



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación: 25000-23-26-000-2012-00537-01 (45092)

Accionante: TERESA DEL SOCORRO ISAZA DE ECHEVERRY Y OTROS

Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Procede el ponente, en ejercicio de sus atribuciones como juez de convencionalidad¹, a pronunciarse respecto del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto de 2 de mayo de 2012 proferido por la

¹ El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mirna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez); Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2005; Caso López Álvarez Vs Honduras, sentencia de 1° de febrero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso Boyce Vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Castañeda Gutman Vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia de 25 de mayo de 2010; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, sentencia de 1° de septiembre de 2010; Caso Vélez Lóor Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, sentencia de 1° de julio de 2011; Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1° de septiembre de 2011; Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Voto parcialmente disidente Juez Alberto Pérez Pérez); Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012; Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012 (voto razonado del Juez Diego García Sayán); Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013. Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.



Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el cual se rechazó la demanda por operar la caducidad de la acción.

ANTECEDENTES

1.- En demanda de 21 de marzo de 2012 la señora Teresa del Socorro Isaza de Echeverry y otros, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó la declaratoria de responsabilidad administrativa de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional por los perjuicios que le fueron causados con ocasión *"de la muerte del señor Jorge Alberto Echeverry Correa, ocurrida el día (sic) 6-7 de noviembre de 1985 en los trágicos hechos de la toma guerrillera del Palacio de Justicia en la ciudad de Bogotá"*.

2.- En auto de 2 de mayo de 2012 la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda por caducidad de la acción.

2.1.- Fundamenta su decisión el Tribunal en la negación al argumento de los demandantes, según el cual, en los hechos materia del caso se configuró un delito de *lesa humanidad*, razón por la cual, la demanda debía ser admitida, no obstante haberse presentado tiempo después de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la misma, en cuanto que bajo esas circunstancias fácticas y jurídicas *"no opera el fenómeno de la caducidad"*.

2.2.- Así mismo, el *a-quo* fundamentó su decisión en el argumento según el cual, la imprescriptibilidad que se predica de la acción penal para ciertos delitos no es aplicable para el ejercicio de la acción contenciosa administrativa de reparación directa, cuando con ocasión de hechos que se puedan calificar como de lesa humanidad, se pretenda la declaratoria de responsabilidad del Estado y, en consecuencia, la indemnización correspondiente, por fuera de los marcos de la caducidad establecida en el Código Contencioso Administrativo para este tipo de acciones, dado que:

"los (sic) Autoridades internacionales no exigen que ésta sea aplicada a todas las demás acciones, lo que requieren es que se otorgue un plazo máximo para que se logre el total resarcimiento de los daños causados con la comisión de un delito de lesa humanidad, término que el legislador nacional estipuló en dos (2) años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho (...)".



2.3.- Destacó el Tribunal, que la única excepción a la regla de la caducidad admitida en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto a delitos de lesa humanidad, se encuentra en las hipótesis en que se intente la acción de reparación directa con fundamento en el delito de desaparición forzada, conforme a la Ley 589 de 2000², excepción estructurada por el legislador, no a un abandono total de la caducidad, sino a una simple variación en relación con el momento en que se inicia el cómputo de la misma, pero no se puede deducir de esta excepción del legislador *"que no opere la caducidad para los casos derivados de un delito de desaparición forzada"*. Se destaca en la providencia que la especial caducidad para la hipótesis de los delitos de desaparición forzada, sólo es aplicable a esta conducta y no a otros hechos que puedan quedar incursos en la definición de delito de lesa humanidad:

"Como se puede observar, otros delitos de lesa humanidad, como lo son la tortura y el asesinato a persona protegida, los cuales se configuraron en el caso sub examine, no son contemplados en la excepción introducida por el legislador al conteo de la caducidad en la Acción de reparación Directa, por lo que, contrario a lo manifestado por el apoderado de la parte actora de la demanda, la caducidad se cuenta haciendo uso de la regla general consagrada en el inciso primero del numeral 8º del Art. 136 del C.C.A."

2.4.- El Tribunal, se pronunció, así mismo, en relación con el argumento de los demandantes, según el cual para este caso la aplicación de la caducidad constituye una *"flagrante violación al derecho a acceder a la Administración de Justicia"* de manera que debe ser inaplicada dicha norma con sustento en el artículo 4º de la Constitución Política. Al respecto, el a quo, se limitó a señalar que *"toda norma promulgada por la autoridad competente, goza de presunción de constitucionalidad, hasta que en virtud de la Acción (sic) de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional mediante sentencia judicial declare lo contrario"*, de manera que debe ser aplicada por las autoridades judiciales.

² El artículo 7º de la Ley 589 de 2000 estableció una forma diferente de contabilizar la caducidad de la acción tratándose de una acción de reparación directa por el delito de desaparición forzada de personas. Dicho artículo señala: "Artículo 7. El numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo tendrá un inciso segundo del siguiente tenor: Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición".



2.5.- El Tribunal Administrativo concluyó que la caducidad de la acción contenciosa administrativa no constituye, por su mera consagración legal, una violación al derecho que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia, pues este en sí mismo considerado, no es un derecho absoluto, y su invocación debe hacerse en todos los casos, oportunamente dentro de los límites que concede la Ley, en aras de la consolidación de la seguridad jurídica.

Con sustento en lo anterior, el Tribunal consideró que en el presente caso operó la caducidad de la acción dado que la muerte del señor Jorge Alberto Echeverry Correa fue conocida por los demandantes el 7 de noviembre de 1985, lo que implicaba que a partir de esa fecha debía iniciarse el cómputo de este término, de manera que:

"entre la fecha en la cual se conoció la muerte del Dr. ECHEVERRY, y la presentación de la demanda han transcurrido más de veintiséis (26) años, superando el límite impuesto por el precitado artículo de dos (2) años; motivo por el cual se procederá (sic) rechazar la demanda (...)"

Dicha decisión se notificó por estado el 15 de mayo de 2012, de manera que el término para interponer el recurso de apelación transcurrió entre el 16 y el 23 de mayo de 2012.

3.- En escrito del 23 de mayo de 2012 el apoderado de los demandantes interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión (fls 42-65, c1). Fundamenta la impugnación en los siguientes argumentos:

3.1.- Sostiene que en el *sub lite* debía reconocerse la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario sobre el ordenamiento interno, de manera que, tal como lo han reconocido los Tribunales Internacionales³, en casos de grave afectación a derechos humanos *"las normas del derecho interno deben ceder ante la normativa internacional que establece que respecto de esos hechos, las acciones judiciales no están sometidas a ningún tipo de prescripción ni de caducidad que impida a las víctimas solicitar la reparación de los perjuicios en cualquier tiempo"*.

Desarrolla el argumento planteando que la imprescriptibilidad que se profesa de los crímenes de lesa humanidad no es exclusiva del ámbito penal, sino que

³ Cita como sustento la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciada el 26 de septiembre de 2006 en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.



también se extiende al ejercicio de la acción de reparación directa para solicitar indemnización por los daños causados, de lo contrario supondría *"otorgar impunidad a favor del responsable de esos hechos por el mero transcurso del tiempo pues solo faltaría esperar que pase el tiempo sin que se hayan ejercido los derechos por parte de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos para que el responsable por ese solo hecho vea desaparecida su obligación"*.

3.2.- También sostuvo, que el juez debe velar por adoptar una decisión que satisfaga en mayor medida la protección y defensa de los derechos humanos, de manera que en la tensión que se genera entre la seguridad jurídica y la justicia, en casos como estos, *"la norma internacional se inclina por proteger a la víctima de las violaciones de derechos humanos, razón por la cual la seguridad jurídica debe ceder en punto de la imprescriptibilidad de las acciones"*. Con fundamento en lo anterior, el actor concluyó parcialmente lo siguiente:

"En este orden de ideas y fundamentado en lo anteriormente dicho, considero que en el presente caso no ha caducado la acción de reparación directa toda vez que los hechos generadores de los daños cuya reparación se somete hoy a conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se consideran y reconocen ampliamente como delitos de lesa humanidad con los que se vulneraron los derechos humanos fundamentales de los actores, teniendo como consecuencia entonces desde la óptica de la normatividad internacional señalada, la imprescriptibilidad de las acciones judiciales que de ellos se derivan las cuales pueden ser utilizadas en cualquier tiempo".

3.3.- Por otra parte, en un segundo acápite del escrito el apoderado de los demandantes propuso que se aplicara la excepción de inconstitucionalidad, dispuesta en el artículo 4º superior, respecto del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo relativo a la caducidad de la acción, con sustento en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el cual comprende una acepción formal⁴ y otra material⁵, de cuya doble dimensión se deriva la búsqueda de la verdad, justicia y la reparación. Se argumenta, además, que en el derecho internacional se encuentran eventos en los cuales se ha señalado que las víctimas tienen derecho más allá de una indemnización económica, extendiéndose ello a *"conocer la verdad sobre lo ocurrido y para*

⁴ Sobre esto el actor señaló: "en el entendido que para su eficiencia debe existir instrumentos procesales que permitan su realización".

⁵ Que el recurrente conceptualizó así: "que implica la culminación de las cuestiones debatidas a través de una sentencia previo un proceso justo y en igualdad de condiciones. como fin último de la doble dimensión de la tutela judicial efectiva, se encuentra entonces la búsqueda de la verdad, de la justicia y de la reparación".



buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables"; para lo cual cita como referentes algunas decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶.

4.- En auto de 22 de agosto de 2012 el *a-quo* concedió el recurso de apelación contra la providencia que rechazó la demanda. Una vez recibido el expediente en esta Corporación la impugnación fue admitida mediante providencia del 2 de octubre de 2012.

5.- En escrito del 12 de octubre de 2012 (fl 57-61, c1), el agente del Ministerio Público conceptuó solicitando que se revocara el auto apelado. Luego de efectuar algunas consideraciones en torno a la figura de la caducidad de la acción y de la libertad de configuración del legislador para su regulación, con fundamento en criterios jurisprudenciales constitucionales, así como de esta Corporación, señaló que en el caso en concreto, y tratándose de graves violaciones de derechos humanos, el acceso a la administración de justicia no puede verse truncado por una regla como la de caducidad de la acción de reparación directa, pues *"[E]n tanto que las violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles, esa característica deberá también predicarse de la acción que busca la reparación del daño antijurídico consecuencia de una conducta violatoria de los derechos humanos, como de manera evidente es aquélla originada en los hechos relacionados con la toma del Palacio de Justicia en noviembre de 1985"*.

En este orden de ideas, agrega el agente del Ministerio Público, pese a que en el caso se tiene certeza de la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, es la *"situación fáctica especial"* la que impide computar la caducidad a partir del día siguiente a su ocurrencia. Por último, concluyó su intervención manifestando que estando en presencia de un conflicto entre dos principios, *"la seguridad jurídica debe ceder ante la protección de los derechos humanos y la reparación del daño antijurídico derivado de conductas que violan gravemente tales derecho"*.

⁶ Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 y caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.



CONSIDERACIONES

6.- Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación propuesto por la parte demandante en contra del auto de 2 de mayo de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dado que la cuantía de las pretensiones excede el valor de 500 salarios mínimos exigidos por el numeral 6° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y, por otra parte, la decisión impugnada se encuadra expresamente dentro de las pasibles de dicho recurso según el artículo 181 del mismo Código.

7.- Problema jurídico.

7.1.- Conforme a lo argumentado por el recurrente en su escrito de apelación, corresponde al Despacho estudiar si procede confirmar o revocar el rechazo de la demanda, con fundamento en la ocurrencia o no del fenómeno de la caducidad de la acción contenciosa administrativa de reparación directa, para lo que es necesario: 8) determinar el alcance de la caducidad de la acción contenciosa administrativa de reparación directa; 9) examinar los actos de lesa humanidad y su imprescriptibilidad (estudio sistemático del derecho penal internacional, derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario), 10) recapitular las características, elementos configuradores del acto de lesa humanidad y consecuencias, y; 11) la valoración del caso concreto, esto es, del supuesto en el que se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por la acción, omisión o inactividad ante actos de lesa humanidad, exponiendo los siguientes argumentos: 11.1) si cabe reconocer la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario sobre el ordenamiento jurídico interno; 11.2) la inescindible relación entre la imprescriptibilidad de los actos de lesa humanidad y la lectura de la caducidad, cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de lesa humanidad; 11.3) valoración de los elementos para la configuración de un acto de lesa humanidad en el caso concreto, 11.3.1) que los actos deben dirigirse contra la población civil, 11.3.2) la existencia de actos generalizados o sistemáticos constitutivos de lesa humanidad; 11.4) consideración del principio de imprescriptibilidad de los actos de lesa humanidad frente al fenómeno de la



caducidad; 11.5) procedencia del control de convencionalidad obligatorio; 11.6) presupuestos para declarar que no ha operado la caducidad en el caso concreto, y 11.7) estudio de la excepción de inconstitucionalidad del numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo propuesta por el actor.

8.- El alcance y la determinación de la caducidad en el ejercicio de la acción contencioso administrativa de reparación directa.

8.1.- La caducidad de la acción contenciosa administrativa como instituto procesal tiene fundamento y sustento en el artículo 228 de la Constitución Política. Con base en el sustrato constitucional se determina la aplicación de los términos procesales en el ordenamiento jurídico⁷, buscando ante todo la protección material de los derechos y la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social⁸⁻⁹, garantizando el derecho de acceso a la administración de

⁷ Corte Constitucional, SC-115 de 1998. "El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesiona un derecho particular ... "La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (artículo 136 del CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. **Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general.** Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, **la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección**, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado " (...) "No cabe duda que el legislador está facultado constitucionalmente para establecer un límite para el ejercicio de las acciones y de los recursos, tal como sucede en este caso, siempre y cuando aquel resulte razonable. "Por consiguiente, la fijación de términos de caducidad responde como se ha expresado, a la necesidad de otorgar certeza jurídica al accionante y a la comunidad en general, así como para brindarle estabilidad a las situaciones debidamente consolidadas en el tiempo, así como a los actos administrativos no impugnados dentro de las oportunidades legales". Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000.

⁸ Corte Constitucional, SC-165 de 1993. "Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros".

⁹ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. "El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta".



justicia¹⁰ dentro de los límites de su ejercicio razonable y proporcional¹¹.

8.2.- Conforme a la estructuración conceptual de nuestra legislación, la figura de la caducidad de la acción es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable en cuanto implica el reconocimiento normativo de un término habilitador para el ejercicio de ciertas acciones judiciales¹². En esta perspectiva el legislador ha considerado que la no materialización del término límite establecido para la correspondiente caducidad constituye otro de los presupuestos para el debido ejercicio de las acciones contencioso administrativas que estuvieren condicionadas para estos efectos por el elemento temporal¹³.

¹⁰ Corte Constitucional, SC-418 de 1994. "El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia... En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta". Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-351 de 1994. "De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia pues, mal podría violarse este (sic) derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda". Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000. "De la anterior jurisprudencia se puede concluir que la fijación de términos de caducidad para las acciones contencioso administrativas, si bien implica una limitación al derecho de los individuos para interponerlas, está encaminada a asegurar la eficacia de los derechos de las personas, racionalizando el acceso a la administración de justicia. En tal medida, es necesario tener en cuenta además que el derecho de acción, en cuanto pretende el restablecimiento de derechos subjetivos, conlleva la obligación de su ejercicio oportuno. Por otra parte, ha sostenido esta Corporación que la determinación de la oportunidad para ejercer tal derecho corresponde fijarla al legislador, quien tiene un amplio margen discrecional para establecer los términos de caducidad de las acciones, quedando limitado únicamente por los principios de razonabilidad y proporcionalidad".

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, "La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia".

¹³ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. "Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio (...) la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las



Desde este punto de vista, la caducidad se institucionaliza como un concepto temporal, perentorio y preclusivo de orden, estabilidad, interés general y seguridad jurídica para los asociados y la administración desde la perspectiva procesal¹⁴, generando certidumbre y materializando el ejercicio razonable y proporcional que toda persona tiene para hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales¹⁵.

leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde". Corte Constitucional, sentencia C-115 de 1998. "El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesiona un derecho particular" (...) "La institución de esta clase de términos fijados en la ley, ha sido abundantemente analizada por la doctrina constitucional, como un sistema de extinción de las acciones, independientemente de las regulaciones consagradas a través de la figura jurídica de la prescripción extintiva de derechos". "Siempre se ha expresado que la caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos" (...) "La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (artículo 136 del CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

¹⁴ WALINE, Marcel, Droit Administratif, Sirey, Paris, pp.174 y 175. "En fin, si se dispone aún de un recurso contencioso, en principio es preferible buscar primeramente un entendimiento amigable; lo que es posible de hacer sin riesgo de que prescriba el recurso contencioso, porque el recurso administrativo, si es ejercido dentro del término señalado para el ejercicio del contencioso, interrumpe la prescripción de este".

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-781 del 13 de octubre de 1999. "De otro lado, resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales estableciendo un momento a partir del cual ya no es posible controvertir algunas actuaciones. De lo contrario, el sistema jurídico se vería abocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal entorpecerían el desarrollo de las funciones públicas. Ha dicho la Corte: 'La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado'. Ahora bien: los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación de plazo para impugnar ciertos actos -y es algo en lo que se debe insistir- está sustentada en el principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada en cabeza de los ciudadanos para que se interesen y participen prontamente en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico. Ha añadido la Corte: 'El derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste



En este sentido, las consecuencias del acaecimiento del elemento temporal que es manifiesto en toda caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública¹⁶.

8.3.- De manera concreta, en relación con la caducidad de la acción de reparación directa dispone el inciso primero del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984, modificado por la ley 446 de 1998¹⁷), que respecto de dicho medio de control opera el mencionado fenómeno

podiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual si resultaría francamente contrario a la Carta".

¹⁶Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. "La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (art. 136 CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

¹⁷En su precedente normativo, esto es, en el Código Contencioso Administrativo consagrado por la ley 167 de 1941, en el artículo 83 y en su inciso 3º del artículo 84 estableció que las acciones encaminadas a obtener una reparación, como es la presente, prescriben al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, etc". Puede verse: Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 23 de mayo de 1953, expediente 19530523. Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 9 de marzo de 1954, expediente 19540309. Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de julio de 1955, expediente 1955-N5085. Sección Segunda, auto de 29 de febrero de 1972. "De conformidad con el artículo 83 del C.C.A. la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción". Fija esta norma un término perentorio para accionar o recurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos que lesionan derechos de particulares. Este término es lo que los tratadistas denominan "Caducidad", que es diferente, desde luego, a la prescripción. Hay por lo mismo una impropiedad en la norma al hablar de prescripción y no de caducidad. Los plazos preestablecidos en forma objetiva, es decir, sin consideración a situaciones personales del interesado, es lo que se llama caducidad. Si el actor los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho a la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirlos excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse, al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos. El derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con el plazo prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenecce definitivamente al caducar o terminar el plazo improrrogable. Quien se crea con derecho a accionar contra el acto administrativo que le ha creado una situación jurídica subjetiva debe hacerlo antes para no correr el riesgo de que se le extinga el plazo concedido". Sección Tercera, auto de 31 de mayo de 1979. "Es indudable que el Decreto Ley 528 de 1964 estableció un término perentorio de caducidad en el artículo 28, al disponer: "La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la



procesal al vencerse el plazo de 2 años, computados "a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa".

El tratamiento legislativo dado a la caducidad de la acción de reparación directa es clara: el legislador ha establecido una evidente e inobjetable regla general en la materia, permitiéndole a quien alegue ser víctima de daños antijurídicos imputables al Estado, hacer uso de la acción dentro de los 2 años siguientes (*Día siguiente*¹⁸) de la ocurrencia del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal por obra pública o por cualquier otra causa de la propiedad ajena, o también, según el caso y las circunstancias, es procedente su invocación a partir del día siguiente a aquel en que la persona interesada tenga conocimiento¹⁹ del hecho, operación, omisión u ocupación²⁰, etc.

administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente".

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000. "Sin embargo, siguiendo la misma línea de análisis de la Sentencia C-447 de 1996, y teniendo en cuenta que la necesidad de coherencia dentro de la jurisdicción constitucional no puede traer como efecto la denegación de justicia, debe esta Corporación reiterar que cuando una norma ha sufrido una modificación que afecte sus alcances, ello justifica un nuevo análisis de la proposición normativa, aun cuando sólo sea para constatar que es irrelevante constitucionalmente. Por tal motivo, debe esta Corte manifestarse sobre si las modificaciones introducidas por el legislador en el presente caso constituyen razón de justicia suficiente para variar el dictum de la Sentencia C-351 de 1994. No obstante, en el presente caso, por la índole de las modificaciones que introdujo la Ley 446 de 1998, la Corte no considera que éste sea el caso, y por lo tanto, es suficiente mencionar brevemente los efectos de las modificaciones respecto de la totalidad de la norma demandada. Como primera medida, es necesario tener en cuenta que la modificación mediante la cual se dispone que el término de caducidad empieza a correr a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, constituye una garantía para los administrados en la medida en que agrega un día al término de caducidad respecto del anterior. Por otra parte, al empezar éste a correr al día siguiente, se tiene en cuenta un principio de realidad evidente, ya que, dependiendo de la hora en que le fuera dado a conocer, el administrado no contaba con ese día para interponer la demanda, toda vez que bien podía encontrarse por fuera del horario de atención de los despachos judiciales. Por lo tanto, esta modificación es más razonable y rigurosa jurídicamente, en la medida en que tiene en cuenta la situación anterior, para efectos de contabilizar el término de caducidad. A juicio de esta Corporación, por lo tanto, esta modificación se aviene perfectamente a la norma fundamental. Como segunda medida, aun cuando en la demanda no se controvierte, debe esta Corporación manifestar que, la comunicación, como forma de dar a conocer los actos administrativos, tampoco puede considerarse inconstitucional para efectos de determinar el inicio del término de caducidad, siempre y cuando ella se realice de conformidad con los principios y reglas que rigen el debido proceso".

¹⁹ Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 12200. "Por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa. Excepcionalmente, esta Sala en su jurisprudencia ha tenido en cuenta que el término de caducidad, por alguna de esas conductas administrativas, se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible. Si en este caso el hecho ocurrió el día 5 de octubre de 1988 el término venció al fenecimiento del bienio, contado a partir del día siguiente al señalado. El caso planteado no se ubica en la situación relativa a que un hecho administrativo pasado se conoce



Así las cosas, se ha distinguido que el cómputo de dicho término inicia i) al día siguiente a cuando ha sucedido la conducta generadora del daño antijurídico, o ii) a partir de cuando ésta es conocida por quien la ha padecido, distinguiendo dicho fenómeno de la prescripción²¹, y manteniéndose su concepción tradicional

cuando el daño causado aparece (caso médico de práctica de cirugías en las cuales se le deja al paciente un instrumento el cual se descubre cuando el paciente se enferma y se reinterviene)". Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2000, expediente 18805. "La providencia de fecha 30 de abril de 1997, exp. 11350, ciertamente alude al tema de la caducidad de la acción y refiere que no puede extremarse el rigor para verificar el término de la misma, pero debe advertirse que se trata de un caso clínico en el cual la víctima directa sufrió una lesión irreversible en el oído, la cual no le fue diagnosticada al momento de ser dado de baja sino cuando la Junta Médica Laboral rindió su concepto. Sin embargo, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la administración de justicia en eventos en los que no se tiene certeza sobre cuándo se inicia el cómputo del término de caducidad, para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan determinar si operó o no dicho fenómeno. En este sentido se pronunció en providencia del 7 de mayo de 1998 proferida dentro del proceso 14.297 adelantado por W. A. L. contra el Instituto de Seguro Social. En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia del 7 de septiembre de 2000, expediente 13126, dentro del proceso adelantado por J. A. R. A. contra Nación-Ministerio de Obras Públicas, expediente 12090 y del 10 de abril de 1997, expediente 10954".

²⁰ Sección Tercera, sentencia de 25 de agosto de 2005, expediente 26721. "Entrándose (sic) de ocupación temporal o permanente de inmuebles, el término para accionar, empieza a correr a partir del día siguiente de su ocurrencia, es decir desde cuando cesó la ocupación temporal porque en ese momento se consolida el perjuicio, o desde cuando se termine la obra en relación con la ocupación permanente". Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 17 de febrero de 2005, expediente 28360.

²¹ Sección Tercera, auto de 31 de mayo de 1979. "De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional, existen notables diferencias entre las figuras de la prescripción y la caducidad: La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 19 de octubre de 1946, estudió el tema al examinar el contenido jurídico del artículo 7° de la Ley 160 de 1936 en relación con el ejercicio de las acciones consagradas y de los plazos señalados para intentarlas por la vía ordinaria. Después de transcribir las opiniones de Planiol y Ripert, Josserand y Nicolás Coviello, y de analizar las disposiciones pertinentes de nuestra legislación, condensó las diferencias fundamentales entre los dos medios de extinción de los derechos y las acciones "según la concepción de los técnicos y el desenvolvimiento positivo del Código Civil y de las normas particulares contenidas en otras leyes", así: "a) Aunque excepción de naturaleza perentoria, la prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella, pues no es susceptible de ser declarada de oficio (artículos 2.513 del C. C. y 343 del C.J.). Es, por consiguiente, un medio de defensa al alcance de la parte demandada, lo que quiere decir que no puede operar sino cuando se ha conformado la relación procesal o sea una vez que se promueva la acción y el adversario se propone extinguirla por tal vía. De ahí que la prescripción extintiva no tiene cabida sino ape exceptionis. "Por el contrario, la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, pues sería inadmisibles que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o del recurso, sin embargo, se oyerá el promotor de la una o del otro. Aparecen como ejemplos de estas caducidades los términos señalados en el Código de Procedimiento para el cumplimiento de ciertos actos, la interposición de recursos, etc., los cuales no pueden producir resultado de ningún género si no se cumplen dentro de la oportunidad prevista, pues de otro modo se surte con respecto a ellos un efecto preclusivo. En este sentido la caducidad opera ipso jure, vale decir que no es necesario instancia de parte para ser reconocida. "b) La prescripción es renunciable de modo expreso o tácito, en las condiciones previstas en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil. La caducidad no lo es nunca lo cual se explica por la naturaleza de orden público que en esta última tiene el término preestablecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico. "c) Los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos. Es la regla general que domina el fenómeno, si bien es cierto que algunas prescripciones breves las señaladas en los artículos 2542 y 2543 corren contra toda clase de personas y no son, por tanto susceptibles de suspensión. Pero tal circunstancia no altera ni disminuye la diferencia apuntada, puesto que los plazos de caducidad



respecto del daño continuado²².

no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben ser cumplidos rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extingan de modo irrevocable. La interrupción de la prescripción impide que ésta se produzca. En la extintiva o liberatoria la interrupción civil por la notificación judicial de la demanda hace legalmente eficaz el ejercicio del derecho o de la acción. "Con respecto a la caducidad no puede hablarse de interrupción, desde luego que en el mismo supuesto la presentación de la demanda dentro del término preestablecido es el ejercicio mismo de la acción, el adecuado acomodamiento al precepto que instituye el plazo. "d) La prescripción corre o empieza a contarse desde que 'la obligación se hace exigible', lo que implica siempre la existencia de una obligación que extinguir (artículo 2535, inciso 29). "La caducidad por el transcurso del tiempo no la supone necesariamente, ya que la consagra la ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto". (G.J. Tomo LXI Nos. 2040, 2041, págs. 589 a 591). También el Consejo, por lo menos desde 1958, deslindó las nociones de las dos figuras jurídicas para dar el verdadero significado procesal al fenómeno de la caducidad, realmente consagrado en las disposiciones de la Ley 167 de 1941, y al de la prescripción "como medio que tiende a aniquilar la acción en sus aspectos sustantivos" (Anales, Tomo LXI, bis, págs. 146 y 234) para afirmar que no son equivalentes pues "la caducidad consiste en la extinción del derecho a la acción o al recurso, por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable para que quien se pretenda titular de un derecho opte por ejercitarlo o renuncie a él, fijado en forma objetiva sin consideración a situaciones personales del interesado, no susceptible de interrupción ni de renuncia por parte de la administración, al contrario de lo que sucede con la prescripción extintiva de derechos" (Anales, Tomo LXIII, Nos. 392, 396, pág. 847); para confirmar que "los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas que señalan los artículos 83 y 272 del Código Contencioso Administrativo son perentorios y al contrario de lo que sucede con los de la prescripción de los derechos y de las acciones civiles, no son susceptibles de suspensión" (Anales, Tomo LXIV, Nos. 397, 398, pág. 323); para "dejar en claro la diferencia que existe entre el derecho subjetivo reclamado y el derecho a ejercitar la acción establecida para deducirlo en juicio", y reiterar que "los términos para el ejercicio de las acciones de naturaleza civil deducibles ante la jurisdicción ordinaria rigen lo concerniente a ellas en tanto que las acciones de naturaleza administrativa que promueven contenciones ante la respectiva jurisdicción se subordinan a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectiva la responsabilidad del Estado cuando con un acto, o hecho u omisión suya en función de autoridad o de servicio oficial lesiona un derecho particular", respaldando estas últimas afirmaciones con la reproducción de las conclusiones finales de la providencia de la Corte antes transcrita. (Anales, Tomo LXVII, Nos. 403 y 404, págs. 286 a 289)". Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2006, expediente 32628. "La doctrina ha desarrollado las características propias de esta figura para intentar delimitarla y diferenciarla con la prescripción extintiva de corto plazo. La caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite suspensión salvo la excepción consignada con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez".

²² Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2006, expediente 32628. "Cuando el daño por el cual se reclama indemnización proviene de una conducta omisiva de la Administración, la prolongación en el tiempo de esa actitud omisiva, característica que es connatural a la omisión, no conduce a concluir la inexistencia del término para intentar la acción; en este evento, tal término empezará a contarse a partir del día siguiente en que se consolidó la omisión, es decir, del momento en el cual se puede predicar el incumplimiento de un deber por parte de la Administración". En una posición contraria ver: Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37268. "Ahora bien, es menester precisar que el hecho dañoso puede darse de forma instantánea o modulada en el tiempo, es decir, puede agotarse en un único momento o presentarse de forma reiterada o continuada en el tiempo pero, independientemente de la forma en la que se exterioriza dicha actuación, el término de caducidad inicia una vez haya tenido ocurrencia la causación del daño, por tanto, desde el momento en que se presentó el daño irrogado al patrimonio de la víctima debe computarse el término de caducidad de la acción, es decir, al momento en el cual la actuación específica causó el daño cuya indemnización se reclama. Lo anterior obedece por cuanto desde ese primer momento en que se causó el perjuicio, la víctima puede acudir a la administración de justicia para solicitar el restablecimiento del derecho correspondiente. De otra manera, existirían situaciones en las cuales el término de caducidad



8.4.- Por otra parte, el segundo evento de cómputo de la caducidad ha sido estructurado a partir de un criterio de *cognoscibilidad*²³, y tiene lugar cuando el

nunca iniciaría, cuestión que daría lugar a la indeterminación de tales situaciones jurídicas, en contra de la seguridad jurídica de los sujetos procesales y de su debido proceso, comoquiera que el ejercicio de su derecho de defensa se vería extendido indefinidamente. Aun cuando se trate de una actuación dañosa cuyas consecuencias perjudiciales permanecen en el tiempo, la caducidad no se extiende indefinidamente, sino que opera desde el mismo momento en que ésta ocurra, es decir, cuando efectivamente se haya inferido el daño".

²³ Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 28 de septiembre de 1961. "La equivalencia que se da en el mismo Código Contencioso Administrativo a los vocablos "prescripción" y "caducidad" es una impropiedad de lenguaje. Lo cierto es que esos vocablos corresponden jurídicamente a fenómenos semejantes, aunque bien diferentes por algunos aspectos. En numerosas ocasiones el Consejo de Estado ha rechazado demandas de plena jurisdicción, así como ha confirmado autos inadmisorios de demandas en revisión de impuestos, fundándose en que tales acciones tienen fijados en el Código Contencioso Administrativo plazo perentorio para su ejercicio, de tal manera que vencido el plazo la acción se extingue. Este fenómeno jurídico de la extinción del derecho a accionar o a recurrir por vencimiento del término perentorio concedido para ello es lo que los doctrinantes denominan caducidad. Aunque en el mismo Código se le denomine indistintamente caducidad o prescripción parece más ajustado a la terminología jurídica llamar a ese fenómeno caducidad, porque no; obstante ser sus consecuencias muy semejantes a las de la prescripción se diferencia de ésta por varios extremos importantes. Entre ellos pueden tenerse en cuenta, por su trascendencia los siguientes, en los cuales debe ponerse énfasis cuando se trata de acciones contencioso administrativas de carácter subjetivo, es decir, de las encaminadas a sustentar un derecho particular que se cree lesionado por un acto de la Administración creador de una situación jurídica individual y concreta para el demandante. Dicen los doctrinantes que en ciertos casos, con el fin de no cargar a una persona con obligaciones inseguras y para ella desconocidas, conviene señalar un plazo invariable para que quien se pretenda titular de los derechos correlativos opte por ejercitarlos o renuncie a ellos. Y eso es lo que sucede precisamente a las personas administrativas cuando producen actos creadores de situaciones individuales y concretas para otros entes jurídicos. Se hizo necesario por eso fijar términos precisos e invariables dentro de los cuales hubiera de ejercitarse la acción o el recurso concedido contra tales actos en favor de quienes se creyeran lesionados por ellos. Dentro de ese plazo el derecho de accionar o de recurrir puede ejercitarse desde el primer día. Después del plazo prefijado tal derecho ya no existe. El se ha extinguido con el término concedido para ejercitarlo. Esa extinción del derecho por la extinción del plazo prefijado en la ley para incoar la acción es lo que se denomina caducidad de ésta. Y esos plazos están preestablecidos en forma objetiva, es decir, sin consideración a situaciones personales del interesado. Si los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho a la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirlos excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse, al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos. En otras palabras, el derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con el plazo prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo improrrogable. Teniendo esto en cuenta, quien se crea con derecho a accionar o a recurrir contra el acto administrativo que le ha creado una situación jurídica subjetiva debe hacerlo cuanto antes para no correr el riesgo de que se le extinga el plazo concedido. Los tratadistas y la jurisprudencia están de acuerdo también en que el plazo prefijado para ejercitar un derecho como es el de accionar en el caso que se estudia puede y debe dar lugar a que el juzgador lo declare de oficio caducado y con él la acción cuyo ejercicio limita. Muchas son las opiniones de tratadistas en favor de esta tesis y el Consejo de Estado como se dijo al principio la aplica para no admitir la demanda si aparece evidente que ella se ha presentado cuando el término se halla extinguido. No es menester, pues, que la persona administrativa demandada invoque la extinción del término como excepción. En la caducidad o vencimiento del plazo prefijado para incoar una acción subjetiva contra actos de la Administración no cabe siquiera que ésta renuncie al derecho que le da el vencimiento del plazo que el demandante tuvo y no aprovechó para intentar la acción o el recurso. Se trata de una institución de orden público para evitar que las personas estatales queden expuestas más allá del plazo prefijado al cumplimiento de obligaciones inseguras y ocultas que hubiera podido crearles el ejercicio de su actividad en frente de otras personas". Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2006, expediente 32628. "Se tiene entonces que el inicio del término para intentar la acción coincide con



hecho dañoso pudo haberse presentado en un momento determinado, pero sus repercusiones se manifestaron de manera externa y perceptible para el afectado solamente hasta una ulterior oportunidad, de modo que el término de caducidad se computa desde cuando el daño se hizo cognoscible para quien lo padeció²⁴.

8.5.- Ahora bien, dentro del análisis de la caducidad de la acción de reparación directa se advierte que de los supuestos a considerar por el juez contencioso administrativo está aquel de la acción encaminada a establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por acciones, omisiones o inactividad constitutivas de actos de lesa humanidad. En el concepto de actos de lesa humanidad, ya el legislador colombiano determinó el alcance de la caducidad de la acción de reparación directa para el supuesto específico de la desaparición forzada, (que para su calificación como crimen de lesa humanidad debe cumplir con los siguientes elementos: debe tratarse de un ataque sistemático o generalizado dirigido a una

el de la ejecución del hecho, omisión u operación administrativa, ocupación temporal o permanente del inmueble y sólo en eventos muy especiales, como aquellos en los cuales la producción o manifestación del daño no coincide con el acaecimiento de la actuación que les da origen, la Sala ha considerado que el término para accionar no debe empezar a contarse desde cuando se produjo la actuación causante del daño sino desde que el afectado tuvo conocimiento del mismo". Sección Tercera, Subsección C, Auto de 21 de febrero de 2011, expediente 39360. "En el caso sub examine, al estar en presencia de las anteriores circunstancias, el término de caducidad debe ser el dispuesto en el inciso 2° del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. Debemos precisar que dicho artículo, al ser adicionado por la Ley 589 de 2000, en el sentido de establecer en su inciso segundo una variación en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción, no hizo otra cosa que permitir el acceso a la justicia para aquellas personas víctimas de este cruel delito, debido a que, como ya se mencionó, el delito de desaparición forzada continúa en el tiempo hasta tanto ocurra uno de estos eventos: que aparezca la víctima, o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición. Luego entonces, el plazo de los dos (2) años se empieza a contabilizar a partir del acaecimiento de cualquiera de los sucesos ya indicados. Del estudio del material probatorio allegado al proceso, es posible establecer que el soldado Gildardo Pabón Perdomo se encuentra desaparecido desde 1998, sin que a la fecha se tenga conocimiento de su paradero, y por cuanto dicha conducta no ha cesado, no puede considerarse caducada la acción de reparación directa, toda vez que éste no ha recobrado su libertad, ni tampoco se ha proferido sentencia dentro del proceso penal que se adelanta ante la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario." Consejo de Estado".

²⁴ Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2000, expediente.12200. Puede verse: Sección Tercera, sentencias de 12 de mayo de 2010, expediente 31582; Sub-sección A, sentencia de 12 de mayo de 2011, expediente 19835; Sub-sección A, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 24249.

Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 18273. "No obstante, esta Corporación ha expresado, en diferentes ocasiones, que si bien el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho o la omisión, cuando no puede conocerse, en el mismo momento, cuáles son las consecuencias de éstos, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se determina que el perjuicio de que se trata es irreversible y el paciente tiene conocimiento de ello. Con mayor razón, entonces, debe entenderse que el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquella en que el daño ha sido efectivamente advertido" (subrayado fuera de texto).



población civil), tal como se desprende del inciso segundo del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), adicionado por el artículo 7º de la ley 589 de 2000, y de cuyo tenor se deriva que el cómputo de la caducidad será "a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición".

En este sentido, el término de caducidad, para el específico supuesto de la desaparición forzada, tiene tres posibles alternativas de cómputo: a) a partir del día de aparición de la víctima, lo cual se convierte en un dato histórico cierto y objetivo, del cual se puede predicar los postulados generales para la caducidad de la simple acción de reparación directa; b) a partir de la firmeza, por ejecutoria, del fallo penal que declare la desaparición forzosa, caso en el cual podría aplicarse las reglas jurisprudenciales que para el cómputo de la caducidad operan con ocasión de daños debidos a detención arbitraria (privación injusta de la libertad); y, por último, c) a partir del momento de ocurrencia de los hechos, que en la práctica constituye también una fecha cierta²⁵ (y es la regla general).

²⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 26 de julio de 2011, expediente 41037. "Sin embargo, la Sección Tercera de esta Corporación ha reconocido que existen ciertas excepciones a la regla de caducidad dispuesta por el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A, una de ellas es el caso de la desaparición forzada, en la que el término empieza a correr luego de constatados uno de estos dos eventos: (i) el apareamiento de la víctima o (ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. La anterior conclusión tiene su fundamento legal en la ley 589 de 2002, que introdujo una modificación al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa con el fin de reclamar los daños derivados del delito de desaparición forzada, esto es, "a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición (...)En efecto, cualquier tipo de desplazamiento forzoso presupone un abandono involuntario e intempestivo del lugar de residencia y de la actividad económica a la que se dedicaban los afectados, por ende, implica un desarraigo cultural de quien se ve forzado a migrar a un punto geográfico diferente. Esta situación se agrava, cuando el desplazamiento no se produce al interior del país, sino que rebasa las fronteras nacionales, donde el desarraigo es aun (sic) mayor en virtud de las marcadas diferencias culturales que existen entre un país y otro. Así las cosas, el desplazamiento forzado también infringe un daño que es continuado y se extiende en el tiempo, como quiera que dicha conducta no se agota en el primer acto de desplazamiento, por el contrario, el estado de desplazado continúa hasta que las personas no puedan retornar a su lugar de origen, es decir, que las causas violentas que originaron el éxodo todavía existen, y por tanto, es imposible volver. 5. Respecto de la forma para computar el plazo de caducidad en los eventos de daño continuado, la jurisprudencia de la Sección ha sido reiterativa, en el sentido de que cuando se demanda la reparación de un daño continuado en el tiempo, como sería la hipótesis del desplazamiento forzado, el término para intentar la acción, sólo inicia su conteo a partir del momento en que se verifique la cesación de la conducta o hecho que dio lugar al mismo". Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2001, expediente 13772. "...en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de



Finalmente, la Sub-sección C mediante el auto de 9 de mayo de 2011 (expediente 40324) argumentó que "considerando que la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado, solo se debe proceder a su declaración cuando existan elementos de juicio que generen certeza en el juez respecto de su acaecimiento; por lo que ante la duda se deberá dar trámite al proceso a fin de que en el mismo se determine, sin asomo de dudas, la configuración o no de la caducidad".

8.6.- Como se observa del anterior análisis, el legislador no incorpora regla alguna para establecer el cómputo de la caducidad cuando se trata de actos de lesa humanidad, lo que plantea, *ab initio*, que sin perjuicio de las reglas general y especial (desaparición forzada), que establecen la caducidad de los dos (2) años, (explicada en el párrafo anterior), el Juez Contencioso Administrativo está llamado, en virtud del artículo 93 de la Carta Política²⁶, a considerar las normas jurídicas de protección de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, los principios de Derecho Internacional Público, del *jus cogens* y humanidad, así como el criterio de universalidad que se desprende de tal normativa para, de esta forma, encontrar una regla de cómputo de la caducidad diferenciada, haciendo primar la materialidad de estos derechos y de la tutela judicial efectiva (acceso a la administración de justicia).

justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto. No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio. Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. **Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concorra con su origen".**

²⁶ Constitución Política. Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia



8.7.- De otra parte, el Despacho debe precisar que el derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la administración de justicia), en la que está inmersa la consideración del término de caducidad, no puede dar lugar a considerar que se ampare la "inacción o negligencia del titular" de la acción de reparación directa²⁷. El ejercicio de la acción de reparación directa dentro de los términos fijados por el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, por lo que la jurisprudencia constitucional considera que la caducidad se constituye en el "(...) límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado"²⁸.

8.8.- Sin perjuicio de lo anterior, la Sub-sección C de la Sección Tercera ha considerado que adicional "a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero

²⁷ Corte Constitucional, SC-832 de 2001. Puede verse también sentencias C-394 de 2002, C-1033 de 2006, C-410 de 2010. "La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso". Sub-sección A, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 24249. "En relación con esa figura jurídico procesal, esta Sección del Consejo de Estado, en forma reiterada, ha sostenido que la misma ha sido instituida para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, frente a aquellos eventos en los cuales determinadas acciones judiciales no se ejercen dentro de un término específico. Es así entonces cómo a las partes les corresponde asumir la carga procesal de impulsar el litigio dentro de ese plazo, el cual es fijado por la ley y, por ello, si no se hace en tiempo pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho".

²⁸ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.



ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, *ex officio*, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina²⁹. Esto se trae a colación en razón a la naturaleza fundamental que ostenta el acceso a la administración de justicia, derivado en nuestro ordenamiento constitucional a partir de los artículos 29, 228 y 229 y en el orden internacional en los artículos 8³⁰ y 25³¹ de la Convención, el

²⁹ Constitución Política. Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...) Sobre el control de convencionalidad, valga señalar que se trata de la denominación conceptual con la que se comprende la obligación que se impone a los jueces ordinarios de los países firmante de la Convención de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana; no es más que un instrumento para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de las decisiones judiciales ordinarias. Esta doctrina surgió como tal en el seno de la Corte a partir de la sentencia caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile – sentencia de 26 de septiembre de 2006- en donde la Corte sostuvo: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.**" (Resaltado propio). Y en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, del 24 de noviembre de 2006 el Tribunal Interamericano afirmó: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. **En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"**²⁹ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones." (Subrayado fuera de texto).

³⁰ Artículo 8.1. "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

³¹ Artículo 25.1. "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen



cual no se agota en una perspectiva formal, como es la creación de recursos judiciales y un aparato institucional encargado de su conocimiento, sino que también incluye una connotación sustantiva³², que lleva a este Despacho a precisar que en materia de aplicación de normas procedimentales que impliquen cargas o actuaciones procesales a las partes, estas deben ser interpretadas con carácter restrictivo teniendo en consideración la finalidad objetiva que con ellas se persigue, en términos de la jurisprudencia constitucional:

*"Las particularidades de los procesos deben estar dirigidas a asegurar la prevalencia del derecho sustancial, el principio de eficacia de los derechos y la protección judicial efectiva. De allí, que sean entendidas como constitucionales justamente, las normas procesales que tienen "como propósito garantizar la efectividad de los derechos" y su eficacia material, y que además propendan por la optimización de los medios de defensa de las personas. Tal efectividad resulta ser entonces un principio y una garantía que debe ser asegurada por las disposiciones procesales fijadas por el legislador"*³³

Y por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que "se observen todos los requisitos que "sirv[an] para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"³⁴, es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial"³⁵.³⁶ (Resaltado propio); y

sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

³² Respecto del acceso a la administración de justicia la Corte Constitucional ha enseñado: "se define también como un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos". Corte Constitucional, Sentencia 426 de 2002.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-227/2009, M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; párr.25.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; párr. 28 y Corte I.D.H., El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, supra nota 130, párr. 118.



comentando el artículo 25 de la Convención señaló que *"La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención"*³⁷,³⁸, se trata de un campo fértil para la incorporación de los estándares de la jurisprudencia interamericana en materia de Derechos Humanos al interior de los procesos judiciales por vía del control de convencionalidad, como lo pone de presente Brewer – Carias:

*"Uno de esos derechos consagrados en la Convención Americana que requiere de atención permanente tanto por parte de la Corte Interamericana como de los jueces y tribunales nacionales, y que sin duda puede ser un campo propicio para el desarrollo del control de convencionalidad, es el derecho de amparo respecto de los derechos humanos y garantías previstos en la Convención Americana, el cual, a pesar de la más que centenaria tradición de la que goza en América Latina, en muchos países aún no ha encontrado su cabal efectividad, al menos en los términos tan amplios como el marco del derecho a la protección judicial consagrado en la Convención Americana."*³⁹⁻⁴⁰

8.9.- Las reglas jurídicas y principios anteriores deben, por garantía imperativa de los artículos 9.3, párrafo 3º, 53, 93, 94, 102, inciso 2º, 164 y 214, numeral 2º, de la Carta Política⁴¹; de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

³⁷ Cfr. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131, y Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 183, párr. 78.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón vs Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009.

³⁹ BREWER-CARIAS, Allan R. El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. Conferencia pronunciada en el evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre **El control de convencionalidad y su aplicación**, San José, Costa Rica, 27-28 de septiembre de 2012.

⁴⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 24 de septiembre de 2012, expediente 44050.

⁴¹ Se trata de las normas en las que se apuntala el denominado "bloque de constitucionalidad en sentido amplio" definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-708 de 1999, y que tuvo acogida en las siguientes sentencias constitucionales: T-002 de 1992, T-409 de 1992, C-574 de 1992, C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995, C-040 de 1997, C-467 de 1997, C-191 de 1998, T-586 de 1999, C-567 de 2000, T-1211 de 2000, T-1362 de 2000, C-1490 de 2000, C-053 de 2001, C-915 de 2001, C-505 de 2001, C-067 de 2003, C-329 de 2003. De acuerdo con la sentencia C-582 de 1999 " (...) sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y, que prohíben su limitación en estados de excepción. Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica". A su vez, la sentencia C-033 de 1993 sostuvo que "a Carta reenvía al derecho internacional sobre derechos humanos. El artículo 93 de la Constitución, en efecto, le confiere a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia el carácter de norma prevalente en el orden interno si se ajustan



Derechos Humanos (incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972), y de los principios de derecho internacional público del a) "pacta sunt servanda"⁴², b) buena fe⁴³, c) *ius cogens*⁴⁴, y d) humanidad⁴⁵ deben

al orden constitucional; además les otorga la condición de criterio de interpretación constitucional para buscar el sentido de los derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental". Finalmente, conforme con la sentencia T-1319 de 2001: "12. El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado (...) En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pre-texto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos". Puede verse: UPRIMNY YEPES, Rodrigo, "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", en VVAA, Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004, pp.50 y 51.

⁴² SORENSEN, Max, Manual de derecho internacional público, 1ª ed, 12 reimp, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, pp.158 y 159. "Los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor: ellos deben cumplirse de buena fe. Este principio, afirmado por la Carta de las Naciones Unidas, se expresa comúnmente por la máxima *pacta sunt servanda*, lo que quiere decir, literalmente, "los tratados deben ser cumplidos" (...) ¿Cuál es la naturaleza de este principio? Si bien todos los escritores reconocen su existencia, así como su importancia, no siempre convienen en cuanto a su naturaleza. Para algunos es una regla del derecho natural; para otros, un principio general de derecho; y todavía para otros, una regla consuetudinaria". VERDROSS, Alfred, Derecho internacional público, 5ª ed, 3ª reimp, Aguilar, Madrid, 1973, p.35.

⁴³ SORENSEN, Max, Manual de derecho internacional público, ob., cit., pp.200, 201, 229 y 230. VERDROSS, Alfred, Derecho internacional público, ob., cit., p.82. "No siendo la comunidad jurídico-internacional una entidad fundada en un señorío, puesto que descansa en la cooperación y el común acuerdo de los Estados, sus normas solo serán eficaces si los Estados cumplen, de buena fe, las obligaciones contraídas. Ya BYNKERSHOEK hizo referencia a ello, cuando escribió: "*Pacta privatorum tuetur ius Gentium, pacta principum bona fides. Hanc si tollis, tollis inter principes commercia... quin et tollis ipsum illus Gentium*". En otros términos: si hacemos abstracción del principio de la buena fe, todo el D.I cae por su base (...) Esta idea se manifiesta, asimismo, en la Carta de la O.N.U por cuanto el art.2.º, obliga a todos los miembros a cumplir "de buena fe" los compromisos por ellos contraídos de conformidad con la Carta. Y por ello entiende la comisión competente de la Conferencia de San Francisco, que los tratados no han de interpretarse y aplicarse a la letra, sino según su espíritu". BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, E.; SHELTON,



armonizarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de lesa humanidad, ya que en estos eventos (en una perspectiva adjetiva, no individual) debe examinarse cómo en dichos supuestos no puede mantenerse un excesivo rigorismo procesal, que represente el incumplimiento de principios y mandatos normativos de derecho internacional público (de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario) a los que está sujeto el Estado colombiano.

8.10.- De ahí, pues, que se precise estudiar el alcance de los actos de lesa humanidad y de su imprescriptibilidad para poder elaborar los razonamientos suficientes y ponderados que permitan dilucidar si para el caso en concreto nos encontramos ante una específica situación que se encuadre como alguno de aquellos actos, que demande una armonización sistemática de los principios y

Dinah, La protección de los derechos humanos en las Américas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1994, p.94. "El concepto de *ius cogens* se deriva de una 'orden superior' de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *ius cogens* han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el 'orden público internacional'".

⁴⁴ VERDROSS, Alfred, Derecho internacional público, ob., cit., p.80 ss. GOMEZ-ROBLEDO, Alfonso; WITKER, Jorge. Diccionario de derecho internacional, Porrúa-UNAM, México, 2001, pp.201 y 252. "La noción de *ius cogens* designa, en derecho internacional [...], las reglas de carácter imperativo (no dispositivas), las cuales no pueden ser derogadas por acuerdo particular entre los sujetos de derecho, bajo pena de nulidad absoluta (...) Se llaman de orden público internacional aquellas normas y principios generales de un sistema jurídico determinado que constituyen su fundamento estructural y, por esta razón, no pueden ser reemplazados ni sustituidos sin que el sistema pierda sus características definitorias".

⁴⁵ VERDROSS, Alfred, Derecho internacional público, ob., cit., pp.84 y 85. El Tribunal Internacional de Justicia en el dictamen acerca del "Convenio relativo al genocidio" consideró: "La convención fue manifiestamente adoptada para una finalidad puramente humanitaria y civilizadora. Y resulta difícil imaginar una convención que pudiera tener este carácter dual en mayor grado, puesto que su objeto es por una parte salvaguardar la propia existencia de determinados grupos humanos, y por otra, confirmar y hacer suyos los más elementales principios de moralidad. En una convención de esta índole, los Estados no tienen intereses propios; tienen tan solo, todos y cada uno, un interés común, a saber, el cumplimiento de los altos fines que constituyen la *raison d'être* de la misma. No cabe en consecuencia hablar, en tales convenios, de ventajas o desventajas individuales de los Estados, o del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos y deberes. Los elevados ideales que inspiraron la convención suministran, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones. La primera norma jurídico-internacional de esta clase es la prohibición de principio de la trata de esclavos por el Congreso de Viena de 1815, pero que no fue desarrollada hasta después de la Primera Guerra Mundial (...) El principio de humanidad desempeña también un importante papel en la humanización del derecho de la guerra, así como en la cláusula MARTENS (...) de ahí que todas las normas dudosas del derecho de la guerra deban interpretarse en el sentido de este principio. Pero el mismo principio vale para el derecho de la paz, según afirmó el T.J.J en el litigio sobre el paso por el Estrecho de Corfú: "certains principes généraux et bien connus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre..." El principio de humanidad ha llegado, finalmente, a penetrar en el ámbito de actuación generalmente reservado a los Estados: así, el art. 56 de la Carta de la O.N.U obliga a los miembros a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para convertir en realidad el respeto de los derechos humanos" (subrayado fuera de texto).



normas anteriormente mencionados para poder concluir si operó o no el fenómeno de la caducidad.

9.- La sustentación jurídica de la imprescriptibilidad del crimen de lesa humanidad y su comunicabilidad al ámbito de la acción de reparación directa. La no caducidad de la acción frente a delitos de lesa humanidad.

9.1.- Ahora bien, el Despacho encuentra que conforme a los hechos expuestos tanto en la demanda, como en el recurso de apelación, y las argumentaciones del señor agente del Ministerio Público, la hipótesis de la sujeción del juzgamiento de las conductas constitutivas de actos de lesa humanidad que comprometan (por acción, omisión o inactividad, o como lo señala el artículo 2º de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad -1968- porque los "representantes de la autoridad Estatal participen, inciten, conspiren o toleren" la comisión de crímenes de lesa humanidad) la responsabilidad patrimonial del Estado a la regla general de caducidad de los dos (2) años establecida en el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), resulta insuficiente y poco satisfactoria, sobre todo cuando se hace manifiesta la presencia de situaciones fácticas que se enmarcan en hipótesis constitutivas de actos que comprometen intereses y valores sustancialmente diferentes a los simplemente individuales, esto es, vinculados materialmente al principio de humanidad, y que por lo tanto trascienden cualquier barrera del ordenamiento jurídico interno que fundada en razones de seguridad jurídica pretenda establecer límites temporales para el juzgamiento de dichos actos, sea en el ámbito de la responsabilidad penal o de cualquier otro, como el de la responsabilidad del Estado.

9.2.- Para el Despacho se precisa, pues, abordar el tema a partir de una hipótesis particular que tiene por fundamento el derecho a una tutela judicial efectiva, en aplicación de los artículos 228 y 229 constitucional, en armonía con el ordenamiento jurídico internacional público (reglas, principios y costumbre), que parten de la premisa según la cual, cuando se produce un daño antijurídico con ocasión de actos de lesa humanidad no puede afirmarse que opere la caducidad en cualquiera de las reglas ordinarias fijadas, y su tratamiento procesal no puede



hacerse simplemente atendiendo a la rigidez y estrechez normativa que de este fenómeno se ofrece dentro del ordenamiento jurídico interno de los países, en cuanto entrañan la afectación de derechos humanos, y de principios estructurales como el de *ius cogens*, humanidad y seguridad jurídica, que lejos de excluirse o excepcionarse, deben armonizarse en aras de una adecuada ponderación, de tal manera que se favorezca la protección eficaz de los derechos e intereses que se puedan invocar como vulnerados con el acaecimiento de actos de lesa humanidad, por parte del Estado o de sus agentes.

9.3.- Al respecto basta recordar que el artículo 93 constitucional⁴⁶, incisos primero y segundo determinan de manera perentoria e imperativa que, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno (ya se enunció el alcance del denominado "bloque de constitucionalidad lato sensu). Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Así mismo, cabe afirmar que con base en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 16 de 1972), en la aplicación universal del principio de imprescriptibilidad (según el último considerando de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad - 1968-), en la regla de universalidad de las normas de derechos humanos y en los principios del *ius cogens* y de humanidad del derecho internacional público (derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional

⁴⁶ Constitución Política. Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.



humanitario), establecen que cualquier estudio y aplicación que deba hacerse de institutos procesales, como el de caducidad, y se deba proceder a su verificación en un caso como el presente, en el que el daño antijurídico fue presuntamente ocasionado por agentes estatales, con su anuencia, participación u omisión, o conjuntamente o no con otros sujetos, o actores violentos no estatales (v. gr. como pueden ser para el asunto en estudio, los miembros del grupo armado insurgente M-19 que se apoderaron del palacio de justicia en la ciudad de Bogotá, los días 6 y 7 de noviembre de 1985, sucesos que aunados a la retoma del mismo por las fuerzas armadas de la República, han sido tipificados por las autoridades competentes, dada la naturaleza de afectación al conjunto de la población civil involucrada y masacrada cruelmente en los mentados hechos, como crímenes o delitos de lesa humanidad), exige del Despacho examinar si se reúnen elementos propios de los actos de lesa humanidad, de tal manera que deba buscarse la regla que no permita negar ni excepcionar el principio de imprescriptibilidad frente a este tipo de actos.

9.4.- De ahí, pues, que sea necesario determinar el concepto, elementos y criterios en los que se sustenta la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, previo a considerar, para el caso en concreto, cómo se encuadra dicho supuesto, y bajo la interpretación advertida, en la consideración del fenómeno procesal de la caducidad.

9.5.- La noción de delito de lesa humanidad –crime against humanity–, como tal, es relativamente reciente dado que su origen se encuentra “en el preámbulo de la Convención de la Haya de 1907 concerniente a las normas y costumbres de la guerra y del territorio, en cuya cláusula Martens hace referencia a “los derechos de la humanidad”⁴⁷. Lo anterior tuvo su reflejo a comienzos del siglo XX, empleándose por primera vez en 1915 cuando Francia, Rusia e Inglaterra expresaron su repudio por las conductas masivas de deportación y masacre contra civiles armenios perpetrados por miembros del partido político turco “Comité de Unión y Progreso”⁴⁸.

⁴⁷ HWANG, Phyllis, “Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *Fordham International Law Journal*, V.22, Issue 2, 1998, pp.458 y 459.

⁴⁸ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia de 2 de septiembre de 1998 proferida por la Sala de Primera instancia dentro del caso Fiscal vs. Jean Paul Akayesu. Fundamento jurídico 565 que señala: “565. Crimes against humanity are aimed at any civilian population and are



9.6.- Aún así, sólo fue hasta culminada la Segunda Guerra Mundial que el concepto de lesa humanidad empezó a ser adoptado dentro de declaraciones o normas con eficacia jurídico-penal internacional. En efecto, en primer lugar el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg⁴⁹ en su artículo 6C estableció la existencia de unos crímenes contra la humanidad, que comprendían *"el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen que sea de competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron."*⁵⁰; repárese, entonces, que las diversas modalidades conductuales establecidas en la norma requieren de un patrón común de actuación cual el es que se ejecuten i) contra población civil, ii) con indiferencia de si corresponde a actos ejecutados dentro de la guerra o fuera de ella y iii) que la motivación de ejecución de estos delitos sean móviles políticos, raciales o religiosos⁵¹.

prohibited regardless of whether they are committed in an armed conflict, international or internal in character¹³⁴. In fact, the concept of crimes against humanity had been recognised long before Nuremberg. On 28 May 1915, the Governments of France, Great Britain and Russia made a declaration regarding the massacres of the Armenian population in Turkey, denouncing them as "crimes against humanity and civilisation for which all the members of the Turkish government will be held responsible together with its agents implicated in the massacres".¹³⁵ The 1919 Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties formulated by representatives from several States and presented to the Paris Peace Conference also referred to "offences against ... the laws of humanity".¹³⁶ [<http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf>; consultado el 18 de febrero de 2012].

⁴⁹ HWANG, Phyllis, "Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court", ob. cit., pp.459 y 460.

⁵⁰ La redacción en inglés de dicha norma es la siguiente: "CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war," or persecutions on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of domestic law of the country where perpetrated.". "International Military Tribunal Nuremberg. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal", Nuremberg, Germany, 1947, p.11, en [http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf; consultado el 1 de abril de 2013].

⁵¹ Anota al respecto Kai Ambos: "A pesar de ello, un repaso histórico al desarrollo de los crímenes de lesa humanidad permite demostrar que la Carta de Nüremberg no constituyó una base legislativa para el desarrollo de un nuevo delito, sino que simplemente articuló un crimen que ya estaba integrado en la estructura del derecho internacional consuetudinario. Esto se evidencia por lo menos en tres instrumentos: la "Cláusula Martens" de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, en referencia a las "leyes de humanidad"; la ya mencionada Declaración Conjunta del 28 de mayo de 1915, que censura los "crímenes contra la humanidad y la civilización"; así como el Informe de 1919 de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra, que sostiene la responsabilidad penal individual por "violaciones a las leyes de humanidad". Es digno



En el curso de los procesos de Nuremberg uno de los fallos de mayor resonancia fue el proferido el 1º de octubre de 1946, denominado "Trial of the Major War Criminals", adelantado contra los jefes militares de Alemania nazi. En esta decisión se adoptaron tesis relevantes como son que se haga sujeto del derecho internacional al individuo, afirmando que sobre él el derecho internacional también puede radicar deberes y responsabilidades, así como se destaca la posición de preponderancia del derecho internacional sobre el derecho local; estas consideraciones, entre otras, fueron expuestas en el fallo en los siguientes términos:

"Se alegó que el derecho internacional se ocupa de las acciones de los Estados soberanos, y no proporciona ninguna pena para las personas, y además que, cuando el acto en cuestión es un acto de Estado, quienes lo llevan a cabo no son personalmente responsables sino que están protegidos por la doctrina de la soberanía del Estado. En opinión del Tribunal, estas dos proposiciones deben ser rechazadas. Que el derecho internacional impone deberes y obligaciones a los individuos, así como a los Estados ha sido reconocido. En el reciente caso de Ex Parte Quirin (1942 317 USI), ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, las personas fueron acusadas durante la guerra con el aterrizaje en los Estados Unidos para fines de espionaje y sabotaje. El Presidente del Tribunal Supremo, Juez Stone, en nombre de la Corte, dijo:

"Desde el principio de su historia esta Corte ha aplicado la ley de la guerra que incluye la parte de la ley de las naciones que prescribe para la conducción de la guerra, la condición y los derechos y los deberes de las naciones enemigas, así como personas enemigas."

Luego pasó a dar una lista de los casos juzgados por los tribunales, donde los individuos delincuentes fueron acusados de delitos contra las leyes de las naciones, y en particular el derecho de la guerra. Muchas otras autoridades podrían citarse, pero se ha dicho lo suficiente para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones del derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse efectivas las normas de derecho internacional.

(...)

Por otro lado la esencia misma del Estatuto es que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por un estado particular. Quien viole las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por actuar en cumplimiento de la autoridad del Estado si el Estado en cuestión, al autorizar esos actos, excede la competencia que ejerce en virtud del

de anotar que respecto al reconocimiento histórico de las "leyes de humanidad" y los "crímenes de lesa humanidad", el alcance de estos principios fue potencialmente muy amplio, tal vez tanto como el de los derechos humanos. Se trataron una amplia gama de conductas, ya sea realizadas por actores estatales o no estatales, ya sea en tiempos de guerra o de paz." AMBOS, KAI. Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. Revista General de Derecho Penal. No. 17 (2012). pp.1-30, en [\[http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman&Itemid,133&gid,657/task.doc_download/\]](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman&Itemid,133&gid,657/task.doc_download/).



derecho internacional⁵². (Subrayado fuera del texto).
Respecto de este fallo, donde el Tribunal condenó a 19 de los 21 procesados, Donnedieu de Vabres resalta que en él se estableció como principio "la supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Este Derecho internacional, de un desarrollo consuetudinario; es decir, de tratados, de decisiones pronunciadas por las jurisdicciones internacionales, y de la doctrina, se impone a los Estados y a los mismos individuos."⁵³; significa, entonces, acoger el derecho de gentes como fuente de disposiciones normativas aun prescindiendo de la aquiescencia del Estado contra el cual se pretende su aplicación: de este principio, siguiendo este autor, se derivan dos consecuencias, a saber:

"a) Un Estado no puede alegar de modo decisivo, para sustraerse a la aplicación de un tratado, como las Convenciones de La Haya, que no ha sido parte en él. Las cláusulas de ese tratado pueden imponerse como elementos del Derecho de gentes. B) El individuo no puede alegar, para escapar a una incriminación, que esa incriminación es ajena a la ley penal del Estado del que depende. Ella puede resultar del Derecho de gentes."⁵⁴

9.7.- Igualmente merece ser destacado uno de los juicios adelantados por una corte militar estadounidense en la zona de ocupación de Estados Unidos en Alemania⁵⁵, en el caso conocido como *United States v. Altstoetter*, o juicio de los

⁵² El texto en inglés es el siguiente: "It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign states, and provides no punishment for individuals; and further, that where the act in question is an act of State, those who carry it out are not personally responsible, but are protected by the doctrine of the sovereignty of the state. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected. That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon states has long been recognized. In the recent case of *Ex Parte Quirin* (1942 317 U.S.1), before the Supreme Court of the United States, persons were charged during the war with landing in the United States for purposes of spying and sabotage. The late Chief Justice Stone, speaking for the Court, said: "From the very beginning of its history this Court has applied the law of war as including that part of the law of nations which prescribes for the conduct of war, the status, rights, and duties of enemy nations as well as enemy individuals". He went on to give a list of cases tried by the Courts, where individual offenders were charged with offenses against the law of nations, and particularly the law of war. Many other authorities could be cited, but enough has been said to show that individuals can be punished for violations of international law. Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced. (...) On the other hand the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state if the state in authorizing action moves outside its competence under international law". "International Military Tribunal Nuremberg. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal", Nuremberg, Germany, 1947, pp.222-223, en [http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf; consultado el 1 de abril de 2013].

⁵³ DONNEDIEU DE VABRES, H, "Le procès de Nuremberg", en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, mayo 1947, pp.480-490, en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, T.II, Filosofía y Ley Penal, 4º ed, Buenos Aires, Editorial Losada. p.1247.

⁵⁴ DONNEDIEU DE VABRES, H, "Le procès de Nuremberg", ob., cit., p.1247.

⁵⁵ Es pertinente aclarar que para adelantar tales juicios el Consejo de Control Aliado expidió la



jueces, al ser procesados 16 juristas que ocuparon diversos cargos oficiales en el gobierno y el poder judicial alemán. En esta decisión el Tribunal sostuvo que junto a los crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad también hacen parte del derecho internacional común:

"La Ley 10 del C.C. no se limita al castigo de los culpables de violar las leyes y costumbres de la guerra en sentido estricto y, además, ya no puede decirse que las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra son los únicos crímenes reconocidos por el derecho común internacional. La fuerza de las circunstancias, el hecho implacable de la interdependencia mundial, y la presión de la opinión pública han llevado al reconocimiento internacional de que ciertos crímenes contra la humanidad cometidos por las autoridades nazis en contra de los ciudadanos alemanes construyen no sólo violaciones de estatutos sino también del derecho común internacional"⁵⁶ (Subrayado fuera del texto).

9.8.- Por otra parte, en similares términos se encuentra delimitado conceptualmente el delito de lesa humanidad en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio⁵⁷, de 1946, al consagrar en el artículo 5º que los crímenes de lesa humanidad comprenden *"muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos o raciales en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen bajo la jurisdicción del tribunal, en violación o no del derecho interno del*

famosa Ley 10 disponiendo en su artículo 2º que "1. cada uno de los siguientes actos se reconocen como crimen: (...) c) Crímenes contra la humanidad. Atrocidades y delitos que incluyen, pero no se limitan, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos. sea que violen o no las leyes del país donde hubieran sido perpetrados". En inglés el citado texto indica: "Article II. 1. Each of the following acts is recognized as a crime: (a) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated".

⁵⁶ El texto mencionado, cuyo original se encuentra en inglés, es del siguiente tenor: "C.C. Law 10 is not limited to the punishment of persons guilty of violating the laws and customs of war in the narrow sense; further more, it can no longer be said that violations of the laws and customs of war are the only offences recognised by common international law. The force of circumstance, the grim fact of worldwide interdependence, and the moral pressure of public opinion have resulted in international recognition that certain crimes against humanity committed by nazi authority against german nationals constituted violations not alone of statute but also of common international law". "Law reports of trial of war criminals. Selected and prepared by The United Nations War Commission", V.VI, London, United Nations War Commission by his Majesty's stationery office, 1948, p.45, en [http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-6.pdf, consultado el 1 de abril de 2013].

⁵⁷ HWANG, Phyllis, "Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court", ob., cit., p.461.



*país donde se perpetraron.*⁵⁸

9.9.- Los juicios adelantados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg contra los máximos responsables por la comisión de los delitos de guerra, contra la paz y lesa humanidad causaron inmediatamente hondas repercusiones en la forma como se concibió el derecho penal internacional para la época; pues la Organización de las Naciones Unidas tomó como una de sus banderas el afianzamiento de los principios vertidos en estos juicios.

9.10.- En efecto, vale señalar que para la naciente Organización de las Naciones Unidas – ONU el reconocimiento, divulgación y aceptación global de las reglas y principios que rigieron la puesta en marcha del Tribunal de Nuremberg fue una preocupación de primera línea, de manera que uno de los primeros actos de la Asamblea General fue declarar la “confirmación” de los principios contenidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, por medio de la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946⁵⁹; con lo cual la Asamblea puso de presente su intención de compartir y vincular a todos los Estados alrededor de tales disposiciones de derecho internacional, como lo recuerda Cassese quien consideró que con ello la Asamblea se propuso:

*“claramente expresar su aprobación y apoyo de los conceptos generales y estructuras jurídicas del derecho penal que podían derivarse del Estatuto del Tribunal y que dicho Tribunal había establecido de forma explícita o implícita. En términos legislativos, esta aprobación y ese apoyo significaban que la comunidad mundial había puesto en marcha enérgicamente el proceso encaminado a convertir esos principios en principios generales de derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional”*⁶⁰ (Subrayado fuera del texto).

⁵⁸ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia, Universidad de los Andes, Agencia de Cooperación Internacional Alemana, Bogotá, 2011. p. 256

⁵⁹ “La Asamblea General de la ONU (...) por lo tanto (...) Confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal; Da instrucciones al Comité de codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946, para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal”. [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/55/IMG/NR003655.pdf?OpenElement>; consultado 1 de abril de 2013].

⁶⁰ CASSESE, Antonio, “Afirmación de los principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg”, United Nations Audiovisual Library of International Law. 2009. p. 1, en [http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-l/ga_95-l_s.pdf; consultado 1 de abril de 2013].



9.11.- Así, bajo el apremio dado a la Comisión de Derecho Internacional – CDI por conducto de la Resolución No. 177 (II) de 21 de noviembre de 1947 adoptada por la Asamblea General, en donde se le encargó la misión de *formular* los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg y elaborar un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, la CDI, en su segundo periodo de sesiones, aprobó los siete principios de Derecho internacional reconocidos en los juicios de Nuremberg⁶¹, entre ellos se encuentra el principio II el cual dispone que “*El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.*”, el cual trae como repercusión práctica el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, tal como lo expresó la CDI al comentar este principio en los siguientes términos:

⁶¹ Los principios de derecho internacional reconocidos en los procesos de Nuremberg son los siguientes: “PRINCIPIO I Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción. PRINCIPIO II El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido. PRINCIPIO III El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional. PRINCIPIO IV El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción. PRINCIPIO V Todas persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho. PRINCIPIO VI Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: a. Delitos contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i). b. Delitos de guerra: Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares. c. Delitos contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él. PRINCIPIO VII La complicitad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional”. “Yearbook of the International Law Commission 1950”, V.II, Documents of the second session including the report of the commission to the General Assembly, 1957, pp.374-378, en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>; consultado 1 de abril de 2013].



"102. El principio de que una persona que ha cometido un crimen internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción en virtud del derecho internacional, independientemente de las disposiciones de derecho interno, implica lo que se denomina la "supremacía" del derecho internacional sobre el derecho nacional. El Tribunal (de Nuremberg) consideró que el derecho internacional puede obligar a las personas aun cuando la legislación nacional no se dirija a respetar las normas del derecho internacional, como lo demuestra la siguiente declaración de la sentencia: "... la esencia misma de la Carta es que los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada uno de los Estados"^{62,63} (Subrayado fuera de texto).

Mientras que en el principio VI c) se definió el delito de lesa humanidad en los siguientes términos: *"El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él."* La Comisión consideró pertinente suprimir la frase "antes o durante la guerra" –que se encontraba en el Estatuto del Tribunal- al ser claro que esta redacción se enfocaba a los actos de la Segunda Guerra Mundial; con todo, precisa que comparte el criterio según el cual esta clase de delitos puede ser cometido en tiempos de guerra así como también antes de la guerra en conexión con delitos que atenten contra la paz⁶⁴, lo que quiere decir que para este momento se mantiene la conexión del delito de lesa humanidad con los otros dos crímenes internacionales reconocidos (delitos de

⁶² Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Vol. I, Nürnberg 1947, p.223.

⁶³ "Yearbook of the International Law Commission 1950", V.II, Documents of the second session including the report of the commission to the General Assembly, 1957, p.375, en http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%26e%29/LC_1950_v2_e.pdf; consultado 1 de abril de 2013]. El texto original en inglés es del siguiente tenor: "102. The principle that a person who has committed an international crime is responsible therefor and liable to punishment under international law, independently of the provisions of internal law, implies what is commonly called the "supremacy" of international law over national law. The Tribunal considered that international law can bind individuals even if national law does not direct them to observe the rules of international law, as shown by the following statement of the judgment: "... the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State".

⁶⁴ La Comisión comentó esta norma en los siguientes términos: "123. En su definición de crímenes de lesa humanidad, la Comisión ha omitido la frase "antes o durante la guerra", que figura en el artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, porque esta frase se refería a una guerra en particular, la guerra de 1939. La omisión de la frase no significa que la Comisión considere que los delitos contra la humanidad sólo puedan ser cometidos durante una guerra. Por el contrario, la Comisión opina que esos delitos pueden ser cometidos también antes de una guerra, en relación con delitos contra la paz.". El texto en inglés es del siguiente tenor: "123. In its definition of crimes against humanity the Commission has omitted the phrase "before or during the war" contained in article 6 (c) of the Charter of the Nuremberg Tribunal because this phrase referred to a particular war, the war of 1939. The omission of the phrase does not mean that the Commission considers that crimes against humanity can be committed only during a war. On the contrary, the Commission is of the opinion that such crimes may take place also before a war in connexion with crimes against peace". "Yearbook of the International Law Commission 1950", V.II, Documents of the second session including the report of the commission to the General Assembly, 1957, p.377.



guerra y contra la paz).

9.12.- Continuando con sus esfuerzos en relación a los crímenes internacionales, el Secretario General de las Naciones Unidas presentó al Consejo Económico y Social un estudio sobre las "Cuestiones de castigo de los criminales de guerra y los individuos culpables de los crímenes contra la humanidad" de 15 de febrero de 1966 E/CN.4/906⁶⁵ en donde concluyó que la norma de la prescripción de las acciones penales esta *"lejana a constituirse en un principio reconocido por todos los Estados."*⁶⁶ Y, por el contrario, sostuvo que el silencio que guardan los textos o instrumentos sobre los crímenes internacionales en torno a este punto debe ser entendido como un reconocimiento del principio de la imprescriptibilidad de estos crímenes: *"Se deduce que el silencio sobre este punto de todos los textos internacionales elaborados, a partir de la segunda guerra mundial, en materia de represión de los crímenes de guerra, contra la paz y los crímenes contra la humanidad, y que forman el nuevo derecho internacional penal, puede ser interpretado como un reconocimiento del principio de la imprescriptibilidad de estos crímenes."*⁶⁷ Por último, también afirmó, que la tendencia que se puede verificar, después de ocurridos los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, es la de *"evitar la aplicación de las normas internas sobre prescripción de los crímenes graves del derecho de gentes"*⁶⁸.

⁶⁵ Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo Económico y Social sobre las "Cuestiones de castigo de los criminales de guerra y los individuos culpables de los crímenes contra la humanidad" de 15 de febrero de 1966 E/CN.4/906, en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G66/028/04/PDF/G6602804.pdf?OpenElement>; consultado 1 de abril de 2013].

⁶⁶ "158. La prescripción en materia penal "no es una exigencia de la justicia". (...) Por lo tanto, está lejos de constituir un principio reconocido por todos los Estados. Un gran número de Estados no la conocen para las infracciones graves". El texto original en francés es del siguiente tenor literal: "158. La prescription en matière pénale "n'est pas une exigence de la justice". (...) Aussi est-elle loin de constituer un principe reconnu par tous les Etats. Un grand nombre d'Etats ne la connaissent pas pour les infractions graves". Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas, ob. cit., p.141.

⁶⁷ En francés el texto citado es el siguiente: "Il s'en déduit que le silence sur ce point de tous les textes internationaux élaborés, depuis la deuxième guerre mondiale, en matière de répression des crimes de guerre, des crimes contre la paix et des crimes contre l'humanité, et qui forment le droit international pénal nouveau, peut être interprété comme une reconnaissance du principe de l'imprescriptibilité de ces crimes." Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas. ob. cit., p. 141.

⁶⁸ Esta idea está desarrollada de manera más completa en el siguiente párrafo: "160. Por todas estas razones, actualmente hay, como resultado de los delitos más graves cometidos en particular durante la Segunda Guerra Mundial, los que son llamados "crímenes nazis", un movimiento que tiende, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, a evitar la aplicación de las normas internas sobre prescripción de los crímenes graves del derecho de gentes. A nivel internacional, se han sobre la materia importantes documentos, tales como la Resolución 3 (XXI), de la Comisión de Derechos Humanos, la recomendación 415 (1965) de la Asamblea Consultiva del Consejo de



9.13.- Así las cosas, con el desarrollo de todos estos criterios en torno a los crímenes internacionales –entre ellos el de lesa humanidad- las Naciones Unidas promovió un consenso sobre ello en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad contenida en la Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968⁶⁹. Dicho acuerdo internacional establecía en su artículo primero:

"Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por 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, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por 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, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos." (Subrayado fuera del texto).

9.14.- Seguidamente el artículo segundo de dicho convenio establece que esta disposición es aplicable tanto para representantes del Estado como particulares bien al actuar como autores, cómplices o incitadores en la comisión de tales conductas así como "a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración."⁷⁰, mientras que los artículos tercero y cuarto dispusieron que los

Europa y la declaración de Varsovia 1964. A nivel nacional, varios estados que participan directamente en la persecución de estos crímenes han cambiado o tiene intención de cambiar sus leyes sobre la prescripción para asegurar esta represión." (Traducción libre). En francés el texto mencionado es el siguiente: "160. Pour toutes ces raisons, on assiste actuellement, par suite des infractions les plus graves commises notamment pendant la deuxième guerre mondiale, celles qu'on est convenu d'appeler "crimes nazis", à un mouvement qui tend, aussi bien sur le plan international que sur le plan national, à écarter l'application des règles internes sur la prescription aux crimes graves de droit de gens. Sur le plan international, se sont élaborés en la matière des documents importants, tels que la résolution 3 (XXI) de la Commission des droits de l'homme, la recommandation 415 (1965) de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe et la déclaration de Varsovia de 1964. Sur le plan national, plusieurs Etats directement intéressés à la répression de ces crimes ont modifié ou se proposent de modifier leur lois sur la prescription pour assurer cette répression". Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas, ob., cit., p.144.

⁶⁹ [http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimenes_guerra.htm; consultado 1 de abril de 2013].

⁷⁰ "Artículo II. Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la



Estados deberán adoptar las medidas pertinentes para permitir la extradición de los sujetos responsables por estos delitos así como para que no se aplique la prescripción a los crímenes citados y, en caso de que exista una norma de prescripción, abolirla⁷¹.

9.15.- De la anterior exposición en torno a la labor impulsada por las Naciones Unidas en sus primeros años de creación no queda para el Despacho duda alguna de su compromiso decidido en promover y asegurar la paz mundial, en parte, a través de la consagración universal de los principios del derecho penal internacional desarrollados en Nuremberg, complementado con las disposiciones en torno a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, a establecer la obligación de los Estados de extraditar a quien sea responsable de tales actos y en promoción del establecimiento de un código de delitos que atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad, labor a cargo de la Comisión de Derecho Internacional.

9.16.- Posteriormente, luego de culminada la etapa de los juzgamientos a los altos mandos militares por parte de las potencias aliadas en la segunda guerra mundial, otro referente preciso del concepto de lesa humanidad se encuentra en el marco del enjuiciamiento adelantado en contra de Adolf Eichmann, ya que en la sección I b) de la Ley 5710 de 1950 de Israel se estableció una definición sobre crimen de lesa humanidad en los siguientes términos: "*Se entiende por crímenes contra la humanidad cualquiera de los actos siguientes: asesinato, exterminio, reducción a la esclavitud, hacer padecer hambre y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, así como las persecuciones inspiradas en motivos de orden nacional, religioso o político.*"⁷²; vale la pena resaltar de la definición citada que

perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración".

⁷¹ "Artículo III. Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente Convención". "Artículo IV. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida".

⁷² RAMELLI ARTEAGA. Alejandro, Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia, ob., cit., p.249.



simplemente se exige como cualificación conductual de que se trate de conductas que se ejecutan en contra de un sujeto pasivo determinado cual es la población civil; omitiendo las particularidades contextuales (antes o durante la guerra) que se encuentran estipulados en las definiciones de Nüremberg y Tokio antecitadas.

9.17.- Pero no fue hasta los albores de la década de 1990, cuando el resurgimiento de nuevos hechos violentos de connotaciones catastróficas, que la Organización de las Naciones Unidas lideró la instauración de Tribunales Penales Internacionales ad-hoc⁷³ (casos Ruanda y antigua Yugoslavia) y como consecuencia reanimó las discusiones ya iniciadas en torno del concepto de lesa humanidad que, finalmente, se cristalizarían en la redacción final plasmada en el Estatuto de Roma.

9.18.- En efecto, en lo que concierne al Estatuto modelado para el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia – Resolución No. 827 de 25 de mayo de 1993-, los crímenes contra la humanidad son definidos como aquellos que *"han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigido contra cualquier población civil"*⁷⁴ y que comprende las siguientes conductas: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos. Como se evidencia, esta definición dada por el Estatuto circunscribe a

⁷³ Entre 1955 y 1992 se guardó absoluto silencio en torno a los esfuerzos para desarrollar y confirmar la construcción de derecho penal internacional iniciada con los juicios de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de la "guerra fría". Ch. Bassiouni resume lo ocurrido en los siguientes términos: "Para 1955, los procesos de la CCL No. 10 habían terminado en Alemania. Con anterioridad a eso, los tribunales militares del Lejano Oriente también se habían acabado, y para 1958 todos los criminales de guerra condenados por el IMTFE habían sido liberados. En Occidente, Alemania continuó procesando personas acusadas de crímenes realizados durante la segunda guerra mundial, al igual que algunos otros países. Pero, desde la segunda guerra mundial han existido conflictos para los que no se han creado Órganos dedicados a investigar y acusar los crímenes cometidos. La víctima de la Guerra Fría fue la justicia. // Sin embargo, desde el final de la Guerra Fría, se han desarrollado nuevas iniciativas relacionadas con los conflictos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, y relacionadas con el establecimiento de una corte penal internacional permanente." BASSIOUNI, C, "De Versalles a Ruanda en 75 años: La necesidad de establecer una Corte Penal Internacional Permanente", en Revista de Derecho Público, No. 10. Mayo de 1999, Universidad de los Andes, pp.76-77, en [\[http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub225.pdf\]](http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub225.pdf), consultado el 18 de marzo de 2013].

⁷⁴ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Compilación de Derecho Penal Internacional. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional", Bogotá, 2003, p.285, en [\[http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/NU%20Derecho%20Penal%201.pdf\]](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/NU%20Derecho%20Penal%201.pdf), consultado el 20 de febrero de 2013].



un contexto específico la configuración de esta clase de conductas al decir que deben ser cometidos "en el curso de un conflicto armado", de manera que implicaría su atipicidad si se llegan a presentar en tiempos de paz. Esta circunstancia fue, de cierto modo, reprochada por el propio Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), en el caso *Fiscal vs. Dusko Tadic*, alias *Dule* decisión de 2 de octubre de 1995 proferida por la Sala de apelaciones, al señalar que no se requiere un contexto de conflicto armado internacional para encontrar configurado un crimen de lesa humanidad; en los siguientes términos:

"141. La ausencia de un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional es una regla bien establecida en derecho internacional consuetudinario. De hecho, como lo señala el fiscal, el derecho internacional consuetudinario no exige la existencia de vínculo alguno entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado cualquiera que éste sea. Así, al exigir que los crímenes contra la humanidad fueran cometidos durante un conflicto armado interno o internacional, el Consejo de Seguridad quizá definió los crímenes del artículo 5º de manera más limitada de lo necesario, en los términos del derecho internacional consuetudinario. Resulta indudable, sin embargo, que la definición de crímenes contra la humanidad adoptada por el Consejo de Seguridad en el artículo 5º es conforme con el principio de nullum crimen sine lege."⁷⁵ (Subrayado fuera de texto).

9.19.- Ahora, en cuanto a los bienes jurídicos que atacan los delitos de lesa humanidad y la razón para que sean criminalizados a nivel internacional, la sentencia de 29 de noviembre de 1996 del TPIY en el caso *Fiscal vs Erdemovic* sostuvo:

"28. Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, lo que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima."⁷⁶ (Subrayado fuera de

⁷⁵ Traducción obtenida en RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia, ob., cit., p.252. En su lengua original el aparte citado es del siguiente tenor: "141. It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law. There is no question, however, that the definition of crimes against humanity adopted by the Security Council in Article 5 comports with the principle of nullum crimen sine lege". Decisión de 2 de octubre de 1995 proferida por la Sala de Apelaciones del TPIY (Jueces Cassese, Li, Deschènes, Abi-Saab y Sidhwa), en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>; consultado el 18 de febrero de 2013).

⁷⁶ Sentencia de 29 de noviembre de 1996 proferida por el Tribunal Penal Internacional para la



texto).

9.20.- Por su parte el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, aprobado mediante Resolución No. 955 de 8 de noviembre de 1994 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, creado para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda o por ciudadanos ruandeses en territorios vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994, estableció en el artículo 3º el crimen de lesa humanidad en los siguientes términos:

“Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

- a) Asesinato;
- b) Exterminación;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos⁷⁷.

De la anterior redacción se advierte palmariamente el surgimiento de un nuevo requisito, a futuro crucial, en la definición de delito de lesa humanidad, y es el de exigir que se presente un ataque generalizado o sistemático; pues, como se observó, esta exigencia no se encontraba estipulada expresamente en la normativa de Núremberg, Tokio o el caso *Eichmann*. Comentando los elementos que componían la noción de lesa humanidad, el propio Tribunal Penal Internacional de Ruanda, en sentencia de 2 de septiembre de 1998 en el caso *fiscal vs. Jean-Paul Akayesu*, destacó los siguientes requisitos para que éste se

antigua Yugoslavia en el caso Fiscal vs. Drazen Erdemovic, en [<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-tsj961129e.pdf>, consultado 1 de abril de 2013] El aparte citado es del siguiente tenor en inglés: "Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must perforce demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity".

⁷⁷ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Compilación de Derecho Penal Internacional. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional", ob., cit., p.298, en [<http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/NU%20Derecho%20Penal%201.pdf>, consultado 20 de febrero de 2013].



configure, luego de haber efectuado un recuento histórico sobre dicho concepto, y a la luz del artículo 3º de su estatuto fundacional:

"578. La Sala considera que el artículo 3 del Estatuto confiere al Tribunal, la competencia para enjuiciar personas por varios actos inhumanos que constituyen crímenes de lesa humanidad. Esta categoría de crimen implica grosso modo cuatro elementos esenciales, a saber:

- (i) el acto debe ser inhumano en naturaleza y carácter, que cause intencionalmente grandes sufrimientos o atente gravemente contra la integridad física o la salud mental o física;*
- (ii) el acto debe ser cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático;*
- (iii) el acto debe ser cometido contra la población civil;*
- (iv) el acto debe ser cometido por uno o más motivos discriminatorios, en particular, por motivos de orden nacional, político, étnico, racial o religioso"⁷⁸.*

9.21.- Posteriormente, con el acuerdo promovido por las Naciones Unidas que desembocó en el Estatuto de Roma, que supuso la conformación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente y con jurisdicción universal para juzgar los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión⁷⁹, se condensó toda la elaboración dogmática surtida a lo largo del siglo XX en relación al crimen de lesa humanidad⁸⁰, definido en el artículo 7º del Estatuto como *"cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con*

⁷⁸ El texto de la decisión en inglés es del siguiente tenor: "578. The Chamber considers that Article 3 of the Statute confers on the Chamber the jurisdiction to prosecute persons for various inhumane acts which constitute crimes against humanity. This category of crimes may be broadly broken down into four essential elements, namely : (i) the act must be inhumane in nature and character, causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health; (ii) the act must be committed as part of a wide spread or systematic attack;(iii) the act must be committed against members of the civilian population; (iv) the act must be committed on one or more discriminatory grounds, namely, national, political, ethnic, racial or religious grounds." [http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf; consultado 18 de febrero de 2013].

⁷⁹ Este delito no fue definido por el Estatuto de Roma; su redacción se precisó recientemente en el seno de la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma en Kampala el 11 de junio de 2010 en el artículo 8 bis.

⁸⁰ "El artículo 7 del Estatuto de Roma otorga la definición más reciente de los crímenes contra la humanidad, así como representa una etapa significativa en la evolución de los mismos. A pesar de la multitud de normas internacionales relativas a los crímenes contra la humanidad, la definición otorgada por el Estatuto de Roma es el punto de referencia para analizar las disposiciones internas. Es a esa definición a la que se acude para comprender la medida de la incriminación, los comportamientos punibles y el grado de precisión de éstos últimos (...) Sin embargo, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional es posterior a un buen número de legislaciones. No obstante, puede ser considerado como una «síntesis universal» que, de una parte, comprende las nuevas formas de crímenes contra la humanidad y, de otra, codifica la evolución del derecho, consuetudinario y convencional, en la materia". DELMAS-MARTY, Mireille; FOUCHARD, Isabelle; FRONZA, Emanuela; NEYRET, Laurent. Le Crime contre L'humanité. Presses Universitaires de France, Paris, 2009, pp.48, 49.



conocimiento de dicho ataque⁸¹⁻⁸²⁻⁸³.

9.22.- Los conceptos de crimen de lesa humanidad que han sido desarrollados por el Derecho Internacional Penal pueden ser condensados en el siguiente esquema comparativo:

	Nüremberg	Tokio	Eichmann
Qué conductas constituyen DLH	El asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos. También: la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes.	Muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos. También: las persecuciones por motivos políticos o raciales en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen	Asesinato, exterminio, reducción a la esclavitud, hacer padecer hambre y otros actos inhumanos. También: así como las persecuciones inspiradas en motivos de orden nacional, religioso o político
Ejecutores	No se señala	No se señala	No se señala
Contra quienes	Contra la población civil	No se señala	Contra la población civil

⁸¹ Información obtenida en la página oficial de la Corte Penal Internacional [<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>; consultado el 18 de febrero de 2013].

⁸² Son once (11) las conductas que el Estatuto enlistó dentro de la categoría de lesa humanidad: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; 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; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

⁸³ La propia Corte Penal Internacional ha sostenido en cuanto a los delitos de lesa humanidad: "De acuerdo con el artículo 7(1) y (2) (a) del Estatuto y con el apoyo de "Los Elementos de los Crímenes", los crímenes contra la humanidad requieren que ciertos elementos estén satisfechos, a saber: (i) un ataque en contra de la población civil. (ii) tal ataque sea generalizado o sistemático; y (iii) dicho ataque sea cometido de conformidad o con el apoyo de la política de un Estado o de una organización política. Según el artículo 7(2) del Estatuto, un "ataque" se define como "una línea de conducta que implica la comisión de múltiples actos (...)". Esta Sala ha sostenido que un ataque también puede definirse como una campaña u operación. La Cámara también toma nota de que el calificativo de "población civil" se ha aplicado anteriormente a "grupos identificables por su nacionalidad, etnia o cualquier otro signo distintivo". En opinión de la Sala, la población civil como objetivo puede incluir a un grupo definido por su (aparente) afiliación política". International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. "Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute". Situation in the Republic of Kenya in the case of the prosecutor v. William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. No.: ICC-01/09-01/11. 23 January 2012, pp.58 y 59, en [<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1314535.pdf>; consultado 1 de abril de 2013].



Ambito Temporal	Antes de la guerra o durante la misma	Antes o durante la guerra	En cualquier tiempo
Características del ataque	Constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron	En violación o no del derecho interno del país donde se presentaron	No se señala
Motivación	No señala	No señala	No señala

	TPIY	TPIR	CPI
Qué conductas constituyen DLH	Asesinato; Exterminación; Reducción a la servidumbre; Expulsión; Encarcelamiento; Tortura; Violaciones; Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; Otros actos inhumanos	Asesinato; Exterminación; Reducción a la servidumbre; Expulsión; Encarcelamiento; Tortura; Violaciones; Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos	asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; 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; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; y otros actos inhumanos de carácter similar que causen



			intencionalmente grandes sufrimientos o alenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
Ejecutores	No se señala	No se señala	No se señala
Contra quienes	Dirigidos contra población civil	Contra cualquier población civil	Contra una población civil
Ambito Temporal	En curso de un conflicto armado	No se señala (en cualquier tiempo)	No se señala (en cualquier tiempo)
Características del ataque	No se señala	Ataque generalizado y sistemático	Ataque generalizado o sistemático
Motivación	No señala	En razón a su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso	No señala

(Cuadro. Elaboración del despacho.)

9.23.- Tratamiento del delito de lesa humanidad en los sistemas regionales de Derechos Humanos y en Suramérica.

9.23.1.- En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

9.23.1.1.- El crimen de lesa humanidad también ha sido reconocido y aplicado en la jurisprudencia europea de derechos humanos en casos en los que algunas personas han sido condenadas a nivel local con fundamento en dichos delitos y recurren al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) alegando la violación de la Convención Europea de Derechos Humanos al ser sancionadas penalmente sin existir una ley preexistente al acto por el que se les acusa⁸⁴; se trata de los casos *Streletz, Kessler et Krenz c. Alemania* de 22 de marzo de 2001 y *Kolk y Kislyiy c. Estonia* de 17 de enero de 2006. En cuanto al primero de ellos, se trató de las condenas que impusieron autoridades judiciales a los responsables por los disparos mortales en el muro de Berlín, sobre este punto el Tribunal manifestó que

⁸⁴ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 7. No hay pena sin ley 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas. [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/Convention_SPA.pdf; consultado el 18 de febrero de 2013].



el caso configuraba un delito de lesa humanidad, existiendo al momento de imponerse la condena normas en el derecho interno de la República Democrática Alemana que imponían el reconocimiento de las normas de derecho internacional público así como de los derechos humanos⁸⁵, en los siguientes términos:

"105. Teniendo en cuenta todos estos factores, la Corte considera que en el momento en que se cometieron los actos de los demandantes constituía también delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsibilidad de las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos.

106. Además, el comportamiento de las demandantes se podría considerar, siempre en el marco del artículo 7 § 1 del Convenio, en el contexto de otras normas de derecho internacional, incluidas las relativas a los crímenes de lesa humanidad."⁸⁶

9.23.1.2.- Similar razonamiento esbozó el Tribunal para inadmitir dos demandas formuladas por ciudadanos de Estonia quienes fueron condenados por tribunales locales en fallos de 2003 y 2005 por participar en la deportación de población civil desde Estonia hasta zonas lejanas de la URSS en 1949. El TEDH resaltó que la conducta incriminada se consideraba como delito de lesa humanidad desde Nüremberg, norma que goza de validez universal, de manera que acertaron los Tribunales locales en su interpretación, pues el artículo 7° de la Convención permite juzgar penalmente a una persona si para la época de los hechos tal conducta *"constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos*

⁸⁵ El Tribunal cita los artículos 8 y 19 de la Constitución de 1968 y una introducción del capítulo 1° de la Parte Especial del Código Penal de 1968 y señaló lo siguiente: "103. Or la pratique étatique en cause était largement l'œuvre des requérants eux-mêmes qui, en tant que dirigeants politiques, savaient ou devaient savoir qu'elle portait atteinte à la fois aux droits fondamentaux et aux droits de l'homme, car ils ne pouvaient ignorer la législation de leur propre pays : en effet, les articles 8 et 19 § 2 de la Constitution de 1968 prévoyaient déjà respectivement que « les règles de droit international public généralement reconnues et visant à promouvoir la paix et la collaboration pacifique entre les peuples lient l'autorité étatique et chaque citoyen » et que « le respect et la protection de la dignité et de la liberté de la personnalité s'imposent à tous les organes étatiques, à toutes les forces de la société et à chaque citoyen » (paragraphe 28 ci-dessus). De plus, le chapitre premier de la partie spéciale du code pénal comportait dès 1968 une introduction qui prévoyait que « la punition impitoyable des crimes contre (...) l'humanité, les droits de l'homme (...) est une condition indispensable pour un ordre de paix stable dans le monde, pour le rétablissement de la foi dans des droits de l'homme fondamentaux (...), et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et pour la préservation des droits de chacun » (paragraphe 29 ci-dessus). De même, comme la Cour l'a dit ci-dessus (paragraphe 78), les requérants ne pouvaient ignorer les obligations internationales auxquelles la RDA avait souscrit et les nombreuses critiques internationales formulées à l'encontre du régime de surveillance de la frontière de la RDA".

⁸⁶ Sentencia proferida por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 22 de marzo de 2001 en el caso Streletz, Kessler et Krenz c. Alemania, en [\[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-63911\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-63911); consultado el 18 de febrero de 2013]. El aparte citado en francés señala lo siguiente: "Eu égard à tous ces éléments, la Cour estime qu'au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient également des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme. Par ailleurs, le comportement des requérants pourrait être considéré, toujours dans le cadre de l'article 7 § 1 de la Convention, sous l'angle d'autres règles du droit international, notamment celles relatives aux crimes contre l'humanité".



por las naciones civilizadas”, quedando claro que para esta época la URSS había concurrido al pacto de Londres⁸⁷, al igual que era parte de la Organización de las Naciones Unidas. También resaltó una de las características relevantes de los crímenes de lesa humanidad, cual es la de ser conductas que, aun siendo cometidas en cualquier tiempo, son *imprescriptibles*, a la luz de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sobre todo esto el Tribunal sostuvo:

“La Corte señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c)). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, inter alia, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, la Corte desea enfatizar que el artículo 1 b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido e independientemente de si han sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Tras acceder a la Convención antedicha, la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios.

La Corte reitera, que el artículo 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg (ver Papon v. France (no. 2) (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII, y Touvier v. France, no. 29420/95, decisión de la Comisión de 13 de enero de 1997, Decisiones e Informes 88-B, p. 161).

Además, la Corte recuerda que la interpretación y aplicación del derecho interno recaen, en principio, bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales (ver Papon, citado más arriba, y Touvier, citado más arriba, p. 162). Esto también es de aplicación a aquellos casos en que el derecho interno hace una remisión a reglas del derecho internacional general o a acuerdos internacionales. El papel del Tribunal se ciñe a evaluar si los efectos de tal interpretación son compatibles con el Convenio (ver, mutatis mutandis, Waite and Kennedy v. Germany [GC], no. 26063/94, § 54, ECHR 1999-I).

La Corte estima que incluso si los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces, los tribunales estonios sí han concluido en cambio que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional. La Corte no ve motivo para llegar a una conclusión diferente. En este contexto, hay que mencionar que la Unión Soviética era parte del Acuerdo de Londres de 8 de agosto

⁸⁷ Donde se aprobaron los Estatutos de Nuremberg.



de 1945, mediante el cual se promulgó el Estatuto de Nuremberg. Además, el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto. Como la Unión Soviética era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no puede alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios. Por lo tanto, La Corte considera infundadas las alegaciones de los demandantes en el sentido de que sus actos no constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión y de que no se podía esperar de ellos razonablemente que supieran tal cosa.⁶⁸ (Subrayado fuera de texto).

⁶⁸ Adicionalmente manifestó el Tribunal: "Además, tal y como el Tribunal ha expresado más arriba, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a limitación temporal alguna, sea cual fuere la fecha de su comisión. Estonia accedió a la Convención el 21 de octubre de 1991. Este Tribunal no halla motivo para cuestionar la interpretación y aplicación que hacen los tribunales estonios del derecho interno a la luz del derecho internacional relevante. [Este Tribunal] se muestra conforme con el hecho de que la condena de los demandantes y la pena que les ha sido impuesta tienen su base jurídica en el artículo 61-1 § 1 del Código Criminal. Por consiguiente, las cuestiones objeto de demanda no son irrespetuosas con el artículo 7 del Convenio." Decisión proferida por la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 17 de enero de 2006 en el caso Kolk y Kislyiy c. Estonia el 17 de enero de 2006. [<http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>; consultada el 18 de febrero de 2013]. En el caso Scilingo la justicia penal española apeló a la categoría de lesa humanidad, y a sus consecuencias, para juzgar la responsabilidad penal del ex militar Adolfo Scilingo en los actos de tortura, muerte y desaparición forzada llevados a cabo por la dictadura militar argentina en los años 1975 y siguientes; en la decisión de 19 de abril de 2005 la Audiencia Nacional Española sostuvo: "Al Tribunal no le cabe duda de que hay una opinio iuris cogentis en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe el genocidio, la trata de esclavos o la agresión o, en general, los crímenes contra la humanidad (...) el carácter de jus cogens de la norma internacional a la que representa o recoge la interna (crimen de lesa humanidad), y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria "per se" o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos (...) La naturaleza mixta que en la actualidad tiene los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, produce unos determinados efectos como consecuencia de la interacción de normas internacionales de varias clases. La cristalización en normas escritas añaden un importante plus de taxatividad y de previsibilidad a la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional. El Estatuto del CPI, del ICTY y Ruanda ha venido a recoger aquellas normas que incuestionablemente forman parte del "ius cogens" internacional y vienen a definir el "núcleo esencial" de la conducta prohibida u ordenada, al menos desde el punto de vista de la garantía criminal stricto sensu, aunque estimamos que, al menos en lo que se refiere al Estatuto del CPI, también desde la perspectiva de la garantía penal". (Subrayado fuera del texto) [http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/scilingo-san2006condena.pdf; consultado el 22 de marzo de 2013]. Posteriormente la Sala Penal del Tribunal Supremo de España, en sentencia de 2 julio de 2007, conoció del recurso de casación interpuesto por el señor Adolfo Scilingo contra la anterior providencia, en esta oportunidad el Supremo refrendó la posibilidad de encontrar configurado un delito de lesa humanidad en la conducta del procesado: "9. De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal" [<http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentenciats.html>]. De la anterior jurisprudencia cabe destacar: 1) que se exige la vinculación de las normas de derecho internacional preexistentes en el ordenamiento jurídico interno, especialmente aquellas que determinan las conductas



9.23.2.- En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

9.23.2.1.- En la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos el concepto de lesa humanidad aparece por primera vez en la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, de 29 de julio de 1988, en donde la Corte calificó la desaparición forzada del señor Manfredo Velásquez como un delito contra la humanidad pese a no existir "texto convencional en vigencia... que emplee esta clasificación". Señaló la Corte:

*"153. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que "es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad" (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como "un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal" (AG/RES. 742, supra)."*⁸⁹

9.23.2.2.- Aun así cabe advertir que en la jurisprudencia de la Corte no se encuentran abundantes referencias respecto del crimen de lesa humanidad⁹⁰, prefiriéndose calificar ciertas conductas graves como "prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos

constitutivas de crímenes como genocidio, tortura, trata de esclavos, como de lesa humanidad; 2) se reafirma las características de convencionalidad y consuetudinaria de los delitos contra la humanidad; 3) las normas internacionales en las que se consagra la regulación de los crímenes contra la humanidad son de *ius cogens*; 4) como los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles, la obligación del Estado es perseguir su comisión y castigarla, con carácter universal (lo que hace aplicable la denominada "justicia universal").

⁸⁹ Adicionalmente indicó la Corte: "154. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana. 155. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal (...)"

⁹⁰ En los casos *Goiburú y otros vs Paraguay* de 22 de septiembre de 2006 y *Gelman vs Uruguay* de 24 de febrero de 2011, en donde se trató el tema de la desaparición forzada de personas, la Corte Interamericana destacó que se trataba de caso de crímenes contra la humanidad o de graves violaciones a normas de *ius cogens*.



*Humanos*⁹¹; empero, es en la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs Chile* de septiembre de 2006 en donde la Corte efectuó la primera exposición sistemática acerca de lo que se comprende por delito de lesa humanidad así como de sus elementos⁹²; en ese caso la Corte juzgaba la responsabilidad internacional del Estado por la muerte del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano ocurrida el 16 de septiembre de 1973, llegando a sostener lo siguiente:

"la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general."⁹³ (Subrayado fuera de texto).

⁹¹ Corte Interamericana Caso Barrios Altos vs Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Esta afirmación de la Corte tuvo lugar al momento de abordar la prohibición de suscribir amnistias cuando se trata de violaciones graves de los derechos humanos.

Recientemente en el caso de la Masacre de el Mozote y lugares aledaños vs El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012, la Corte Interamericana destacó su precedente en torno a la incompatibilidad de las leyes de amnistía respecto de crímenes de lesa humanidad. En esta decisión se señaló: "(...) las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos invocados por algunos Estados para no cumplir con su obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Igualmente, diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados, observando de buena fe sus obligaciones internacionales"⁹¹. De tal modo, a efectos del presente caso, el Tribunal reitera⁹¹ que "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"⁹¹." (Subrayado fuera de texto).

⁹² "96. La Corte, además, reconoce que la (sic) Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa⁹², que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra⁹². En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que "un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable"⁹². Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado".

⁹³ También sostuvo la Corte IDH lo siguiente en esta decisión: "En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que "un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o



9.23.2.3.- Continuando este recuento jurisprudencial, se encuentra el caso *Manuel Cepeda Vargas contra Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010, en donde la Corte dejó en claro que recurre a la categoría de lesa humanidad no en calidad de un tribunal interno que juzga la responsabilidad penal de individuos sino para representar las graves violaciones de derechos humanos que en un caso determinado han justificado una declaratoria de responsabilidad del Estado, además de caracterizar a estos delitos como normas de jus cogens, esto es, que son prescripciones de derecho internacional inderogables por parte de los Estados⁹⁴. La Corte sostuvo:

"En casos de violaciones graves a los derechos humanos la Corte ha tomado en cuenta, en el análisis de fondo, que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad, por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población⁹⁵, a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y las consecuencias jurídicas. Con ello, la Corte no realiza, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna. En este sentido, las necesidades de protección integral del ser humano bajo la Convención han llevado a la Corte a interpretar sus disposiciones por la vía de la convergencia con otras normas del derecho internacional⁹⁶, particularmente en lo relacionado con la prohibición de crímenes contra la humanidad, que tiene carácter jus cogens, sin que ello pueda implicar una extralimitación en sus facultades, pues, se reitera, con ello respeta las facultades de las jurisdicciones penales para investigar, imputar y sancionar a las personas naturales responsables de tales ilícitos. Lo que la Corte hace, de acuerdo con el derecho convencional⁹⁷ y el derecho consuetudinario, es utilizar la terminología que emplean otras ramas del Derecho Internacional con el propósito de dimensionar las consecuencias jurídicas de las violaciones alegadas vis-à-vis las obligaciones estatales."⁹⁸ (Subrayado fuera de texto).

sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable". Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado".

⁹⁴ Convención de Viena. Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁹⁵ Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 94 a 96 y 98 a 99.

⁹⁶ Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 22, párr. 115.

⁹⁷ Art. 33.3.c. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Este criterio fue reiterado recientemente en la sentencia que profirió la Corte IDH dentro del caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") contra Guatemala, decisión proferida el 20 de noviembre de 2012.



En todo caso, existen pronunciamientos consistentes en torno a considerar que se impone la garantía de un recurso judicial efectivo cuando se está en presencia de graves violaciones de derechos humanos a fin de evitar la impunidad respecto de tales sucesos, como lo ha destacado el Alto Tribunal al decir que "Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida. Esa obligación de investigar adquiere una particular y determinante intensidad e importancia en casos de crímenes contra la humanidad (*infra* párr. 157)."⁹⁹, por lo cual resulta opuesto a este deber de investigar la concesión de amnistías, indultos o alegar la prescripción de la acción judicial para omitir el cumplimiento de tales mandatos. Sobre este último punto la Corte, en la sentencia que dictó el 18 de septiembre de 2003 en caso *Bulacio Vs Argentina* sostuvo:

"116. En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos¹⁰⁰. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie

⁹⁹ El párrafo 110 de la sentencia de 29 de noviembre de 2006 del caso *La Cantuta vs Perú* desarrolla este punto en los siguientes términos: "110. Además, este caso ocurrió en una situación generalizada de impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos (*supra* párrs. 81, 88, 92 y 93), que condicionaba la protección de los derechos en cuestión. En ese sentido, la Corte ha entendido que de la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado⁹⁹. Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida. Esa obligación de investigar adquiere una particular y determinante intensidad e importancia en casos de crímenes contra la humanidad (*infra* párr. 157)."

¹⁰⁰ *Cfr.*, *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, *supra* nota 30, párr. 106; *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 3, párr. 41; y *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15.



sea sustraído del derecho a la protección judicial¹⁰¹, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

117. De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes¹⁰² (infra 142).

118. De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación." (Resaltado propio).

Igualmente en los casos en donde se han dictado normas de amnistía o indulto respecto de actos constitutivos de graves violaciones de Derechos Humanos la Corte IDH ha sostenido su inaplicabilidad. De esta manera en el caso Barrios Altos la Corte, en fallo dictado el 14 de marzo de 2001 el Tribunal destacó:

"41. Esta Corte considera que 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. 42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma. (...) 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre

¹⁰¹ Cfr., Caso Barrios Altos, supra nota 3, párr. 43.

¹⁰² Cfr., Caso "Cinco Pensionistas", supra nota 4, párr. 164; Caso Hilaire. Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, párr. 112; y Caso Trujillo Oroza, Reparaciones, supra nota 30, párr. 96.



las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

Estas tesis ha tenido un prolijo desarrollo en la jurisprudencia interamericana a tal de haber sido reiterada en los casos *Gomes Lund y otros vs Brasil* (24 de noviembre de 2010), *Gelman vs Uruguay* (24 de febrero de 2011) y *Masacre del Mozote y lugares aledaños vs El Salvador* (25 de octubre de 2012), en donde la Corte ha compartido similares argumentaciones respecto este punto, siempre con sustento de decisiones de instancias internacionales de Derechos Humanos, Tribunales Penales Internacionales así como la jurisprudencia de diversas cortes de Latinoamérica:

“ 106. Las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos¹⁰³. Este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados.

107. Como ya ha sido adelantado, esta Corte se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de las amnistías con la Convención Americana en casos de graves violaciones a los derechos humanos relativos a Perú (Barrios Altos y La Cantuta) y Chile (Almonacid Arellano y otros).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Brasil forma parte por decisión soberana, son reiterados los pronunciamientos sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones convencionales de los Estados cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos. Además de las decisiones antes mencionadas de este Tribunal, la Comisión Interamericana ha concluido, en el presente caso y en otros relativos a Argentina¹⁰⁴, Chile¹⁰⁵, El Salvador¹⁰⁶, Haití¹⁰⁷, Perú¹⁰⁸ y

¹⁰³ En el presente caso, el Tribunal se refiere genéricamente al término “amnistías” para referirse a normas que, independientemente, de su denominación persiguen la misma finalidad.

¹⁰⁴ Cfr. CIDH. Informe No. 28/92, Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, y 10.311. Argentina, de 2 de octubre de 1992, párrs. 40 y 41.

¹⁰⁵ Cfr. CIDH. Informe No. 34/96, Casos 11.228; 11.229; 11.231, y 11.282. Chile, de 15 de octubre de 1996, párr. 70, y CIDH. Informe No. 36/96. Chile, de 15 de octubre de 1996, párr. 71.

¹⁰⁶ Cfr. CIDH. Informe No. 1/99, Caso 10.480. El Salvador, de 27 de enero de 1999, párrs. 107 y 121.

¹⁰⁷ Cfr. CIDH. Informe No. 8/00, Caso 11.378. Haití, de 24 de febrero de 2000. párrs. 35 y 36.



Uruguay¹⁰⁹ su contrariedad con el derecho internacional."

Una tesis que en pronunciamiento reciente fue confirmada cuando la Corte se pronunció sobre la supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada por ella en el caso *Gelman vs Uruguay*, Resolución de 20 de marzo de 2013. En tal oportunidad – último pronunciamiento sobre el tema a la fecha- la Corte confirmó la imprecipitabilidad de los actos que se constituyan en graves violaciones de derechos humanos, tales como lo son los actos de lesa humanidad.

"En casos en que se ha establecido que ocurrieron desapariciones forzadas y otras graves violaciones, es fundamental que los Estados investiguen efectivamente los hechos, pues la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de los mismos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido¹¹⁰. La eliminación de la impunidad, por todos los medios legales disponibles, es un elemento fundamental para la erradicación de las desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos¹¹¹.

*Con respecto a este punto vale reiterar, en primer lugar, la jurisprudencia constante de este Tribunal según la cual "son inadmisibles las [...] disposiciones de prescripción [...] 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"¹¹². Lo anterior también fue expresado por la Corte en el caso *Gelman Vs. Uruguay*¹¹³. Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que "[l]as violaciones graves de los derechos civiles y políticos cometidas durante el gobierno militar [en Argentina] deben ser perseguibles durante*

¹⁰⁸ Cfr. CIDH. Informe No. 20/99, Caso 11.317. Perú, de 23 de febrero de 1999, párrs. 159 y 160; CIDH. Informe No. 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042 y 11.136. Perú, de 13 de abril de 1999, párr. 140; CIDH. Informe No. 44/00, Caso 10.820. Perú, de 13 de abril de 2000, párr. 68, y CIDH. Informe No. 47/00, Caso 10.908. Perú, 13 de abril de 2000, párr. 76.

¹⁰⁹ Cfr. CIDH. Informe 29/92. Casos 10.029, 10.036 y 10.145. Uruguay; de 2 de Octubre de 1992, párrs. 50 y 51.

¹¹⁰ Cfr. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*, párr. 81, y *Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 75.

¹¹¹ Cfr. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173, y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2010, Considerando noveno.

¹¹² *Caso Barrios Altos Vs Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 129, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 171.

¹¹³ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 225.



*todo el tiempo que sea necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores*¹¹⁴.

En virtud de lo anterior, es incompatible con las obligaciones internacionales de un Estado Parte en la Convención que éste deje de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en perjuicio del derecho de las víctimas de acceso a la justicia, amparándose en una situación de impunidad que sus propios poderes y órganos hayan propiciado mediante la generación de obstáculos de jure o de facto que impidieran realizar las investigaciones o llevar adelante los procesos durante determinado período. La imprescriptibilidad de ese tipo de conductas delictivas es una de las únicas maneras que ha encontrado la sociedad internacional para no dejar en la impunidad los más atroces crímenes cometidos en el pasado, que afectan la consciencia de toda la humanidad y se transmite por generaciones." (Resaltado propio).

9.23.3.- El delito de lesa humanidad en algunos ordenamientos jurídicos suramericanos.

9.23.3.1.- En el contexto regional puede evidenciarse el recurrente empleo de la categoría de delitos de lesa humanidad para comprender ciertas conductas criminales ocurridas en determinados países de Latinoamérica, ello de la mano de la recepción y empleo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos así como del Derecho Internacional Humanitario.

9.23.3.2.- Así, con ocasión del juzgamiento por la muerte y desaparición de personas durante la dictadura en Chile, la Corte de Apelaciones de Santiago manifestó en decisión de 20 de abril de 2006:

"Esta Corte comparte el criterio de que un crimen de lesa humanidad es aquel que ofende los principios generales del derecho y se convierte en una preocupación para la comunidad internacional.

*Así, a la luz del derecho, éstas conductas deben realizarse —conforme lo consagra la Constitución Política de la República, que ha internacionalizado el Derecho penal a partir del "ius cogens"— teniendo en consideración que son producto del atropello masivo de los derechos fundamentales de las víctimas en un contexto de persecución, secuestro y desaparición forzada de las mismas.*¹¹⁵

¹¹⁴Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/ARG, párr. 9. Véase asimismo Comité de Derechos Humanos Observaciones General N°31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 29 de marzo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 18, y en el mismo sentido CAT, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Morocco, 5 de febrero de 2004, CAT/C/CR/31/2, párr. 5 (f).

¹¹⁵ "Digesto de jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional", Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington D.C., 2009, p.30. [http://www.dplf.org/sites/default/files/1271715939_0.pdf, consultado el 5 de marzo de 2013].



9.23.3.3.- Igualmente la jurisprudencia Argentina ha conocido la aplicación del delito de lesa humanidad como se expone en la sentencia del caso *Arancibia Clavel* de 8 de marzo de 2005 en donde la Corte Suprema de la Nación señaló:

"11) Que, estrictamente, y a partir de las propias definiciones utilizadas por el a quo correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos sobre cuyo carácter no caben dudas con la aquiescencia de funcionarios estatales.

(...)

12) Que, por otro lado, si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778."¹¹⁶ (Subrayado fuera de texto).

9.23.3.4.- A su turno, en el caso Simón, sentencia de 14 de junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23492 de 1986 y 23521 de 1987, denominadas de punto final y obediencia debida, mediante las cuales se concedía unas amnistías por delitos de lesa humanidad. En esta sentencia la Corte, entre otras consideraciones, esbozó los siguientes argumentos en punto a la incidencia del crimen de lesa humanidad y la imposibilidad de omitir la persecución penal de los responsables de tales conductas. Razonó así la Corte:

"14) Que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos — con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sub lite .

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Decisión de 8 de marzo de 2005, en [<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=578513>; consultado el 5 de marzo de 2013].



16) Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre "civiles y militares". Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al "olvido" de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas)¹¹⁷.

9.23.3.5.- Por último, otro referente judicial sobre este tópico se encuentra en una decisión reciente de la justicia del Perú, en donde se adelantó un juicio penal – luego de haber sido condenado el Estado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos- por los hechos delictivos ocurridos en La Cantuta y Barrios Altos contra un expresidente de dicho país. En esta decisión se puso de presente la concurrencia de todos los elementos propios de los crímenes de lesa humanidad, así:

"710°. Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad son aquellos que "...ofende[n] los principios generales del derecho y se convierte[n] en una preocupación de la comunidad internacional"¹⁰¹⁹. Han concitado la preocupación y reacción internacional desde los Convenios de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de mil ochocientos noventa y nueve y del dieciocho de octubre de mil novecientos siete –en especial su párrafo octavo–, y han ido evolucionando respecto a sus elementos

(...)

711°. Las disposiciones indicadas en el primer caso, bajo el ámbito esencial del Estatuto de Nuremberg, en tanto forman parte del Derecho Internacional consuetudinario y se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, son plenamente aplicables para la labor de subsunción^{1023 1024}. Sin embargo, es de rigor identificar determinados límites, en tanto (i) se reconoce a esas disposiciones, nucleadas alrededor del Estatuto de Nuremberg, el propio carácter de norma internacional consuetudinaria; (ii) se asume las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal [ley previa, estricta, escrita y cierta: artículos 2°.24.d) de la Constitución y II del Título Preliminar del Código Penal], en cuya virtud cabe afirmar, desde una perspectiva material, que no existía en el momento de comisión de los hechos: mil novecientos noventa y uno – mil novecientos noventa y dos una ley que hubiera incorporado una figura penal en nuestro ordenamiento punitivo y que

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Decisión de 14 de junio de 2005. [<http://www.csnj.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=586338>; consultado 5 de marzo de 2013].



comprenda, de un lado, todos los elementos descritos en esa norma internacional consuetudinaria en cuanto crimen internacional –ni siquiera en la actualidad el legislador ordinario ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivadas de la ratificación por el Perú del Estatuto de la Corte Penal Internacional–, y de otro lado, la sanción correspondiente; y, (iii) se admite que los crímenes contra la humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente.

(...)

717°. Ahora bien, a partir de lo expuesto resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos –efectivos de inteligencia militar– que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil.¹¹⁸ (Subrayado fuera de texto).

9.23.4.- El delito de lesa humanidad en el derecho colombiano.

9.23.4.1.- En nuestro país¹¹⁹, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha recurrido al delito de lesa humanidad para calificar así ciertas conductas delictivas de las que ha conocido en el ejercicio de su función judicial, poniendo de presente la alta gravedad de tales infracciones así como su

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la República (Perú). Sala Penal Especial. Sentencia de 7 de abril de 2009, en [\[http://spij.minjus.gob.pe/informacion/coyuntura/Sentencia_Fujimori/P3C1_tipificacion.pdf\]](http://spij.minjus.gob.pe/informacion/coyuntura/Sentencia_Fujimori/P3C1_tipificacion.pdf); consultado 1 de abril de 2013).

¹¹⁹ La doctrina nacional ha definido el delito de lesa humanidad en los siguientes términos: "Son aquellos que ofenden a la humanidad, o sea, que se entiende que el sujeto pasivo principal es la humanidad, el hombre social, pues hieren, dañan u ofenden la conciencia general de la humanidad y rompen las condiciones de vida pacífica y civilizada¹¹⁸. Desde luego que un crimen de Lesa Humanidad ofende a la persona o personas afectadas con la acción, pero hiere o lesiona la conciencia colectiva, al hombre como ser social y también de este modo a la comunidad internacional. El crimen de Lesa Humanidad se considera un hecho atroz, bárbaro y bajo, de tan extrema saña moral que cualquier ser humano no solo se indigna ante tales acciones, sino que su amoralidad y atrocidad resulta por sí mismo evidente. Para que esta clase de hechos se considere crimen contra la humanidad, debe ser violación a un derecho humano que pertenece a la categoría del ius cogens, debe ser grave y una violación sistemática¹¹⁹ (...) Los crímenes contra la humanidad podrán ser ejecutados en conflicto internacional, al interior de un conflicto interno o en tiempo de paz¹¹⁹, y aún en un conflicto mixto de conflicto armado interno y externo, contra servidores públicos o contra particulares o miembros de la población civil, pudiendo ser integrantes de grupos nacionales, étnicos, religiosos (o sociales en nuestra legislación interna), la teoría de los crímenes de Lesa Humanidad surgió para sancionar aquellos hechos no constitutivos de delitos contra la paz o crímenes de guerra y que por su particular gravedad, vasta escala, manera organizada, sistemática de comisión, ofendieran a la humanidad misma, es decir al hombre colectivo". GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando, Crímenes de lesa humanidad, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Santafé de Bogotá, D.C. 1998, pp.19 y 20.



caracterización a partir de dos (2) efectos que se causan con su comisión (un daño directo y otro por representación); igualmente señala que pese a no estar consagrado en la legislación penal colombiana (Decreto-Ley 100 de 1980 o Ley 599 de 2000) el delito de lesa humanidad puede ser imputado dado que por vía del bloque de constitucionalidad la normativa internacional que lo consagra se entiende incorporada al ordenamiento jurídico local, invocando para ello el artículo 93 superior¹²⁰; también destaca el hecho de que la acción penal que se adelante por este crimen goza de imprescriptibilidad, sin que ello suponga el desconocimiento de artículo 28 constitucional¹²¹, pues afirma que la pena sigue sujeta a la regla de la prescripción¹²²; y por último, pone de presente, conforme al precedente interamericano y regional, la imposibilidad de suscribir leyes de amnistías o de punto final respecto de estas conductas reprobadas¹²³. En cuanto al concepto de delito de lesa humanidad, la Corte señaló:

¹²⁰ "Pero es claro para la Corte que la no incorporación en la legislación interna de una norma que en estricto sentido defina los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento a nivel nacional, porque con base en el principio de integración –artículo 93 de la Carta Política- debe acudir a los instrumentos internacionales que por virtud del bloque de constitucionalidad obligan en la interpretación y aplicación de las normas. (...) Por lo tanto, para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos de graves violaciones a los derechos humanos, que fueron tipificados en la legislación nacional bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos". (Subrayado fuera de texto) Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre de 2009, expediente 32022.

¹²¹ Constitución Política. Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

¹²² "Es factible, entonces, que un delito de lesa humanidad reporte como tal la condición de imprescriptibilidad en su investigación, pero acerca de personas determinadas –individualizadas y formalmente vinculadas- exija el cumplimiento de los términos de investigación y juzgamiento. Debe agregarse, eso sí, como lo señaló el alto Tribunal Constitucional, que en los casos de delitos permanentes –como la desaparición forzada-, ese término prescriptivo no corre hasta que se sepa del destino del desaparecido, porque de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal la prescripción debe contarse "desde la perpetración del último acto". Desde luego, reitera la Corte que esos fundamentos perfectamente son válidos para atender en el caso concreto la evaluación de cualquier delito de lesa humanidad y los efectos que sobre el mismo pueda traer la prescripción de la acción penal y la pena". (Subrayado fuera de texto) Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre de 2009, expediente 32022.

¹²³ "De otro lado, acorde con los instrumentos internacionales antes citados, debe señalarse que además de su carácter de imprescriptibles, los delitos de lesa humanidad repudian figuras tales como las leyes de punto final¹²³, amnistías y autoamnistías, y en general, todo tipo de normas que atenten contra los derechos de las víctimas a tener un recurso efectivo que les permita conocer la verdad." Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre de 2009, expediente 32022.



"Cuando nos referimos a los crímenes de lesa¹²⁴ humanidad, hablamos de infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, que ofenden la conciencia ética de la humanidad y niegan la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana. En ese sentido, el efecto del delito de lesa humanidad tiene dos dimensiones: por un lado inflige un daño directo a un grupo de personas o a un colectivo con características étnicas, religiosas o políticas y, por otro lado, causa un daño por la vía de la representación a toda la humanidad. En la segunda dimensión, la naturaleza del acto lesivo es de tal magnitud, que la humanidad se hace una representación del daño, evocando el dolor y el sufrimiento que provocaron dicho tipo de actos a otros seres humanos, presumiéndose que esos hechos socavan la dignidad misma de los individuos por la sola circunstancia de ejecutarse a pesar de que no estén involucrados directamente los nacionales de otros países. Así entonces, el daño que produce el delito de lesa humanidad se traslada, por representación, a toda la comunidad internacional, constituyéndose en el límite de lo soportable para la humanidad y el ser humano"¹²⁵⁻¹²⁶. (Subrayado fuera de texto).

9.23.4.2.- Ahora, en cuanto a los elementos dogmáticos que se requieren para que se configure un delito de lesa humanidad –y no uno común- la Corte precisó lo siguiente:

"2. De acuerdo con el encabezado de esa disposición, (Estatuto de Roma) para que una conducta constituya un delito de lesa humanidad, y no un delito ordinario, es necesario que ocurra en el contexto de un ataque dirigido contra una población civil, y que tenga una naturaleza sistemática o generalizada. Además, es necesario que exista un vínculo entre la conducta de que se trate y el ataque dirigido contra la población civil consistente en que el comportamiento debe hacer parte de dicho ataque. Se requiere también que el autor haya tenido conocimiento de que la acción específica que se le imputa era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo"¹²⁷. (Subrayado fuera de texto).

9.23.4.3.- Por otra parte, recientemente la Fiscalía General de la Nación declaró como delito de lesa humanidad las conductas delictivas de las que fue víctima la periodista Jineth Bedoya, pues encontró que las conductas de tortura, secuestro y acceso carnal violento fueron ejecutadas dentro de un contexto mucho más amplio

¹²⁴ El término "Lesas" viene del latín "laesae", que corresponde al participio presente, en voz pasiva, del verbo "Laedo", que significa: herir, injuriar, causar daño.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre de 2009, expediente 32022. Igualmente véase: sentencia de 3 de diciembre de 2009, expediente 32672 caso Salvador Arana; auto de 13 de mayo de 2010, expediente 33118 caso Masacre de Segovia y auto de 16 de diciembre de 2010, expediente 33039.

¹²⁶ Al final de la providencia de 21 de septiembre de 2009 la Corte apunta lo siguiente: "Por ello, la Corte llama la atención respecto de hechos delictivos de enorme gravedad y amplia connotación nacional -valga, apenas para citar ejemplos puntuales, lo sucedido con la toma guerrillera del Palacio de Justicia y el exterminio de los miembros de la Unión Patriótica-, para que su investigación y juzgamiento se adapten a los estándares internacionales hoy vigentes".

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 28 de mayo de 2012, expediente 34180.



y agravado que hace que trasciendan de conductas delictuales comunes a crímenes de lesa humanidad. En cuanto a la definición de lesa humanidad la Fiscalía sostuvo:

"Determinar cuándo un comportamiento punible se inscribe dentro de la categoría de los delitos contra la humanidad, o dentro del concepto genérico de los crímenes internacionales, resulta de la mayor relevancia por el impacto que ocasionan y por las consecuencias jurídicas que de ello se desprende.

En efecto, son delitos que trascienden el ámbito doméstico de una nación y afectan su soberanía, pues al convertirse en crímenes internacionales, el Estado donde sucedieron deja de ser el único facultado para perseguir y sancionar a los autores o partícipes, adquiriendo igualmente competencia para hacerlo otros Estados o los tribunales internacionales. Por eso se dice que la criminalidad de estos delitos, anula la soberanía estatal, convirtiéndolos en crímenes internacionales.

(...)

El Derecho Internacional, como se detallará a continuación, ha instituido claramente los crímenes contra la humanidad como cualesquiera de una serie de actos inhumanos, incluidos el homicidio intencional, el encarcelamiento, la tortura, la desaparición y la violencia sexual, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier miembro de la población civil, tanto en tiempos de guerra como de paz.

Entre tales actos inhumanos se encuentran: el asesinato, el exterminio, la tortura, el sometimiento a esclavitud, la deportación, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, el encarcelamiento arbitrario, la desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos.

Es decir, cuando este tipo de actos se cometen de manera sistemática o a gran escala, dejan de ser crímenes comunes para pasar a subsumirse en la categoría más grave de crímenes contra la humanidad.

(...)

Ahora, debe advertirse, que dichas conductas, tanto de violencia sexual como de tortura, para que sean consideradas como delitos de Lesa Humanidad, deben cumplir con cuatro condicionamientos a saber:

- 1).- El ataque a la Población Civil.*
- 2).- La existencia de una línea de conducta.*
- 3).- Generalidad o sistematicidad del ataque.*
- 4).- El conocimiento del ataque.¹²⁸*

9.23.4.4.- Por último, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en decisión de 8 de septiembre de 2010, resolvió un recurso de apelación contra un auto de 27 de noviembre de 2009 del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá en donde se había declarado la prescripción de

¹²⁸ Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Fiscalía 49 especializada. Decisión de 10 de septiembre de 2012. Investigación sumaria No. 807. También señaló la Fiscalía: Acorde a cómo sucedieron los hechos que da cuenta el proceso, el proceder de los procesados es más que reprochable, nótese que se está ante conductas de secuestro simple, tortura y acceso carnal violento en persona protegida con visualización de ser éstas dos últimas crímenes de Lesa Humanidad, todas ellas practicada dentro del contexto del conflicto armado que envuelve desde hace años al país, frente a una mujer - periodista protegida por el Derecho Internacional Humanitario, de donde se infiere que el comportamiento de los procesados frente a las personas que por sus investiduras militares y políticas dentro de la organización al margen de la ley debían ser protegidas; no haberlo hecho, se constituye en un peligro para la " población civil".



la acción penal a favor de varios miembros del extinto grupo guerrillero M-19 por los hechos ocurridos en noviembre de 1987 en el Palacio de Justicia de Bogotá. En esta decisión el Tribunal califica las muertes ocurridas como delitos de lesa humanidad, al encontrar configurado un ataque sistemático o masivo, pues hubo un "alto nivel de planeación metódica" de parte del grupo M-19 además de constatar que "no se trató de un hecho de azar donde en cualquier momento puede emerger el combate armado entre adversarios, sino de un acto deliberado encaminado a atacar a la población civil.". el Tribunal razonó en los siguientes términos:

"La definición de crímenes de lesa humanidad surge como un concepto suplementario a los crímenes de guerra dirigidos inicialmente a la protección de los habitantes de un país extranjero y neutral frente al conflicto, distinguiéndolos de los crímenes de guerra por su carácter de masivos y sistemáticos (Acuerdo de Londres de 1945 para el Tribunal de Nuremberg), de donde la calificación de un hecho como crimen de lesa humanidad, además de su masividad y sistematicidad, dependía de la nacionalidad de la víctima, el territorio en donde se había cometido y su relación con un crimen contra la paz o de guerra.

(...)

Es de resaltar que no todo acto inhumano constituye un crimen de lesa humanidad; es la forma sistemática y masiva con la que se ejecuta, el elemento que permite distinguir un crimen común de un crimen de lesa humanidad. Solo los crímenes que por su magnitud y carácter salvaje o por su gran número o por el hecho de que un patrón similar haya sido aplicado en diferentes tiempos y lugares, puesto en peligro a la comunidad internacional o conmocionado la conciencia de la humanidad, podrían garantizar la intervención de los Estados diferentes a aquel en cuyo territorio hubieren sido cometidos los crímenes, o cuyos nacionales hubieren resultado siendo víctimas... El término masivo se entiende en relación con una acción a gran escala que comprende un número sustancial de víctimas, en tanto que el término sistemático al ataque ejecutado con un alto grado de organización y planeación metódica... y se entiende por ataque a la población civil una línea de conducta que implica que la comisión de múltiples actos de los mencionados en el parágrafo 1º contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política"¹²⁹

(...)

5.3. ADECUACIÓN A LOS HECHOS MATERIA DE DEBATE

De acuerdo con los conceptos contenidos en las normas de derecho penal internacional respecto de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, puede concluirse que los hechos ocurridos en el recordado holocausto del Palacio de Justicia cuyos resultados dañosos invadieron la esfera del derecho penal y fueron imputados a los aquí procesados, no deben calificarse como crímenes de guerra en tanto que, como ya se mencionó, los mismos solo pueden configurarse en un escenario de conflicto armado interno o internacional, siempre y cuando concurren los requisitos señalados en los Protocolos de Ginebra. Adicionalmente, aunque el Estatuto de Roma no hace mención alguna al respecto, estima el Tribunal que también se requiere que la autoridad pública le reconozca a su adversario la condición de combatiente o beligerante, por ser una cuestión de naturaleza estrictamente política.

¹²⁹ Concepto de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas. CORDOBA Triviño, Jaime. Derecho Penal Internacional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.



(...)

Estima el Tribunal que el asalto al Palacio de Justicia no puede calificarse como un acto propio del hostigamiento militar inherente a las partes en conflicto, pues es claro que tan atrevido comportamiento del M-19 no estaba dirigido a reducir a su adversario militar (fuerzas armadas), sino que fue una embestida a la institucionalidad del Estado representada por civiles ajenos al conflicto. No se trató de un hecho de azar donde en cualquier momento puede emerger el combate armado entre adversarios, sino de un acto deliberado encaminado a atacar a la población civil.

Ahora bien, en aplicación del concepto de crímenes de lesa humanidad, son varios los elementos que permiten afirmar que algunos de los delitos endilgados a varios de los miembros del M-19 que no fueron beneficiados con el proceso de indulto, sí merecen tal calificativo.

Como ya se dijo, el concepto de crímenes de lesa humanidad es autónomo frente a los crímenes de guerra y en palabras de la Comisión de Derecho Internacional, "consisten en actos inhumanos de muy serio carácter que envuelven violaciones sistemáticas o generalizadas en contra de la población civil en todo o en parte. El sello de tales crímenes lo determina su gran escala y naturaleza sistemática. Las formas particulares de los actos ilegales son menos cruciales que la definición de los factores de escala y política deliberada, al igual que tengan como objetivo la población civil en todo o en parte... El término, dirigido en contra de cualquier población civil debe hacer referencia a actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de una población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos raciales o religiosos. Los actos particulares referidos en la definición son los actos cometidos deliberadamente como parte de ese ataque"¹³⁰

De la forma como fue ejecutado el asalto al Palacio de Justicia aquel 6 de noviembre de 1985, emerge claro que este comportamiento obedeció a un alto nivel de planeación metódica por parte de los miembros del grupo guerrillero M-19, de allí su sistematicidad; además, fue un hecho en el que se victimizó en su mayoría a ciudadanos indefensos los cuales fueron asesinados cuando se encontraban sin posibilidad alguna de repeler el ataque de los rebeldes que estaban fuertemente armados, siendo evidente que no fue un acto dirigido a reducir a su enemigo que eran las fuerzas militares colombianas, sino una agresión masiva contra la población civil que se encontraba en el lugar. También se trató de una conducta que generó repudio y conmovió la conciencia de los colombianos quienes después de más de veinte años continúan rechazando de manera vehemente los sucesos acaecidos en el año 1985 y clamando justicia para que ese acto bárbaro no quede en la impunidad.

Las anteriores circunstancias son claramente indicativas de que la muerte causada al personal civil que se encontraba en el Palacio de Justicia durante el asalto desplegado por miembros del M-19, es un crimen de lesa humanidad, que de acuerdo con el Estatuto de Roma se conoce como asesinato. Justamente el numeral 1º del artículo 7º de dicho estatuto señala como elementos de este crimen que el autor dé muerte a una o varias personas, que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que el ataque fuera de este tipo. Los anteriores elementos concurren en la modalidad delictiva ejecutada por los miembros del M-19 en la que se cegó la vida del personal civil que laboraba en el Palacio de Justicia.

(...)

Sin embargo, acoge el Tribunal el criterio según el cual para el momento de comisión del delito contra la vida, la normatividad interna de nuestro país protegía este bien jurídico a través de la tipificación del delito de homicidio que estaba previsto como

¹³⁰ Comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 20 del proyecto de creación de un tribunal penal internacional. Tomado de AMBOS, Kai, El Nuevo Derecho Penal Internacional. Ara ediciones. Lima, Perú 2004.



hecho punible para esos momentos. Además, tampoco puede desconocerse que para esa época ya existían instrumentos internacionales que reprochaban el delito de homicidio, ahora conocido en la normativa penal internacional como asesinato, y que se constituyen en normas de ius cogens que obligan a los Estados sin necesidad de que medie un tratado que las acoja como parte del orden interno para su respeto y aplicación.¹³¹(...)¹³² (Subrayado fuera de texto).

9.23.4.5.- A su turno, la Corte Constitucional luego de un periodo inicial en donde refería al delito de lesa humanidad de manera poco precisa¹³³, empezó a abordar esta noción con mayor precisión, tal como se evidencia en la sentencia SU-1184 de 2001 en donde la Corte resaltó que la fuerzas militares no pueden “*abstenerse de iniciar acciones de salvamento, (...) frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos (DD.HH), en particular conductas calificables de lesa humanidad*”¹³⁴, enlistando dentro de esta categoría las siguientes acciones:

*“i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario- o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos -tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan”*¹³⁵.

9.23.4.6.- Posteriormente fue la sentencia C-578 de 2002, con ocasión del control constitucional previo y automático de la ley aprobatoria del tratado internacional contentivo del Estatuto de Roma, en donde la Corte abordó de manera profunda el análisis jurídico del delito de lesa humanidad, indicando que este concepto “*cobija un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, y que han sido proscritas por el*

¹³¹ Ver auto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de fecha 13 de mayo de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹³² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Auto de 8 de septiembre de 2010. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Radicado: 11001-0704-002-1999-04119-01, en [http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/VARIOS/JURISPRUDENCIA_INTERE_S/Tribunal%20Superior%20de%20Bogota-Boletin%20Juridico/BOLETIN%20016%20DE%202010%20MEJORADO\(1\).doc](http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/VARIOS/JURISPRUDENCIA_INTERE_S/Tribunal%20Superior%20de%20Bogota-Boletin%20Juridico/BOLETIN%20016%20DE%202010%20MEJORADO(1).doc) y en

<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/castro35.html>; consultado el 18 de febrero de 2013].

¹³³ Al respecto véase las sentencias: C-069 de 1994; C-013 de 1997; C-358 de 1997; T-683 de 1999, C-867 de 1999 y SU-1184 de 2001. En estas decisiones se catalogó, sin mayor razonamiento, como delito de lesa humanidad al secuestro, así como las conductas penales consagradas en los artículos 328, 345, 346, 347 y 348 del Decreto 100 de 1980; y también se señaló que un delito de lesa humanidad “es tan extraño a la función constitucional que la fuerza pública que no puede jamás tener relaciones con actos propios del servicio”.

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.



derecho internacional desde hace varios siglos. Aun cuando en un principio se exigía su conexidad con crímenes de guerra o contra la paz, esta condición ha ido desapareciendo"; después, la Corte reseñó históricamente los eventos en que se ha intentado atribuir responsabilidad penal por la comisión de este delito¹³⁶, para luego afirmar que actualmente "*Respecto de estas conductas existe consenso sobre su carácter de normas de ius cogens*".¹³⁷ Por otro tanto, en lo que corresponde al ordenamiento jurídico colombiano, indicó que, en virtud de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, es claro que hace parte del consenso internacional comprometido con la lucha contra la impunidad de las conductas más graves que atentan contra los Derechos Humanos¹³⁸.

¹³⁶ "El primer intento moderno para imputar responsabilidad penal individual tiene lugar durante la Primera Guerra Mundial. A pesar de que en 1919, durante la Conferencia de Paz, las Potencias Aliadas encontraron que hechos como la masacre de armenios por parte de los turcos y otros de similar gravedad eran "violatorios de las leyes y costumbres de guerra y de las leyes elementales de humanidad", el Tratado de Versalles no ordenó la realización juicios de responsabilidad penal contra sus autores, por considerar que el concepto de leyes de humanidad señalaba un asunto de carácter moral respecto del cual no existía un estándar fijo que permitiera su juzgamiento por una corte. La noción moderna de crímenes contra la humanidad nace en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y está contenida en su artículo 6(c) que incluye las siguientes conductas: "asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutados en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados". Aun cuando la mayor parte de las violaciones imputadas a criminales nazis fueron crímenes de guerra cuyo origen estaba en el derecho de la Haya, la consagración de esta nueva categoría de crímenes contra la humanidad era necesaria para poder extender la responsabilidad penal de altos oficiales nazis por actos cometidos contra la población civil. El problema que planteaba esta nueva categoría era que se acusara a los Aliados de juzgar ex post facto si se hacía una interpretación estricta del principio de legalidad. Con el fin de evitar ese cuestionamiento, se optó por establecer una conexión con los crímenes de guerra y contra la paz. La extensión de la responsabilidad penal se sustentó en el reconocimiento de que la aplicación de ciertas provisiones sobre crímenes de guerra, se aplicaban a civiles y otras personas protegidas, por lo cual su sanción se justificaba si existía una conexión con algún crimen de guerra o contra la paz de competencia del Tribunal de Nuremberg. Este desarrollo permitió el juzgamiento de 18 líderes nazis por crímenes contra la humanidad, de los cuales 16 fueron condenados y dos (Hess y Fritzsche) fueron exonerados. Dos de los 16 condenados (Streicher y von Schirach) fueron condenados exclusivamente por crímenes contra la humanidad. Bajo la Ley No. 10 del Consejo de Control, los Aliados juzgaron oficiales y soldados alemanes en sus respectivas zonas de ocupación por crímenes contra la humanidad, pero sin la exigencia de conexidad de los crímenes contra la humanidad con la iniciación de la guerra o con los crímenes de guerra, que fue eliminada por la Ley 10. Debido a que muchos criminales nazis se ocultaron para evitar su juzgamiento, varios Estados mantuvieron abiertos, por años los procesos criminales iniciados a principios de los años 50. Así, por ejemplo, durante la década de los años 80 y principios de la década de los 90, Francia juzgó a Klaus Barbie y a Paul Touvier por crímenes contra la humanidad".

¹³⁷ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia Cámara de apelación Procurador c/ Duško Tadić. Sentencia del 2 de octubre de 1995. Caso No IT-94-1-AR72, en 35 ILM 32 (1996). Algunos tratadistas señalan que cuando un crimen internacional amenaza la paz y la seguridad mundiales o perturba gravemente la conciencia de la humanidad, adquiere necesariamente la jerarquía de norma de ius cogens. Ver por ejemplo, BASSIOUNI, Cherif. *Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Rights: International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*. (1996) 59 *Law and Contemporary Problems*, pp.69 a 71.

¹³⁸ "Colombia hace parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos. Ese compromiso de Colombia se refleja en el



9.23.4.7.- Por último, en lo que concierne a los elementos que configuran este delito, el Tribunal puso de presente que actualmente éste puede ocurrir fuera de un conflicto armado y ser perpetrados sin la participación estatal; así como se explicitan más conductas enlistadas dentro del crimen de lesa humanidad¹³⁹; tales elementos son:

- 1) Ataque generalizado o sistemático.*
- 2) Dirigido contra la población civil.*
- 3) Que implique la comisión de actos inhumanos. El Estatuto enumera los actos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque:
(...)*
- 4) Conocimiento de que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil;*
- 5) Para los actos de persecución solamente, se ha de tomar en cuenta los fundamentos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género;*
- 6) El contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. No necesariamente se comete en conexión con otro crimen. Una excepción es el enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad; el cual debe de estar relacionado con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la CPI."*

hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. A saber: i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959; ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981; iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986; iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968; v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972; vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992; viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994; ix) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987; x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994".

¹³⁹ "Aun cuando originalmente el concepto exigía una conexión con la existencia de un conflicto armado y la participación de agentes estatales, hoy en día el derecho penal internacional reconoce que algunas de las conductas incluidas bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir fuera de un conflicto armado y sin la participación estatal. La definición de crímenes de lesa humanidad que trae el Estatuto difiere de la empleada hasta el momento en el derecho penal internacional en varios aspectos. Por un lado, el Estatuto amplía la definición de crímenes de lesa humanidad para incluir expresamente las ofensas sexuales, (distintas a la violación¹³⁹), el apartheid y las desapariciones forzadas. El Estatuto además aclara que tales crímenes se pueden cometer en tiempos de paz o de conflicto armado y no requieren que se cometan en conexión con otro crimen, salvo que se trate del enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad, la cual ha de estar relacionada con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la Corte Penal Internacional".



9.23.4.8.- En lo que corresponde al Consejo de Estado, fungiendo como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, es menester señalar que ha aludido en ocasiones al delito de lesa humanidad sin ahondar en los elementos contextuales necesarios para su configuración¹⁴⁰. De tales decisiones vale traer a colación lo afirmado en un voto disidente en donde se trató el tema de la caducidad de la acción cuando se presenta un delito de lesa humanidad; allí se sostuvo que no podía invocarse la regla interna de caducidad de la acción para conocer del asunto, tal como lo resolvió en esa oportunidad la postura mayoritaria, pues esto desconocería compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos. Por otra parte, se resaltó que la imprescriptibilidad de la acción de reparación directa derivada de un delito de lesa humanidad no vulnera el orden público ni la seguridad jurídica, pues, antes que nada, se estarían realizando los postulados de la Carta Constitucional. Tal voto fue suscrito en los siguientes términos:

"(...) es claro que si la demanda tiene como fundamento la presunta vulneración o trasgresión de derechos humanos, no puede invocarse la caducidad de la acción de reparación directa, a nivel interno, como fundamento de la pérdida del derecho de acción. De lo contrario, se entraría en claro desconocimiento de las normas y postulados internacionales que consagran, de manera expresa, la imprescriptibilidad de los desconocimientos y vulneraciones a derechos humanos¹⁴¹, sin que ello implique limitar la competencia con que cuenta el funcionario judicial al momento de proferir la sentencia, para efectuar un análisis detallado y ponderado sobre los hechos de la demanda.

Lo anterior tiene su logor, en tanto las violaciones de derechos humanos están dotadas de la condición de imprescriptibilidad, de allí que la reparación integral que de la conducta violatoria se deriva, no puede hacerse depender del oportuno ejercicio

¹⁴⁰ Así, por ejemplo, en sentencia de 20 de junio de 2011, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el Consejo de Estado desatacó: "Es decir que hasta el año 2000, no había una norma que estableciera cómo o desde cuándo se empezaba a contar el término de caducidad en los asuntos de responsabilidad por el delito de "desaparición forzada" como tampoco la había ni la hay en la actualidad para el de "homicidio en persona protegida". Por lo mismo, no era posible aplicar el artículo 136 del C.C.A., acudiendo solamente a su tenor literal, pues el juez no podía, sólo con fundamento en la fecha de la denuncia por la muerte de la víctima y so pretexto de la falta de desarrollo legal en relación con la contabilización del término de caducidad, tratándose de delitos de lesa humanidad como el que ocupa la atención de la Sala, impedir el acceso a la administración de justicia o sustraerse del conocimiento de los asuntos que por Ley le han sido asignados. (...) El delito de homicidio en persona protegida, al igual que el delito de desaparición forzada, es un delito de lesa humanidad." Sección Segunda, sentencia de 20 de junio de 2011, C.P.: Alfonso Vargas Rincón. Radicado: 11001-03-15-000-2011-00655-00 (AC). Igualmente véase: auto de 21 de febrero de 2011, radicado: 39360; sentencia de 26 de octubre de 2011, radicado: 18850.

¹⁴¹ Establece el artículo 39 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ratificado por Colombia mediante ley 742 de 2002): "Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán".



de la acción respectiva, dentro de los términos legales establecidos en el derecho interno¹⁴².

(...)

Por lo tanto, el hecho de asumir criterios como el de esta stirpe, es decir, según el cual la reparación integral de un daño antijurídico derivado de la violación de derechos humanos no tiene prescripción ni caducidad, no puede considerarse ni ser entendido como una ruptura que desconocería la seguridad jurídica, o como el de una interpretación que atentaría contra el patrimonio público, toda vez que si el Estado no responde, por la violación de los derechos humanos, no habrá posibilidad alguna de que los valores y principios que trazó el constituyente en la Carta Política de 1991, se vean efectivamente realizados.

De lo contrario, no se entendería el por qué el Estado puede perseguir a las personas responsables de violaciones a derechos humanos sin que opere la prescripción de la acción penal y, desde el lado opuesto, no pudieran las víctimas de la trasgresión buscar la reparación del daño en cabeza del Estado; este último, principal encargado de la protección y satisfacción de las garantías humanas¹⁴³¹⁴⁴.

Examinado ampliamente el tratamiento y configuración de los crímenes de lesa humanidad, el Despacho procede a recapitular, para establecer las características, elementos y consecuencias que se deriven con relación a la operatividad o no del fenómeno de la caducidad cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de lesa humanidad, realizados directa o indirectamente por sus agentes.

10.- Recapitulación de las características, elementos y consecuencias de los crímenes o actos de lesa humanidad y su irradiación frente al fenómeno de la caducidad de la acción.

10.1.- Por las anteriores consideraciones, el Despacho entiende los crímenes de lesa humanidad como aquellos actos ominosos que niegan la existencia y vigencia imperativa de los Derechos Humanos en la sociedad al atentar contra la dignidad

¹⁴² "No obstante, nunca debí haber permitido que se abrieran las puertas del pueblo a quienes afirman que existen valores más altos que la decencia. Le mostraron a su padre desnudo y lo torturaron hasta hacerle balbucear algunas palabras; a ella la maltrataron y él no pudo evitarlo (un día que pasé en mi despacho ocupado con el libro mayor). Desde entonces nunca volvió a ser enteramente humana, dejó de ser hermana de todos nosotros. Se rompieron ciertos vínculos, su corazón no pudo volver a abrigar ciertos sentimientos..." COETZEE, J. M., "Esperando a los Bárbaros", p.121.

¹⁴³ "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente, concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes; si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar" (Subrayado fuera de texto). RAWLS, John "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica, México, p1.7.

¹⁴⁴ Salvamento de voto suscrito por el Consejero Enrique Gil Botero frente al auto de 10 de diciembre de 2009, radicado: 35528. En el mismo sentido véase el salvamento parcial firmado por el mismo Consejero a la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de septiembre de 2009, radicado 2003-00442.



humana por medio de acciones que llevan a la degradación de la condición de las personas, generando así no sólo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos sino que agrediendo a la conciencia de toda la humanidad.

Conforme a esta definición y los abundantes precedentes jurisprudenciales, dos son las características principales que se pueden destacar del delito de lesa humanidad: su autonomía frente a otros crímenes, especialmente aquellos de guerra y su imprescriptibilidad en tanto que participa de la categoría de delito internacional.

10.2.- En cuanto a lo primero, valga señalar que, como se deja claro en las definiciones estatutarias del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de la Corte Penal Internacional, e inclusive la propia jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia –en contra de su Estatuto–, el delito de lesa humanidad no requiere, para su configuración, que se ejecute dentro de un contexto de un conflicto armado internacional o interno, basta, a diferencia del crimen de guerra, que se compruebe la configuración de una modalidad específica de ejecución cual es en el marco de una actuación masiva o sistemática¹⁴⁵.

10.3.- En cuanto a la segunda característica, la *imprescriptibilidad*, debe señalarse que la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 estableció en el artículo I que “*Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”¹⁴⁶, enlistándose en el literal b) el delito de lesa humanidad, conforme a la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Esta tesis es refrendada por amplia jurisprudencia sobre la materia, como la arriba citada, en donde se pone de presente que dada la gravedad que comporta el delito de lesa humanidad, la acción penal no prescribe¹⁴⁷, tal como se expone con meridiana claridad en la sentencia proferida

¹⁴⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. Volumen II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p.52.

¹⁴⁶ [http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimenes_guerra.htm; consultado el 18 de marzo de 2013].

¹⁴⁷ Ver: En el caso colombiano auto de 27 de noviembre de 2009 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá; autos de 21 de septiembre de 2009 y 13 de mayo de 2010 proferidos por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal expediente 32033. También en el caso de Argentina el fallo de 8 de marzo de 2005 en el caso Arancibia Clavel, en el TEDH la decisión de 17 de enero de 2006 proferida en el caso Kolk y Kisiyiy vs Estonia; entre otros.



por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano vs Chile, en donde el Tribunal consideró que la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, consagrada en la Convención de 1968, reviste la connotación de ser una norma de *ius cogens*, de manera que aunque el estado chileno, demandado en el caso, no había suscrito tal tratado, éste le resultaba aplicable, por ser disposición de derecho público internacional inderogable por parte de los Estados. La Corte expuso lo anterior en los siguientes términos:

"151. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

152. En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹⁴⁸ claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

*153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa". (Subrayado fuera de texto).*

10.4.- En consecuencia, pese a que no se haya ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de estos delitos internacionales, conforme al razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es claro que ello resulta intrascendente dado que por ser norma de *ius cogens* y por operar el principio de humanidad la misma está inmersa y presente dentro del derecho internacional público consuetudinario y es de imperiosa observancia por parte de los Estados, siendo nulo cualquier tratado internacional encaminado a desconocerla¹⁴⁹⁻¹⁵⁰. Al respecto Cançado Trindade caracteriza esta figura en los siguientes términos:

¹⁴⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

¹⁴⁹ Convención de Viena. Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*ius cogens*"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para



"(...) la construcción doctrinal y jurisprudencial del jus cogens internacional como propia de un nuevo jus gentium, el Derecho Internacional para la Humanidad. (...) en este entendimiento, y por definición, el jus cogens internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el corpus juris del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El jus cogens tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo jus Gentium"¹⁵¹, ¹⁵² (Subrayado fuera de texto).

Sobre este punto, basta con examinar las consideraciones de dos connotados pensadores occidentales, Francisco de Vitoria e Immanuel Kant, para encontrar demostrada la íntima relación existente entre un llamado derecho de gentes (jus cogens) y la necesidad de conformar una asociación o federación de estados de todo el mundo, idea que contemporáneamente se encuentra materializada, prima facie, en la constitución de la Organización de las Naciones Unidas, de la cual es miembro el Estado colombiano. Así, por ejemplo Francisco de Vitoria en su *de potestate civili* en 1528, en donde formuló grandes aportes para la construcción del derecho internacional, sostuvo la existencia de un derecho de gentes, constituido por un conjunto de normas dictadas por el mundo entero y a las cuales

los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹⁵⁰ Puede verse en el ordenamiento jurídico colombiano: Corte Constitucional, Sentencia C-620/2011 donde se dijo: "77. O sea, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, frente al reclamo sobre la prescripción de la acción de delitos que representan graves violaciones de derechos humanos y en su caso delitos de lesa humanidad que se investigan, ha estimado que la misma no es predicable porque así lo imponen tanto la atrocidad de los actos y la afectación sobre las víctimas y la humanidad misma, como los máximos niveles posibles de protección de que pueda disponer el Estado, el legislador o en su defecto el juez de la causa. Consideraciones dentro de las que se incluyen no sólo el delito de genocidio que aparece individualizado en dicho proceso, sino todos los delitos atroces y estimados como graves violaciones de derechos humanos, dentro de los que se encuentra el de desaparición forzada". Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto de 13 de mayo de 2010, dentro del caso César Pérez García, radicado: 33118. Ha dicho: "En conclusión, al tratarse de uno de los Principios del Derecho Internacional y que debe ser ejecutado por todos los Estados, independientemente de su adhesión o no al Convenio referido, es inadmisibles predicar la operancia de la prescripción como mecanismo de salvamento para detener, terminar o evitar el inicio de una investigación relacionada con la comisión de crímenes graves contra los Derechos Humanos y la humanidad en sí, como es el caso del genocidio de lesa humanidad. Razón por la cual, aunque el Estado Colombiano no ratificó el Tratado mencionado, ello no es óbice para reconocer que respecto de los delitos de lesa humanidad -como el pluricitado genocidio- no opera la prescripción, esto es, deben ser investigables en cualquier tiempo".

¹⁵¹ A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I", 316 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye (2005), cap. XII, pp.336-346.

¹⁵² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "La ampliación del contenido del ius cogens", en [<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>; consultado el 19 de marzo de 2013].



un estado no puede rehusarse: *"el derecho de gentes no deriva su fuerza del pacto o convención entre los hombres, sino que tiene fuerza de ley. El mundo entero, en efecto, que es, en cierto modo, una República, tiene el poder de promulgar leyes equitativas y adaptadas a las necesidades de todos, como lo son las del derecho de gentes (...)* No es permitido a un Reino particular rehusarse a estar vinculado por el derecho de gentes, ya que es un derecho promulgado por la autoridad del mundo entero."¹⁵³; a su turno Kant, desde el idealismo alemán, también dejó en claro la existencia de un derecho de gentes¹⁵⁴, dotado de un estatus jurídico vinculante, fundado bajo la igualdad soberana de estos en el marco de una federación de naciones¹⁵⁵ encargada de la conservación de estas libertades:

*"No se puede hablar de derecho de gentes si no es suponiendo un estatuto jurídico, es decir, una condición externa que permita atribuir realmente un derecho al hombre. El derecho de gentes, como derecho público que es, implica ya en su concepto la publicación de una voluntad general que determine para cada cual lo suyo. Y este estatuto jurídico ha de originarse en algún contrato, el cual no necesita estar fundado en leyes coactivas -como el contrato origen del Estado-, sino que puede ser un pacto de asociación constantemente libre, como el que ya hemos citado anteriormente al hablar de una federación de naciones"*¹⁵⁶.

De acuerdo con Kant, siendo la "paz duradera" un fin de la "razón práctica" significa, "que su teoría del derecho de gentes está informada por un principio

¹⁵³ [FRANCISCO DE VITORIA. De potestate civili. Par. 21. 1528. Citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El ius cogens. Estudio histórico-crítico. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. Pág. 176. Información obtenida en el siguiente enlace web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1073/12.pdf>, consultado el 1º de abril de 2013].

¹⁵⁴ "Como indica Guariglia, la teoría kantiana del derecho internacional ha influido de un modo innegable en las discusiones actuales en torno a la justicia global dentro del ámbito de las teorías liberales. En efecto, Zum ewigen Frieden (1795) y la sección de derecho de gentes de la Rechtslehre (1797) les han legado su principio normativo básico (los derechos humanos) y la problemática que es fuente de discrepancia (el rol de las fronteras nacionales". MAREY, Macarena, "La fuente de normatividad del derecho internacional kantiano y las fronteras nacionales", en Revista latinoamericana de Filosofía, V.XXXIII, No.2, primavera 2000, p.334.

¹⁵⁵ "Esta idea racional de una comunidad pacífica universal, aunque todavía no amistosa formada por todos los pueblos de la tierra que pueden establecer relaciones efectivas entre sí, no es algo filantrópico (ético), sino un principio jurídico. (...) Este derecho, en tanto que conduce a la posible unión de todos los pueblos con el propósito de establecer ciertas leyes universales para su posible comercio, puede llamarse el derecho cosmopolita (ius cosmopoliticum)." KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. (traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill), 4ª ed, Tecnos. Madrid, 2005, p.192.

¹⁵⁶ KANT, Immanuel. La paz perpetua. (traducción Rivera Pastor). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999. Edición digitalizada basada en la edición de Madrid, Espasa Calpe, 1979, [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-paz-perpetua--0/html/fefe81ac-82b1-11df-acc7-002185ce6064_8.htm; consultado 1 de abril de 2013].



normativo que surge de la contradicción entre la guerra y el derecho de la humanidad como fin de valor absoluto¹⁵⁷.

10.5.- Por otro tanto, el Despacho advierte que la configuración de un acto de lesa humanidad no se agota simplemente en la ocurrencia de alguna de las conductas puntualmente tipificadas como tal (v. gr. asesinato, tortura, etc.), pues se trata de delitos comunes reconocidos de antaño por las disposiciones penales en el derecho interno, sino que es exigencia *sine qua non* acreditar los elementos *contextuales* que cualifican y hacen que tal crimen derive en uno de lesa humanidad, a saber: que se ejecute i) contra la población civil y ii) en el marco de un ataque generalizado o sistemático.

10.6.- Observados estos elementos, queda claro que no se requiere cualificación del sujeto que ejecuta la conducta. Esto es, ninguna norma que ha definido el delito de lesa humanidad ha consagrado un condicionamiento especial respecto del ejecutor de la conducta criminal. Sin embargo, el Despacho llama la atención sobre el hecho de que en varios de tales casos se evidencia la participación de sujetos que obraron en calidad de agentes del Estado. Así, por ejemplo, Jean Paul Akayesu, se desempeñó como burgomaestre de la población de Taba durante la época del genocidio; Alberto Fujimori era Presidente de la República del Perú, ocurriendo los hechos por los cuales se le condenó dentro de su periodo presidencia, y Julio Héctor Simón era miembro de la Policía Federal de Argentina cuando cometió los crímenes por los que se le acusó.

10.7.- Los anteriores casos ponen de presente el hecho de que en ocasiones, como consecuencia de la comisión de conductas calificables como de lesa humanidad, en donde se verifica una participación activa u omisiva de agentes estatales, habrá lugar a analizar la eventual imputación de responsabilidad del Estado respecto de tales hechos. Para llegar a esta tesis es necesario abordar dos puntos:

a) Ha sido claramente establecido por el derecho internacional que no existe responsabilidad penal del Estado, tal como se puede apreciar, ab initio, con la

¹⁵⁷ MAREY, Macarena, "La fuente de normatividad del derecho internacional kantiano y las fronteras nacionales". ob., cit., p.336.



afirmación del Tribunal de Nuremberg al decir que "Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas"¹⁵⁸, posteriormente con lo resuelto por el TPIY en el caso *Blaskic*¹⁵⁹ y recogido por la Comisión de Derecho Internacional cuando sostuvo en nota de pie de página:

*"parece evidente que no cabe hablar de una responsabilidad internacional "penal" del Estado con relación a la aplicabilidad de penas a la persona de alguno de sus órganos, ya sea en un país o en otro. Además, aun cuando se quiera representar, más correctamente, como una responsabilidad internacional penal del Estado que se traduciría en la aplicación de medidas claramente represivas y afflictivas, es dudoso que sea útil trasladar al derecho internacional categorías jurídicas que son propias que son propias del derecho interno"*¹⁶⁰.

Igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha dejado claro que su función institucional es la de juzgar la responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos más no la de actuar como un juez penal ordinario. Así, en el caso *Godínez Cruz vs Honduras*, fallo de 20 de enero de 1989, sostuvo:

"138. El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos.

139. Esto, que es válido en general en los procesos internacionales, lo es más aún en los referentes a la protección de los derechos humanos.

140. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones." (Subrayado fuera del texto).

¹⁵⁸ International Military Tribunal Nuremberg. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, Germany. 1947, pp.222-223, en [http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf, consultado el 1 de abril de 2013].

¹⁵⁹ "Bajo el derecho internacional actual es claro que los Estados, por definición, no son sujetos de sanciones penales similar a lo previsto en los ordenamientos penales nacionales." En inglés el texto es el siguiente: "Under present international law it is clear that States, by definition, cannot be the subject of criminal sanctions akin to those provided for in national criminal systems." Fallo de 29 de octubre de 1997 proferida por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia. [<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html>]; consultado el 1º de abril de 2013].

¹⁶⁰ Se trata del pie de página 473, en el comentario al artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. 1976. V.II (segunda parte), p.102, en [[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC_1976_v2_p2_s.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1976_v2_p2_s.pdf)].



Y posteriormente en la sentencia proferida el 30 de mayo de 1999 en el caso Castillo Petruzzi contra Perú la Corte reiteró esta postura en los siguientes términos:

"89. La Corte no está facultada para pronunciarse sobre la naturaleza y gravedad de los delitos atribuidos a las presuntas víctimas. Toma nota de las alegaciones del Estado acerca de esos puntos y manifiesta, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, que un Estado "tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad"¹⁶¹, aunque debe ejercerlos dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana. Obviamente, nada de esto conduce a justificar la violencia terrorista --cualesquiera que sean sus protagonistas-- que lesiona a los individuos y al conjunto de la sociedad y que merece el más enérgico rechazo. Además, la Corte recuerda que su función primordial es salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias.

90. La Corte advierte que tiene atribuciones para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos, pero no para investigar y sancionar la conducta de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones. Esta es la característica de un tribunal de derechos humanos, que no es un tribunal penal. Al resolver otros casos, la Corte hizo notar que no es un tribunal penal en el sentido de que en su seno pueda discutirse la responsabilidad penal de los individuos¹⁶². (...) Por lo tanto, la Corte determinará las consecuencias jurídicas de los hechos que ha tenido por demostrados dentro del marco de su competencia, señalará si existe o no responsabilidad del Estado por violación de la Convención y no examinará las manifestaciones de las partes sobre la presunta responsabilidad penal de las supuestas víctimas, materia que corresponde a la jurisdicción nacional".

b) La responsabilidad penal internacional (o local) del individuo no releva la responsabilidad del Estado. Ha sido un criterio reiterado por la doctrina y la jurisprudencia internacional además de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en torno a considerar la idea de que estos dos regímenes de responsabilidad no se superponen ni alteran sino que, inclusive, pueden considerarse como complementarios. Así, la doctrina regional ha precisado que "(...) No puede pensarse, como ya dijimos, que toda violación a los Derechos Humanos ha de dar origen a un caso de responsabilidad penal internacional. Pero a la inversa, es claro que muchas violaciones muy graves generarán una responsabilidad del Estado cuyas autoridades o agentes cometieron las violaciones y una responsabilidad penal, también internacional, pero individual, respecto de las personas que como funcionarios, agentes o a cualquier título, de jure o de facto ,

¹⁶¹ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 19, párr. 154.

¹⁶² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 19, párr. 134; Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 37; Caso Paniagua Morales y otros, supra nota 3, párr. 71.



las cometieron.¹⁶³, mientras que a su turno la Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha dejado claro que la responsabilidad del Estado respecto de crímenes internacionales no se agota en el cumplimiento de la obligación de juzgar penalmente a los individuos responsables de tales conductas; aún así puede subsistir la responsabilidad estatal:

"21) Dicho esto, hay que aclarar acto seguido que sería erróneo ver en la facultad-deber, reconocida a ciertos Estados, de castigar a los individuos autores de crímenes del tipo descrito, la «forma especial» de responsabilidad internacional aplicable al Estado en los casos de que se trata. La obligación de castigar personalmente a los individuos-órganos culpables de crímenes contra la paz, contra la humanidad, etc., no constituye, a juicio de la Comisión, una forma de responsabilidad internacional del Estado, y tal castigo no pone fin ciertamente a la persecución por la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyen en tales casos. El castigo de los dirigentes del aparato estatal que han desencadenado una guerra de agresión, o que han organizado un genocidio, no por ello libera al Estado mismo de su propia responsabilidad internacional por tal hecho."¹⁶⁴ (Subrayado fuera de texto).

Mientras que, más recientemente, al explicar el artículo 58¹⁶⁵ del proyecto de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito presentado en 2001 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión sostuvo:

"(3) Cuando los delitos contra el derecho internacional son cometidos por funcionarios del Estado, muchas veces será el caso de que el propio Estado sea responsable de

¹⁶³ GROS ESPIELL, Héctor. "Responsabilidad del Estado y responsabilidad penal internacional en la protección internacional de los derechos humanos", en Liber Amicorum Héctor Fix – Zamudio, San José de Costa Rica, 1998, pp.111-122.

¹⁶⁴ Se discutía el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El artículo 19 de este proyecto señalaba: "Artículo 19.—Crímenes y delitos internacionales 1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2, constituye un delito internacional". Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1976. V.II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo periodo de sesiones, p.102.

¹⁶⁵ "Article 58. These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State".



los actos en cuestión o por no prevenir o castigarlos. En ciertos casos, en particular en la agresión, el Estado, por definición, se encuentra involucrado. A pesar de ello, la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta de la cuestión de la responsabilidad del Estado. El Estado no está exento de su responsabilidad por un comportamiento internacionalmente ilícito por el enjuiciamiento y castigo de los funcionarios del Estado que lo han llevado a cabo. Tampoco pueden los funcionarios escudarse en el Estado con respecto a su propia responsabilidad por la conducta suya que sea contraria a normas de derecho internacional aplicables a ellos. El principio anterior se refleja, por ejemplo, en el artículo 25, apartado 4, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual establece que: "[n]inguna disposición en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas afectará a la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional". Este último se refleja, por ejemplo, en el principio bien establecido que la posición oficial no exime a una persona de responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional.¹⁶⁵
(Subrayado fuera de texto).

Igualmente vale la pena destacar el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia de 26 de febrero de 2007 en el caso concerniente a la aplicación de la Convención sobre la prevención y castigo del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro) en donde la Corte desestimó una excepción formulada según la cual no se podía derivar responsabilidad del Estado respecto de la normativa de la Convención en tanto que esta simplemente consagra responsabilidad penal de los individuos más no de los Estados. Sobre este punto la Corte sostuvo:

*"171. El segundo argumento de la Demandada es que la naturaleza del convenio es tal que excluye de su ámbito de aplicación la responsabilidad del Estado por genocidio y los otros actos enumerados. La Convención, dijo, es un estándar de derecho penal internacional convencional centrada esencialmente en la persecución penal y sanción de las personas y no en la responsabilidad de los Estados. El énfasis de la Convención sobre las obligaciones y responsabilidades de los individuos excluye cualquier posibilidad de que los Estados sean responsabilizados en caso de incumplimiento de las obligaciones recogidas en el artículo III.
(...)"*

¹⁶⁵ El original del texto traducido es el siguiente: "(3) Where crimes against international law are committed by State officials, it will often be the case that the State itself is responsible for the acts in question or for failure to prevent or punish them. In certain cases, in particular aggression, the State will by definition be involved. Even so, the question of individual responsibility is in principle distinct from the question of State responsibility. The State is not exempted from its own responsibility for internationally wrongful conduct by the prosecution and punishment of the State officials who carried it out. Nor may those officials hide behind the State in respect of their own responsibility for conduct of theirs which is contrary to rules of international law which are applicable to them. The former principle is reflected, for example, in article 25, paragraph 4, of the Rome Statute of the International Criminal Court, which provides that: "[n]o provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law." The latter is reflected, for example, in the well-established principle that official position does not excuse a person from individual criminal responsibility under international law."
Yearbook of International Law Commission 2001. Volume II. Part two. United Nations, p.142.
[<http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes> (e)/ILC_2001_v2_p2_e.pdf; consultado 1 de abril de 2013].



172. La Corte es consciente que la frase famosa del Juicio de Nuremberg que "los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas. . ." (*Judgment of the International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals, 1947, Official Documents, Vol. 1, p. 223*) puede ser invocada en apoyo de la tesis de que sólo los individuos pueden incumplir las obligaciones establecidas en el artículo III. Sin embargo, la Corte advierte que dicho Tribunal estaba contestando el argumento de que "el derecho internacional se ocupa de las acciones de los Estados soberanos, y no proporciona ningún castigo para las personas" (*Sentencia del Tribunal Militar Internacional, op. Cit., P. 222*), y que por lo tanto solo se hace responsable a los Estados bajo el derecho internacional. El Tribunal rechazó ese argumento en los siguientes términos: "Que el derecho internacional impone deberes y obligaciones a los particulares como a los Estados ha sido reconocido" (*ibid.*, p 223, la frase "así como a los Estados" no se encuentra en el texto francés de la Sentencia).

(...)

174. El Tribunal no ve nada en la redacción o la estructura de las disposiciones de la Convención relativas a la responsabilidad penal individual que pueda desplazar los efectos del artículo I, en relación con los párrafos (a) a (e) del Artículo III, en la medida en que estas disposiciones imponen obligaciones de los Estados distintas de las obligaciones que la Convención les obliga a cumplir a los particulares. Por otra parte, el hecho de que los artículos V, VI y VII se centren en los individuos no puede establecerse que las Partes Contratantes no pueden estar sujetos a la obligación de no cometer genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III.¹⁶⁷ (Subrayado fuera de texto).

10.8.- El anterior recuento lleva a dos conclusiones sobre este tema, la primera de ellas es que la responsabilidad del Estado en casos en donde se alegue la configuración de supuestos de hecho propios de una conducta constitutiva de lesa humanidad no supone, ni puede suponer, que sea a partir de las categorías

¹⁶⁷ Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 26 de febrero de 2007 pronunciada dentro del caso concerniente a la aplicación de la Convención de prevención y castigo del crimen de Genocidio. (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro). El texto citado ha sido traducido del inglés, el cual es del siguiente tenor: "171. The second argument of the Respondent is that the nature of the Convention is such as to exclude from its scope State responsibility for genocide and the other enumerated acts. The Convention, it is said, is a standard international criminal law convention focused essentially on the criminal prosecution and punishment of individuals and not on the responsibility of States. The emphasis of the Convention on the obligations and responsibility of individuals excludes any possibility of States being liable and responsible in the event of breach of the obligations reflected in Article III (...) 172. The Court is mindful of the fact that the famous sentence in the Nuremberg Judgment that "crimes against international law are committed by men, not by abstract entities . . ." (*Judgment of the International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals, 1947, Official Documents, Vol. 1, p. 223*) might be invoked in support of the proposition that only individuals can breach the obligations set out in Article III. But the Court notes that that Tribunal was answering the argument that "international law is concerned with the actions of sovereign States, and provides no punishment for individuals" (*Judgment of the International Military Tribunal, op. cit., p. 222*), and that thus States alone were responsible under international law. The Tribunal rejected that argument in the following terms: "that international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognized" (*ibid.*, p. 223; the phrase "as well as upon States" is missing in the French text of the Judgment) (...) 174. The Court sees nothing in the wording or the structure of the provisions of the Convention relating to individual criminal liability which would displace the meaning of Article I, read with paragraphs (a) to (e) of Article III, so far as these provisions impose obligations on States distinct from the obligations which the Convention requires them to place on individuals. Furthermore, the fact that Articles V, VI and VII focus on individuals cannot itself establish that the Contracting Parties may not be subject to obligations not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III". International Court of Justice. Reports of judgements, advisory opinions and orders, en [<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>; consultado 1 de abril de 2013].



jurídicas del derecho penal que se adelante el juzgamiento del Estado sobre su presunta responsabilidad. Por el contrario, queda claro que el parámetro normativo que guía tal juicio está determinado por la normativa internacional y la nacional en torno a los Derechos Humanos; en otras palabras, es claro que el juicio de atribución de responsabilidad se debe adelantar en aras a determinar si existió o no una violación del contenido normativo-obligacional que emana de las normas de Derechos Humanos, de manera que la apelación o uso que se hace a la figura de lesa humanidad, en casos como el sub lite, sirve al Despacho como referente para representar la dimensión fáctica de la conducta enjuiciada y las consecuencias normativas que se pueden derivar de la misma (v.gr. la imprescriptibilidad de la acción judicial), más no porque se pretenda adelantar un juicio de responsabilidad penal sobre el mismo. Esto conduce a la segunda conclusión, según la cual no se genera impedimento alguno cuando se trate de juzgar la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que se han causado por la comisión de uno de los denominados crímenes internacionales, entre ellos el de lesa humanidad, en relación con la responsabilidad individual de un sujeto, pues, quedó suficientemente acreditado que se trata de responsabilidades de diferente connotación que corren paralelas, de manera que si se ha decretado la responsabilidad penal de un individuo por la comisión de una conducta de lesa humanidad que se basa en la ofensa grosera a la normativa y jurisprudencia internacional sobre la materia, nada impedirá que se adelante un juicio de responsabilidad del Estado, en donde se determine si existió un incumplimiento de los deberes normativos a cargo del Estado, en virtud de su posición de garante.

11.- Caso en concreto.

Después de analizada la imprescriptibilidad, en sede penal, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los actos de lesa humanidad, debe examinarse en el caso en concreto si se está demandando la responsabilidad patrimonial del Estado, en ejercicio de la acción de reparación directa, por daños antijurídicos derivados de actos de lesa humanidad, y sólo examinar este aspecto porque no se puede afirmar si tanto el



daño, como la imputación están demostradas ante la instancia en la que nos encontramos (admisión o rechazo de la demanda).

11.1.- Prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario sobre el ordenamiento jurídico interno.

Analizados los anteriores elementos dogmáticos, el Despacho encuentra que puede plantearse como premisa que en este específico caso se puede afirmar la integración entre las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y los principios del derecho internacional público del *ius cogens* y de *humanidad*, para poder comprender el alcance que puede darse a la aplicación del fenómeno de la caducidad de la acción de reparación directa, cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por acción, omisión o inactividad de la que puedan derivar daños antijurídicos producidos con ocasión de actos constitutivos de lesa humanidad (cometidos por agentes o representantes del Estado¹⁶⁸), ya que se trata de un supuesto que no está regulado en el texto normativo del numeral 8º (ambos incisos) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

Dicha integración no supone, en estricto sentido, la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario sobre el ordenamiento jurídico interno, como negación a la mencionada norma, sino que tiene como efecto complementar su contenido, de tal manera que se pueda cumplir armónicamente con las normas imperativas en las que se afirma la imprescriptibilidad de los actos de lesa humanidad así como se pueda materializar la tutela judicial efectiva (acceso a la administración de justicia), especialmente cuando en el caso en concreto se demandan graves, sistemáticas y profundas violaciones a los Derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

¹⁶⁸ Artículo 2º Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de 1968 [adoptada y abierta a su firma y ratificación por la Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968]. Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo 1, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración".



Por lo anterior, cabe reiterar que el Despacho encuentra que el numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo no es contrario, opuesto ni puede negar o excepcionar las normas imperativas tanto en materia de actos de lesa humanidad, como aquellas de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ni el Derecho Internacional Humanitario. Lo anterior, implica que al no consagrar un supuesto concreto para el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa cuando se producen actos de lesa humanidad, el Juez contencioso administrativo está llamado (en ejercicio del control de convencionalidad) a operar la integración normativa de aquellas reglas correspondientes a cada uno de los ámbitos del derecho mencionados, bien sea de manera directa (por haber sido firmados y ratificados los textos normativos), o por vía de la aplicación de los principios (mandatos imperativos) del *ius cogens*, de *humanidad*, así como sustentado en el criterio de universalidad.

11.2.- La inescindible relación entre la imprescriptibilidad de los actos de lesa humanidad y la lectura de la caducidad, cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de lesa humanidad. El Despacho encuentra suficientes razones para establecer la inescindible, imprescindible, constitucional y convencional relación que existe entre dicho criterio y la valoración de la caducidad de la acción contenciosa administrativa de reparación directa consagrada en los artículos 86 y 136, numeral 8° del Código Contencioso Administrativo¹⁶⁹, para los concretos y específicos casos en los que

¹⁶⁹ Se trata de las normas que regulan la acción de reparación directa y su caducidad. En la normativa vigente para este caso (Decreto 01 de 1984) tales disposiciones prescriben: Código Contencioso Administrativo. Artículo 86. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa 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. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. Código Contencioso Administrativo. Artículo 136. (...) 8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa. <Inciso adicionado por el artículo 7 de la Ley 589 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición. En el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) la pretensión de reparación directa está regulada en el artículo 140 y la caducidad en el 164, así: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 140. Reparación directa. En los términos



la acción, omisión o hecho de un agente estatal, que repercute en la determinación de la atribución o no del daño antijurídico al Estado, y que ha de estudiarse dentro del respectivo proceso contencioso administrativo, se encuadra como una de las conductas constitutivas de un acto de lesa humanidad, permitiendo la comunicabilidad o comprensión de los términos en los que cabe considerar el ejercicio de la acción de reparación directa, sin que opere la caducidad de la acción de reparación directa, como afirmación al principio de carácter universal de imprescriptibilidad de los actos de lesa humanidad.

11.3.- valoración de los elementos para la configuración de un acto de lesa humanidad en el caso en concreto.

La premisa inicial, sin duda, es que los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia, donde falleció el señor Jorge Alberto Echeverry Correa, son constitutivos, como se ha considerado por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, de delitos o crímenes de lesa humanidad, no limitados solamente al evento de la desaparición forzada, sino comprendiendo también aquellos en los que se produjeron torturas y homicidios ejecutados de forma masiva o sistemática contra la población civil, razón que es sustancial para comprender que la situación fáctica en la que se hace sustentar la demanda, y de donde la parte actora presenta la ocurrencia del daño antijurídico debe ser valorada al momento de considerar si operó o no la caducidad. Para el Despacho,

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. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: (...) 2) En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...) 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. Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición;



sin duda alguna, la demanda y la apelación están destinadas a invocar la responsabilidad patrimonial del Estado por la ocurrencia de actos de lesa humanidad que afectaron a Echeverry Correa, quien como miembro de la población civil perdió la vida, de acuerdo a lo narrado en la demanda, bajo circunstancias propias de actos de lesa humanidad. Según lo que se demanda y afirma en el recurso de apelación, los eventos ocurridos durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia no se pueden agotar en la simple constatación de la desaparición forzada y muerte de Echeverry Correa, sino que su ejecución se produjo sobre este, y muchas otras personas, como miembros de la población civil, y en el marco de un ataque generalizado y sistemático¹⁷⁰ perpetrado por el grupo armado insurgente M-19, que exige del Despacho verificar si los agentes o representantes del Estado participaron, incitaron, conspiraron o toleraron la realización de tales actos de lesa humanidad contra la víctima y los demás sujetos de la población civil, de manera que pueda hacer derivar la producción de un daño antijurídico que pueda, o no, ser imputado fáctica y jurídicamente al Estado. Luego, para el caso en concreto, el Despacho encuentra necesario verificar si en la demanda y el recurso de apelación se comprende los elementos mínimos que permitan encuadrar los eventos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia como actos de lesa humanidad (en la específica posición y situación de la víctima Echeverry Correa).

11.3.1. Que los actos deben dirigirse contra la población civil. El primero de los elementos es aquel según el cual el acto debe dirigirse contra la población civil. Para satisfacer este requisito se debe acudir a la normativa del Derecho Internacional Humanitario, específicamente al artículo 50 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, norma que establece, por exclusión, a quienes se les considera población civil, en los siguientes términos: *"1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del*

¹⁷⁰ El TPIY ha sostenido al respecto: "271. La Sala de Primera Instancia reconoció correctamente que los delitos que no están relacionados con ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil no deben ser enjuiciados como crímenes contra la humanidad. Crímenes de lesa humanidad son delitos de carácter especial a que un mayor grado de depravación moral que atribuye a un delito común. Así, para condenar a un acusado de crímenes contra la humanidad, debe probarse que los crímenes estaban relacionados con el ataque contra una población civil (que ocurre durante un conflicto armado) y que el acusado sabía que sus crímenes eran tan relacionados entre sí" (subrayado fuera de texto). Sentencia proferida por la Sala de apelaciones del TPIY el 15 de julio de 1999, en [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>; subrayado fuera de texto].



presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.”, constituye, entonces, población civil todas las personas que no se encuadran dentro de las categorías de miembros de las fuerzas armadas y prisioneros de guerra. Este punto debe ser complementado con lo establecido por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso *Fiscal vs Dusko Tadic*, en donde se dejó claro que el criterio de la población civil no se aplica desde una perspectiva individual sino colectiva o grupal: “*el acento no es puesto en la víctima individual, sino, ante todo, en la colectiva. La victimización del individuo no deriva de sus características personales, sino de su pertenencia a un determinado grupo de población civil que es tomada como blanco*”¹⁷¹.

Para el caso en concreto, el Despacho encuentra satisfecho este elemento una vez examinada la demanda y la apelación, y como hecho notorio, advirtiendo que en las situaciones acaecidas entre el 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia tuvieron la intervención tanto del grupo armado insurgente M-19, como de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; y afectaron a un grupo de personas (entre los que se encontraba la víctima Echeverry Correa) miembros de la población civil que desempeñaban diferentes roles para la época, ya sea como funcionarios judiciales, administrativos, usuarios del servicio de la administración de justicia, personal de servicio, etc.

11.3.2 La existencia de actos generalizados o sistemáticos constitutivos de lesa humanidad. De otra parte, encuentra el Despacho satisfecho el elemento según el cual el acto para que sea de lesa humanidad debe ser **generalizado o sistemático**. Se trata de dos supuestos alternativos desarrollados a nivel positivo desde la redacción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda pero reconocidos, inclusive, desde los juicios de Núremberg¹⁷² y por la jurisprudencia

¹⁷¹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso *Fiscal vs. Dusko Tadic*. El aparte citado es del siguiente tenor en francés: “Ainsi, l’accent n’est pas mis sur la victime individuelle mais plutôt sur la collectivité, la victimisation de l’individu ne tenant pas à ses caractéristiques personnelles mais plutôt à son appartenance à une population civile ciblée.” [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>; consultado el 18 de marzo de 2013].

¹⁷² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. Volumen II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones. Pág. 51. Se señala “El Estatuto del Tribunal de Nuremberg no incluía este requisito. No obstante, el Tribunal, al examinar si esos actos constituían



del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia¹⁷³. Por generalizado se entiende un ataque que causa una gran cantidad de víctimas o dirigido contra una multiplicidad de personas, es decir, se trata de un criterio *cuantitativo*.

A su turno, el carácter sistemático pone acento en la existencia de una planificación previa de las conductas ejecutadas¹⁷⁴, de manera que, siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional, *"lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios."*¹⁷⁵. Sobre estas características la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado:

"El ataque sistemático o generalizado implica una repetición de actos criminales dentro de un periodo, sobre un grupo humano determinado al cual se le quiere destruir o devastar (exterminar) por razones políticas, religiosas, raciales u otras. Se trata, por tanto, de delitos comunes de máxima gravedad que se caracterizan por ser cometidos de forma repetida y masiva, con uno de tales propósitos.

En ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque:

- a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas;*
- b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado,*

crímenes de lesa humanidad, subrayó que los actos inhumanos se cometieron como parte de una política de terror y fueron en muchos casos organizados y sistemáticos".

¹⁷³ En la sentencia de 15 de julio de 1999 la Sala de apelaciones del TPIY señaló que de los elementos población civil se "deducía" la exigencia de acreditar un ataque generalizado o sistemático. "248. (...) La Sala de Apelaciones está de acuerdo en que se puede inferir de las palabras "contra una población civil" en el artículo 5 del Estatuto de que los actos del acusado deben formar parte de un patrón de crímenes generalizados o sistemático dirigido contra una población civil y que el acusado debe haber sabido que sus actos encajan en este patrón." (traducción libre). El original en inglés señala: "248. (...) The Appeals Chamber agrees that it may be inferred from the words "directed against any civilian population" in Article 5 of the Statute that the acts of the accused must comprise part of a pattern of widespread or systematic crimes directed against a civilian population and that the accused must have known that his acts fit into such a pattern". [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>] Reiterado en fallo de 12 de junio de 2002 proferido por la Sala de apelaciones del TPIY en el caso Fiscal vs Kunarac et al.

¹⁷⁴ En el caso Tadic el TPIY sostuvo esta diferencia en los siguientes términos: "648. Por lo tanto, el deseo de excluir los actos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad que dio lugar a la inclusión de la exigencia de que los actos deben ser dirigidos contra una población civil" población ", y, o bien una constatación de ser generalizado, que se refiere a el número de víctimas, o sistematicidad, lo que indica que un patrón o plan metódico es evidente, cumple con este requisito." en inglés la redacción es la siguiente: "648. It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian "population", and either a finding of widespreadness, which refers to the number of victims, or systematicity, indicating that a pattern or methodical plan is evident, fulfils this requirement.". Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic. [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf>; consultado 1 de abril de 2013].

¹⁷⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. V.II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p.51.



que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado:
(...)¹⁷⁶.

Sobre esto el Despacho encuentra que se demanda y se sostiene en la apelación que los hechos acaecidos los días 6 y 7 de noviembre de 1985 son actos generalizados puesto que no sólo desencadenaron, como es un hecho notoriamente reconocido, la presunta muerte de la víctima Echeverry Correa, sino que también llevaron a la pérdida de miembros de la población civil, la presunta desaparición de otros y la lesión a algunos, ya que tanto la toma perpetrada por el grupo armado insurgente M-19, como la retoma realizada por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado estuvo dirigida y pudo afectar a una multiplicidad de personas, dándose por satisfecho este criterio cualitativo.

Así mismo, el Despacho da por satisfecho que se demanda y es objeto de la apelación la realización de actos de carácter sistemático, ya que de los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia debe establecerse si fueron planificados previo al desenvolvimiento de la acción, omisión o inactividad que debe estudiarse dentro del proceso contencioso administrativo. Se trata, sin duda, de demandar si en los hechos ocurridos en 1985 el Estado por medio alguno (s) de su (s) miembro (s) participó, incitó, conspiró o toleró (a tenor del artículo 2º de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de 1968) para que se hubiere concretado, materializado y desplegado un plan criminal que, como hecho notorio, fue perpetrado por el grupo armado insurgente M-19.

11.4.- Consideración del principio de imprescriptibilidad de los actos de lesa humanidad frente al fenómeno de la caducidad.

El Despacho pasa a abordar la consideración del principio de imprescriptibilidad de los actos de lesa humanidad y su irradiación al momento de establecer si opera o no la caducidad de la acción contenciosa administrativa de reparación directa, cuando se demanda que por acción, omisión o inactividad el Estado se produjeron daños antijurídicos que le pueden ser atribuibles con ocasión de tales actos.

¹⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre de 2009, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. Radicado: 32022. Reiterado en sentencia de 3 de diciembre de 2009, expediente 32672.



Sobre esto debe indicarse que el sustento normativo de la atemporalidad para juzgar conductas que se enmarquen como constitutivas de lesa humanidad no es algo que se derive de un sector propio del ordenamiento jurídico común como lo es el derecho penal, sino que, por el contrario, surge del corpus iuris de derechos humanos, de la normativa internacional en materia de derechos humanos así como de la doctrina y jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales sobre la materia, como se ha visto; de manera que el eje central del cual se deriva la imprescriptibilidad de la acción judicial en tratándose de una conducta de lesa humanidad se basa en la afrenta que suponen dichos actos para la sociedad civil contemporánea, razón por la cual, en virtud de un efecto de irradiación, las consecuencias de la categoría jurídica de lesa humanidad se expanden a las diversas ramas del ordenamiento jurídico en donde sea menester aplicarla, esto es, surtirá efectos en los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico en donde surja como exigencia normativa abordar el concepto de lesa humanidad a fin de satisfacer las pretensiones de justicia conforme al ordenamiento jurídico supranacional, constitucional y legal interno; pues, guardar silencio, en virtud del argumento de la prescripción de la acción, respecto de una posible responsabilidad del Estado en esta clase de actos que suponen una violación flagrante y grave de Derechos Humanos equivaldría a desconocer la gravedad de los hechos objeto de pronunciamiento –y sus nefastas consecuencias–.

Puede sostenerse, sin duda alguna, que la ocurrencia de actos de lesa humanidad respecto de los cuales se demande la responsabilidad del Estado exige comprender, siguiendo la precedente argumentación, que el estudio de la caducidad de la acción de reparación directa no puede quedar limitada sólo al tenor literal del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), sino que es esta norma la base para operar una debida y ponderada aplicación de tal fenómeno procesal. Se trata, pues, de la afirmación del principio de integración normativa que implica la aplicación de normas de diferentes ordenamientos como forma de colmar las lagunas, o vacíos normativos en los que nada se expresa acerca de la caducidad de la mencionada acción cuando se trata de demandar la responsabilidad del Estado por actos de lesa humanidad.



En este orden de ideas, si hoy por hoy la premisa aceptada en punto de la responsabilidad penal de individuos es la imprescriptibilidad por la ocurrencia de actos de lesa humanidad, admitiendo matizaciones de garantías liberales clásicas en esta materia, no habrían mayores complicaciones para que en sede de la jurisdicción contenciosa administrativa se predique similares consideraciones, dado que resultaría paradójico que se atribuya responsabilidad penal a un individuo que ha actuado en su condición (o prevalido de la misma) de agente del Estado y se guarde silencio respecto de la responsabilidad del Estado por las mismas circunstancias, siendo posible que ese agente haya empleado recursos logísticos, técnicos y humanos del Estado para llevar a cabo estos crímenes o, por el contrario, teniendo el deber normativo de actuar a fin de evitar un resultado lesivo éste se abstuvo de ejecutar tal acción.

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

Debe sostenerse que se justifica un trato diferenciado en relación con el régimen ordinario de caducidad de las acciones contencioso administrativas¹⁷⁷, en razón al fundamento jurídico que sustenta la petición indemnizatoria, pues no se persigue solamente la satisfacción de un interés particular de los demandantes, sino que plantea también la protección del interés público y de los derechos de la

¹⁷⁷ Al respecto es valioso el comentario de Schmidt-Assmann en torno a considerar la cada vez más creciente vinculación del derecho internacional dentro del derecho administrativo. "13. En el futuro también el Derecho Internacional incidirá con mayor frecuencia en la actuación administrativa. La eficacia vinculante de las normas generales del Derecho Internacional, que conforme al art 25 GG es fuente de derechos y obligaciones individuales, apenas si ha tenido relevancia práctica en muy concretos ámbitos administrativos con trascendencia internacional, pero no en las tareas cotidianas de la mayoría de los órganos administrativos.

(...) En esta línea, el derecho internacional convencional irá aumentando progresivamente su importancia como fuente de vinculación de la administración.

(...) Por lo demás, allí donde los Tratados internacionales –como, por ejemplo, CEDH- cuentan con instrumentos propios de protección, de los que puede resultar una interpretación uniforme de los tratados, las Administraciones nacionales están sin duda vinculadas a aquella jurisprudencia." SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid, Marcial Pons, 2003, p.59.



humanidad, considerada como un todo, pues esta clase de actos de lesa humanidad repudiados no sólo vulneran a quien padece directamente tales actos sino que, en virtud de su perversión moral (trato diferenciado que se justifica en prevenir que actos de lesa humanidad en los que se afirme la participación del Estado, puedan representar un deterioro de la moral de la sociedad colombiana, verbigracia, deterioro moral que se percibió en la época más álgida del narcotráfico), representan una afrenta grave a toda la sociedad civil organizada al cuestionar la vigencia imperativa de los Derechos Humanos, y del principio de humanidad¹⁷⁸, con independencia del contexto nacional al que pertenezcan los afectados directos, disposiciones éstas que constituyen los cimientos estructurales de todo Estado de Derecho¹⁷⁹, en virtud del sustrato axiológico que le es inherente a todo ordenamiento jurídico contemporáneo, como lo ha sostenido esta Corporación:

" (...) los Derechos Humanos se constituyen en garantías mínimas necesarias para el desarrollo institucional de un Estado Social de Derecho y como condiciones esenciales para el desarrollo del derecho positivo en una sociedad, siendo inviolables y vinculantes para las autoridades públicas y los particulares¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Sentencia de 29 de noviembre de 1996 TPIY caso Fiscal vs Erdemovic. "28. Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, lo que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima."¹⁷⁸ (Subrayado fuera de texto).

¹⁷⁹ Al respecto Pérez Luño afirma: "c) El estado social de derecho implica también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan, de este modo, de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir (en) límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser meros límites del a actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos.". PEREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid. Cuarta edición, 1991. p. 227-228.

Robert Alexy anota: "La autonomía es el uso de la libertad. Que los derechos fundamentales aseguren tanto la autonomía privada como la pública tiene un significado básico para la teoría del Estado democrático constitucional. Esto se realiza mediante una amplia gama de derechos que abarca desde la libertad de opinión pasando por la libertad de reunión y la libertad de prensa, hasta el derecho a elecciones generales, libres, iguales y secretas. De este modo se constituye una relación necesaria entre los derechos fundamentales y la democracia⁴⁵". (Subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "La institucionalización del a razón", ob., cit., pp.239-240.

¹⁸⁰ "esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no



Es así como en los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, se ha considerado que las violaciones más graves a estos derechos generan una afectación que excede a la órbita de quien materialmente ha sido lesionado, siendo una afrenta a toda la Humanidad¹⁸¹.

Mientras que la Corte Constitucional ha sostenido:

*“Otro de los aspectos sobresalientes de la construcción del consenso de la comunidad internacional para la protección de los valores de la dignidad humana y de repudio a la barbarie, es el reconocimiento de un conjunto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como crímenes internacionales, cuya sanción interesa a toda la comunidad de naciones por constituir un *core delicta iuris gentium*, es decir, el cuerpo fundamental de “graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones.”^{182,183}*

En otros términos, la filosofía en que se inspira la caducidad de las acciones contenciosas administrativas diseñada por el Código, es de una clara esencia individualista, esto quiere decir que el soporte para imponer esta sanción es limitar el acceso a la administración de justicia al obrar negligente o la incuria de la parte afectada o interesada en demandar la protección de sus derechos subjetivos, es

puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).” Corte Constitucional, Sentencia T-404/2009 M.P.: Humberto Sierra Porto.

¹⁸¹ Sección Tercera, Subsección C. Auto de 8 de junio de 2011, expediente 40491.

¹⁸² La expresión *delicta iuris gentium* fue acuñada en el juicio contra Adolph Eichmann por la Corte de Israel al señalar la necesidad de contar con una jurisdicción universal para juzgar crímenes atroces en los siguientes términos: “Los crímenes atroces se definen como tales tanto en el derecho de Israel como en el de otras naciones. Aquellos crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones constituyen “*delicta iuris gentium*”. Por lo tanto, el derecho internacional antes que limitar o negar la jurisdicción de los Estados con respecto a tales crímenes, y en ausencia de una corte internacional para juzgarlos, requiere que los órganos legislativos y judiciales de cada Estado creen las condiciones para llevar a estos criminales a juicio. La jurisdicción sobre estos crímenes es universal” (Traducción no oficial). En Cr.C (Jm) 40/61, *The State of Israel v. Eichmann*, 1961, 45 P.M.3, part. II, para. 12, citado por Brown, Bartram. *The Evolving Concept of Universal Jurisdiction*. En *New England Law Review*, Vol 35:2, página 384. Ver también [<http://www.nizkor.org/hweb/people/eichmann-adolph/transcripts/judgement-002/html>; consultado 1 de abril de 2013]. El término “core” fue adicionado posteriormente para referirse al conjunto de crímenes que como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra más graves son objeto de jurisdicción universal por los Estados, independientemente de la nacionalidad del autor o de las víctimas y del lugar en donde fueron cometidos, incluidos la piratería, la esclavitud, la tortura y el apartheid. El Estatuto de Roma reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre algunos de esos crímenes.

¹⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-578/2002.



decir, se sustenta la caducidad en el ejercicio de acciones en las que se controvierten y pretenden proteger intereses particulares.

Por el contrario, no es de recibo este criterio tratándose de asuntos en los que la acción persigue la satisfacción de intereses públicos intersubjetivamente relevantes para la humanidad, considerada como un todo, siendo sustraída de esta sanción perentoria por el transcurso del tiempo, pues, en estos eventos, el ejercicio de una acción dentro de un término específico debe ceder frente a principios o valores superiores esenciales para la humanidad, al decir de Radbruch: *"la seguridad jurídica no es el valor único ni decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros dos valores: conveniencia (Zweckmässigkeit) y justicia"*¹⁸⁴.

Es en este último esquema conceptual en donde se inscribe el supuesto de la acción que persigue la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de crímenes de lesa humanidad dado el ámbito de afectación que con estas conductas se causa, que trascienden a los expectativas, principios, valores y derechos particulares, pues conforme a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Almonacid Arellano vs Chile, es claro que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad *"cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido"*, adoptada en el marco de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, es una norma de *jus cogens* tal como se expuso más arriba.

Estas consideraciones sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, se corresponden plenamente con los principios y valores

¹⁸⁴ RADBRUCH, Gustav, Arbitrariedad legal y derecho suprallegal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p.36. Sobre la tesis de Radbruch Alexy sostiene lo siguiente: "Si los mejores argumentos a favor de una prioridad estricta de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sobre la corrección material se pronunciasen, la famosa frase de Kelsen "[d]e ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho"³⁰ sería correcta desde cualquier punto de vista. Con posterioridad a 1945 Radbruch adujo contra esto que el conflicto entre la justicia, esto es, la corrección material, y la seguridad jurídica podría resolverse en principio a favor de la seguridad jurídica; esto, sin embargo, no resultaba válido sin restricción. La prioridad de lo legal y lo eficaz sobre lo correcto llegaba a un límite cuando la contradicción entre una ley positiva con la justicia alcanzaba una "medida insoportable". Esto puede reducirse a la breve fórmula: La extrema injusticia no es Derecho. Lo específico de esta fórmula es que no exige un total ajustamiento del Derecho y la moral. Admite el Derecho legal y eficaz incluso cuando es injusto. Simplemente se incorpora a través de ella un límite máximo en el Derecho.". ALEXY, Robert. "La institucionalización de la razón" En: Revista Persona y Derecho. Universidad de Navarra. No. 43. 2000, pp.217-249 (especialmente págs. 235-236), en [<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/14155>; consultado 1 de abril de 2013].



constitucionales establecidos por el constituyente en 1991, tanto en el preámbulo en donde se expresa como fines "asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz", norma con eficacia jurídica¹⁸⁵, así como en el artículo 2° superior que establece:

"Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

De estas disposiciones se derivan mandatos normativos dirigidos al Estado para que materialice los principios y valores constitucionales que, en últimas, justifican la existencia del Estado colombiano, de donde se resalta la prosecución de la justicia y la efectividad de los principios y derechos; así, se observa que el principio de la imprescriptibilidad se aviene con esta normativa constitucional y, más aun, la misma es necesaria para entender que en casos donde han ocurrido actos constitutivos de lesa humanidad se está cristalizando la teleología constitucional, pues la impunidad de hechos de tal envergadura constituyen una negación del Estado Social de Derecho; aunque se advierte que la obligación del Estado de juzgar tales conductas no surge por la pertenencia a un determinado sistema político local o regional sino invocando la universalidad de la protección de los Derechos Humanos, es decir, actuando como garante principal del respeto y realización efectiva de los derechos de la humanidad dentro de su respectiva circunscripción territorial¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Sobre el valor normativo del preámbulo la jurisprudencia constitucional ha sostenido: "Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución. Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios". Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992.

¹⁸⁶ Como lo anota Yasemin Soysal. "En el período de posguerra el Estado-nación, como estructura de organización formal, se desvincula cada vez más del locus de legitimidad, el cual se ha trasladado al nivel global trascendiendo las identidades y las estructuras territorializadas. En este nuevo orden de la soberanía, el sistema principal asume la labor de definir las reglas y los principios, otorgando a los Estados-nación la responsabilidad de garantizar su respeto y aplicación



Sobre este punto es importante considerar el precedente constitucional, para decir que se reconoce la existencia de un deber de otorgar un trato diferenciado positivo en torno a los actos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos. En la decisión C-115 de 1998 el Tribunal Constitucional sostuvo que la Ley 288 de 1996 en la cual se incorporó una disposición tendiente a señalar que la indemnización de perjuicios para víctimas de violaciones de derechos humanos puede tener lugar, con sujeción a las exigencias dispuestas en la misma ley, pero con total prescindencia respecto si a ocurrido o la caducidad de acción judicial que hubiese permitido tal indemnización. La Corte razonó sobre la constitucionalidad de este trato diferenciado, esto es, sobre la excepción de la caducidad respecto de este instrumento en los siguientes términos:

"Estas excepciones al principio general de la caducidad tienen fundamento supralegal y se justifican en la medida que reconocen la necesidad de darle un tratamiento especial a aquellos casos donde se produce la violación de derechos humanos, que son objeto de reprobación internacional, frente a la gravedad de los mismos y la trascendencia que ellos tienen. En efecto, según lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 2o. de la Ley 288 de 1996, "por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos

(...)

En efecto, frente a hipótesis distintas, como aquellas establecidas en el inciso tercero del artículo 136 del C.C.A., y las determinadas en la ley 288 de 1996, es admisible fijar términos diferentes con respecto a la aplicación de la caducidad, pues no se trata, como se ha indicado, de supuestos exactamente iguales. Así entonces, no obstante en ambos casos se está frente a una demanda contra el Estado en procura de la reparación directa de un daño o de unos perjuicios causados por este, no siempre la violación atenta contra los derechos humanos."¹⁸⁷

En este orden de ideas, apelando a la aplicación universal del principio de imprescriptibilidad de la acción judicial cuando se investiguen actos de lesa humanidad, y sin que sea posible oponer norma jurídica convencional de derecho

(Meyer, 1980, 1994). Los Estados-nación siguen siendo los principales agentes de las funciones públicas, aunque la naturaleza y los parámetros de estas funciones son determinadas cada vez más en el nivel global." SOYSAL, Yasemin. Hacia un modelo de pertenencia posnacional, en Ciudadanía Sin Nación. (Yasemin Soysal, Rainer Bauböck y Linda Bosniak) Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá, 2010, pp.138-139.

¹⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 1998. M.P.: Hernando Herrera Vergara.



internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario o interno que la contraríe, el Despacho admite, entonces, que en los eventos en que se pretenda atribuir como un daño antijurídico indemnizable una conducta que se enmarca en un supuesto de hecho configurativo de dichos actos en los debe establecerse si cabe atribuir al Estado por haber participado, incitado, conspirado o tolerado algún (os) agente (s) o representante (s) estatal (el artículo 2º de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 establece que la disposiciones de dicho texto normativo "se aplicaran a los representantes de las autoridades del estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente la perpetración de alguno de estos crímenes o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desenvolvimiento, así como a los representantes de las autoridades del estado que toleren su perpetración"), previa satisfacción de los requisitos para su configuración¹⁸⁸, no opera el término de caducidad de la acción de reparación directa, pues, se itera, existe una norma superior e inderogable reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y refrendada en el contexto regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dispone expresamente que el paso del tiempo no genera consecuencia negativa alguna para acudir a la jurisdicción a solicitar la reparación integral cuando se demanda la producción de daño (s) antijurídico (s) generados por tales actos de lesa humanidad.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, también debe señalar el Despacho que en casos donde han tenido lugar graves violaciones de derechos humanos, como ocurre con los actos de lesa humanidad, cuya responsabilidad sea imputable al Estado, es preciso advertir que el Juez Administrativo debe tener en consideración que en tales casos, dado el hecho que se trata de la satisfacción de intereses públicos intersubjetivamente relevantes para la humanidad (y no solo unos particulares y subjetivos), la reparación integral de tal daño debe corresponderse con este postulado, de manera que debe propender por garantizar los criterios de verdad, justicia y reparación en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles, con fundamento en el principio de

¹⁸⁸ Al respecto véase el aparte 3.2 "Recapitulación de las características, elementos configuradores del delito de lesa humanidad y consecuencias." De esta providencia.



equidad y en aplicación de los principios de proporcionalidad y ponderación¹⁸⁹. Lo anterior, además, responde a obligaciones que convencionalmente existen (el Juez Administrativo opera como Juez de Convencionalidad) y que están expresadas en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la jurisprudencia y demás instrumentos de protección de los derechos humanos existentes en el ordenamiento jurídico.

De otra parte, en análisis de la caducidad de la acción de reparación directa exige su delimitación a partir de unos referentes objetivos, de manera que así se racionalice el ejercicio de la misma. Al respecto el Despacho recuerda el hecho de que es a partir de los juicios de Nuremberg en donde por vez primera se consagró, con efectos jurídicos vinculantes, la idea de lesa humanidad como un crimen internacional, surtiendo, desde ese momento una evolución en su contenido y alcance, como se vio con antelación. Aun así, el Despacho precisa que el principio de la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción judicial por actos de lesa humanidad se consolidó a partir de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, signada el 26 de noviembre de 1968, la cual entró en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, en donde se recordó, en uno de sus considerandos, que *"que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal"*; en este orden de ideas, cabe afirmar la aplicación de un referente fundado en el criterio de la universalidad, según el cual, se deberá examinar la procedencia o no de la caducidad por actos de lesa humanidad respecto de hechos acaecidos a partir del 11 de noviembre de 1970, y en adelante¹⁹⁰. En un segundo evento, cabe afirmar

¹⁸⁹ "El examen de proporcionalidad en sentido estricto, aplicado a la prohibición de insuficiencia, aborda la relación, por un lado, entre la intensidad y el peso de la negativa a reintegrar los gastos (es decir, la no realización del derecho fundamental de prestación), la importancia de la satisfacción del derecho fundamental de prestación mediante una acción positiva que sea más eficaz que la omisión, y, por otro lado, los motivos que fundamentan la denegación de la prestación." CLÉRICO, Laura. "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad." En: BEADE, Gustavo A; CLÉRICO, Laura (Eds). Desafíos a la ponderación, 1ª edición, Ed: Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2011. Pág. 419.

¹⁹⁰ Esto se concluye en razón a lo dispuesto en el artículo VIII de la Convención en donde se señala:

"1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.



un referente objetivo, consistente en la exigencia de una providencia penal (no necesariamente fallo definitivo) en donde se delimiten y valoren, en el caso en concreto, los elementos constitutivos de un acto de lesa humanidad, con el debido sustento probatorio y argumentativo¹⁹¹.

11.5.- Procedencia del control de convencionalidad obligatorio. El Despacho llega a esta conclusión, además, invocando el control de convencionalidad obligatorio y oficioso¹⁹², el cual se entiende como el juicio de revisión de la adecuación del ordenamiento interno a la luz de los postulados convencionales, a cargo de las autoridades públicas en general y de los jueces ordinarios en particular, a fin de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana; no es más que un instrumento para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de

2. Para cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.”

La Convención fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. La entrada en vigor se produjo a partir del 11 de noviembre de 1970.

¹⁹¹ Sin perjuicio de lo anterior, también podría afirmarse un referente objetivo normativo en los siguientes términos: Es necesario establecer la modalidad de acto de lesa humanidad y verificar si respecto de él existe norma de derecho internacional público firmada y ratificada por Colombia, de tal manera que se determine temporalmente el espectro de ejercicio de la acción, a partir de la fecha de entrada en vigencia del tratado o convención respectiva. Por ejemplo, en el caso de la desaparición forzada o en el caso de la tortura, Colombia ha firmado y ratificado los convenios correspondientes, dando como fecha de orientación el año de 1985, como momento a partir del cual cabe considerar, en cada caso concreto, la afirmación de la caducidad o no de la acción.

¹⁹² Fundamentado en los artículos 8.1 “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” y 25 “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Puede verse: BREWER-CARIAS, Allan R; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, 1° ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

Es preciso destacar que la caracterización del control de convencionalidad como un deber oficioso al cual debe proceder el Juez es una cuestión que se dejó en claro desde la sentencia de 24 de noviembre de 2006 en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs Perú.



las decisiones judiciales ordinarias¹⁹³ y en general de parte de todos los órganos que integran de los Estados parte de la Convención¹⁹⁴. Esto lleva a que adicional a las normas internas que rigen el trámite de los procedimientos contencioso administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación, el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas, sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden

¹⁹³ Esta doctrina surgió en los casos *Almonacid Arellano vs Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, en donde se dijo: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." y *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú* de 24 de noviembre de 2006, apuntándose en esta decisión lo siguiente: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones".

¹⁹⁴ En la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Gelman Vs Uruguay* de 24 de febrero de 2011, se destacó que tal control correspondía a "todos sus órganos", claro está que se enfatiza en la labor del poder judicial en ello, más, es claro que no es la única autoridad sobre la cual reside tal obligación. "Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁹⁴".

En este mismo fallo la Corte consideró la conexión entre el control de convencionalidad y la legitimidad democrática de las actuaciones de un Estado al estar sujeto a las interpretaciones que la Corte hace respecto del desarrollo y alcance de los Derechos Humanos contenidos en la Convención. La Corte señala esta idea de la siguiente manera: "La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial."



supraconstitucional, fundándose principalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; reconociendo, en todo caso, las distintas formas en que este control se puede manifestar, cuestión dependiente de la situación concreta en la que se encuentre el Estado al que pertenece el Juez o autoridad obligada a aplicar el control respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en otras palabras, se diferencia si el Estado ha sido parte o no dentro de la controversia que llevó a la adopción de un fallo por la Corte IDH:

"De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

"En relación" con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. (...)

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas¹⁹⁵, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están

¹⁹⁵ Al respecto, la corte señaló en el caso Gelman: "La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que 'el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley'. Otros tribunales nacionales se han ido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales". Caso Gelman Vs. Uruguay, párr.239.



*obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana*¹⁹⁶ *197*

Lo anterior, en razón a que es común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales, sino que en consideración al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, *ex officio*, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina.

11.6.- Presupuestos para declarar que no ha operado la caducidad en el caso concreto. Cabe hacer una precisión fundamental: cuando se estudia la ocurrencia de hechos constitutivos de un daño antijurídico derivado de una conducta de lesa humanidad, es necesario verificar que en la demanda se haya afirmado que este ha sido cometido y en él ha participado o se ha producido como consecuencia de la acción u omisión de un agente estatal, o directamente del Estado, para que pueda considerarse que no operó el fenómeno de la caducidad, cuyo contenido normativo del artículo 136, numeral 8, del Código Contencioso Administrativo encuentra proyección al interpretarlo sistemáticamente con los artículos 2, 29 y 93 de la Carta Política, los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la regla de universalidad del derecho internacional público de

¹⁹⁶ La eficacia interpretativa del tratado internacional se observa también en la práctica de autoridades y tribunales nacionales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 "Execution of judgments of the European Court of Human Rights": "[...] 3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. ("3. The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention *erga omnes* (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice"). <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN>

¹⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 24 de febrero de 2011 caso Gelman Vs Uruguay.



las normas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (específicamente la aplicación universal del principio de imprescriptibilidad a tenor del considerando final de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de 1968¹⁹⁸), los principios del *ius cogens* y de humanidad del derecho internacional público (que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario).

Así mismo, el Despacho advierte que la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para el conocimiento de asuntos en donde se demande la ocurrencia de un daño antijurídico generado como consecuencia de un acto de lesa humanidad, no se sujeta necesariamente a pronunciamiento alguno de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad penal, en la que se adecúen tales hechos como constitutivos de lesa humanidad.

Lo anterior se sustenta en el ejercicio de la autonomía funcional del Juez Administrativo (desdoblamiento del artículo 228 de la Carta Política), así como la libertad probatoria –y argumentativa- para encontrar configurado unos hechos de tal naturaleza, sujeta –siempre- al cumplimiento de los requerimientos desarrollados (como puede verse en el acápite 9 en su integridad de esta providencia).

En todo caso, se destaca que será el Juez Administrativo el llamado a tener, valorar y apreciar aquellas decisiones penales –definitivas o interlocutorias- que puedan aportar elementos de juicio para verificar si se estructuró esta categoría de actos.

En este orden de ideas, en el presente caso el Despacho encuentra que obra un pronunciamiento expreso de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, auto de 8 de septiembre de 2010, en donde se resolvió un recurso de apelación contra un auto de 27 de noviembre de 2009 del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá en donde se había declarado la prescripción de la acción penal a favor de varios miembros del extinto grupo guerrillero M-19 por muertes ocurridas en noviembre de 1987 en el Palacio de Justicia de Bogotá.

¹⁹⁸ "Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal".



En esta decisión el Tribunal califica las muertes ocurridas como delitos de lesa humanidad, al encontrar configurado un ataque sistemático o masivo, pues hubo un "alto nivel de planeación metódica" de parte del grupo M-19 además de constatar que "no se trató de un hecho de azar donde en cualquier momento puede emerger el combate armado entre adversarios, sino de un acto deliberado encaminado a atacar a la población civil.", el Tribunal razonó en los siguientes términos:

"Estima el Tribunal que el asalto al Palacio de Justicia no puede calificarse como un acto propio del hostigamiento militar inherente a las partes en conflicto, pues es claro que tan atrevido comportamiento del M-19 no estaba dirigido a reducir a su adversario militar (fuerzas armadas), sino que fue una embestida a la institucionalidad del Estado representada por civiles ajenos al conflicto. No se trató de un hecho de azar donde en cualquier momento puede emerger el combate armado entre adversarios, sino de un acto deliberado encaminado a atacar a la población civil.

Ahora bien, en aplicación del concepto de crímenes de lesa humanidad, son varios los elementos que permiten afirmar que algunos de los delitos endilgados a varios de los miembros del M-19 que no fueron beneficiados con el proceso de indulto, si merecen tal calificativo.

Como ya se dijo, el concepto de crímenes de lesa humanidad es autónomo frente a los crímenes de guerra y en palabras de la Comisión de Derecho Internacional, "consisten en actos inhumanos de muy serio carácter que envuelven violaciones sistemáticas o generalizadas en contra de la población civil en todo o en parte. El sello de tales crímenes lo determina su gran escala y naturaleza sistemática. Las formas particulares de los actos ilegales son menos cruciales que la definición de los factores de escala y política deliberada, al igual que tengan como objetivo la población civil en todo o en parte... El término, dirigido en contra de cualquier población civil debe hacer referencia a actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de una población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos raciales o religiosos. Los actos particulares referidos en la definición son los actos cometidos deliberadamente como parte de ese ataque".¹⁹⁹

De la forma como fue ejecutado el asalto al Palacio de Justicia aquel 6 de noviembre de 1985, emerge claro que este comportamiento obedeció a un alto nivel de planeación metódica por parte de los miembros del grupo guerrillero M -19, de allí su sistematicidad; además, fue un hecho en el que se victimizó en su mayoría a ciudadanos indefensos los cuales fueron asesinados cuando se encontraban sin posibilidad alguna de repeler el ataque de los rebeldes que estaban fuertemente armados, siendo evidente que no fue un acto dirigido a reducir a su enemigo que eran las fuerzas militares colombianas, sino una agresión masiva contra la población civil que se encontraba en el lugar. También se trató de una conducta que generó repudio y conmovió la conciencia de los colombianos quienes después de más de veinte años continúan rechazando de manera vehemente los sucesos acaecidos en el año 1985 y clamando justicia para que ese acto bárbaro no quede en la impunidad.

Las anteriores circunstancias son claramente indicativas de que la muerte causada al personal civil que se encontraba en el Palacio de Justicia durante el asalto desplegado por miembros del M-19, es un crimen de lesa humanidad, que de acuerdo con el Estatuto de Roma se conoce como asesinato. Justamente el numeral 1º del

¹⁹⁹ Comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 20 del proyecto de creación de un tribunal penal internacional. Tomado de AMBOS, Kai, El Nuevo Derecho Penal Internacional. Ara ediciones. Lima, Perú 2004.



artículo 7º de dicho estatuto señala como elementos de este crimen que el autor dé muerte a una o varias personas, que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que el ataque fuera de este tipo. Los anteriores elementos concurren en la modalidad delictiva ejecutada por los miembros del M -19 en la que se cegó la vida del personal civil que laboraba en el Palacio de Justicia.

(...)

Sin embargo, acoge el Tribunal el criterio según el cual para el momento de comisión del delito contra la vida, la normatividad interna de nuestro país protegía este bien jurídico a través de la tipificación del delito de homicidio que estaba previsto como hecho punible para esos momentos. Además, tampoco puede desconocerse que para esa época ya existían instrumentos internacionales que reprochaban el delito de homicidio, ahora conocido en la normativa penal internacional como asesinato, y que se constituyen en normas de ius cogens que obligan a los Estados sin necesidad de que medie un tratado que las acoja como parte del orden interno para su respeto y aplicación.²⁰⁰(...)²⁰¹ (Subrayado fuera de texto).

En atención al anterior pronunciamiento judicial en sede penal respecto a la concurrencia de los elementos constitutivos de actos de lesa humanidad en los hechos acaecidos el 6 y 7 de noviembre de 1985 (al haberse producido un ataque generalizado y sistemático contra miembros de la población civil), que son similares a los supuestos fácticos narrados por el actor en el escrito de demanda y reiterados en su apelación, el Despacho revocará la decisión del Tribunal de rechazar la demanda por caducidad de la acción y dispondrá, en su lugar admitirla para su trámite ante el *a-quo*, dado que satisface los requisitos formales de los artículos 137 y 139 del Código Contencioso Administrativo²⁰².

11.7 – Alcance de esta decisión.

El Despacho advierte que las consideraciones expuestas en la presente decisión corresponden a las valoraciones jurídicas necesarias con el fin de desatar la controversia en torno a la ocurrencia del fenómeno procesal de la caducidad del medio de control de reparación directa ejercitado por los accionantes, aspecto de

²⁰⁰ Ver auto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de fecha 13 de mayo de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos.

²⁰¹ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Auto de 8 de septiembre de 2010. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Radicado: 11001-0704-002-1999-04119-01, en ([http://www.ramajudicial.gov.co/csjs/downloads/UserFiles/File/VARIOS/JURISPRUDENCIA_INTERE_S/Tribunal%20Superior%20de%20Bogota-Boletin%20Juridico/BOLETIN%2016%20DE%202010%20MEJORADO\(1\).doc](http://www.ramajudicial.gov.co/csjs/downloads/UserFiles/File/VARIOS/JURISPRUDENCIA_INTERE_S/Tribunal%20Superior%20de%20Bogota-Boletin%20Juridico/BOLETIN%2016%20DE%202010%20MEJORADO(1).doc) y en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/castro35.html>; consultado el 18 de febrero de 2013).

²⁰² Se presentó solicitud de conciliación prejudicial ante el Ministerio Público el 26 de noviembre de 2010 y celebrándose audiencia de conciliación el 25 de febrero de 2011, siendo ésta fallida.



imperiosa observancia por parte del Juez Administrativo al momento de estudiar la admisibilidad de las acciones contenciosas administrativas.

En este orden de ideas, y teniendo en consideración lo expuesto a lo largo de esta providencia, el Despacho advierte que el caso - y en este estado de la actuación judicial- sometido a un análisis sumario de la información que reposa en el escrito de demanda, así como en la alzada, y valorada la posición asumida por el señor Agente del Ministerio Público en su intervención, encuentra diversos elementos de juicio que le llevan a sostener que los hechos que rodearon el deceso del señor Echeverry Correa son constitutivos de actos de lesa humanidad, operando, como consecuencia la regla de la imprescriptibilidad de la acción judicial en este preciso asunto.

No obstante, dada la instancia procesal en la que tiene lugar este pronunciamiento, el Despacho señala que corresponderá al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a lo largo del trámite de la primera instancia, verificar con plena certeza la ocurrencia de los elementos fácticos y jurídicos sobre los cuales se cimienta el acto de lesa humanidad, así como determinar si su acaecimiento se comprende o no dentro de las reglas de la imprescriptibilidad propias a este tipo de actos, o, por el contrario, debe ajustarse a las reglas ordinarias para el cómputo de la caducidad.

11.8 Estudio de la excepción de inconstitucionalidad del numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo propuesta por el actor.

El apelante en su recurso, afirma que el Juez Contencioso Administrativo está llamado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto del numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), por vulneración de la tutela judicial efectiva y del derecho a la verdad.

Para el Despacho, dicho argumento no puede ser considerado, porque encuentra que la norma cuestionada no entra en colisión, ni produce inconstitucionalidad alguna con las normas que tutelan el acceso a la administración de justicia (artículo 228-229 Constitución Política), ni cercena o restringe el derecho a la verdad. Lo anterior, tiene como sustento, precisamente, el efecto integrador con el que el Despacho ha venido construyendo la regla normativa según la cual en



aquellos eventos en los que se demanda en ejercicio de la acción de reparación directa la responsabilidad del Estado por actos de lesa humanidad, no opera la caducidad dado el carácter imperativo que se deriva de la imprescriptibilidad de tales actos. Así mismo, se afirma que la integración normativa lejos de producir la negación, la excepción, o incluso la inconstitucionalidad reclamada del numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, lo que permite es completar, colmar y definir la regla jurídica que opera para estos eventos.

11.9 Por último, el Despacho llama la atención respecto a que el derecho de la responsabilidad del Estado debe ser comprendido bajo el contexto del Estado Social de Derecho, en función de la víctima y no de los victimarios, (tal como se desprende del escrito de demanda y la impugnación formulada por la parte accionante), concepto éste que debe dominar en todos sus aspectos el alcance del artículo 90 constitucional, para lo cual resulta un instrumento invaluable el entender que el régimen jurídico de las víctimas en el derecho colombiano se ubica dentro de un gran bloque normativo y de principios jurídicos en cuya cúspide se sitúa el Derecho de los Derechos Humanos, que comprende tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de gentes, como ha quedado ampliamente desarrollado en la presente providencia.

En este sentido, y para efectos de un completo análisis de la temática que nos ocupa, resulta incuestionable que el Juez Administrativo que estudie y resuelva el litigio, debe romper los senderos del mero causalismo²⁰³, e incorporarse dentro de las técnicas garantísticas de la imputación objetiva²⁰⁴. Técnica garantística, esta,

²⁰³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática". En: BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181.

²⁰⁴ Puede verse: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática". En: BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Pág. 197 - 214. La afirmación de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado es sostenida recientemente por Gil Botero en los siguientes términos: "La teoría de la imputación objetiva resulta pertinente para la solución de los problemas a los que se enfrenta la responsabilidad patrimonial a la hora de analizar el mal llamado "nexo causal" y los problemas de incertidumbre que de él se desprenden. Por esta razón es innegable que la mencionada construcción teórica permite, mediante los instrumentos conceptuales examinados, aliviar o solucionar la dificultad a la que se enfrenta



que marcan la diferencia entre la responsabilidad entre particulares, de aquella en la cual el victimario puede ser el Estado, o sus agentes, en virtud de su posición jurídica (exigencia de deberes normativos positivos), esto en procura de consolidar la verdad, la justicia y la reparación integral, en consonancia con la eficacia de la protección de los derechos convencional y constitucionalmente garantizados (según la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH)²⁰⁵, y de lograr el verdadero efecto preventivo del instituto de la responsabilidad.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto de 2 de mayo de 2012 proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se rechazó la demanda por caducidad de la acción.

SEGUNDO: ADMITIR la demanda interpuesta por la señora Teresa del Socorro Isaza de Echeverry y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente a los representantes legales de la entidades demandadas esta providencia.

CUARTO: FIJAR en lista por el término de diez (10) días.

QUINTO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de origen fijar los gastos ordinarios del proceso que deben ser sufragados por el actor.

SEXTO: Las anteriores previsiones deben ser cumplidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEPTIMO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

el operador jurídico a la hora de establecer cuándo y en qué eventos un daño es producto del obrar de un determinado sujeto de derecho, además de ser una teoría con vocación de generalidad aplicable a todos los escenarios que se presentan en sede de la responsabilidad extracontractual de la administración pública. (Negrilla y subrayado fuera del texto). GIL BOTERO, Enrique. "La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia." En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge (Editores). La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos – jurídicos de la Responsabilidad civil extracontractual. 1º ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Agosto 2013. Págs. 473-511.

²⁰⁵ Véase: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. "La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros", trabajo de investigación suministrado por el autor.



Teresa del Socorro Isaza de Echeverry c. Nación-Ministerio de Defensa
Radicación: 25000-23-26-000-2012-00537-01 (45092)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Recibido
m.
Sept-18-2013