calificada como tal, dado que, en el caso del juez penal colombiano, no es necesario que se declare previamente la conducta como crimen de lesa humanidad para configurar la responsabilidad penal de los autores y partícipes del hecho punible, puesto que no existe ningún tipo de prejudicialidad entre las acción penal y la de reparación directa.

En esa perspectiva, me atrevo a afirmar que la regla normativa del artículo 164, numeral 2, literal i) de la Ley 1437 de 2011 resulta mucho más garantista que

incluso la jurisprudencia internacional, toda vez que ha permitido darle una mayor garantía a las víctimas en relación con el inicio del cómputo de los plazos de caducidad de la acción de reparación directa frente a supuestos de graves violaciones a derechos humanos, a partir de la aplicación de subreglas como las de: (i) fecha de conocimiento del daño, (ii) daño continuado, (iii) imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia o, finalmente, (iv) la fecha de conocimiento de la antijuricidad del daño, esto es, a partir de que se tuvo certeza de la participación activa u omisiva de miembros de la Fuerza Pública en la perpetración de los hechos objeto de juzgamiento.

Como se advierte, en el derecho interno no es preciso que exista una previa calificación de delito de lesa humanidad, crimen de guerra o de genocidio para flexibilizar el cómputo de la acción de reparación directa, por lo que es posible que el juez de lo contencioso administrativo, dentro de su autonomía e independencia funcional, pueda catalogar el hecho como una grave violación a derechos humanos y, por tanto, dar aplicación a la regla y subreglas contenidas en el artículo 164 del CPACA, en aras de dar garantía de acceso efectivo a la administración de justicia.

5. Ahora, la regla de caducidad prevista hoy en la ley colombiana (Ley 1437 de 2012), de dos años, contados a partir del día siguiente a aquel en el que *“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”*, solo puede ser considerada como una mejor garantía de protección a las víctimas que la adoptada por la Corte Interamericana en relación con los actos de lesa humanidad, crímenes de guerra o constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, si la aplicación a los casos concretos se hace de manera amplia, buscando, justamente, brindarles el acceso a la administración de justicia, y no con un criterio restrictivo que, por el contrario, anule su derecho a reclamar la reparación de perjuicios, a partir del solo interés de la seguridad jurídica.

Con una aplicación restrictiva de las subreglas de caducidad unificadas en la decisión objeto de este salvamento, casos como el de los desaparecidos del Palacio de Justicia; las ejecuciones extrajudiciales –mal llamados falsos positivos– y los desplazamientos forzados estarían caducados, porque desde un primer momento se conoció que con la retoma existió participación del Estado en los

hechos objeto de juzgamiento, así como la participación de miembros activos del Ejército Nacional en la muerte de personas ajenas al conflicto armado o en su desplazamiento forzado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la sentencia de unificación dejó por fuera de las premisas importantes conceptos y criterios que previamente fueron delimitados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como el de daño continuado⁵.

En efecto, esta Sección en auto del 15 de febrero de 1996, expediente 11.239 precisó:

En este momento del discurso judicial, la Sala reitera la pauta jurisprudencial en el sentido de que en casos como el presente, cuando los daños se van causando día a día, esto es, en forma de tracto sucesivo, EL TÉRMINO DE CADUCIDAD NO SE AGOTA MIENTRAS LOS DAÑOS SE SIGAN PRODUCIENDO. En esta materia la Sala hace suya la perspectiva doctrinaria que el Dr. Tomás Ramón Fernández maneja en su conferencia: "El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado", Abeledo Perrot, pag 105, en la cual se lee:

'El dies a - quo del cómputo es también, desde hace años, objeto de un análisis muy amplio estimándose que EL PLAZO NO EMPIEZA A CORRER EN TANTO LOS DAÑOS SE SIGAN PRODUCIENDO POR MUCHO QUE SEA EL TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE QUE TUVO LUGAR EL HECHO QUE LOS DESENCADENÓ'

Así las cosas, en la especie, es forzoso hacer, por razones de justicia y también de equidad, una interpretación generosa del momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad, para permitir la admisión de la demanda y con ésta, el acceso a la administración de justicia.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante precisar que son razones de justicia y de equidad las que han permitido a la jurisprudencia sostener que los plazos o términos de caducidad no pueden ser definidos en términos absolutos, toda vez que es posible que determinadas circunstancias o condiciones del caso concreto ameriten la necesidad de flexibilizar el cómputo de la caducidad:

En un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto. No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio. Ahora bien, como

⁵ Valga aclarar que la jurisprudencia ha hecho la distinción entre el daño continuado, entendido como el que se causa día a día, de aquel que se genera en un momento determinado pero cuyos efectos se prolongan en el tiempo.

el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concorra con su origen⁶.

Estoy convencida de que la respuesta para solucionar problemas de caducidad en casos límites está dada por la teoría jurídica. En efecto, si se acoge el positivismo analítico, habría que admitir que ante casos límite (casos difíciles) fuera el juez – de forma discrecional– el que modulará la regla de caducidad. Y, desde una postura iusnaturalista, la teoría de los principios o de la argumentación, se admitiría que el juez fuera quien resolviera el caso a la luz de los postulados superiores de rango constitucional –principios y valores constitucionales y convencionales–.

6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó, en la sentencia de Órdenes Guerra *“los desarrollos que existen en el Derecho Internacional en materia de aplicabilidad del instituto jurídico de la prescripción a acciones judiciales para obtener reparaciones frente a graves violaciones de derechos humanos”*, y se refirió al Estado colombiano, en relación con el cual manifestó que este: *“ha emitido múltiples sentencias en que ha inaplicado el plazo de dos años de caducidad de acciones reparación directa contra el Estado, cuando se trata de daños ocasionados por la comisión de un crimen de lesa humanidad, ponderando entre la seguridad jurídica –que buscan proteger los términos de caducidad– y el imperativo de brindar reparación del daño ocasionado en este tipo de delitos”*.

En efecto, en varias providencias de esta Corporación, en sede de la acción de reparación directa interpuesta por los daños antijurídicos causados como consecuencia de graves violaciones de derechos humanos, pero también en sede de tutela, ha considerado que la reclamación de los daños causados a las personas que constituyan delitos o actos de lesa humanidad puede interponerse

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 13.772.

en cualquier tiempo, sin que resulte aplicable el plazo fijado en la ley para el ejercicio de dicha acción.

Así, en el auto proferido el 2 de mayo de 2016, por el consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), en la demanda instaurada por los señores María Faelly Cutiva Leyva y otros contra la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, citado por la Corte Interamericana, en la sentencia que se viene de mencionar, se consideró que tratándose de un acto de lesa humanidad "o que generen posibilidad que así sea tratado", habrá lugar a inaplicar la caducidad del medio de control de reparación directa.

De igual manera, en providencias de 30 de agosto de 2018, exp. 61.798, de la Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo (E)⁷; de 7 de diciembre de 2017, exp. 59.601, Subsección C, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas⁸; de 12 de

⁷ Se dijo en esa providencia: "3.3. Las reglas y principios anteriores, por garantía imperativa de los artículos 9º, 53, 93, 94, 102, 164 y 214 de la Carta Política; 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972) y de los principios de derecho internacional público del 'pacta sunt servanda', la buena fe, el ius cogens, y de humanidad, deben armonizarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de lesa humanidad, ya que en estos eventos (en una perspectiva adjetiva, no individual) no puede mantenerse un excesivo rigorismo procesal que limite o afecte principios y mandatos normativos de Derecho Internacional Público (de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario) a los que está sujeto el Estado colombiano.// 3.4. De ahí, pues, que se precise estudiar el alcance de los delitos de lesa humanidad y su imprescriptibilidad, a partir de razonamientos suficientes y ponderados que permitan dilucidar si el caso concreto presenta situaciones específicas que permitan vislumbrar alguno de aquellos ilícitos, que demande la armonización sistemática con los principios y normas anteriormente mencionados, para poder concluir si operó o no el fenómeno de la caducidad.// 3.5. Así, esta Corporación ha considerado que la gravedad de las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad justifica un tratamiento diferenciado, en punto a la caducidad del medio de control de reparación directa. Ello, en aras de garantizar de manera efectiva el derecho de las víctimas al acceso a la administración de justicia".

⁸ En esta providencia se razonó así: "Así las cosas, la caducidad para ejercer el medio de control de reparación directa en los eventos en que se involucran actos de lesa humanidad no puede llegar a enervar la acción judicial, 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. // En consecuencia, 'en los eventos en los que se encuentren configurados los elementos del acto de lesa humanidad, habrá lugar a hacer una excepción en la aplicación del fenómeno de la caducidad de la acción de reparación directa, sin que dicha decisión pueda ser tenida como prejuzgamiento. En ese sentido, se tiene que, cuando se decida sobre la admisión de una demanda o en el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe el juez valorar prudentemente si encuentra elementos preliminares que le permitan aseverar, prima facie, la configuración de este tipo de conductas, caso en el cual hará prevalecer el derecho de acción y ordenará la continuación de la actuación judicial, pues la falta de certeza objetiva sobre los elementos fácticos y jurídicos de la litis deberá ser dirimida al momento de dictar sentencia' (auto del 11 de mayo de 2017, proferido por esta Corporación dentro del proceso 58217)".

octubre de 2017, exp. 49.416, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth⁹; de 30 de marzo de 2017, radicado n.º 25000-23-41-000-2014-01449-01 (AG), Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero¹⁰ se acogió el criterio de que tratándose de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o graves violaciones de derechos humanos no había lugar a declarar la caducidad de la acción.

De igual manera, en sede de tutela se han amparado los derechos de las víctimas o damnificados de graves violaciones de derechos humanos, ordenando a los jueces ordinarios contar dicho término desde que se dictaran las sentencias penales¹¹.

⁹ Se afirmó en ese auto lo siguiente: *"Tampoco se puede pasar por alto que en el caso concreto se está persiguiendo la reparación de los daños causados por el delito de homicidio en persona protegida cometido respecto del señor Omar de Jesús Gutiérrez, lo que implica que, por tratarse de un crimen de lesa humanidad, la caducidad de la acción de reparación directa no empieza a contar mientras no exista una sentencia en firme que condene a los culpables del hecho delictivo, tal como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-352 de 2016"*.

¹⁰ Se dijo en dicha providencia: *"No obstante, la Sala precisa que el Consejo de Estado, en ejercicio de sus competencias constitucionales como juez límite en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, ha considerado que la no aplicación del término de caducidad ordinario en el juzgamiento de la responsabilidad pública en materia de delitos de lesa humanidad se impone, por cuanto es necesario hacer prevalecer las garantías procesales de acceso efectivo a la administración de justicia interna, en aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, toda vez que presuntamente se trata de casos graves violaciones de derechos humanos que ameritan una protección jurídico procesal reforzada y que buscan hacer efectivo el derecho fundamental de las víctimas a una reparación íntegra (...). De esta forma, cuando se afirma de manera razonada y fundamentada sobre la existencia de hechos que pueden ser calificados objetivamente como crímenes de lesa humanidad, es preciso aplicar un tratamiento de excepción a la caducidad del medio de control de reparación de las víctimas, en orden a brindar las mayores garantías posibles de acceso a la administración de justicia interna y en aplicación de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Este tratamiento excepcional solo se justifica en aquellos casos en los cuales existen razones válidas y suficientes para estimar que presuntamente se trata de crímenes de lesa humanidad, en donde el juez está obligado a velar con celo riguroso la efectividad de las garantías constitucionales y convencionales"*.

¹¹ *"En otros términos, dadas las características y connotaciones de la conducta que denominada homicidio en persona protegida y/o ejecución extrajudicial, no parece suficiente, por lo menos para efectos de contar la caducidad que 'aparezca la víctima', como lo señaló el legislador para el caso de las desapariciones forzadas o del acaecimiento del hecho, según lo advertía el artículo 136 del C.C.A., pues, se repite, en estos sucesos, se parte del dicho del Estado, presunción que admite prueba en contrario, según la cual, la persona que murió por el accionar de las fuerzas estatales, hacía parte de un grupo armado frente al cual, en muchos casos, existían supuestos informes de inteligencia que daban cuenta de sus actividades delictivas. // Es decir, no se puede hablar de un daño antijurídico y por tanto de responsabilidad del Estado cuando se produce una 'confrontación' y uno o varios miembros 'del grupo armado' mueren como producto del 'enfrentamiento' con la fuerza pública. En estos casos, el solo hecho de la muerte no puede generar la caducidad, porque, en principio, no hay daño frente al cual se pueda reclamar, pese a que los familiares tengan el convencimiento que la persona señalada de pertenecer a las fuerzas armadas ilegales no lo era, en contraposición a los informes oficiales (...). Por tanto, considera la Sala que, por hechos como los que dieron origen al proceso de reparación directa y a efectos de materializar los derechos de acceso a la administración de justicia de las víctimas, se requiere de una interpretación diferente del artículo 136 del C.C.A, que permita la realización efectiva de los derechos de aquellos, pues, por la naturaleza y configuración de la conducta de los agentes del Estado que allí se alega, la que,*

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que, tratándose de crímenes en persona protegida, resulta absolutamente indispensable flexibilizar el término de caducidad, para considerar que el mismo no empezara a correr mientras no exista fallo penal condenatorio, pues a partir de ese momento las víctimas tienen pleno conocimiento de la antijuricidad del hecho: *"El conteo del término de caducidad en acciones de reparación directa para casos de ejecuciones extrajudiciales ('falsos positivos') es de dos años contados desde el día siguiente de la ejecutoria del fallo penal que determina la existencia del delito de homicidio en persona protegida. Es decir, el término no empieza a contarse desde el momento en que aparece el cadáver, como se ha desarrollado para el caso de las desapariciones forzosas, sino después, esperando que exista un fallo judicial penal condenatorio. No de otra manera podría el derecho esperar que las víctimas conocieran de la antijuricidad del hecho"*¹².

Además, la Corte Constitucional precisó que el término caducidad se debe considerar de acuerdo a la gravedad de la conducta y derecho de acceso a la administración de justicia de las víctimas, por lo que frente a graves violaciones de derechos humanos no es admisible una lectura exegética de las normas que fijan plazos de acceso a la administración de justicia¹³.

se repite, no es la desaparición forzada, contar el término de caducidad desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o de la aparición del cadáver de la víctima, deja de lado la consideración de una circunstancia o presunción que se debe desvirtuar y es aquella según la cual, la muerte se presentó en combate, hecho que, en principio, impediría la configuración de la responsabilidad del Estado. Presunción que, en principio, solo se puede desvirtuar a lo largo del proceso penal que se inicie con ocasión de esa conducta y la discusión misma sobre sus verdaderas connotaciones (...). Así, para hacer razonable el término de caducidad en los mal llamados 'falsos positivos', ejecuciones extrajudiciales o técnicamente homicidios en persona protegida, este solo podría contarse, cuando la autoridad penal declare que el Estado desconoció su deber de garante e involucró al personal civil en las hostilidades, al señalarlos como miembros de grupos armados, cuando en realidad no lo eran. Es decir, cuando el Estado mismo, a través de la justicia penal, declare que se dio la violación de las normas del Derecho Internacional Humanitario".

¹² Corte Constitucional, sentencia T-352 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³ "La providencia del Consejo de Estado, en la cual declaró probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa en relación a la accionante y sus demás familiares, incurrió en una causal específica de procedencia del amparo contra sentencias, cual es, el defecto sustantivo por no haber aplicado un enfoque constitucional fundado en la salvaguardia de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodearon el caso concreto. El Consejo de Estado hizo una aplicación exegética del término de caducidad previsto en el artículo 136, numeral 8 e inobservó ciertos compromisos internacionales, relacionados con la especial protección que debe brindarse a la familia y los menores de edad. La obligación de debida diligencia frente a violencias contra mujeres, niñas y adolescentes, demanda de las autoridades públicas poner de relieve todas las complejidades que concurren en una agresión. Si la Corporación judicial se hubiera percatado que se trataba de garantizar el acceso a la administración de justicia, el debido proceso, y la debida diligencia, por el feminicidio y violencia sexual, agravado por ser una pequeña niña, estaba convocado a aplicar de forma diferente el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo" Corte Constitucional, sentencia SU-659 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Y en reciente oportunidad, el mismo tribunal confirmó esa postura al sostener: *“la Corte ha señalado que el término de caducidad no puede aplicarse de manera absoluta, sino atendiendo a las particularidades del caso, ya que existe la posibilidad de que el afectado conozca o identifique el perjuicio en un momento posterior a aquel en que ocurrió, motivo por el cual, le corresponde al juez efectuar una interpretación que garantice los derechos fundamentales de las víctimas del daño antijurídico”*¹⁴.

Igualmente, el 24 de julio de 2018, la Corte Constitucional, con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación, sistematizó las reglas sustanciales y procesales de la responsabilidad extracontractual del Estado en eventos de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y graves violaciones a derechos humanos. Una de las reglas que acogió y reiteró esa Corporación fue la relativa a la flexibilización de los términos de caducidad de la acción de reparación directa cuando el daño antijurídico tiene origen en cualquiera de las conductas enunciadas. En palabras de la Corte¹⁵:

Sexta regla, a pesar de que el Legislador previó reglas especiales de caducidad únicamente para el hecho punible de desaparición forzada (inciso 2º del artículo 136.8 del CCA -adicionado por el artículo 7º de la Ley 589 de 2000, reiterada en el artículo 164 del CPACA), de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972), el principio de derecho internacional del ius cogens, y los compromisos internacionales del Estado colombiano, ‘(...) las hipótesis de daño antijurídico acaecidos con ocasión de actos de lesa humanidad no tienen caducidad de ninguna clase y su tratamiento procesal no puede hacerse con sujeción a las reglas limitativas de la caducidad propias del ordenamiento jurídico interno de los países en cuanto entrañan situaciones de interés para la humanidad, en relación con los cuales los argumentos de seguridad jurídica deben ceder en aras de una adecuada ponderación a favor de esos interés superiores que los delitos en mención involucran’.

De ahí que, el Consejo de Estado haya señalado que cuando se demanda la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de actos de lesa humanidad, el principio de integración normativa debe ser aplicado sistemáticamente con el principio de derecho internacional público del ius cogens para concluir que en estos eventos la caducidad de la acción de reparación directa de manera única y excepcional no operaría, o se producirían efectos similares a la imprescriptibilidad que se afirma de la acción penal.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-334 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-296 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Como se aprecia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional, y también el Consejo de Estado, han admitido que frente a los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o graves violaciones de derechos humanos no operaba el fenómeno de la caducidad, por lo cual se generó la convicción de que este tipo de demandas o reclamaciones podían ser presentadas en cualquier tiempo o, por lo menos, cuando se hubieran declarado los hechos como delitos de lesa humanidad o se hubieran dictado las sentencias penales que reconocieran la participación de agentes del Estado en esos hechos.

En esa perspectiva, la jurisprudencia contencioso administrativa, la constitucional y la internacional han generado una confianza legítima en las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, en relación con la inexistencia de reglas absolutas en materia de caducidad. *A contrario sensu*, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, el entendimiento debe ser aquel según el cual, para garantizar la efectiva reparación de este tipo de conductas, que deshumanizan e instrumentalizan al ser humano, es absolutamente imprescindible darle un entendimiento flexible a las reglas de caducidad.

7. Por lo anterior, no comparto que hoy se aplique de forma retroactiva o ultractiva la regla unificada, en relación con el conocimiento del daño o la posibilidad de reclamar, siempre que se hubieran expuesto las razones que los llevaron a no presentar la demanda dentro del término de caducidad de la acción.

Considero que la decisión de la Sala debió adoptarse como jurisprudencia anunciada, con efectos hacia el futuro y permitiendo que se reiniciaran los cómputos de caducidad como lo hizo la sentencia SU-254 de 2013 de la Corte Constitucional para los casos de desplazamiento forzado. En otros términos, brindar un plazo razonable a las víctimas para que pudieran presentar las correspondientes demandas, una vez conocido el cambio jurisprudencial, más aún si la posición unificada tiene como propósito imponer de manera irrestricta una regla legal que pueda afectar el acceso a la administración de justicia, en aras de garantizar la seguridad jurídica.

Lo anterior, toda vez que una decisión sorpresiva que busca aplicar de forma exegética la norma de caducidad y, por tanto, restringe su flexibilidad, solo podía ser aplicada, sin lesionar el derecho de acceso a la administración de justicia,

otorgando un plazo razonable para que las víctimas comprendan las implicaciones de la unificación.

En efecto, pueden haber transcurrido ya varios años desde que ocurrió el hecho, y las víctimas del mismo pueden tener la convicción de que podían esperar un momento más propicio para demandar, bien para no correr riesgos frente a su integridad personal, o que hubiera un pronunciamiento de organismos internacionales, o de un juez penal o, simplemente, contar con los elementos de juicio suficientes para demostrar los hechos que califican como actos de lesa humanidad, tal como ocurrió en el caso concreto, en que los demandantes aguardaron a la decisión de la jurisdicción ordinaria penal que declaró, entre otros aspectos, la comisión de un homicidio en persona protegida, por lo que debió darse aplicación al criterio establecido por la jurisprudencia constitucional, esto es, se debió iniciar el cómputo de la acción de reparación directa a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la sentencia penal condenatoria.

8. Es posible que las pruebas que lleven al juez el convencimiento de que los hechos causantes del daño son atribuibles al Estado, o que tienen la connotación de actos o delitos de lesa humanidad pueden no estar al alcance de los demandantes, en tanto que pueden transcurrir muchos años sin que exista una confesión o se presente el hallazgo de elementos que desvirtúen los informes oficiales, que puedan haberse expedido para dar visos de legalidad a los hechos.

9. La sentencia afirma que *"la imposibilidad de conocer la relación del Estado con el hecho dañoso no da lugar a la inaplicación de las reglas de caducidad sino al momento en el que, dado el conocimiento de los hechos, surge el interés para reclamar la indemnización de los perjuicios causados"*.

En mi criterio, más que el conocimiento personal del hecho, lo que se requiere para demandar es el acopio de pruebas para reclamar. Lo anterior es visible en el caso concreto, toda vez que, según el informe oficial, en la muerte del señor Clodomiro Coba León intervinieron miembros del Ejército, pero de muy poco le hubiera servido a los parientes de la víctima acudir a reclamar la reparación del daño, porque primero tenían que demostrar su antijuridicidad, es decir, desvirtuar el informe oficial que daba cuenta de un enfrentamiento armado y esas pruebas solo podían obtenerse por: (i) confesión posterior de los victimarios; (ii) por

pruebas técnicas que se hubieran obtenido al momento del levantamiento (protocolo de necropsia); (iii) por el testimonio de quienes pudieron presenciar los hechos, pero temen declarar porque correrían la misma suerte; (iv) o por pruebas que el Estado, haciendo uso de todas las herramientas a su alcance, por tener la potestad punitiva podría acopiar, y que pueden servir de fuente para que el juez de la reparación llegue a la convicción, directa o por inferencia, de que se trató de un ejecución extrajudicial, o realmente, de un enfrentamiento armado, que descarta la falla del servicio.

Las afirmaciones de la familia o de los vecinos, que aseguraran que él no hacía parte de un grupo subversivo, poco podrían aportar, ellas solas, al esclarecimiento de la verdad, que permitiera imputar el daño antijurídico al Estado.

Considero que, en este punto, la decisión de unificación es contradictoria, por cuanto, la segunda premisa de unificación establece que el plazo de caducidad “se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial”; no obstante, en la parte motiva de la sentencia se sostuvo que “la imposibilidad de conocer la relación del Estado con el hecho dañoso no da lugar a la inaplicación de las reglas de caducidad sino al momento en el que, dado el conocimiento de los hechos, surge el interés para reclamar la indemnización de los perjuicios causados”. Y, finalmente, en relación con el caso concreto, se declaró probada la excepción de caducidad de la acción, pese a que se estableció que los demandantes esperaron hasta el 14 de agosto de 2014, fecha en que se profirió la decisión penal que determinó la comisión del delito de homicidio en persona protegida.

Por tanto, de acuerdo con la segunda premisa de unificación se debió estudiar de fondo la controversia, toda vez que, se insiste, en este tipo de graves violaciones a derechos humanos no es posible aplicar criterios absolutos o rígidos, más aún, si solo hasta el 14 de agosto de 2014 se produjo la sentencia penal condenatoria, en la que se definieron los hechos como grave violación a derechos humanos.

En este punto es importante reiterar que no existe prejudicialidad entre el proceso administrativo de responsabilidad y el penal –como se analizará más adelante– dado que se trata de trámites judiciales autónomos e independientes, como lo ha sostenido pacíficamente la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Como consecuencia, imponer a las víctimas que interpongan la acción de reparación directa sin contar con los elementos probatorios mínimos y necesarios para fundamentar la imputación al Estado, puede significar un sacrificio grave de los derechos a justicia y a la reparación, puesto que, en este tipo de eventos, son el proceso penal y la sentencia condenatoria los principales elementos de convicción en el proceso de reparación.

10. En la sentencia de la que me aparto se fijó el criterio de que el término de caducidad no se aplica *“en los eventos en los que se afectan de manera ostensible los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por la configuración de circunstancias que obstaculizan materialmente el ejercicio del derecho de acción y, por ende, impiden agotar las actuaciones necesarias para la presentación de la demanda, dentro de las cuales se encuentra la constitución de abogado”*.

De esa regla considero ampliamente inconveniente el calificativo de *“ostensible”*. Es este un elemento de mucha subjetividad que puede generar decisiones contradictorias: ¿Qué debe entenderse por ostensible? ¿Qué funcionario define lo que ostensible? ¿Cuáles serían los parámetros para definir las circunstancias que obstaculizan de manera ostensible los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia?

Además, esas circunstancias materiales pueden existir, aunque su prueba no sea tan ostensible, sino que más bien demande una juiciosa valoración del juez, siempre con el deber de garantizar el acceso de las personas a la administración de justicia.

11. El remedio de la prejudicialidad que se propone en la sentencia de la cual me aparto carece de eficacia en estos casos. De una parte, porque como bien lo sostiene el proyecto y lo ha reiterado la jurisprudencia¹⁶, la decisión que se adopte

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, exp. 16.533, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. *“La sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha*

en el proceso penal no vincula al juez de la reparación, motivo por el cual es posible afirmar que lo que se decida en uno no depende de lo que se pueda resolver en el otro, aunado al hecho de que se trata de procesos autónomos e independientes. Y, de otra, porque la suspensión del proceso solo opera por un período determinado¹⁷, y pueden transcurrir muchos años –incluso lustros o décadas– antes de que se obtenga una prueba que demuestre la participación del Estado en los hechos.

Además, esta premisa con apariencia o velo garantista tiene un efecto práctico abiertamente injusto, por cuanto, una vez vencido el período máximo de suspensión del proceso por prejudicialidad (artículo 163 C.G.P.), esto es, dos años, podría ocurrir que no se hubiere proferido sentencia penal condenatoria, razón por la cual tendría que proseguir el proceso de reparación sin elementos probatorios que dieran cuenta de la grave violación de los derechos humanos acaecida en el caso concreto.

Lo anterior, con dos agravamientos aún mayores, puesto que los procesos de graves violaciones a derechos humanos tienen prelación de fallo y, por tanto, es altamente probable que la sentencia de reparación se profiera antes de la

causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de responsabilidad que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexo con el servicio. "Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular (...)"

¹⁷ Art. 161 CGP. La norma preceptúa: "El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos: // 1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción. // 2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa".

culminación del proceso penal. Además, esa providencia –absolutoria– tendría efectos de cosa juzgada y, por tanto, se cerraría definitivamente la oportunidad de las víctimas de acceder a la reparación integral del daño sufrido, así como la posibilidad de que se decreten medidas de justicia restaurativa, como por ejemplo remover la cosa juzgada penal militar; reabrir procesos penales; adelantar procesos disciplinarios; definir y esclarecer los hechos; garantías de no repetición, entre muchos otros.

12. Los damnificados con un hecho constitutivo de violación de los derechos humanos pueden tener la convicción íntima de que sus parientes fueron víctimas y no participaron en enfrentamientos armados, ni pertenecen a grupos delincuenciales, que su muerte no fue “asunto de faldas” sino producto de sus convicciones y lucha en defensa de los derechos de otros, pero eso no los habilita para iniciar acciones de reparación, aunque sí para denunciar y exigir al Estado que haga uso de los medios que permitan el esclarecimiento de la verdad.

13. Los asuntos relacionados con la grave violación de derechos humanos no pueden medirse el mismo rasero que los hechos que comprometan otros bienes jurídicos como la propiedad. Incluso, la Sala ha unificado jurisprudencia para sostener que en los casos de graves violaciones a derechos humanos, siempre que se acredite este hecho, es posible reconocer una reparación por concepto de perjuicios inmateriales superior a los topes o máximos aceptados jurisprudencialmente.

Por consiguiente, la decisión no es adecuada en cuanto establece una regla de caducidad uniforme para casos o supuestos que no son iguales. En otros términos, la Sala debió emplear un *tertium comparationis* lo que le hubiera permitido concluir que no es posible tratar como iguales a sujetos o situaciones desiguales o disímiles; no se pueden aplicar reglas estrictas de caducidad a situaciones o circunstancias en las que los daños irrogados han implicado una lesión a los bienes más básicos de la humanidad.

14. Presentar una demanda no implica necesariamente obtener una reparación. Justamente, la labor del juez consiste en la valoración de los elementos probatorios que permitan establecer si, efectivamente, se produjeron los daños, y si los mismos son imputables al Estado, para definir las reparaciones a las que haya lugar; por tanto, resulta infundado el temor de que se pueda pretender hoy la

reparación de perjuicios que pudieran haber sido causados muchas décadas y hasta siglos atrás, ni que un criterio menos exegético de la norma pueda llegar a congestionar aún el sistema judicial, con reclamaciones inoportunas e infundadas. La justicia cuenta con remedios eficaces para evitar esos desafueros, tales como la condena en costas.

15. En la solución del caso concreto no hay ningún análisis de las situaciones que pudieran, al menos, haber llevado a los demandantes a retardar el inicio de la acción de reparación. ¿Cuáles fueron las pruebas recogidas en el proceso penal que les llevara a esa convicción?

No puede perderse de vista que los familiares aseguraron que sus parientes no eran guerrilleros, pero el informe oficial dijo que sí hubo enfrentamiento, y en la respuesta a la demanda, la entidad pública se refirió a culpa de la víctima, *"porque al salir corriendo ocasionó el actuar de la tropa"*, o porque, como se consideró en el fallo de primera instancia que se revoca, con las pruebas del proceso penal quedó acreditado que el hecho *"constituyó una invención criminal del Ejército para revestir de legalidad un acto atroz e inhumano respecto de jóvenes campesinos que no tenían ningún vínculo con grupos armados, sino que fueron utilizados como trofeos para el reconocimiento de beneficios personales"*.

16. No puede perderse de vista que una demanda apresurada puede hacer nugatorio el derecho de las víctimas, a pesar de las pruebas que puedan posteriormente recogerse. Un proceso sin pruebas permite una decisión fácil y rápida, que genera efectos de cosa juzgada, por lo cual no es posible, una vez se cuente con las pruebas, volver a presentar la reclamación.

Esta circunstancia generaría una doble victimización de las personas que sufrieron un daño producto de una grave violación a derechos humanos, toda vez que se les impide, en aras de la seguridad jurídica, obtener una verdadera reparación, una justicia material y un resarcimiento efectivo de sus bienes e intereses legítimos.

De allí que una aplicación exegética y absolutamente positivista de la regla de caducidad podría significar, a su vez, una violación grave a los derechos fundamentales de acceso efectivo a la administración de justicia, a las garantías

judiciales y a la protección judicial reconocidos, inclusive, a nivel convencional en los artículos 8 y 25 de la CADH. Esta última disposición determina, entre otros aspectos, que los Estados parte se comprometen y obligan a “desarrollar las posibilidades de recurso judicial”.

Significa lo anterior, que los Estados deben velar y garantizar el acceso efectivo de las personas a la administración de justicia, en aras de promover una efectiva reparación de los derechos lesionados. Por este motivo, toda interpretación o hermenéutica de derechos humanos reconocidos en la CADH debe efectuarse de conformidad con los criterios que han sido definidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los postulados del principio internacional *pro persona*¹⁸.

17. En síntesis, considero que los hechos objeto de juzgamiento en el caso concreto, ameritaban un análisis de fondo de la responsabilidad del Estado, a fin de establecer si la valoración de las pruebas que hizo el *a quo* se ajustaba a la realidad o, en verdad, se trató de una operación militar legítima, orientada a neutralizar fuerzas ilegales, y no adoptar una decisión, que resulta sorpresiva, de declaratoria de caducidad de la acción, con la cual se limitó el derecho de las víctimas a una verdadera reparación y a una justicia material, que definiera la responsabilidad de la Fuerza Pública en los hechos analizados.

Para finalizar solo quiero enfatizar en que, en el contexto colombiano, de un país que ha vivido y continúa viviendo un conflicto armado interno de medio siglo, resulta paradójico que las normas de acceso a la administración de justicia se interpreten y apliquen de forma absoluta y rígida, dando prevalencia a la seguridad jurídica sobre valores esenciales al ser humano como la verdad, la justicia y la reparación.

¹⁸ “La lectura literal del inciso b) del artículo 29 es clara al demostrar que la Convención no permite una interpretación que limite el goce y el ejercicio de los derechos humanos. La interpretación *pro persona* exige que la Corte interprete los derechos humanos previstos en la Convención Americana a la luz de la norma más protectora respecto de la cual las personas bajo su jurisdicción están sometidas” Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318., Párrafo 312.

Expediente: 85001-33-33-002-2014-00144-01(61.033)
Demandante: Juan José Caba y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional
Asunto: Salvamento de voto

Estoy convencida de que la regla jurisprudencial que se unificó, con cada una de sus premisas, va a generar un efecto restrictivo en el acceso a la administración de justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, lo que sin lugar a dudas no guarda armonía con el contexto histórico que vive Colombia.

No es posible admitir tesis negacionistas del conflicto armado interno y las graves violaciones a derechos humanos que día a día persisten en el país. La paz, como valor supremo, solo será posible una vez se reconozca la necesidad de reparar a las víctimas y reconstruir el tejido social. En esta labor, los jueces son los primeros llamados a definir el derrotero que habrá de seguirse, no solo para reparar patrimonialmente a las víctimas, sino para juzgar y reprochar las prácticas ilegales y arbitrarias del Estado, que han producido atentados a los intereses y bienes básicos y esenciales del ser humano, especialmente, su dignidad¹⁹.

Respetuosamente,


MARÍA ADRIANA MARÍN

Fecha ut supra.

¹⁹ En 1786, en pleno auge del renacimiento, el humanista y abogado Giovanni Pico della Mirandola escribió uno de los primeros ensayos sobre la importancia del concepto de dignidad humana como sentido de libertad y autodeterminación de la persona: "Estableció por lo tanto el óptimo artífice que aquel a quien no podía dotar de nada propio le fuese común todo cuanto le había sido dado separadamente a los otros. Tomó por consiguiente al hombre así construido, obra de naturaleza indefinida, y habiéndolo puesto en el centro del mundo, le habló de esta manera: Oh Adán, no te he dado ni un lugar determinado, ni un aspecto propio, ni una prerrogativa peculiar con el fin de que poseas el lugar, el aspecto y la prerrogativa que conscientemente elijas y que de acuerdo con tu intención obtengas y conserves. La naturaleza definida de los otros seres está constreñida por las precisas leyes por mí prescritas. Tú, en cambio, no constreñido por estrechez alguna te la determinarás según el arbitrio a cuyo poder te he consignado. Te he puesto en el centro del mundo para que más cómodamente observes cuanto en él existe. No te he hecho ni celeste ni terreno, ni mortal ni inmortal, con el fin de que tú, como árbitro y soberano artífice de ti mismo, te informes y plasmases en la obra que prefirieses. Podrás degenerar en los seres inferiores que son las bestias, podrás regenerarte, según tu ánimo, en las realidades superiores que son divinas" Discurso sobre la dignidad del hombre" en: Revista Universitaria UNAM, volumen 11, número 11, pág. 4.