

**LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
PARA RECLAMAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS PRODUCTO DE
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.**

CATALINA BEDOYA LÓPEZ

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2021**

**LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
PARA RECLAMAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS PRODUCTO DE
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.**

CATALINA BEDOYA LÓPEZ

Trabajo de grado para optar por el Título de Magister en Derecho

Asesor

SOFIA ZULUAGA VIVAS

Magister en Derecho

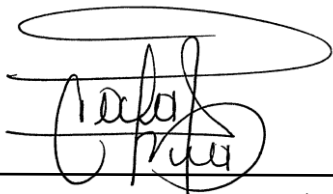
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2021**

Veintiséis (26) de mayo de 2021.

CATALINA BEDOYA LÓPEZ

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquier otra universidad”.

Art. 92, parágrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Catalina Bedoya López', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

CATALINA BEDOYA LÓPEZ

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.

1. Capítulo I: Un acercamiento al desarrollo conceptual e histórico del crimen de lesa humanidad.
 - 1.1. Desarrollo Histórico del Crimen de Lesa Humanidad.
 - 1.2. El Crimen de Lesa Humanidad en la legislación colombiana.
 - 1.3. La reparación de los daños por crímenes de lesa humanidad.
2. Capítulo II: Acceso a la administración de justicia para reclamar perjuicios derivados de crímenes de lesa humanidad.
 - 2.1. De la Jurisprudencia Colombiana.
 - 2.2. Del Derecho Comparado y La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
3. Capítulo III: De la ponderación de principios.
 - 3.1. Acceso a la Administración de Justicia Vs Seguridad Jurídica.
 - 3.2. Seguridad Jurídica Vs Verdad.
 - 3.3. Seguridad Jurídica Vs Igualdad.
 - 3.4. Seguridad Jurídica Vs Reparación Integral.
 - 3.5. Del principio de proporcionalidad y la ponderación de principios.
4. CONCLUSIONES.
5. BIBLIOGRAFÍA.

LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA RECLAMAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS PRODUCTO DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD¹.

Catalina Bedoya López²

Resumen.

Con el presente trabajo se pretende hacer una delimitación del concepto de crimen de lesa humanidad con el fin de fundamentar las razones por las cuales los delitos de esta categoría no solo deben tener un tratamiento distinto frente a las investigaciones de los autores que los cometen, sino que también deben ser tratados de manera diferenciada para que las víctimas puedan acceder a procesos donde se conozca la verdad y se acceda a la justicia material y a la reparación integral.

Se ilustrará como la jurisprudencia colombiana no había sido pacífica frente al tema del conocimiento de fondo de las acciones reparatorias de estos delitos, hasta la Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado en enero de 2000 y, aun en ella, no es claro que se trate de un criterio del todo uniforme, ya que esta tuvo una aclaración y tres salvamentos de voto, también se abordarán algunos pronunciamientos de la CIDH para sustentar la postura propuesta con el artículo. Por último, se hará una ponderación de principios para demostrar, a partir de argumentos, que el derecho sustancial, la verdad, la justicia y otros deben prevalecer sobre los principios que ponen formalidades al proceso - Seguridad Jurídica, Confianza Legítima-.

Palabras claves: Caducidad de la acción, crimen de lesa humanidad, seguridad jurídica, acceso a la administración de justicia, verdad, paz, reparación integral, ponderación de principios.

¹ Artículo resultado de la investigación presentado para optar al título de Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Directora: Sofía Zuluaga Vivas, Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia y Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana.

² Abogada, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Candidata a magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Correo electrónico: catabedoya@gmail.com.

INTRODUCCIÓN.

Con el presente artículo se pretende invitar al lector para que realice una reflexión sobre el manejo normativo y jurisprudencial que le brindan los operadores jurídicos colombianos a las demandas de Reparación Directa y Acciones de Grupo que tienen como pretensión la reparación de los daños ocasionados como consecuencia de la ejecución de crímenes de lesa humanidad, pues, en muchos de los casos no se estudia la responsabilidad del Estado, sino que se declara la caducidad jurídica de la acción antes del estudio de fondo, en la admisión de la demanda, en la audiencia inicial o incluso en la sentencia que pone fin al proceso.

Adicional a lo anterior se pretende elevar una **crítica a la Sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 29 de enero de 2020**, Consejera Ponente: Martha Nubia Velásquez Rico, en la cual se declaró la caducidad del Medio de Control de Reparación Directa en un caso de ejecución extrajudicial -falso positivo- donde se configuran graves violaciones a los derechos humanos, sentencia que, en opinión de la autora, se aparta totalmente de los lineamientos que viene proponiendo la Corte Interamericana de Derechos Humano -CIDH- en sus providencias y denota un retroceso a la hora de proteger a las víctimas de crímenes de lesa humanidad.

Como fundamento de lo anterior, en el **primer capítulo** se hará una ilustración breve de cómo se llegó a consolidar el concepto de crimen de lesa humanidad en el transcurrir de la historia, cómo, producto de grandes masacres, violaciones, guerras y demás acontecimientos que han dejado un aire de terror, de zozobra, de miedo, incluso de deslegitimación y desconfianza para con las instituciones estatales, se pudo elevar de categoría ciertos delitos, los mismo que requieren de tratamientos diferenciados por parte del derecho interno de los países.

En el **segundo capítulo** se mencionará alguna jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional donde se visualizan las diferentes posiciones y sus fundamentos, tanto

de hecho, como de derecho, sobre la caducidad de la acción cuando se trata de acciones mediante las cuales se pretende la reparación de los daños que devienen de crímenes de lesa humanidad, ello hasta la expedición y ejecutoria de la Sentencia de Unificación del 29 de enero de 2020 de la cual se puede concluir que sí se debe tener en cuenta la caducidad de la acción a la hora de estudiar el acceso a la administración de justicia, ello en contravía del lineamiento que viene construyendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el **capítulo tercero** se planteará una ponderación de principios, confrontando la seguridad jurídica con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el forma, el acceso a la administración de justicia, la verdad, la igualdad, la justicia en sentido material y la reparación integral, ello para visualizar que, si bien el derecho no puede permitir que los asuntos queden insolubles en el tiempo, hay eventos en los cuales la justicia material, la verdad y la paz requieren reglas de tratamiento especiales. Para adelantar ese examen de ponderación, especialmente en los estrados judiciales, se debe contar con una alta carga argumentativa que justifique un tratamiento diferenciado en los términos de caducidad para los casos de crímenes de lesa humanidad, sin que por ello se violenten los derechos a la confianza legítima y a la seguridad jurídica de los demás usuarios del sistema judicial.

Por último, se plantearán unas conclusiones desde la perspectiva y opinión de la autora, haciendo algunas críticas a la Sentencia de Unificación, mencionada anteriormente y, en general, al manejo que se le ha dado a la declaratoria de caducidad de los medios de control por medio de los cuales se ha pretendido la reclamación de los daños y perjuicios que devienen de los crímenes de lesa humanidad.

CAPÍTULO I

Un acercamiento al desarrollo conceptual e histórico del crimen de lesa humanidad.

“Crimen de lesa humanidad” es un concepto que tiene un gran impacto y sobre el cual podemos hacer un acercamiento desde muchos puntos de discusión, político, filosófico, etimológico, histórico, social y jurídico. Es un término que al escucharse genera sentimientos de terror, miedo, angustia, zozobra e inmediatamente nos transporta a los momentos más aterradores por los que haya podido pasar la sociedad, momentos de deshumanización (Montserrat Ventura, 2018).

Es claro que todos los países tienen su regulación prohibitiva específica, dependiendo de su cultura, de sus ideologías políticas, de la religión que profesan como principal y de sus tradiciones y creencias heredadas históricamente, pero es justamente aquí dónde este delito marca la diferencia, pues el mismo trasciende todos los temas culturales, religiosos, políticos y filosóficos; son igualmente graves en cualquier parte del mundo y en cualquier momento histórico.

A pesar de esa connotación de grave que encierra a este delito, ha sido larga y difícil la lucha para reconocer las conductas que configuran el tipo penal y, aún, más difícil que los Estados acepten que dichos delitos se han producido y que, tristemente, en muchos de los casos han sido las mismas instituciones del Estado las autoras y coautoras de esos crímenes.

Con este capítulo pretendemos, pues, dar a conocer el desarrollo que ha presentado el concepto de crimen de lesa humanidad, la lucha sustentada bajo fundamentos en derechos humanos que se ha adelantado para el reconocimiento de que dichas conductas son lesivas no para un pueblo, sino para el mundo; sus diferentes momentos y los requisitos que deben reunir hoy las conductas punibles para ser consideradas bajo esta categoría.

Históricamente, los crímenes contra la humanidad devienen de guerras internacionales o conflictos internos armados, donde los países sometidos a estas circunstancias estatuyen una serie de normas –tanto de derecho internacional, como de derecho interno- para la protección³ de los derechos de las personas que se encuentran en medio de las mencionadas situaciones y el juzgamiento de aquellos que realizaron las conductas atroces.

Los actos de barbarie cometidos por el hombre en contra de la sociedad no son un acontecimiento nuevo, se han presentado a lo largo a de la historia realizados **por grupos armados ilegales e ilegítimos** y también por parte del Estado –Estados legítimos e ilegítimos (Aguirre Sala, 2012)⁴-, ante esas situaciones, instituciones de orden internacional y algunos Estados han tratado de buscar soluciones desde diferentes perspectivas, aplicando su derecho interno, creando tribunales para juzgar a los perdedores de una guerra, concediendo amnistías, indultos y propendiendo por un tipo de olvido, hasta la instauración de una justicia que pretende ser global, juzgando aquellos crímenes que son internacionales –dentro de los cuales encontramos la categoría de crimen contra la humanidad-.

Debe delimitarse, entonces, la categoría de crimen de lesa humanidad, diferenciándola de otros delitos internacionales –delitos contra el derecho de gentes⁵, ilícitos internacionales⁶ y delitos transnacionales⁷-, además, esta categoría ha sufrido muchas transformaciones hasta su consolidación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues su definición ha presentado variada codificación y tratamiento consuetudinario y, ha ido adaptándose a las nuevas condiciones sociales e, incluso, se ha desarrollado mediante la aplicación analógica,

³ Artículo III común a los cuatro Convenios de Ginebra

⁴ Estados legítimos o ilegítimos, populares o impopulares, vistos desde la Teoría de Max Weber 1976.

⁵ En los delitos contra el derecho de gentes encontramos conductas como el esclavismo y la piratería, delitos que lesionan los intereses conjuntos de la sociedad; por otro lado, surgen los ilícitos contra el derecho internacional o denominados también “crímenes de *ius cogens*”, delitos que conllevan una mayor gravedad, dentro de los cuales, la doctrina internacional ha clasificado el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, la agresión, la tortura y algunos actos terroristas.

⁶ Donde la ilicitud deviene del Estado sea por su acción o su omisión.

⁷ Delitos que solo lesionan a los Estados involucrados en la realización de la conducta, es decir, no se presenta una violación directa del orden internacional, como por ejemplo el narcotráfico, delitos informáticos, el tráfico de personas, comercio ilegal de órganos, el tráfico de armas, entre otros

pero siempre respetando el principio de legalidad y, en particular, el de no retroactividad de la ley penal (Servín Rodríguez, 2014).

Es por lo antes mencionado que en este Capítulo se hará una delimitación de dicho concepto, partiendo de su desarrollo jurídico –normativo-, pasando por lo que sobre él se ha dicho doctrinariamente y mirando su desarrollo jurisprudencial en Colombia.

1.1. Desarrollo Histórico del Crimen de Lesa Humanidad.

Encontramos que uno de los primeros momentos donde se vislumbró la categoría de Crimen de Lesa Humanidad fue en el preámbulo del Convenio sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, firmado en la primera Conferencia de la paz de 1899, en él se contiene la llamada cláusula *Martens*⁸ (1845-1909), regulación que amplió la protección de los combatientes y de la población civil, en tiempo de guerra, pero que no disponía de regulación penal, ya que no contenía sanciones penales aplicables a las violaciones de sus reglamentaciones⁹ (Ticehurst, 1997).

Luego encontramos que el término “crímenes contra la humanidad” fue empleado en la declaración que emitieran en conjunto Francia, Inglaterra y Rusia el 28 de mayo de 1915, con motivo de la masacre de más de un millón de armenios en Turquía durante la Primera Guerra Mundial¹⁰, pues las conductas cometidas eran consideradas como actos de barbarie.

⁸ “Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que, *en los casos no comprendidos* en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por *las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública*”

⁹Ver también Ley del Consejo de Control No. 10 inciso 1C del artículo 2º del 20 de diciembre de 1945.

¹⁰ Bassiouni, Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2a. ed., La Haya, Kluwer Law International, 1992, p. 168.

Un intento de internacionalizar la sanción penal de crímenes de guerra se produjo en el artículo 228 del Tratado de Versalles que previó, sin mucho éxito¹¹, el juicio de las personas que hubieran realizado actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra, en la Primera Guerra Mundial.

Posteriormente, y como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, se concibieron algunas referencias normativas de los crímenes de lesa humanidad, contenidas en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg¹² y en la Ley del Consejo de Control No. 10 promulgada el 20 de diciembre de 1945, en las cuales se enlistaron una serie de conductas que constituían dicha categoría; la esencia del Estatuto de Núremberg es que los individuos tienen deberes y responsabilidades internacionales, impuestas por el derecho internacional, que trascienden las obligaciones estatales de obediencia. Aquí comienza la búsqueda por una Jurisdicción Universal para procesar y juzgar todos aquellos delitos, que se consideran vulneran a la humanidad.

En paralelo con el Juicio de Núremberg, se constituyó un Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio), órgano jurisdiccional establecido para llevar a cabo los juzgamientos individuales a militares japoneses por los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad cometidos en el curso de la Segunda Guerra Mundial -con el fin de juzgar a los imputados de los crímenes recogidos en el Estatuto o Carta de Londres del 8 de agosto de 1945-.

La Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 177 (II) del 21 de noviembre de 1947, además de solicitar a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, le encomendó la elaboración de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

¹¹ No se logró la conformación de un Tribunal para sancionar las violentas muertes y demás vulneraciones de Derechos Humanos y por ende no se llevó a juicio a los actores de dichas conductas punibles, como sí pasó con el Tribunal de Núremberg en la Segunda Guerra Mundial.

¹² Tribunal de Núremberg Artículo 6C (lesa humanidad no tiene que darse en un conflicto armado).

El desarrollo del Proyecto de Código fue lento, largo y lleno de dificultades; en él se pueden destacar cuatro momentos significativos en el que el crimen contra la humanidad fue regulado de forma particular. En el primer proyecto de Código (1951), el crimen contra la humanidad fue tratado (aunque no bajo esta denominación) sin su componente de "masividad" como forma de perpetración del crimen, lo cual produjo que se recurriera al "nexo a la guerra" para definirlo, a fin de evitar que una serie de delitos domésticos fuesen convertidos en crímenes contra la humanidad. Bajo esta acepción se amplió los sujetos activos del crimen, contemplándose como tales a los órganos del Estado y a los individuos, pero no hay que pasar por alto que al permanecer ligado el crimen contra la humanidad a los crímenes contra la paz y a los crímenes de guerra resultaba imposible que el mismo fuese cometido por sujetos privados actuando sin relación alguna con la acción estatal. Con posterioridad, el párrafo 11 del artículo 2o. del Proyecto de Código de 1954 definió el crimen contra la humanidad al establecer que serán considerados crímenes contra la paz y la seguridad:

... los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o en su tolerancia.

Este Código de 1951 se mantuvo virtualmente latente hasta 1980, debido a la incapacidad de los delegados por acordar una definición del crimen de agresión. Durante este periodo de casi 30 años, la Asamblea General aprobó tres convenciones que de manera indirecta abordaron el tema de la definición del crimen contra la paz. Así, en 1968 fue aprobada la Convención sobre la NO Aplicación de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad, la cual especificó que los crímenes contra la humanidad, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, podían acaecer en tiempo de guerra o en tiempo de paz. En igual sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 afirmó que el crimen contra la humanidad puede tomar lugar tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y señaló que el mismo es imprescriptible. Finalmente, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de

Apartheid de 1973 apuntó que el *apartheid* es un crimen contra la humanidad que puede ocurrir en tiempo de paz y en tiempo de guerra (Rodríguez, 2014).

En 1980 la Comisión de Derecho Internacional retomó el tema del Proyecto de Código a petición de la Asamblea General y consideró que el concepto de crímenes contra la humanidad se había vuelto autónomo, al no encontrarse vinculado con los crímenes de guerra o con los crímenes contra la paz, además, se determinó que dicho crimen puede ser cometido no sólo en el contexto de un conflicto armado, sino también con independencia de cualquiera de este tipo de conflictos.

En el Proyecto de Código de 1991, el crimen contra la humanidad se sustituye por las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, aunque se reafirma la desconexión de dicho crimen con el nexo a la guerra, señalando que éste puede ocurrir incluso en tiempo de paz. La Comisión señaló que el nuevo requisito de la sistematicidad y la masividad se incorporó a la definición del crimen con la intención de distinguir el mismo de delitos ordinarios y de excluir las violaciones de derechos humanos. Finalmente, el Proyecto de Código de 1996 incorpora dos elementos clave en la definición de crimen de lesa humanidad: la escala y la acción del Estado, además incorpora importantes conductas ilícitas entre las que destaca la desaparición forzada de personas (Rodríguez, 2014).

Entre los años de 1993 y 1995, gracias al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se constituyeron los Tribunales Ad hoc¹³ para Yugoslavia y Ruanda, bajo las Resoluciones No. 827 del 25 de mayo de 1993 y 955 del 08 de noviembre de 1994, respectivamente.

Con el Estatuto para la ex Yugoslavia se empezaron a establecer las características de los crímenes contra la humanidad, disponiendo como tales que los mismos se hayan cometido en el curso de un conflicto armado y contra la población civil, pero fue con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional, que se dispuso que no era necesario un conflicto para que

¹³ **Tribunales** establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar crímenes cometidos en conflictos específicos, cuyas competencias están restringidas a un periodo de tiempo y lugar determinados.

se configurara el delito de lesa humanidad (pueden cometerse en tiempo de paz) e implementó el requisito de la sistematicidad o generalidad (naturaleza organizada de los actos de violencia e imposibilidad de su ocurrencia por mera coincidencia). También encontramos que el Artículo 2º del Estatuto para el Tribunal de Sierra Leona (c) reglamenta que la comisión del delito debe contener el elemento de ataque sistemático o generalizado contra la población civil.

Ahora bien, el Artículo 7º del Estatuto de Roma¹⁴ establece que para que se configure el crimen de lesa humanidad, se requiere que las conductas “se cometan como parte de un ataque generalizado...” y trae las sanciones respectivas, además, en su artículo 29 reglamenta la imprescriptibilidad de dichos delitos; por ende, **es con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que entra en vigor el Convenio sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968.**

Es claro, entonces, que a excepción del Estatuto de Roma, los Tribunales Internacionales han elaborado la definición de crimen de lesa humanidad después de acontecidos los hechos (Forer, 2010, p. 17); **por lo que solo hasta la regulación en el mencionado Estatuto, la definición de Crimen de lesa humanidad se encuentra tipificada y encierra los elementos de existencia y conciencia del ataque, la generalidad o sistematicidad (la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la imposibilidad de su ocurrencia por mera coincidencia), la calidad de población civil de las víctimas y el ataque, el cual implica actos violentos, este último no se limita a las hostilidades sino también a los malos tratos.**

¹⁴ El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9, el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1o de julio de 2002.

Luego de una evolución jurídica de más de 60 años, el crimen de lesa humanidad pudo alcanzar su definición por medio de un tratado internacional de carácter multilateral y de amplia aceptación¹⁵, así:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Se puede concluir que, en la evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad pueden distinguirse tres etapas: una primera etapa de formación que parte de la cláusula *Martens*, en la que se produce la internacionalización del concepto a partir del Estatuto de Núremberg e instrumentos posteriores. La clave en esta etapa es la autonomía en la tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad. En una segunda etapa se produce la especificación en la práctica de los crímenes contra la humanidad desarrollándose las categorías y también mediante la desconexión respecto a los conflictos armados. El Estatuto de Roma puede marcar una tercera etapa en la que la clave, una vez consolidada internacionalmente la noción, no va a ser tanto la autonomía como la complementariedad de la jurisdicción internacional con las jurisdicciones internas (Vives Chillida, 2004).

1.2. El Crimen de Lesa Humanidad en la legislación colombiana.

En cuanto a la investigación y juzgamiento de delitos internacionales, dentro de los cuales se encuentran los crímenes contra la humanidad, se evidencia una gran problemática ya que la

¹⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de Naciones Unidas, 1998, Artículo 7º.

mayoría de los países y especialmente Colombia **no ha reglamentado dentro de su derecho interno la conducta, propiamente dicha, de crimen contra la humanidad**, si bien, en el Código Penal se regulan conductas que pueden, en ciertas circunstancias y cometidas bajo determinada forma, ser consideradas como crímenes de lesa humanidad, la tipificación no se hace bajo ese título de imputación; son conductas reguladas para aplicar en circunstancias ordinarias. Es por esta razón que los operadores jurídicos se han visto avocados a aplicar directamente el Estatuto de Roma u otras normas de carácter internacional, pasando por encima del derecho interno de cada país y, por supuesto, de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

El Estatuto de Roma en su preámbulo y en sus artículos 1º y 17, regula el Principio de Complementariedad, consistente en que cuando el Estado no esté dispuesto a adelantar la investigación y juzgamiento de un crimen de lesa humanidad, o no posea la capacidad para ello, la Corte Penal Internacional se volverá competente para conocer de dicha situación. Este último evento también se refiere al hecho de que el derecho interno del país no consagre ni tipifique los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, regulados en el Estatuto de Roma¹⁶.

De conformidad con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998, parr 166), los Estados deben tener la plena capacidad para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado, y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

Colombia, apenas inició su proceso de adaptación penal, ajustando un poco su normativa a las obligaciones adquiridas por ella en la ratificación de diversos tratados de derecho internacional, con la expedición de la Ley 599 de 2000¹⁷ en la cual reguló el tipo penal de

¹⁶ Estatuto de Roma, Artículo 17.3

¹⁷ Código Penal Colombiano.

genocidio y trajo un título que consagra los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

En el caso de los crímenes de lesa humanidad la situación es compleja, pues si bien el Código Penal consagra varios delitos que también están dispuestos en el Estatuto de Roma, tales como el homicidio, la desaparición forzada de personas, la tortura, la violación sexual, la esclavitud, entre otros, a estos no se les puede dar dicha categoría, ya que carecen del elemento que sean cometidos dentro de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil (Mejía, 2011).

Lo anterior dificulta el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos en el Estado colombiano, ya que la legislación se fundamenta en el principio de legalidad, por lo que se exige una Ley formal que disponga de un tipo penal previo y escrito a la cual se la asocia una consecuencia jurídica (sanción penal).

La Corte Suprema de Justicia ha tratado de brindar algunas soluciones, con el fin de que los operadores jurídicos puedan adelantar las investigaciones y juzgamientos de las personas que cometan este tipo de delitos, pero al paso ha generado un ambiente de inseguridad jurídica al proponer diversas opciones, desde la desnaturalización de la categoría de crimen de lesa humanidad, afirmando que son delitos ordinarios que revisten la máxima gravedad dentro del ordenamiento jurídico, pasando por la interpretación de los principios y del derecho consuetudinario internacional o permitiendo la aplicación directa de la normativa consagrada en los Estatutos Internacionales, dejando de lado el principio de legalidad dispuesto en la Constitución de 1991 y en el mismo Código Penal (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2012).

Es claro, entonces, que Colombia reconoce la categoría de crimen de lesa humanidad, pues como Estado accedió a incorporarla dentro de su normativa interna, obligación que deviene del mismo Estatuto de Roma y del principio de *pacta sunt servanda*; mediante los convenios internacionales ratificados por ella, y sus diferentes Cortes le han dado plena validez al

pronunciarse sobre dicho **tipo penal**; no obstante lo anterior, esta conducta no se encuentra descrita en el Código Penal, por lo que para su aplicación los diferentes operadores jurídicos se han visto avocados a aplicar las normas internacionales que la consagran o tipos penales reglamentados en el derecho interno, elevándolos a esta categoría vía jurisprudencial, enfrentándose a diversas discusiones por la vulneración del principio de legalidad y con ello a la posición de quienes afirman que por no encontrarse regulada dicha conducta, la misma no puede ser sancionable. Por su parte, en el Derecho Internacional, el principio de legalidad se encuentra regulado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸, en el sentido de que nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que al momento de su comisión no se encontraran reguladas como tal, frente a ello diversos Tribunales Internacionales han considerado que sí es posible aplicar una tipificación penal interna posterior a la ocurrencia de los hechos cuando se trata de crímenes reconocidos por el derecho internacional, tratándose de graves violaciones a derechos humanos¹⁹ (Forer, 2010).

¹⁸ “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”

¹⁹ Argentina: Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, Corte Suprema de la Nación, Causa 17.768, párrafos 30 y 31, sentencia de 14 de junio del 2005. Panamá: Corte Suprema de Justicia de Panamá, sentencia de 2 de marzo del 2004, Expediente 481 – E – “Es así, que no puede en este aspecto, bajo ninguna circunstancia, operar principios penales como el principio de legalidad e irretroactividad de las leyes penales, toda vez que tal como expuso en su momento el Tribunal de Nüremberg, “el Tribunal no crea Derecho, sino que aplica un derecho ya existente y la máxima latina “nullum crimen, nulla poena sine lege” expresaba un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los Convenios y estipulaciones internacionales quedaran sin castigo alguno”. Estonia: Caso Kolk, Tallinn Court of Appeal, sentencia de 27 de enero del 2004, y sentencia de la Corte Suprema de 21 de abril del 2004, Caso Penart, Corte Suprema, sentencia de 18 de diciembre del 2003. Letonia: Caso Kononov, Corte Suprema, sentencia de 28 de septiembre del 2004. Francia: Caso Federation Nationales des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Klaus Barbie, Cámara de Casación, sentencia de 20 de diciembre de 1985, Federation Nationales des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Touvier, Cámara de Casación, sentencia de 27 de noviembre de 1992, Caso Popon, Cour d’Assise de la Gironde, sentencia de 2 de abril de 1998. Italia: Caso Hass y Priebeke, Suprema Corte de Casación, sentencia de 16 de noviembre de 1998 y Corte Militar de Apelación, sentencia de 7 de marzo de 1998. Alemania: Ver entre otros Caso Streletz y Kessler, Corte Constitucional Federal, sentencia de 24 de octubre de 1996. Sri Lanka: Tribunal de apelación de Sri Lanka, sentencia de 28 de mayo de 1986, Caso Ekanayake. Inglaterra: R v R [1992] 1 A.C. 599, “This is not the creation of a new offence, it is the removal of a common law fiction which has become anachronistic and offensive”. Ver Richard Clayton et al, Fair Trial Rights, Oxford University Press, 2001. Pág. 72. 106 TPIY caso Tadic, Cámara de Apelación, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párrafo 68, Tribunal de Nüremberg caso Goring

Para el jurista alemán Kai Ambos, Colombia no puede aplicar de manera directa el Estatuto de Roma, pues al tener un modelo constitucional perteneciente al sistema continental, se exige que la punibilidad de una conducta no puede fundamentarse en una norma no escrita, porque de aceptarse dicha situación, se generaría una violación de los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* (Ambos, 2006).

No obstante, en Colombia se adelantan las investigaciones y juzgamientos por delitos de lesa humanidad, es más, la Corte Constitucional ha establecido que “en armonía con el Tratado de Roma, en el caso de determinadas conductas que constituyen delitos de lesa humanidad la acción penal es imprescriptible”, razón por la cual los autores de estos atroces crímenes pueden ser judicializados en cualquier momento (Sentencias C-580 de 2002, C-370 de 2006 y C-1036 de 2006).

Queda claro, entonces, que aunque no exista una regulación expresa en la legislación colombiana que prohíba la comisión de crímenes de lesa humanidad, es decir, que aunque en el ordenamiento jurídico colombiano no existen tipos penales que describan las conductas consideradas como de lesa humanidad, ya que los mismos no contienen dentro de su regulación todos los elementos que caracterizan dichos delitos, la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, 2014) ha permitido utilizar no solo la normativa interna, sino también aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que dichas conductas puedan ser investigadas y sancionadas por el operador jurídico interno, ello en cualquier momento, ya que frente a ellas no opera prescripción alguna (Huerta Díaz, 2013).

and others, caso Delalic et al, Primera Instancia, IT-96-21, párrafo 313, sentencia de 16 de noviembre de 1998. TPIY Caso Furundzija, Primera Instancia, párrafo 177, sentencia de 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1. 107 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observaciones finales sobre Argentina del 2000 párrafo 9.

Ahora bien, luego de las investigaciones y las sanciones aplicadas por la realización de las conductas mencionadas, surge la obligación por parte del Estado de retribuir a las víctimas, ya sea por la actuación de algunos de sus agentes o por la omisión de protección o retribución que se debe brindar de forma integral, tratando por todos los medios posibles de satisfacer el derecho a la verdad, a la justicia material, al perdón, al reconocimiento, a la paz y a la reparación integral (Sentencia Jaime Garzón Forero, 2016).

1.3. La reparación de los daños por crímenes de lesa humanidad.

Es una obligación de los Estados la protección, la garantía y el respeto de los Derechos Humanos, esto desde la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), con ello surge el propósito de proteger al ser humano, al individuo, al ciudadano, imponiendo límites al poder del Estado, pues este adquiere responsabilidades y obligaciones que debe cumplir y de no hacerlo debe entrar a reparar los daños que se ocasionen, ya sea por su actuar negligente o tardío, o por su falta de actuación. Los derechos humanos son, pues, el arma de resistencia ante el poder omnipotente del Estado, y al mismo tiempo, su legitimador, protegen al ser humano como individuo y como parte de la colectividad, como poseedor de atributos inherentes a su dignidad y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (Gómez Montañez J. A., 2014).

Existen normas internacionales que regulan ese deber que tiene el Estado de garantizar la protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos, entre las que encontramos: el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 68° y 75° del Estatuto de Roma y el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cuando los derechos en mención no son respetados y se vulneran sea por la acción o la omisión de las entidades del Estado, este debe reparar los perjuicios ocasionados, pues la

reparación a la víctima es un derecho fundamental que conlleva más que el pago económico por la vulneración de sus derechos, por ello, es importante que se reconozca la dignidad de las víctimas, que se tomen medidas que brinden rehabilitación a quienes hayan sufrido daños físicos o psicológicos, que se honre la memoria de los asesinados, desaparecidos, desplazados y, lo más importante, que se tomen las medidas necesarias para que estos hechos no vuelvan a ocurrir (Gómez Montañez J. A., 2014).

La Resolución No. 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, en su numeral VII, establece que son derechos de las víctimas que sufren violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, i) el acceso igual y efectivo a la justicia, ii) la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y, iii) el acceso a información pertinente sobre las violaciones y mecanismos de reparación. Igualmente, el informe Joint del año 1997, establece en su principio 36 que "Toda violación de un derecho humano hace nacer un derecho a reparación en la persona víctima y un deber de reparación con cargo al Estado".

Es claro, entonces, que al ser el Estado el garante de los Derechos Humanos de las personas, es el responsable de reparar de forma integral el daño que se haya podido causar por sus acciones u omisiones a la hora de proteger dichos derechos, por lo que deviene del Estado el deber de implementar **una justicia restaurativa, entendida esta como la reparación holística de la víctima de vulneraciones de sus derechos fundamentales** (Sentencia Jaime Garzón Forero, 2016).

En los procesos de justicia transicional actuales un elemento importante es la justicia restaurativa, pero no es el único, pues frente a grandes atentados contra los derechos humanos no pueden faltar los elementos retributivos. En Colombia, la justicia restaurativa tiene rango constitucional, mediante el Acto Legislativo No. 2 de 2003 se estableció explícitamente que la ley fijaría los términos bajo los cuales podría intervenir la víctima en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la investigación y juzgamiento penal no se presenta ninguna duda de que dicha investigación es imprescriptible, ello es así aplicando por extensión lo dispuesto en normas internacionales²⁰, pues es lógico que no se trata de una conducta punible cualquiera, se trata de una conducta que pone en riesgo a toda la comunidad o parte de ella, por el simple hecho de pertenecer a un grupo con características especiales – religión, etnia, sexo, ideología política o religiosa-, es, precisamente, en este punto de la discusión, cuando se debe razonar si una situación similar es la que debería adoptarse para iniciar los procesos judiciales donde se pretende el pago de los perjuicios ocasionados en el desarrollo de estas situaciones.

Se espera, pues, una reparación por parte del Estado, ya sea porque las personas que hacen parte de ciertas entidades estatales cometen los crímenes –ejecución extrajudicial- o porque no cumplieron con uno de los fines del Estado como es la protección de las personas –omisión en el deber de protección.

En América latina han sido muchos los países que han sufrido la comisión de crímenes de lesa humanidad –Chile, Argentina, Paraguay, Nicaragua, Haití, México, Perú, Bolivia, República Dominicana, entre otros- la mayoría de ellos auspiciados por los Estados legítimos del momento, por las de dictaduras instituidas, en su mayoría militares o por conflictos armados entre grupos ilegales y el Estado, como es el caso colombiano; estas situaciones han dejado daños irreparables, tanto a nivel económico, como moral y social y, en la mayoría de los casos, las víctimas de esta situaciones no han sido ni siquiera retribuidas en su daño y dolor, pues no se han dado los medios suficientes para la reclamación de dichos perjuicios.

En Colombia, la reparación de los daños que devienen de crímenes de lesa humanidad está siendo reclamada utilizando el Medio de Control de Reparación Directa o presentándose la Acción de Grupo, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pretensiones que pueden truncarse por el paso del tiempo, pues, en pro del principio de seguridad jurídica, el legislador

²⁰ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

colombiano reguló la caducidad de las acciones, proponiendo para estos medios de control un término perentorio de dos años, contados a partir del momento en que sucedieron los hechos, para presentar la demanda²¹.

Pero ante la gravedad de las conductas por las cuales se pretende la indemnización vía judicial, la jurisprudencia de turno ha adoptado diversas posiciones al momento de analizar la admisión de la demanda, llegando a considerarse por parte de algunos operadores jurídicos²² que en dichos litigios no cabe analizar la caducidad, pues ello vulnera principios como el acceso efectivo a la administración de justicia, la justicia en sentido material, la reparación integral y la verdad, razón por la que se tendría que hacer una ponderación de principios al momento de estudiarse estos litigios; se pasará, entonces, a analizar un poco de dicha ponderación en el siguiente Capítulo.

CAPÍTULO II

Acceso a la administración de justicia para reclamar perjuicios derivados de crímenes de lesa humanidad.

En muchos países del mundo la población civil ha padecido la comisión de crímenes de lesa humanidad, ya sea por grupos armados al margen de la ley o por los propios miembros de sus instituciones estatales, crímenes que generan un mayor impacto social, bien sea por la forma de su comisión, por las razones en que se fundamentan, por la calidad de la víctima y en ocasiones porque los actores de dichas conductas son entidades del Estado. Los países suramericanos y, para el caso, Colombia, no son la excepción de esta situación, pues con ocasión al conflicto interno padecido han sido innumerables las vulneraciones que se presentan a los derechos humanos e incluso al derecho internacional humanitario.

²¹ Artículo 164-h, i Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²² Subsección C, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Ahora bien, debido a que muchos países no han podido manejar estas situaciones con objetividad, dando prelación a la justicia material y a la reparación integral del daño, mediante de sus sistemas judiciales, a la hora de sancionar penalmente, en especial a los agentes del Estado, e indemnizar los perjuicios ocasionados, los organismos internacionales han tenido que interceder y en muchos casos revisar las decisiones tomadas por los operadores jurídicos en aplicación del derecho interno de cada país.

Es por ello que con este Capítulo se pretende dar una mirada a la jurisprudencia colombiana en lo que tiene que ver con el acceso a la administración de justicia cuando se pretende reclamar los perjuicios derivados de la comisión de crímenes de lesa humanidad y realizar las críticas correspondientes desde la ponderación de principios y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El debate debe ser contextualizado teniendo en cuenta que Colombia ha vivido, por muchos años, en medio de un conflicto armado interno, lo que ha traído como consecuencia innumerables violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, tras la comisión de delitos de lesa humanidad, los cuales, como ya se desarrolló en un capítulo anterior, deben tener un tratamiento diferenciador, pues se tratan de conductas punibles que generan mayores impactos psicológicos y sociales (Maitane Arnosó Martínez, 2017).

2.1. De la Jurisprudencia Colombiana.

Con el propósito de que los responsables de crímenes tan atroces tuviesen la respectiva sanción penal, la legislación Colombia decidió declarar la imprescriptibilidad de los tipos penales que reglamentaban el tema, lo que quiere decir que en la actualidad los actores de crímenes de guerra y de lesa humanidad, pueden ser sancionados en cualquier tiempo. Ahora bien, se ha presentado toda una discusión, no solo académica sino también en los estrados judiciales en cuanto al tiempo que tienen las víctimas de dichos crímenes para solicitar la

reparación de sus perjuicios al Estado, bien sea por la omisión de protección y por la acción de algunos de sus miembros -ejecución extrajudicial, Falso positivo- (Palencia, 2011).

Producto de la acción y omisión del Estado en la ejecución de crímenes de lesa humanidad en Colombia, las víctimas de dichos daños han pretendido reclamar indemnizaciones, recurriendo a las acciones judiciales, encontrándose para ello, dentro de la legislación colombiana, la Acción de Reparación directa y la Acción de Grupo²³, acciones que, como todas, tienen unos tiempos para adelantarse, pues de lo contrario se configura el fenómeno de la caducidad²⁴.

Producto de lo anterior, los operadores jurídicos han entrado en discusión, puesto que se presenta una dualidad de interpretaciones sobre el tiempo en el cual se puede demandar para reclamar los perjuicios que devienen de dichos crímenes, lo que generó un ambiente de

²³ **Artículo 140 de la Ley 1437 de 2011: REPARACIÓN DIRECTA.** En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda. **Norma que se debe concordar con la Ley 472 de 1998.**

²⁴ Ver artículo 164 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se estipula un tiempo de dos (02) años para ello, en ambos Medios de Control.

inseguridad jurídica, pues no es claro para los demandantes –*víctimas*- y sus apoderados el momento a partir del cual se contabilizan los términos de caducidad para reclamar sus perjuicios o si, por tratarse de daños sufridos con ocasión a este tipo de delitos, no se configura la caducidad de la acción.

Encontramos que una parte de los administradores de justicia rechazaban la demanda, cuando los hechos habían ocurrido o se tenía conocimiento de los mismos con más de dos años de antelación a la presentación del Medio de Control; en ese sentido la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que las normas internacionales, como el Estatuto de Roma, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otras, desarrollan el tema de la imprescriptibilidad de la acción penal, como se dijo en la Asamblea General de la ONU en 1968 “...en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo...”, pero excluyen de su análisis las acciones indemnizatorias frente al Estado y ello no se puede aplicar por analogía²⁵.

Por otro lado, se encontraban aquellos que consideraban que en aplicación de normas internacionales de derechos humanos ratificadas por Colombia y el bloque de constitucionalidad, la reclamación en este tipo de procesos no debía contar con la limitante de la caducidad de la acción –*Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado*-, pues se debe dar pleno acceso a la administración de justicia cuando lo que se pretende es la reparación integral del daño sufrido por un crimen de lesa humanidad –*ver Auto del 17 de septiembre de 2013 Exp. 45092, Sentencia del 15 de septiembre de 2015, Exp. 47.671*-.

Por último, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado dejaba la discusión del tema de la caducidad para pronunciarse con el fondo del asunto, en la sentencia, ello con

²⁵ Ver Auto del 21 de noviembre de 2012 Exp. 41377, Auto del 13 de mayo de 2015 Exp. 51.576, Sentencia del 10 de febrero de 2016, Sentencia T-490 de 2014

fundamento en el hecho de que la misma era ambigua y, por tanto, se debían tener más elementos de juicio para determinar si se configuraba o no la caducidad del Medio de Control.

Ahora bien, en igual sentido, la Corte Constitucional tuvo un criterio disímil cuando mediante la acción de tutela se solicitaba la protección del acceso a la administración de justicia, pues en muchos casos prefirió no entrar en discusión o choque con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y profirió decisiones en el siguiente sentido (Sentencia T 490, 2014):

...considera la Sala que las autoridades judiciales accionadas actuaron de conformidad con la autonomía judicial e interpretó de manera razonable el alcance de la normatividad descrita, no actuaron de manera desproporcionada, arbitraria o caprichosa, razón por la cual no vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

5.8. En virtud de lo anterior, la Sala confirmará las sentencias proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 31 de octubre de 2013 que a su vez confirmó la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 9 de mayo de 2013, que negó el amparo de los derechos invocados.

En otros eventos, en cambio, tomó decisiones tutelando y protegiendo el debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la protección a los derechos humanos, en el siguiente sentido (Sentencia T 352, 2016):

... los jueces administrativos deberán, atendiendo a la calidad de víctimas del conflicto armado interno de los demandantes, por la muerte de Fausto Hernán Cañas Moreno y Gustavo y Yefer Arialdo Mora Sanabria, respectivamente, estudiar nuevamente la caducidad de las acciones de reparación directa interpuestas por los accionante, por tratarse de violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, teniendo en cuenta la Carta Política y los instrumentos internacionales integrados mediante el bloque de constitucionalidad, así como los principios que se desprenden de las diferentes disposiciones normativas internacionales, además del pronunciamiento del juez natural de lo contencioso administrativo, y que se exponen a lo largo de esta providencia.

(...)

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2013, por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, que, a su vez, confirmó la dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó el amparo invocado y, en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de Benigno Antonio Cañas Quintero, Luz Moreno, Pedro Pablo Cañas Moreno, José Albeiro Cañas Moreno, Luz Edilia Cañas Moreno y Evert Robinson Cañas Moreno.

Estas discusiones, en principio, tendrían fin con la expedición de la Sentencia de Unificación, de la Sala Plena de la Sección Tercera del 29 de enero de 2.020, Consejera Ponente: Dra.

Martha Nubia Velásquez Rico, en el proceso bajo Radicado: 85001333300220140014401, siendo demandantes Juan José Coba Oros y Otros y demandados la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional y Otros, en la cual se concluyó: “...que las situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra **se encuentran previstas en materia de lo contencioso administrativo al amparo de la hipótesis del conocimiento del hecho dañoso** y en virtud de lo cual el término de caducidad sí debe exigirse en estos eventos, pero a partir de que se advierta que el interesado sabía o tenía la posibilidad de advertir que el Estado tuvo alguna injerencia en la controversia y era susceptible de ser demandado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política”.

La Sentencia deja en claro que “la caducidad no se cuenta desde la ocurrencia del hecho u omisión dañosa, sino desde que tuvo la posibilidad de advertir que la pretensión de reparación directa resultaba procedente para los fines previstos en el artículo 90 de la Constitución Política. Lo anterior no implica la individualización o sanción penal del agente que ocasionó el daño, sino el conocimiento de la intervención de una autoridad, porque ello restringiría el derecho de acceso a la administración de justicia, en cuanto condicionaría **la declaratoria de la responsabilidad estatal a un requisito de procedibilidad que la ley no contempla**, como es la identificación del autor o partícipe” (Negrilla propia del texto).

Precisado lo anterior, a modo de conclusión, la Sección Tercera aclara que, mientras no se cuente con elementos de juicio para inferir que el Estado estuvo implicado en la acción u omisión causante del daño y que le era imputable el daño, el plazo de caducidad de la reparación directa no resulta exigible, pero si el interesado estaba en condiciones de inferir tal situación y, pese a ello no acudió a esta jurisdicción, el juez de lo contencioso administrativo debe declarar que el derecho de acción no se ejerció en tiempo, bien sea al analizar la admisión de la demanda, al resolver las excepciones en la audiencia inicial o al dictar sentencia, según el caso.

En la Sentencia también se dejó en claro que, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideraba la imprescriptibilidad de la acción penal cuando se trataba de crímenes de lesa humanidad y condenó al Estado Chileno a reparar perjuicios sin que opere la caducidad de la acción o la prescripción de los derechos, ello no es aplicable en Colombia ya que no se ha ratificado, ni adoptado como vinculante la Convención de Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, adicional a ello, expone que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, la imprescriptibilidad penal para los delitos de lesa humanidad no es absoluta, pues se requiere para tal fin que el implicado no haya sido vinculado al proceso penal por desconocimiento de su identidad, caso en el cual es razonable que, de manera intemporal, el Estado pueda abrir o iniciar la investigación cuando haya mérito.

Concluye entonces la Sentencia que “...en nuestro ordenamiento, frente a la caducidad de la pretensión de reparación directa, se encuentra consagrado un supuesto que aplica a todos los eventos, incluidos aquellos en los que se invocan delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, relacionado con el conocimiento de las situaciones que permiten deducir la participación y responsabilidad del Estado, como supuesto habilitante para exigir el plazo para demandar”,

Es claro entonces que la Sentencia en mención se separó de los lineamientos que ha brindado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así se indicó en la misma sentencia al expresar que no era vinculante para el derecho interno colombiano la decisión tomada por la Corte en el Caso Órdenes Guerra y otros Vs Chile, dejando por fuera de la discusión jurídica todos aquellos casos que no se hubiesen presentado ante la jurisdicción en los tiempos legalmente establecidos para ello, sin hacer ninguna consideración especial por tratarse de perjuicios derivados de unos delitos con requisitos y características especiales; teniendo como fundamento solo el paso del tiempo, tiempo que, además, no es claro cómo debe contarse, pues es importante recordar que en la mayoría de estos casos, **no se sabe en principio quien realizó la acción y los motivos por los que se realiza; además, en Colombia, se presentan casos donde es el mismo Estado el que realiza la conducta**

(ejecuciones extrajudiciales - falsos positivos) lo que hace más difícil el conocimiento del actor.

Paso a transcribir la parte resolutive de la Sentencia, para ilustrar mejor al lector:

PRIMERO: UNIFICAR la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, bajo 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.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia del 10 de julio de 2017, proferida por el Juzgado 2° Administrativo del Circuito de Yopal y, en su lugar, declarar probada la excepción de caducidad de la pretensión de reparación directa.

TERCERO: CONDENAR a la parte actora a pagar las costas que se hubieren causado en ambas instancias. Notificada esta providencia, el expediente pasará al despacho de la magistrada sustanciadora para fijar las agencias en derecho por auto de ponente. En la primera instancia se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Pero dicha Sentencia de Unificación tuvo una (1) aclaración y tres (3) salvamentos de voto, dentro de los cuales se expresó que la sentencia desconoció el estándar vigente en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de acceso a la justicia para las víctimas de crímenes atroces y, a cambio, creó una regla jurisprudencial contra-igualitaria y regresiva y, en consecuencia, contra-convencional e inconstitucional. Adicional a ello se argumentó que se desconoció la fuerza vinculante de una Sentencia de la Corte Interamericana -*Consejero: Alberto Montaña Plata*-. También se consideró que con la declaratoria sorpresiva de caducidad de la acción 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 casos como el que se analizó en la Sentencia de Unificación; se afirma que la paz, como valor supremo, solo será posible una vez se reconozca la necesidad de reparar patrimonialmente a las víctimas y reconstruir el tejido social y serán los jueces los primeros en ser llamados a juzgar y reprochar las prácticas ilegales y arbitrarias del Estado, que han atentado contra los

intereses y bienes básicos y esenciales del ser humano, espacialmente de su dignidad - *Consejera: María Adriana Marín*-; además, se considera que el Estado debe remover los obstáculos procesales para que en casos de graves violaciones a las normas de DDHH e infracciones al DIH que constituyan crímenes que atenten contra la conciencia de la humanidad, prevalezcan el acceso a la verdad, la justicia y la reparación -*Consejero: Ramiro Pazos Guerrero*- (Sentencia de Unificación, 2020).

Lo anterior evidencia que la Sentencia de Unificación no fue tan pacífica, tuvo varios criterios en contra y, además, como se expresó en los mismos salvamentos de voto, es contradictoria en los fundamentos y argumentos que trae en su parte motiva, no realiza ponderación de principios alguna, sino que pone en prevalencia la seguridad jurídica sin confrontarla con los axiomas constitucionales y, además, desconoce los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En similar sentido sucede si se examina la Sentencia SU 312 del 13 de agosto de 2020, en la cual la Corte Constitucional confirma los fallos expedidos por la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 23 de noviembre de 2018 y por la Sección Quinta de la misma corporación, el 31 de enero de 2019, en el sentido de denegar la protección constitucional solicitada por Nelcy Elizabeth Jaramillo Zapata en contra del Tribunal Administrativo de Antioquia, institución que confirmó la decisión de primera instancia que declaraba la caducidad de la acción en el estudio de un proceso en el que se pretendía la reparación por daños que devienen de la comisión de crímenes de lesa humanidad. Dicha decisión presentó dos salvamentos de voto donde igualmente se evidencia un alejamiento de la jurisprudencia trazada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como consecuencia de lo expuesto, en la actualidad, algunos operadores jurídicos -jueces y magistrados- a nivel nacional, se apartan de la Sentencia de Unificación y fundamentan sus decisiones en los salvamentos de voto, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la ponderación de principios y en la prevalencia de los principios constitucionales.

2.2. Del Derecho Comparado y La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, en cuanto al panorama internacional, encontramos un amplio desarrollo y regulación sobre los temas que se pretenden abordar en este artículo, así:

En diciembre del año 2015, **la Presidenta de Argentina** Cristina Fernández de Kirchner, promulgó la Ley 27.217 que crea la “Comisión Bicameral de Identificación de las Complicidades Económicas y Financieras durante la última dictadura militar para la búsqueda de la verdad, la memoria, la justicia, la reparación y el fortalecimiento de las instituciones de la democracia”, con el propósito de identificar los actores económicos y técnicos que contribuyeron y/o se beneficiaron con la dictadura militar 1976-1983 aportando apoyo económico, técnico, político, logístico, etcétera.

El artículo 6° de dicha ley consagró que la Comisión instará a los cómplices económicos y financieros a reconocer voluntariamente su participación, formular disculpas y desagravios a los afectados por sus acciones y a ofrecer mecanismos de reparación de daños causados a intereses o derechos individuales o colectivos, sin perjuicio de adelantar las acciones judiciales que pudieran corresponder.

No puede predicarse la seguridad jurídica cuando ésta sustenta resultados injustos y contrarios a los mayores de (sic) derechos de las personas. La prescripción civil es utilizada cuando la relación se sustenta en la igualdad contractual de las partes (como la celebración de un contrato de compraventa o la locación de un inmueble), y no, como en estos casos, cuando estamos frente a casos de terrorismo de Estado (Afarian, 2016).

En agosto de 1991, la Sub Comisión de lucha contra las medidas discriminatorias existente dentro de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, dependiente del Consejo Económico y Social le solicitó a uno de sus miembros, M. L. Joinet, la elaboración de un informe en relación con la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos del hombre, civiles y políticos. El conjunto de principios que se anexa al informe se basa en tres pilares apoyados en el derecho a las víctimas: 1° El derecho a saber de la

víctima y de la sociedad o derecho a la verdad; 2º El derecho de la víctima a un acceso rápido y eficaz a la justicia; y 3º El derecho a una reparación (Zuppi, 2005)

El **derecho a saber** no se trata de un simple derecho individual que tiene la víctima o sus familiares a conocer la verdad sobre las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos que los afectó (ppio. 3): se trata también del derecho colectivo a la verdad (ppio. 1) que encuentra su origen en la historia para impedir que las violaciones a los derechos comprobadas se puedan repetir en el futuro. A cargo del Estado se encuentra **la obligación de memoria** (ppio. 2) para impedir la distorsión histórica de lo sucedido que pertenece como parte del patrimonio histórico del Estado y como tal debe ser preservado de posturas revisionistas o de negación de lo sucedido.

El **derecho a la justicia** determina que la impunidad constituya un incumplimiento de las obligaciones del Estado de investigar las violaciones, tomar medidas para con los autores de las mismas, juzgarlos y condenarlos si corresponde, asegurando a las víctimas, individual, colectivamente o por medio de organizaciones no gubernamentales que los protejan, un acceso eficaz a los tribunales y les permita asumir como parte civil el reclamo de reparación del perjuicio sufrido, tomándose las medidas necesarias para impedir la reiteración de estos hechos (ppio. 18) (Zuppi, 2005).

En 1988, la Corte Interamericana, en su primer caso contencioso, relacionado con una desaparición forzada, señaló que el deber de garantizar los derechos reconocidos en la Convención implica el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, 1988), deberes que los Estados deben realizar dentro de sus investigaciones internas.

Posteriormente, en el año 2001, la CIDH en la sentencia sobre la masacre de Barrios Altos Vs. Perú, estableció la incompatibilidad de leyes de autoamnistía con la Convención Americana en los siguientes términos:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Caso Barrios Altos Vs Perú., 2001).

En otra ocasión, la Corte señaló que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los **responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada,**

puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*²⁶ (Caso Almonacid Arellano Vs Chile., 2006).

Como se observa, el Tribunal ha ido determinando obligaciones positivas especiales o más cualificadas en torno al deber de investigar, dadas ciertas circunstancias. Por ejemplo, al calificar como crímenes de lesa humanidad algunos de los hechos analizados en sus fallos (como en los casos Almonacid y la Cantuta), se asocia a estas graves violaciones con los crímenes “más graves” del derecho penal internacional y se hace más riguroso el deber de investigar (Parra, 2012).

En el caso *Almonacid* la Corte realizó un pronunciamiento muy relevante en el cual dejó en claro el necesario rol de las autoridades judiciales internas en la salvaguarda de la Convención Americana y resalta el papel de los estándares internacionales de derechos humanos en el impulso de la exigibilidad local de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; por lo que dejó bastante claro la importancia de la Convención y justificó el “Control de Convencionalidad” que puede hacer la misma en cuanto a las decisiones judiciales internas de los países que van en contravía de la convención.

No podemos dejar de mencionar que las decisiones de la Corte IDH en los casos Velásquez Rodríguez y Barrios Altos tuvieron un peso importante en la fundamentación de la sentencia C-004 de 2003, en la cual la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de una de las causales para la procedencia del recurso extraordinario de revisión en materia penal, pues consideró que este no sólo procedía a favor del condenado y precisó que era posible restringir el principio del *non bis in idem* en los casos de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves contra el derecho internacional humanitario. La Corte señaló que los deberes del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos son mucho

²⁶ Este principio está reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, 1966), ratificado por España en 1977, a cuyo tenor: "Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

más intensos que en el caso de los delitos comunes y, por consiguiente, los derechos de las víctimas adquieren más preponderancia; además, precisó que las decisiones de órganos internacionales pueden generar, bajo ciertos supuestos, la reapertura de procesos y la modificación de sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada (Parra, 2012).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación -Argentina 2017-, en el estudio del caso “Villamil, Amelia Ana (CSJ 203/2012 (48-V) /CS1)” consideró que “... la garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos alcanza tanto al derecho de las víctimas y sus familiares al conocimiento de la verdad y a la persecución penal de los autores de delitos de lesa humanidad como al de obtener una reparación de los daños sufridos. Y, si bien se trata de órbitas materialmente diversas, ellas no resultan excluyentes sino complementarias”.

En la misma decisión la Corte estimó que la responsabilidad en materia de delitos de lesa humanidad está consagrada en los principios y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con lo que se busca la protección de un bien jurídico superior como lo es la **dignidad humana**, con fundamento en esto concluyó que la acción indemnizatoria que puede derivarse de ellos no es una simple acción patrimonial como la que se origina en un negocio común o extracontractual, sino que tiene el carácter humanitario.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en el caso que se viene referenciando consideró “... que la acción resarcitoria de los daños derivados de delitos de lesa humanidad no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable; debido a ello “no resulta aplicable plazo de prescripción alguno”. Para así decidir, la Cámara (voto del Dr. Fleicher al que adhirió el Dr. Schiffrin) citó en apoyo de la imprescriptibilidad de la acción civil lo resuelto por la Corte IDH en la causa “Almonacid Arellano y otros c. Chile”, del 26-9-06, en la cual se resolvió que la obligación estatal de reparar los daños posee carácter accesorio respecto del delito de lesa humanidad que los ha generado y no puede ser modificada o incumplida invocando disposiciones de derecho interno” (Montilla Zavalia, 2015). Además, consideró que reconocer la imprescriptibilidad de la acción civil resarcitoria resultante de los daños producidos como consecuencia de la comisión de delitos de lesa

humanidad constituye una ajustada aplicación a la cuestión en estudio del Principio Pro Homine (Martínez, 2017).

En efecto, el Estado argentino ha procurado la reparación de tales daños, no solamente mediante la habilitación de las acciones indemnizatorias correspondientes -durante el plazo de prescripción- sino también mediante el establecimiento de regímenes indemnizatorios especiales (en este caso, ley 24.411 y sus modificatorias), cuya vigencia fue prorrogada sucesivamente (leyes 24.499, 25.814, 25.985, 26.178, 26.521) hasta declararse posteriormente la ausencia de plazo de caducidad para solicitar los beneficios allí establecidos (ley 27.143) (Martínez, 2017).

En similar sentido encontramos que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre el caso Órdenes Guerra y otros Vs Chile, en sentencia del 29 de noviembre de 2018, consideró: “que el Estado es responsable por la violación del derecho de acceso a la justicia, en los términos de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de las víctimas”.

En el caso que se expone la Corte estimó que “el problema que surgió en el presente caso no se debe a la ausencia de normativa, sino más bien a la falta de una interpretación acorde a los principios internacionales de derechos humanos que rigen en la materia”. Tal como reconoció el Estado, el hecho ilícito que generó su responsabilidad internacional se configuró por la aplicación, por parte de los tribunales nacionales, del instituto jurídico de la prescripción, lo que implicó que éstos no analizaran el mérito de las causas. Es decir, tal como enfatizó el Estado, “la infracción de derechos humanos en este caso reconocida [...] no se origina en disposiciones específicas del derecho interno chileno, sino en la interpretación que del mismo hicieron los tribunales”.

Es evidente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1988 viene tomando una posición cada vez más garante y proteccionista de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en cuanto a las víctimas afectadas, al considerar que los crímenes

de lesa humanidad son delitos de mayor envergadura, con un mayor impacto social y psicológico, donde el Estado tiene un deber superior de investigación, un deber de hallar la verdad, un deber de paz y de retribución integral y a todo esto le ha dado tal relevancia que ha preferido esta situación ante la protección de derechos de alta importancia jurídica como la cosa juzgada y el *non bis in idem*.

CAPÍTULO III

De la ponderación de principios.

El Derecho Administrativo y el Derecho Procesal Administrativo se han caracterizado por su formalidad, su exégesis y su rigurosidad. Fue solo después de la Constitución de 1991 que se ha superado la interpretación de las normas jurídicas y se ha dado paso a la constitucionalización del mismo, ello, en gran medida, mediante la incorporación de los principios como derroteros y normas vinculantes en el derecho procesal administrativo, lo que se encuentra hoy regulado en el segundo inciso del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, al disponer:

“En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal”. La aplicación de las normas jurídicas frente a las inconsistencias que se presentan en los sistemas jurídicos, encierra tensiones entre reglas y principios. Las lagunas y antinomias no siempre hallan solución en los postulados de la dogmática jurídica. Cuando ello ocurre resulta necesario ampliar el ámbito hermenéutico del intérprete, a quien le corresponde argumentar jurídicamente para establecer que la contradicción no existe, que la incompatibilidad es aparente, que hay normas análogas capaces de velar por la integridad del sistema. El intérprete tendrá que apelar al ámbito de los principios, dado que el de las reglas no siempre le ofrece la respuesta.

Los principios “no son sino normas fundamentales y generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras” (Bobbio, 1987). También la Corte Constitucional plantea que los principios están ubicados en el plano deóntico, es decir, son normas que contienen prescripciones jurídicas. Por lo tanto, el juez en su estudio puede “descubrir” las reglas jurídicas contenidas en un principio jurídico. La Corte²⁷ ha sostenido que los principios “consagran prescripciones jurídicas generales” cuyo alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que algún día puedan alcanzarse. “Los principios, entendidos como concepto deontológico, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos”.

Sin embargo, mientras las reglas son normas cuyo texto establece una prescripción que sólo puede ser cumplida o incumplida, los principios son normas que ordenan la realización de algo de la mejor manera posible. Para Robert Alexy los principios son “mandatos de optimización”, cuyo cumplimiento no exige una medida determinada, sino su mejor grado posible de satisfacción. En tanto tales, los principios “son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, tanto por las reglas, como por los principios opuestos. Esto significa que los principios requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios” (Alexy, 1994), es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización (Bernal Pulido, 2003). Los principios solamente juegan en la interpretación cuando la aplicación directa y exclusiva de las reglas no da la solución al problema jurídico, es decir, cuando el intérprete está frente a casos difíciles. Sin embargo, algunos juristas sostienen que, “los principios han de tenerse siempre en cuenta en la aplicación del derecho y sólo después de hacerlo podemos afirmar

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1287 / 2001

que un caso es fácil o difícil; un caso es fácil -escriben- precisamente cuando la subsunción de unos hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios, motivo por el cual, antes de decidir que una norma es concluyente para resolver un caso, siempre es preciso deliberar a partir de las razones que nos proporcionaron los principios, tanto en relación con los hechos como respecto de la norma o regla” (Prieto, 1992).

Ahora bien, existe un gran contenido de principios en el tema de este artículo, pues se pretende abordar la posición de los **principios de acceso a la administración de justicia, justicia material, verdad, igualdad, paz y reparación integral**, sin dejar de lado los límites normativos que se deben tener presente al estar en una posición justa y razonable para discutir los acontecimientos que se desarrollan en el mundo fáctico, pues las situaciones no pueden quedar insolubles, deben discutirse y solucionarse en periodos de tiempos prudentes, y que no vulneren los derechos de las partes intervinientes, por ello, el legislador ha creado figuras como la prescripción de los derechos y la caducidad de las acciones, pretendiendo con ello generar una **seguridad jurídica** y una **confianza legítima** en el sistema y en la sociedad.

No obstante, la Corte Constitucional, en interesante providencia de unificación, dijo lo siguiente:

“La diferencia conceptual entre reglas y principios sugiere varios problemas interpretativos. El carácter preciso de las reglas obliga a preferirlas a la hora de enfrentar conflictos con los principios. Empero, una interpretación razonable de las reglas puede llevar a situaciones abiertamente incompatibles con principios, aunque no sean ilegales o ilícitas. Se trata de eventos en los cuales existe la posibilidad legítima de interpretar una regla que puede conducir, entre muchos, a un resultado determinado, el cual no se encuentra prohibido por el ordenamiento, pero resulta incompatible con los principios que sustentan la regla.

En esas circunstancias se puede hablar de fraude a la ley o fraude al derecho...No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíbe el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema”²⁸.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-1122 de 2002, M.P. Eduardo Montealgre Lynett.

Todo lo anterior significa que entre reglas y principios existen diferencias, pero también vínculos estrechos y, sobre todo, una jerarquía normativa. Las diferencias residen en que las reglas son normas que se aplican en la forma de “todo o nada”, mientras los principios son normas que se aplican, en mayor o menor grado, según el resultado de la ponderación construida por el intérprete. En palabras de Dworkin, las reglas son aplicables a manera de disyuntivas, mientras que los principios son más bien razones para decidir (Dworkin, 1988). Otros juristas sostienen que la diferencia entre reglas y principios es de tipo funcional: Una misma norma puede funcionar como regla o como principio en circunstancias diferentes. La diferencia se encuentra al establecer si el juez aplicó la norma bajo un ejercicio de ponderación con otras o no. En el primer caso la norma funcionará como principio y en el segundo como regla.

Los vínculos entre unas y otros expresan el sentido integrador que tiene la interpretación en los tiempos de la constitucionalización del derecho y el sentido de relación jerárquica evita que las reglas se interpreten en contra de los principios del sistema jurídico. Los principios y las reglas siempre se deben conectar entre sí y, en caso de contradicción, el intérprete debe recurrir a algún método de interpretación²⁹ que le permita garantizar el funcionamiento del derecho como un sistema coherente.

Es evidente así, que tanto los principios consagrados en la Constitución Política para la nueva concepción de Estado, como los principios establecidos para el derecho administrativo, son las herramientas útiles y provechosas para solucionar los diferentes conflictos y problemas jurídicos que se presentan dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, ¿Qué ocurre cuando dichos principios, que son igualmente necesarios en la aplicación de la actual concepción de Estado, así como en el derecho administrativo, se ven enfrentados? ¿Dichos principios tienen algún tipo de jerarquía entre ellos que hace que alguno deba ceder ante otro?

²⁹ Criterio textual, sistemático, histórico y teleológico. Savigny.

Ahora bien, uno de los casos en los cuales se puede evidenciar la tensión entre principios es cuando se declara la caducidad de la acción, pues en este caso posiblemente puede haber un escenario donde se esté vulnerando el acceso a la justicia o a otro principio constitucional, es decir que, con la caducidad de las acciones, por medio de las cuales se pretende acceder a la administración de justicia con el fin de que se declare o ejecute un derecho, se pretende concretar principalmente el principio a la seguridad jurídica, viéndose claramente enfrentados otros principios jurídicos.

Cuando hay un conflicto entre principios, el procedimiento de solución más idóneo es la ponderación³⁰, que implica que los principios enfrentados son válidos; por lo tanto, ningún principio puede ostentar algún tipo de prioridad frente a otro, ya que para realizar una efectiva ponderación de los mismos es necesario aterrizar la concepción abstracta de principios a casos concretos (Zagreblsky, 2009).

Se procede, entonces, a hacer una confrontación de principios, por un lado, esa seguridad jurídica que debe generar el ordenamiento jurídico y la confianza legítima que el mismo debe irradiar en la sociedad y, por otro lado, esos **principios de acceso a la justicia, la justicia en sentido material, la verdad, la igualdad, la paz y la reparación integral.**

3.1. Acceso a la Administración de Justicia Vs Seguridad Jurídica.

El derecho constitucional a acceder a la administración de justicia, para el caso, se vuelve tan relevante en la medida en que con ello se está en búsqueda de la verdad real, la justicia material, la esperanza de conocer cómo se dieron los hechos, bajo parámetros de certeza, y la necesidad de poder compensar de alguna forma los perjuicios que una parte le haya ocasionado a la otra.

³⁰ Existen otros métodos como el silogismo y la subsunción.

El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia tiene aplicación en toda sociedad democrática occidental. En realidad, analizado desde una perspectiva jurídica, es un elemento indispensable del concepto de Estado de Derecho. Siempre que un derecho subjetivo sea contemplado por un ordenamiento jurídico, el Estado de derecho exige que tal derecho pueda ser judicialmente protegido y, eventualmente, ejecutado cuando sea ignorado o transgredido (Martín, 1994).

El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia (Sentencia T 283 , 2013), para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

Aquella prerrogativa de la que gozan las personas, naturales o jurídicas, de exigir justicia, impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garantes de todos los derechos ciudadanos, distintas obligaciones para que dicho servicio público y derecho sea real y efectivo. En general, las obligaciones que los Estados tienen respecto de sus habitantes pueden dividirse en tres categorías, a saber: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos humanos (Sentencia T-283 de 2013).

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el cumplimiento de las decisiones judiciales hace parte de la obligación de realizar el derecho a la administración de justicia. Esta obligación y su derecho correlativo tienen fundamento también en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por

tanto, conforman el ordenamiento interno³¹, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Política. Por tanto, para satisfacer el derecho a la administración de justicia, no basta con que en los procesos se emitan decisiones definitivas en las cuales se resuelvan controversias y se ordene la protección a los derechos de las partes, ya que es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, y que se protejan efectivamente los derechos.

Ahora bien, el mencionado derecho fundamental, de acceso a la justicia, se encuentra directamente relacionado con el servicio de administración de justicia y con la función de impartir justicia, instituciones previstas en el preámbulo (como valor constitucional) y en los artículos 1º, 2º, 29, 228 y 229 (como derecho fundamental) de la Constitución Política Colombiana y en los artículos 1º a 9º de la Ley 270 de 1996 –Ley Estatutaria de Administración de Justicia-; por ello, la Corte Constitucional ha calificado el acceso a la justicia como un derecho fundamental³².

³¹ Sentencia C-067 de 2003 “...se tiene que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostentan jerarquía constitucional por estar situadas a la altura de las normas del texto de la Carta y forman con él un conjunto normativo de igual rango.

El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados.

Además, las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.^[21]

El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “*eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad*”^[8], y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellos adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.

³² Corte Constitucional, Sentencias T-006 de 1992, T-597 de 1992, T-348 de 1993, T-236 de 1993, T-275 de 1993 y T-004 de 1995.

El artículo 229 de la Carta Política colombiana dispone el derecho que tiene toda persona a acceder a la administración de justicia³³, en el siguiente sentido:

“ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

Para llegar a la regulación de este derecho como fundamental es necesario distinguir entre el derecho que se pretende hacer valer (derecho subjetivo material) y el derecho mediante el cual se hace valer (derecho subjetivo procesal), lo que permitió al *derecho de acción* cobrar autonomía, ya que bajo esta perspectiva, toda persona, tenga o no la razón, tiene derecho a acceder al proceso, superando con ello la tesis de la acción como derecho de contenido concreto que permite a su titular obtener una sentencia favorable, imponiéndose la idea de la acción en sentido abstracto (Aroca, 2000).

Adicional a lo anterior, el artículo 228 de la Constitución Política consagra la función pública que tiene el Estado de administrar justicia y adicional a ello dispone dentro su regulación el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (Sentencia T-268 de 2010), regulación que se encuentra esencialmente ligada al acceso a la administración de justicia, así reza la norma en comentario:

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Con el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas se busca garantizar que formalidades propias de los procesos judiciales, sean interpretadas y empleadas para la materialización de los derechos de los ciudadanos que acceden a la administración de justicia, y de ninguna forma como un obstáculo o impedimento para el ejercicio y protección de los mismos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 2010).

³³ Denominado en la Constitución Española de 1978 como “derecho a la tutela judicial efectiva”.

Es claro entonces que, cuando hablamos de acceso a la administración de justicia, esto lleva intrínseco la discusión del principio de la primacía del derecho sustancial y lo que se pretende en este escenario es confrontarlo con el principio de seguridad jurídica, cuando se trata de conocer las circunstancias fácticas de crímenes de lesa humanidad, originados por grupos ilegales poderosos y por la omisión o acción de mismo Estado.

La justicia implica, para el caso que nos ocupa, la aplicación de las leyes que existen para proteger los derechos de las víctimas; sin la aplicación de esas leyes no puede haber justicia. Es por ello que el Estado debe garantizar el funcionamiento de un aparato judicial independiente y autónomo. Debe realizar investigaciones rápidas e imparciales para esclarecer todas las violaciones e identificar, juzgar y sancionar a los responsables de las mismas; también debe ofrecer recursos judiciales efectivos para proteger los derechos de las víctimas. Esto lo puede hacer utilizando las diferentes herramientas que tiene para ello, por ejemplo: la justicia penal, que castiga a las personas que cometen crímenes, los recursos constitucionales, que protegen derechos fundamentales, por ejemplo, la acción de tutela, la jurisdicción contencioso-administrativa, que permite reclamos contra las actuaciones arbitrarias o negligentes del Estado que causan daños, o la justicia civil, que facilita el reclamo contra personas particulares que generan daños (Sentencia T - 211, 2019).

El derecho a acceder a la administración de justicia se vuelve tan relevante en la medida en que con ello se está en búsqueda de la verdad real y de cierta forma de la justicia en sentido material, mucho más en los casos relacionados con crímenes de lesa humanidad, donde se tiene una esperanza de conocer cómo verdaderamente se dieron los hechos y la necesidad de compensar, de alguna forma, los perjuicios que una parte le ocasionó a la otra, pues no se puede dejar pasar de largo que este tipo de vulneración genera un mayor impacto social.

En el ámbito constitucional, el Derecho de Acción comenzó a encuadrarse como derecho cívico, inalienable, inherente a la personalidad, caracterizado por su desarrollo legislativo, pero en el cual ni el legislador podría poner obstáculo al mismo, pues ha de respetar siempre su contenido esencial, por cuanto la administración de justicia ha "pertenecido siempre al

núcleo duro de las funciones estatales y, en consecuencia, dejan muy poco margen de apreciación al legislador a la hora de regular el acceso a la prestación y el contenido de la misma” (Toscano López, 2013). Lo anterior se traduce en la obligación del Estado de no impedir el ejercicio de la acción exigiendo formalidades baladíes, vertidas en normas procesales, por lo que, además, tiene el deber de remover en la práctica los obstáculos para la satisfacción del derecho sustancial.

Ahora bien, en cuanto a la seguridad jurídica La Real Academia Española la define como el principio general del derecho que impone que toda persona tenga conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de sus actos y omisiones. La seguridad jurídica es un bien jurídico de relevancia constitucional (Sentencia C-250 de 2012).

Podría afirmarse que la necesidad de preservar la seguridad jurídica no es una finalidad constitucional que por sí misma justifique una limitación de la autonomía judicial para interpretar y aplicar el ordenamiento. En esa medida, los jueces tampoco estarían constitucionalmente obligados a seguir formalmente la jurisprudencia en virtud de la necesidad de preservar la seguridad jurídica. Sin embargo, ésta tiene un valor instrumental indiscutible como garantía general para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas (Sentencia C-836 de 2001).

Es claro, que la falta de seguridad jurídica en una comunidad puede conducir a la anarquía y al desorden social, pues los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones, ni el alcance de las decisiones judiciales. Ahora bien, si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política, a partir del principio de la confianza

legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación.

El derecho de acceso a la administración de justicia, desde un análisis que parte de la seguridad jurídica, implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como el administrador de la justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad, ella comprende la protección de las expectativas legítimas que tienen las personas de que la interpretación y aplicación de la ley (Sentencia C-836 de 2001).

En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota o se limita en virtud del principio de seguridad jurídica; es evidente que la administración de justicia debe generar confianza con la uniformidad de sus decisiones en casos similares, ello no obsta, para que dadas ciertas circunstancias especiales, como lo sería la vulneración de derechos humanos o la violación del DIH, se pueda analizar el caso en concreto y tomar las decisiones con prevalencia de otros principios y derechos fundamentales.

Más adelante, en este Capítulo, se abordará de nuevo la discusión a partir de la ponderación de principios, método utilizado por la Corte Constitucional para dar solución a lo que se ha denominado casos difíciles, ellos precisamente por encontrarse en oposición dos o más principios.

3.2. Seguridad Jurídica Vs Verdad.

La búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es. Ello porque la Administración siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público. La administración debe lograr la verdad material, la que constituye el principio y el objetivo primordial del procedimiento que tiene fin con la decisión adecuada (Ivanega, 2012).

En 1997, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó una serie de principios que fueron recomendados por el Relator Especial de la ONU Louis Joinet en su informe sobre el asunto de la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos (Swisspeace, 2016). Dichos principios fueron actualizados por la experta Diane Orentlicher y aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2005 y han sido el punto de referencia de los avances y desarrollos jurisprudenciales a nivel nacional e internacional sobre el derecho a la verdad. En ellos se establece específicamente “*el derecho a saber*” y como parte de este se incorporó (i) el derecho inalienable que tiene todo pueblo a conocer la verdad sobre su pasado de violencia, (ii) el deber de recordar, que se traduce en la obligación estatal de generar mecanismos para resguardar la memoria de cada nación como su patrimonio, y (iii) el derecho a saber de las víctimas, con independencia de las acciones judiciales que se entablen para lograr obtener resultados en las investigaciones (Sentencia C-017 de 2018).

Los principios de Joiner no hacen parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, sin embargo, han adquirido un importante valor en la práctica de tribunales como la Corte Constitucional y la Corte IDH. De ahí que se trate de un conjunto de estándares relevantes en la interpretación y la determinación del alcance de los derechos constitucionales de las víctimas y, en particular, del derecho a la verdad.

El derecho a la verdad está relacionado con el deber del Estado de realizar investigaciones eficaces sobre las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones al DIH. Se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a un recurso judicial efectivo, al derecho a una investigación eficaz, a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, a no sufrir torturas ni malos tratos y a solicitar y difundir información. La verdad es esencial para el Estado de derecho y los principios de transparencia y responsabilidad, así como para la buena gestión de los asuntos públicos en una sociedad democrática, así lo ha considerado la Comisión DH de la ONU³⁴.

Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, así como sus familiares, tienen el derecho a un recurso efectivo, esto implica el derecho a saber la verdad acerca del abuso que han sufrido, incluyendo la posibilidad de identificar a los perpetradores, las causas que originaron tales violaciones y, de ser el caso, la suerte final o el paradero de las personas desaparecidas de manera forzada. El derecho a la verdad debe buscarse tanto mediante de procedimientos judiciales como no judiciales, ya que el Estado debe intentar establecer la verdad acerca de los abusos y violaciones independientemente de si los juicios penales son posibles de forma inmediata (Varney, 2013). En el transcurso de los años, las víctimas de atrocidades y el movimiento de derechos humanos de todo el mundo han concentrado sus esfuerzos en concebir cómo se pueden superar situaciones de violación sistemática de derechos humanos. Ante situaciones en las cuales la violencia se ha utilizado como medio de exterminio y de control de seres humanos, las preocupaciones y los retos se centran en lograr que las víctimas reciban una respuesta o reparación integral y establecer una serie de medidas para garantizar el fin de las atrocidades y prevenir o evitar que estas se vuelvan a cometer.

Ahora bien, la verdad, la justicia y la reparación se entrelazan y forman un tejido que permite a las víctimas y a la sociedad avanzar hacia la reconstrucción de sus vidas y hacia la convivencia social. Si no hay verdad, la justicia es incompleta; sin verdad, no es posible

³⁴ Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 22.

establecer quiénes son responsables de las violaciones a los derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Sin justicia no hay reparación y sin reparación no hay suficientes posibilidades de evitar que las atrocidades vuelvan a ocurrir. La garantía de los tres derechos, en su conjunto, permite avanzar hacia una situación de restablecimiento (Comisión Colombiana de Juristas, 2006).

Los procesos de verdad, justicia y reparación se dan de acuerdo con las características propias de cada sociedad, de cada país, no hay fórmulas mágicas ni estrategias predefinidas; por el contrario, la consecución de la verdad, la justicia y la reparación es un proceso social que se va construyendo poco a poco y de manera incluyente (Comisión Colombiana de Juristas, 2006).

El derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y crímenes, según el derecho internacional, y de sus familiares ha sido el resultado de una larga evolución. Históricamente, el derecho a la verdad tuvo sus raíces en el Derecho Internacional Humanitario y surgió en relación con la necesidad de las familias de conocer la suerte corrida por sus seres queridos, desaparecidos durante los conflictos armados (Gúzman, 2012).

No obstante, con el desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina internacionales de derechos humanos, fue emergiendo el derecho a la verdad, entendido como el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad completa y total en relación con graves violaciones de derechos humanos cometidas, sus circunstancias específicas y la identidad de los responsables y partícipes, así como sus motivaciones (Pérez Luño, 2005).

Verdad y justicia han sido los hilos conductores de acción de la comunidad internacional ante los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en el siglo pasado. La verdad, como elemento necesario en el proceso social de construcción de memoria colectiva y para la prevención de nuevos crímenes, junto con la justicia, fue uno de los motivos para la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. “La defensa jurídica del derecho a la memoria fue uno de los objetivos fundamentales de los autores del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg” (Mariñán Rivera, 2001).

El papel del Estado frente a la reconstrucción de la verdad es hacer lo posible por restablecerla y darla a conocer de la manera más amplia posible, utilizando para ello todas las instituciones nacionales, como la Presidencia, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría, los órganos de administración de justicia o entidades creadas especialmente con el fin de esclarecer y revelar la verdad, para ello debe garantizar la participación amplia de las víctimas.

El Estado cuenta con múltiples mecanismos para hacer valer el derecho a la verdad. La principal herramienta son los procedimientos judiciales, pues es en los juicios que se logra establecer una verdad oficial basada en las pruebas. En esas situaciones, es importante que los jueces sean independientes y que las víctimas puedan participar ampliamente en los procesos (Pineda, 2018).

Es claro, entonces, que cuando se procura el conocimiento de la verdad, se debe ceder ante otros principios que dan garantías procedimentales, como la seguridad jurídica que trae consigo figuras como la caducidad de la acción o la prescripción de los derechos, razón por la cual no debería verse limitado el acceso a la administración de justicia cuando lo que se pretende es la consecución de la verdad, en hechos tan atroces como lo son los crímenes de lesa humanidad, donde en muchas ocasiones la Verdad y el conocimiento de la misma es lo que genera una reparación real y una mayor reflexión social; en muchos casos es esta la real indemnización.

3.3 Seguridad Jurídica Vs Igualdad.

La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia

materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en los litigios.

Ahora bien, la certeza de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Si en virtud de su autonomía, cada juez tuviera la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de forma amañada a sus intereses, conveniencias o pensamientos, sin tener en cuenta para sus decisiones los principios y valores fundamentales del Estado de Derecho dispuestos en la Constitución y la Ley, ello cercenaría sus derechos de seguridad jurídica e igualdad³⁵.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que

³⁵ La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de diferenciar tanto en razón de su estructura normativa como en el sentido de su fuerza vinculante los valores, los principios y los derechos fundamentales. En la sentencia T-406 de 1992 se propone por primera vez la distinción entre valores y principios constitucionales, basada fundamentalmente en el grado de eficacia y aplicabilidad, al respecto se dijo: “Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia, pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto” (negritas originales). Posteriormente en la sentencia T-881 de 2002 con ocasión del examen del papel que cumple la dignidad humana en el ordenamiento jurídico, se hace una diferenciación entre el papel de los principios y de los derechos fundamentales a partir de la función que cumplen y no en razón de su estructura, pues si bien se reconoce que tanto los derechos fundamentales como los principios son mandatos de optimización directamente aplicables, los primeros permitirían la apertura de nuevos ámbitos de protección y abrirían la posibilidad de “concretar con mayor claridad los derechos fundamentales”

protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectado por tratos diferentes que carecen de justificación sino, también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional, sería allí donde radicaría el conflicto o confrontación frente al principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta que dicho estudio se debe hacer tomando ambos preceptos como principios y no como normas ni reglas principales; pues aterrizando estos dos principios en un caso donde cada parte tiene un interés indemnizatorio por un daño causado, el estudio realizado por el juez debe ser minucioso y razonable ya que es obligatoria para los jueces administrativos la ponderación aplicada a principios, esto no significa que deban negar indefinidamente el principio que cede en razón de la colisión, el método debe ser aplicado armónicamente con la Constitución y con el ordenamiento administrativo, sin embargo, es muy importante el papel de los jueces en el estudio de la ponderación y del principio de proporcionalidad, toda vez que de ellos depende que no pierda perspectiva y que puedan ser aplicados sin restricciones (Arenas).

La seguridad jurídica en los términos expuestos se vincula con la igualdad de trato establecida por el artículo 13 de la Carta al prescribir que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades. En efecto, si las decisiones judiciales no fueran previsibles o las reglas y soluciones adoptadas en el pasado resultaran cambiantes e inestables, los ciudadanos no podrían esperar que el asunto que someten a la jurisdicción sea resuelto de la misma forma. Así las cosas, la seguridad jurídica es una condición necesaria para garantizar el mandato de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución (Sentencia C-284 de 2015).

En atención a la importancia que tiene entonces preservar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en las actuaciones judiciales, el ordenamiento constitucional y la jurisprudencia de esta Corporación, han fijado varios instrumentos con ese propósito. En primer lugar, la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la “ley” lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la “ley”.

En segundo lugar, establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas. En tercer lugar, la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, los pronunciamientos de esta Corporación han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad. En quinto lugar, algunos estatutos como la Ley 1437 de 2011 incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102 CPACA) (Sentencia C-500 de 2014). Ahora bien, las exigencias referidas no son absolutas y por ello se admite que en algunos casos cedan frente a la necesidad de concretar intereses constitucionales de mayor valor, tal y como puede ocurrir en supuestos en los que se encuentra comprometida la justicia material o sea indispensable la corrección de errores.

Como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico (Sentencia SU336 de 2017).

En cuanto a la seguridad jurídica podría decirse que esta propende, de cierta forma, por la igualdad de los derechos y cargas que tienen los receptores de la norma y las decisiones del operador jurídico; pues la seguridad jurídica y la confianza legítima permiten prever el resultado de ciertas actuaciones, permiten establecer los tiempos para hacer las reclamaciones ante las diferentes entidades e instituciones, pero ello no puede ser absoluto, pues hace parte de una verdadera justicia examinar el caso concreto y de acuerdo a sus propias particularidades, hacer la valoración de principios que debe aplicar. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, ya que decisiones y consideraciones

distintas en determinados casos y en ciertos momentos, puede generar una decisión más equitativa, pues los puntos de partida en todos los casos no son los mismos.

3.4. Seguridad Jurídica Vs Reparación Integral.

Con el fin de establecer la reparación integral como un principio se hace necesario ubicar una institución jurídica que dé origen al deber de reparar, Ulpiano³⁶ en el Digesto estableció los principios del derecho, así: “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, (Los preceptos del derecho son: vivir honradamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo) D.1.1.10.1” y así desde épocas remotas, paso a paso se fueron dando figuras tales como la proporcionalidad para establecer el resarcimiento del daño sufrido (Ley del Talión), la composición voluntaria que incorporó las sanciones pecuniarias en el Código de Hammurabi, para dar origen a la composición legal como pena privada contenida en la Ley de las XII Tablas, que evolucionaron y sirvieron a su vez de base para establecer en el Derecho Romano la Lex Aquilia (Trad. Idelfonso, 1889), en la que se instituyeron las bases normativas de lo que hoy se conoce como responsabilidad civil extracontractual, posteriormente, con el Código Napoleónico se introdujo el principio general de responsabilidad civil extracontractual por culpa, dejando atrás la función sancionatoria que contenía la Ley Aquiliana y dando paso a la acción resarcitoria como finalidad de esta institución jurídica en el artículo 1382 del Código Civil Francés (Código Civil, 1804). (Débora Guerra Moreno, 2020).

Se debe tener claro que lo que se pretende con la reparación es resarcir el daño que se le haya podido ocasionar a otro, ese daño puede ser material o inmaterial y dependiendo de la naturaleza del daño será la forma como se deba reparar el mismo. La reparación es, entonces, el conjunto de medidas que busca contribuir a devolver a las víctimas, en lo posible, a la situación en la que estaban antes de que ocurrieran las violaciones (Reed, 2009). Aunque

³⁶ Domicio Ulpiano; Tiro, 170 - Roma, 228) Jurisconsulto romano considerado uno de los más grandes de la historia del derecho.

regresar a la misma situación es imposible en muchos casos, la reparación apunta a extender todas las garantías para llegar a recrear esa situación que existía antes de la afectación. Mediante la reparación se restablecen los derechos y se mejora la situación de las víctimas, propendiendo por garantizar que las violaciones no se vuelvan a cometer en el futuro.

La reparación ante graves violaciones a derechos establecidos en los instrumentos internacionales de protección se deriva de la obligación general de los Estados de respetar y hacer respetar los derechos humanos (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, 2005, feb. 8) y del derecho de las víctimas de violaciones de normas internacionales a un recurso efectivo que las ampare (Naciones Unidas, Asamblea General, 2005, dic. 16). A partir de lo indicado, la reparación se entiende, entonces, como una obligación que se desprende del incumplimiento estatal con respecto a compromisos en materia de derechos humanos estipulados en los principales tratados internacionales (Castro, 2009, p.71).

Así las cosas, los tratados y convenciones del derecho internacional de los derechos humanos más relevantes para los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación son la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.3, 9.5 y 14), ratificado por el Congreso de la República de Colombia a través de la Ley 74 de 1968; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1, 2, 8, 25 y 63.19), ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (arts. 4, 5, 6 y 14.1), igualmente ratificada por el legislador colombiano a través de la Ley 70 de 1986; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 8 y 9), aprobada por el Estado colombiano en la Ley 248 de 1995; la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra la Desapariciones Forzadas (art. 24.3), adoptada en Colombia por la Ley 1418 de 2010; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entrando en vigor a través de la Ley 707 de 2001 y, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por el Estado Colombiano mediante la Ley 28 de 1959.

Para garantizar la reparación integral de manera efectiva y la no repetición de las violaciones, el Estado debe poner en marcha reformas estructurales e institucionales para garantizar que su acción se ajuste a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Algunas de las medidas para alcanzar la no repetición son: la anulación de leyes que violan los derechos humanos, el fortalecimiento de la independencia de los jueces y fiscales, la desarticulación y disolución de todos los grupos paramilitares, la separación del servicio de todos los servidores públicos involucrados en violaciones de derechos humanos y su inhabilitación futura, la protección de los defensores de derechos humanos y la defensa de su trabajo, la promoción de una cultura de derechos humanos (Comisión Colombiana de Juristas, 2006) en las escuelas, las universidades e instituciones públicas, el establecimiento de recursos efectivos a los que las personas puedan acudir fácilmente para defender sus derechos.

Debe, entonces, el Estado garantizar el principio de reparación, mediante recursos efectivos a los cuales puedan acudir las víctimas, sin obstáculos y de igual forma poner en marcha todas las medidas que se requieran para reparar los daños, particularmente la restitución y la protección de los derechos, mucho más cuando dichos daños obedecen a la acción u omisión de las instituciones del Estado. Por lo anterior, es claro que cuando se pretende la reparación de derechos humanos, la justicia debe ser más laxa a la hora de aplicar figuras limitantes para acceder a la administración de justicia, de aquí se desprende de nuevo el carácter relativo del principio de seguridad jurídica.

3.5. Del principio de proporcionalidad y la ponderación de principios.

El concepto de proporcionalidad viene siendo utilizado por la Corte Constitucional Colombiana con el propósito de realizar una correcta aplicación del “test de racionalidad³⁷” y ha expresado que dicha noción sirve como punto de apoyo de la ponderación entre

³⁷ Método que permite analizar bajo que determinadas circunstancias, en un caso concreto, un principio predomina sobre otro.

principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado (Sentencia C-022, 1996).

A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales, además, el mismo aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Carlos B. P., 2014, pág. 51), los cuales son utilizados para resolver lo que se ha denominado casos difíciles. En estos casos, como lo menciona el Profesor Carlos Bernal Pulido surge la necesidad de establecer si la norma llamada a ocupar la posición de premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia, es una norma que se adscribe al derecho fundamental intervenido o bien a una norma adscrita al principio que sustenta la intervención legislativa y que es idéntica a la norma legal que se enjuicia. Dicho de otro modo, en el control de constitucionalidad de las leyes, primero debe examinarse si la ley *sub examine* constituye una intervención en un derecho fundamental, por contradecir una norma que se adscriba *prima facie* a una disposición de esta índole.

Para brindar una correcta aplicación del principio de proporcionalidad, primero se debe corroborar que se configure la adscripción *prima facie* de una norma o de una posición a una disposición de derecho fundamental y que exista una intervención legislativa en un derecho fundamental, una vez determinado esto, se debe establecer si la medida legislativa cumple con el proceso sucesivo y escalonado de aplicación de los subprincipios asociados a este; lo anterior con el propósito de determinar si una norma o posición valen de manera definitiva dentro del ámbito normativo del derecho.

Cuando se está en la sede del principio de idoneidad, se debe examinar si la intervención de la norma legislativa en los derechos fundamentales es adecuada para contribuir con la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; por tanto, el principio de idoneidad impone

dos exigencias: en primer lugar, que la medida de intervención tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que sea idónea para fomentar su obtención (Carlos B. P., 2014, pág. 875).

En cuanto al subprincipio de necesidad, el Dr. Bernal expresa que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten, por lo menos, la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; esto implica la comparación entre la medida adoptada por el Legislador y otros medios alternativos, los cuales deben cumplir dos exigencias: i) que revista, por lo menos, el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato y, ii) si afecta negativamente el derecho fundamental en un grado menor.

Por último, se analiza el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, también llamado **ponderación**, entendiendo esta como la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización (Bernal, 2003). Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes” (Alexy R. , 1997).

Ahora bien, el objeto normativo de la ponderación no es la norma legal, es, por una parte, el derecho fundamental afectado y, por la otra, el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado que fundamenta la intervención legislativa. De igual forma, para hacer el juicio de ponderación se tiene que los derechos fundamentales disfrutan de una carga argumentativa a su favor y que la ley siempre tiene rango constitucional, por lo que no está subordinada jerárquicamente al derecho fundamental que constituye el objeto de la intervención (Bernal, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2014)

Cuando se pretende la aplicación del método de ponderación con el fin de determinar cuál de los principios en juego debe ceder ante el otro u otros, es importante tener en cuenta que dicho análisis no conduce en todos los casos a una única respuesta correcta, pues un principio tendrá mayor peso en la ponderación si a su vez puede fundamentarse en otros principios, o si su posición *prima facie*, afectada en el caso concreto, puede adscribirse a la vez a otros principios constitucionales; la conexión con la dignidad humana es otro de los criterios que, a juicio de algunos autores³⁸, otorgan un mayor peso en la ponderación al derecho fundamental, otro factor determinante es la duración de la intervención en el derecho fundamental, el cual ha sido una pieza clave para fundamentar la declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad de diversas actuaciones de los poderes públicos (Bernal, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, pág. 985).

Adicional a lo anterior y de acuerdo con R. Alexy para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura argumentativa de la ponderación: i) la ley de ponderación, el cual a su vez se divide en tres pasos, el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y, por último, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro; ii) la fórmula del peso, la cual contiene la escala triádica de intensidad que especifica el grado de importancia de los principios en colisión - leve, moderada y grave-, iii) las cargas de la argumentación, la cual opera cuando la fórmula de colisión de principios arroja resultados iguales.

Aplicando esto al caso concreto objeto de estudio, encontramos, que el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 en el numeral 2° literal i) establece lo siguiente:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

³⁸ Lerche, Clérico, Peces-Barba

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 mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

(...)

Normativa que dispone un límite temporal para acceder a la administración de justicia cuando se pretende la reparación de un daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado³⁹ -caducidad de la acción-, con ello el legislador pretende que los casos no queden insolubles en el tiempo, generando seguridad jurídica, como se ha expresado con anterioridad.

Ahora bien, para dar aplicación al principio de proporcionalidad en la solución a un “caso difícil” tomaremos los supuestos fácticos de la Sentencia de Unificación con Radicado: 85001333300220140014401 del 29 de enero de 2020, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la cual se resolvió: “...declarar probada la excepción de caducidad de la pretensión de reparación directa”.

En dicho caso se tiene que el 5 de abril de 2007, el señor Clodomiro Coba León fue abordado por miembros del Guala y, luego, entregado a los soldados del batallón “*Llaneros de Rondón*” de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional. Al día siguiente, el señor Clodomiro Coba León apareció muerto en el municipio de Hato Corozal, con armas junto a su cadáver. En el momento en que el cuerpo de la víctima fue entregado a su familia el Ejército Nacional les indicó que su fallecimiento fue consecuencia de un combate presentado entre los uniformados y el grupo guerrillero que ellos integraban. La solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 26 de julio de 2012 y la demanda ante la jurisdicción el 23 de mayo de 2014.

³⁹ Artículo 90 de la Constitución Política y 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este caso, se encuentran confrontados los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues exegéticamente se debería dar aplicación al artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, lo que conlleva en consecuencia a declarar la caducidad de la acción, situación que va en contravía del principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, pero no solo iría en contravía de este derecho, sino también del principio a la verdad, la igualdad y la reparación integral (como se ilustró con anterioridad).

Es clara entonces la intervención legislativa (artículo 164 de la Ley 1437 de 2011) en el principio o derecho constitucional (prevalencia del derecho sustancial sobre el formal) y que la misma tiene un valor definitivo dentro del ámbito normativo del derecho. Es evidente que la medida legislativa tiene un fin constitucional legítimo y es idóneo para fomentar su obtención (confianza legítima). De igual forma, encontramos que el derecho constitucional se adscribe a la vez a otros principios constitucionales (la verdad, la igualdad, la reparación) y tiene una especial conexión con la dignidad humana criterios que otorgan un mayor peso en la ponderación al derecho fundamental.

Por último, se aplicará la fórmula propuesta por el Profesor Carlos Bernal Pulido, con uno de los principios en juego, a manera de ilustración, así:

Seguridad Jurídica VS Prevalencia del derecho sustancial sobre el formal

Con fundamento en todos los argumentos expuestos hasta el momento, la valoración se pasará a realizar en los siguientes términos: constitucionalmente puede considerarse que el grado de no satisfacción o de afectación del principio Pi (seguridad jurídica) es grave (4), así como la importancia de satisfacer el principio Pj (protección del derecho sustancia sobre el formal) (4). Se considera que el peso abstracto de seguridad jurídica Pi, es alto (3) y que el derecho sustancial como prevalente sobre el formal es intenso (4); por último, puede estimarse que las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de ambos principios

son seguras (1). En este caso la aplicación de la ponderación llevaría a la siguiente conclusión:

Principios	Seguridad Jurídica	Prevalencia del Derecho Sustancial Sobre las Formas
Grado de satisfacción o de afectación del principio.	4	4
Peso abstracto del principio.	3	4
Apreciación empírica de la importancia del principio.	1	1

$$\frac{4 * 3 * 1}{4 * 4 * 1}$$

$$\frac{4 * 4 * 1}{4 * 3 * 1}$$

Esto quiere decir:

$$\frac{12}{16}$$

$$\frac{16}{12}$$

$$\frac{3}{4}$$

<

$$\frac{4}{3}$$

Es claro, entonces, que de conformidad con el principio de proporcionalidad el principio con mayor peso es el de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas. Ello adicionado por los demás fundamentos y argumentos expuesto en el presente artículo.

CONCLUSIONES

No cabe duda que la lucha para alcanzar la categoría que hoy tienen los crímenes de lesa humanidad no ha sido nada fácil, ello trae consigo la memoria de mucha violencia, de masacres de pueblos enteros, de homicidios con características que erizan la piel, de feminicidios, accesos carnales violentos incluso a niñas y niños, de torturas adelantadas bajo circunstancias inimaginables y muchas conductas más; razón suficiente para que estos delitos tengan un tratamiento diferenciado, para que las investigaciones, los procesos y trámites no se encuentren limitados por el tiempo (caducidad o prescripción), que el operador jurídico no tenga límites formales que impidan la búsqueda de la justicia en sentido material, de la verdad y de la reparación integral para las víctimas; porque así como el impacto psicológico y social que estas conductas dejan en la sociedad traspasan el tiempo y el espacio, así también las investigaciones y reclamaciones deberían poder adelantarse en cualquier tiempo.

Queda claro, desde la perspectiva de la autora, que si se hace una ponderación de principios, necesariamente los principios de corte formal tienen que ceder frente a principios de contenido material, es decir, principios como la seguridad jurídica que aunque limitan el derecho de acceso a la administración de justicia bajo criterios de razonabilidad, deben sacrificarse ante las investigaciones de graves violaciones a los derechos humanos y permitir, para el caso en estudio, que los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de crímenes de lesa humanidad puedan ser llevados ante la jurisdicción en cualquier tiempo y no se le limite a las víctimas los derechos a saber la verdad, a conocer los actores del hecho, a que se les pida perdón y a que se les compense, aunque sea económicamente, los daños padecidos como consecuencia de tal situación.

Es de considerar también que, si en Colombia se ha avanzado en cuanto a la imprescriptibilidad de las acciones penales que pretenden adelantar investigaciones de crímenes de lesa humanidad (Estado sancionador), carece de lógica que no se aplique en

igual sentido a la hora de ejercer acciones judiciales para la reclamación de los perjuicios por parte de las víctimas que padecen violaciones a sus derechos humanos (Estado reparador).

Considero, bajo parámetros de respeto, que la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo del 29 de enero de 2020, violenta los derechos fundamentales de las víctimas y agrava su situación, ello sin mencionar que va en retroceso de las grandes luchas por la protección de los Derechos Humanos, en el transcurso de la historia y con ello, en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos. Adicional a lo anterior, el precedente de la sentencia estimula indirectamente que las víctimas intenten una acción de reparación directa “por defecto”, esto, sin duda, minará la confiabilidad de las acciones legítimas del Estado, pues todas tendrán un halo de sospecha, sin mencionar el impacto que tendrá en términos de congestión judicial.

Por tanto, y como se manifestó en los salvamentos de voto de la Sentencia de Unificación de enero de 2020, dicha sentencia, se aparta totalmente de los lineamientos que viene proponiendo la CIDH en sus providencias e indica un retroceso a la hora de proteger a las víctimas de crímenes de lesa humanidad. Además, denota una justicia indolente y ajena a la realidad que vivencian los colombianos, una administración de justicia donde es evidente que no se tiene como fin la verdad real, la paz y la reparación integral de sus víctimas al limitar el acceso a la administración de justicia de hechos que en la mayoría de los casos han dejado marcado el país y la memoria de todos sus habitantes, ha generado terror en la población y una deslegitimación del Estado, ya que en muchas ocasiones es este mismo, mediante la utilización de sus fuerzas armadas y de la Policía Nacional, quien ha sido el actor de la vulneración de los derechos humanos (legalización extrajudicial y participación en masacres).

En conclusión, lo razonable sería que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado reevaluará su posición frente al tema, analizando a profundidad los principios que realmente se buscan accediendo a la administración de justicia: la verdad, la justicia en sentido material, la reparación integral a las víctimas y la paz, este último como resarcimiento

social; ello de conformidad con la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Colombia y, como ya se mencionó, la jurisprudencia trazada por la CIDH.

Resulta pues, algo injusto no estudiar de fondo la demanda presentada por una víctima de uno de estos delitos, pues desde parámetros de razonabilidad, parecería arbitrario desechar una discusión de tal talante solo porque han pasado muchos años desde la ocurrencia de tal situación, lo anterior, sin considerar que **muchos de esos delitos son estimados como tales años después, cuando algunos de los actores armados al margen de la Ley declaran en juicios penales ser los autores de dichas conductas o incluso funcionarios del Estado declaran la legalización de ciertos hechos. Analizado desde este punto de vista, incluso se podría llegar a la conclusión de que en estos eventos y bajo estas circunstancias el medio de control de reparación directa sería “incaducable”** (Sentencia 85001-23-31-000-2010-00178-01, 2015).

BIBLIOGRAFÍA

Afarian, J. R. (2016). Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad. *Derecho Global: Estudios sobre Derecho y Justicia*, 26.

Aguirre Sala, J. F. (2012). El derecho de los ilegítimos. *Diálogos de Saberes*, 169-183.

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arenas, J. V. (s.f.). La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el derecho administrativo. *Universidad del Rosario*.

Aroca, J. M. (2000). El derecho procesal en el siglo XXI. *Tirant lo Blanch*, 66.

Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Revista Universidad Externado de Colombia*, 225-239.

Bernal, P. C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Universidad Externado de Colombia*, 225.

Bernal, P. C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Cuarta ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: temis.

Carlos, B. P. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Cuarta ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Caso Almonacid Arellano Vs Chile., Sentencia Serie C No. 154. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

Caso Barrios Altos Vs Perú., Sentencia Serie C No. 75 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de marzo de 2001).

Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, Sentencia No. 4 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de julio de 1988).

Comisión Colombiana de Juristas. (2006). Verdad, Justicia y Reparación. *Verdad Justicia y Reparación*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 11001-03-15-000-2010-00056-01 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B 28 de 06 de 2010).

Corte Suprema de Justicia, SP16485-2014 (Corte Suprema de Justicia 03 de diciembre de 2014).

Débora Guerra Moreno, L. D. (2020). La reparación integral como principio prevalente en la responsabilidad del Estado -una visión a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado Colombiano. *Revista Republicana*, 59 - 96.

Dworkin, R. (1988). *El impero de la justicia*. Barcelona : Gedisa.

Gómez Montañez, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia y Derecho*, 99-118.

Gómez Montañez, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia y Derecho*, 102.

Gúzman, F. A. (2012). Derecho a la Verdad y Derecho internacional . En F. A. Gúzman, *Derecho a la Verdad y Derecho internacional* .

Huerta Díaz, O. (Mayo - Agosto de 2013). El debate de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Colombia: Análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. *Derechos Humanos, Democracia y Ambiente.*, 37, 15-33.

Ivanega, M. M. (2012). El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo. . *Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 197-222.

Maitane Arnosó Martínez, M. M. (2017). Evaluación de Medidas Retributivas y Restaurativas luego de pasados políticos traumáticos: Una mirada al caso Argentino. *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Jujuy, Argentina*, 200-233.

Mariñán Rivera, R. E. (2001). *"El Estado Social de Derecho"*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Martín, J. M. (1994). El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho Comunitario, evolución y alcance. *Revista de Instituciones Europeas*, 845-898.

Martínez, G. A. (2017). La imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños y perjuicios emanadas de delitos de lesa humanidad (Una mirada crítica sobre el fallo "Villamil" de la C.S.J.N. REDEA. *Derechos en Acción*, 140 - 158.

Montserrat Ventura, J. y. (2018). "La humanidad: antropología de un concepto". *Humanidad* , 13-37.

Palencia, E. (2011). Análisis de los derechos humanos en Colombia, caso: "Falsos Positivos". *Frónesis*, 18, 171-191.

Parra, V. O. (Noviembre de 2012). La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 5-51.

Pérez Luño, A. E. (2005). *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución"*. Madrid: Tecnos.

Pineda, M. A. (Julio de 2018). *Repository.unilibre.edu.co*. Obtenido de La importancia de la verdad como parte de la reparación integral y medida de satisfacción para las víctimas del conflicto armado .

Prieto, S. L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Reed, M. (2009). Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión. *Reparar en Colombia*.

Rodríguez, C. A. (2014). La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional.

Sentencia 85001-23-31-000-2010-00178-01 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C 07 de 09 de 2015).

Sentencia C-017 de 2018, RDL-009. (Corte Constitucional).

Sentencia C-022 (Corte Constitucional 1996).

Sentencia C-250 de 2012 (Corte Constitucional).

Sentencia C-284 de 2015, D-10455.

Sentencia C-500 de 2014 (Corte Constitucional).

Sentencia C-836 de 2001, D-3374 (Corte Constitucional).

Sentencia Corte Suprema de Justicia, 34180 (Corte Suprema de Justicia 2012).

Sentencia de Unificación, 85001333300220140014401 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera. 29 de 01 de 2020).

Sentencia Jaime Garzón Forero, 34.349 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A 14 de 09 de 2016).

Sentencia SU336 de 2017, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados).

Sentencia T - 211, T - 211 (Corte Constitucional 2019).

Sentencia T 283 , T- 283 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia T 352 (Corte Constitucional 06 de julio de 2016).

Sentencia T 490 (Corte Constitucional 10 de 07 de 2014).

Sentencia T-268 de 2010, T-2483488 (Corte Constitucional).

Sentencia T-283 de 2013 (Corte Constitucional).

Sentencias C-580 de 2002, C-370 de 2006 y C-1036 de 2006 (Corte Constitucional).

Swisspeace. (2016). Un marco conceptual para abordar el pasado. *Essential*.

Toscano López, F. H. (Junio de 2013). Aproximación conceptual al "Acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal. *Revista de Derecho Prevado de la Universidad Externado*.

Varney, E. G. (18 de 03 de 2013). *ICTJ*. Obtenido de <https://www.ictj.org/es/publication/en-busca-de-la-verdad-elementos-para-la-creacion-de-una-comision-de-la-verdad-eficaz>

Zagreblsky, G. (2009). 111 y siguientes.

Zuppi, A. L. (2005). Las leyes de amnistía y la impunidad de crímenes de lesa humanidad. *CEME -Centro de Estudios Miguel Enrique -Archivo Chile, 23*.