



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Radicación: 85001-33-33-002-2014-00144-01 (61033)
Actores: Juan José Coba Oras y otros
Demandado: Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y otros
Referencia: Acción de reparación directa

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, salvo mi voto en esta oportunidad. No comparto el sentido del fallo adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera, ni las razones que le sirvieron de fundamento. La Sentencia desconoció el estándar vigente en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de acceso a la justicia para las víctimas de crímenes atroces y, a cambio, creó una regla jurisprudencial contra-igualitaria y regresiva y, en consecuencia, contra-convencional e inconstitucional. Para fundamentar su posición recurrió a dos construcciones argumentativas que no comparto. En primer término, desconoció la fuerza vinculante de una Sentencia de la Corte Interamericana mediante la aplicación de una especie de margen de apreciación nacional estricta, que es ajeno al sistema interamericano de derechos humanos. En segundo lugar, estableció una analogía entre dos normas procesales cuyos presupuestos y fundamentos son disímiles, para derivar una regla jurisprudencial en la que eliminó la diferencia entre las víctimas de crímenes atroces como sujetos de especial protección constitucional y el resto de potenciales demandantes de responsabilidad estatal. La regla unificada neutralizó el estatuto constitucional de estas víctimas y las garantías especiales a sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

1. La aplicación de un “margen de apreciación nacional” en la Sentencia impactó el principio de no regresividad respecto del bloque de constitucionalidad, porque desconoció los estándares vigentes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

La Sala sostuvo, en el fallo del que me aparto, que la Sentencia del caso Órdenes Guerra contra Chile no era vinculante porque no contenía una interpretación del artículo 25 de la CADH. Concluyó que, dado que en ella “no se interpretó la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de reglas con contenido material similar a las que prevé nuestro Código Contencioso Administrativo y la Ley 1437 de 2011, tal pronunciamiento no resulta vinculante para resolver el presente asunto”.

Esta interpretación de la Sala tiene un fundamento tácito que es equivocado en el marco del Sistema Interamericano, por dos razones. La primera es que la Corte Interamericana jamás interpreta la Convención a la luz de normas domésticas. Al contrario, controla que las normas y prácticas de los Estados se adecúen los estándares de la CADH, que resultan de su texto y de las interpretaciones que ella realiza en sus sentencias. La segunda razón por la que la Sala equivocó su posición, consiste en que aplicó un margen de apreciación nacional¹, que es ajeno al Sistema Interamericano², para separarse de los estándares de interpretación fijados por la Corte en la Sentencia Órdenes Guerra, y prefirió una lectura de la Convención a la luz de las normas colombianas y la práctica judicial doméstica.

La obligación de cumplir los tratados de buena fe incluye la de acoger, también de buena fe, los progresos y modificaciones en el alcance y contenido de sus normas, según los establezca su intérprete autorizado. En virtud del principio de subsidiariedad que rige el SIDH, esa obligación corresponde a los jueces de cada Estado parte, como responsables del control inicial de la correcta aplicación de la Convención³. Para cumplir con esta tarea, la Corte IDH ha explicado que los jueces están obligados a ejercer el llamado control de convencionalidad⁴.

Ese instrumento de control, conocido de sobra por la Sala, le permitía garantizar que los efectos de la Convención no resultaran disminuidos por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin⁵, para lo cual debió abstenerse de invocar el derecho interno como justificación de su incumplimiento⁶ y debió tener en cuenta, "no

¹ En el Sistema Europeo, el margen de apreciación nacional supone una especie de autocontención judicial del Tribunal con el fin de permitir a los Estados un nivel de discrecionalidad en la forma de concretar conceptos jurídicos indeterminados que comprometan el interés público u otro bien jurídico colectivo relacionado con el principio democrático y cuya protección justifique una suspensión o restricción de un derecho individual. Se trata de un margen cuya amplitud varía dependiendo de la intensidad con que el Tribunal decida ejercer sus competencias de control, de manera que restringe el margen de discrecionalidad en los asuntos en que hay mayor consenso en las legislaciones europeas y lo amplía en los casos en que las soluciones jurídicas previstas en los ordenamientos nacionales sean muy diversas. En ese sentido, ver UBEDA DE TORRES, Amaya (2007), *Democracia y derechos humanos en Europa y América: estudio comparado de los sistemas europeo e Interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid.

² Ninguna de las concesiones de discrecionalidad que prevé la Convención Americana a favor de los Estados, en cambio, puede entenderse como una recepción convencional de la doctrina del margen de apreciación, al menos en el sentido de autorizar a los Estados a interpretar la Convención de acuerdo con sus opciones legislativas o sus prácticas judiciales, pues, al contrario, están obligados a hacerlo, únicamente, según el estándar mínimo definido en las sentencias de la Corte. En ese sentido, ver, NASH, Claudio (2018), "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, Bogotá.

³ Ver, en ese sentido, Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay. Ver también, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴ En el caso colombiano, el control de convencionalidad es un instrumento para operativizar el bloque de constitucionalidad.

⁵ Corte Interamericana, Caso Gelman Vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.

⁶ Esta regla coincide con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Ver también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención*

Radicación:85001-33-33-002-2014-00144-01 (61033)

Actores: Juan José Caba Oros y otros

Demandado: Nación –Ministerio de Defensa – Ejército
Nación y otros

Referencia:Acción de reparación directa

solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁷.

La Sala Plena de la Sección Tercera, como los demás jueces nacionales del SIDH, es responsable de la obligación de “adecuación” interpretativa de las normas nacionales, para asegurar “la efectividad de los derechos y libertades cuando no estén garantizados”⁸. Justamente esa obligación explica por qué la doctrina del margen de apreciación, propia de la práctica jurisprudencial del Tribunal Europeo, “no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁹. La Sala, en consecuencia, no podía conceder al Estado colombiano un margen de apreciación frente al estándar definido por la Corte en la Sentencia *Órdenes Guerra*¹⁰, porque la figura no existe en el Sistema. La Sala no estaba habilitada para apartarse de los efectos interpretativos de esa Sentencia, ni para restringir su obligatoriedad a partir de criterios hermenéuticos ajenos al Sistema, con base en la existencia de normas nacionales y en la reiteración de una práctica judicial doméstica contraria a la que demanda el estándar convencional vigente.

Las Sentencia del caso *Órdenes Guerra contra Chile*¹¹, al contrario de lo que sostuvo la Sala, sí fijó el estándar mínimo de efectividad de las normas convencionales sobre acceso a la justicia de víctimas de crímenes atroces, e hizo tránsito a cosa juzgada no sólo con efectos inter-partes, sino también como “norma convencional interpretada”, de manera que todas las autoridades de los Estados Parte resultaron vinculadas al criterio interpretativo de la Corte¹².

La Sentencia¹³, a la que la Sala privó de todo efecto vinculante e interpretativo, resolvió los casos de distintos grupos familiares de víctimas de la dictadura chilena, que cometió crímenes atroces contra ellas, como desapariciones forzadas,

Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14.

⁷ Esta posición se ha sostenido invariablemente en la jurisprudencia de la Corte y en sus opiniones consultivas. Ver, entre otras, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Así lo ha reconocido también la Corte Constitucional en sentencias C-010 de 2000, T-1391 de 2001, C-097 de 2003, C-370 de 2006, C-442 de 2011.

⁸ Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay*.

⁹ Ver, CANÇADO TRINDADE, Antonio (2006), *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, fondo, Sentencia de reparaciones y costas, de 29 de noviembre de 2018.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, fondo, Sentencia de reparaciones y costas, de 29 de noviembre de 2018.

¹² Ver en ese sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Helman contra Chile*, Supervisión de cumplimiento de la Sentencia, 20 de marzo de 2013. Ver también el voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay*.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, fondo, Sentencia de reparaciones y costas, de 29 de noviembre de 2018.

Radicación:85001-33-33-002-2014-00144-01 (61033)

Actores: Juan José Coba Oros y otros

Demandado: Nación -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y otros

Referencia:Acción de reparación directa

ejecuciones sumarias y torturas. La Corte IDH acogió el argumento de la CIDH según el cual, la *inconveniencia* de la prescripción de la acción penal aplicada en casos de graves violaciones de Derechos Humanos, se relaciona con el carácter fundamental al esclarecimiento de los hechos y la obtención de justicia para las víctimas. Según la Sentencia, no existen razones para aplicar un estándar diferente al derecho a la reparación, que también es fundamental, por lo que las acciones judiciales de reparación del daño causado por crímenes internacionales, no deben estar sujetas a la prescripción¹⁴.

La Corte IDH, en esta sentencia, consolidó el contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporándole los estándares internacionales vigentes mediante las siguientes reglas. (1) Las acciones con las que víctimas de crímenes atroces o graves violaciones de derechos humanos pretenden la reparación de los daños imputables al Estado protegen sus derechos imprescriptibles a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. (2) A esas acciones, aún cuando no estén aparejadas a un proceso penal, no puede aplicárseles la prescripción o caducidad. (3) La aplicación de la prescripción o la caducidad a acciones de reparación administrativa, impide que las víctimas de la barbarie accedan materialmente a la justicia para hacer efectivos sus derechos fundamentales e imprescriptibles. (4) La práctica judicial de declarar la caducidad de las acciones de reparación para estos casos, genera responsabilidad del Estado por violación del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La imprescriptibilidad de las acciones de reparación contra el Estado por hechos de esa naturaleza, como consecuencia de esa sentencia, integra el contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y hace parte del Bloque de Constitucionalidad. La decisión de la Sala, entonces, no sólo es convencional, sino que es inconstitucional en la medida en que resultó regresiva frente a los estándares que estaban vigentes en el ordenamiento superior.

2. La Sala estableció una analogía artificial entre dos normas procesales y derivó de ella una regla jurisprudencial que neutralizó el estatuto constitucional de las víctimas de la barbarie y privó de garantías a sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición

En la Sentencia de la que me aparto, la Sala sostuvo que la regla jurisprudencial según la cual, la garantía de la imprescriptibilidad penal se suspende respecto de la persona que es vinculada formalmente al proceso, es asimilable, tiene el mismo objeto y los mismos efectos que otra regla procesal según la cual, el término de caducidad de la acción de reparación directa sólo corre a partir del momento en que el demandante conoce los hechos dañosos y puede inferir que el Estado

¹⁴ Esta imprescriptibilidad de las acciones de reparación es una consecuencia de la imprescriptibilidad natural de los derechos fundamentales a la verdad la justicia y la reparación, que solo están plenamente garantizados si sus víctimas tienen acceso en cualquier tiempo a las distintas acciones judiciales.

Radicación:85001-33-33-002-2014-00144-01 (61033))

Actores: Juan José Caba Oros y otros

Demandado: Nación -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y otros

Referencia:Acción de reparación directa

participó en ellos. Según la interpretación de la Sala "las situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad penal en los casos de lesa humanidad y los crímenes de guerra también se encuentran previstas en el campo de lo contenciosos administrativo, bajo la premisa del conocimiento de la participación por acción u omisión del Estado, al margen de que se trate de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra"

La analogía que construyó la Sala, en mi concepto, es artificial. Como la propia Sala lo reseñó en la Sentencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el fundamento de la suspensión de la imprescriptibilidad penal en casos de crímenes atroces se encuentra en la especial naturaleza de los bienes jurídicos en tensión. Son los derechos fundamentales al debido proceso, a la justicia sin dilaciones y a la libertad, los que inclinan la balanza hacia la necesidad de aplicar la regla general de prescripción penal cuando un ciudadano ya está formalmente vinculado a un proceso penal por crímenes atroces. La suspensión de la imprescriptibilidad en estas circunstancias equilibra, de un lado, la protección frente a la impunidad por atroces, y de otro, el derecho de toda persona a no ser sometida indefinidamente a un proceso penal, que además puede implicar la privación de su libertad.

Ninguna relación tiene esa regla y sus fundamentos, con la norma general de caducidad de la acción de reparación directa, que encuentra su razón de ser en una lógica básica del derecho, según la cual a nadie puede exigirse lo imposible. Exigirle a un ciudadano que demande por hechos que aun no conoce, so pena de perder su derecho de acción, supondría una restricción arbitraria e irrazonable a su derecho de acceder a la administración de justicia. De otra parte, cuando el ciudadano se entera del daño que puede ser imputable a la Administración, empieza a correr el término durante el cual debe demandar, sin que su conocimiento de los hechos implique que el posible responsable resulte sometido a proceso alguno. Además, dado que no se trata de un proceso de responsabilidad penal contra una persona, sino de la mera posibilidad de un proceso de responsabilidad civil contra la Administración, no se comprometen, en absoluto, los derechos al debido proceso ni a la libertad.

Es evidente que la regla de caducidad de la acción de lo contencioso administrativo no protege los bienes jurídicos que son objeto de la garantía de imprescriptibilidad penal para los crímenes atroces. Por consiguiente, esa regla no busca un equilibrio entre los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de las víctimas de la barbarie, y los derechos de los procesados, al debido proceso y a la proporcionalidad de las restricciones a su libertad.

La artificialidad de la analogía propuesta por la Sala salta a la vista y se extiende a sus consecuencias. La Sala sacrificó el derecho a la igualdad material de las víctimas de crímenes atroces con la aplicación de la regla ordinaria de caducidad de la reparación directa a ese tipo de hechos, sobre el argumento de su similitud

Radicación:85001-33-33-002-2014-00144-01 (61033))

Actores: Juan José Caba Oros y otros

Demandado: Nación –Ministerio de Defensa – Ejército
Nacionl y otros

Referencia:Acción de reparación directa

con la regla de la imprescriptibilidad penal. La analogía de la Sala no tuvo en cuenta que estas víctimas son sujetos de especial protección constitucional¹⁵ justamente en consideración de los hechos de barbarie a los que fueron sometidas. Al evitar toda consideración sobre la diferencia entre hechos de barbarie y otros hechos dañosos que pueden generar responsabilidad de la Administración, la Sala terminó diseñando una fórmula de homogeneización en que las víctimas de atrocidades se asimilaron a los demás ciudadanos que no han padecido la barbarie de la guerra. La Sentencia de la que me separo, neutralizó los efectos del estatuto constitucional de estas víctimas, que tiene una de sus bases esenciales en la naturaleza imprescriptible de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, y cuyo correlativo procesal era la garantía de no caducidad de las acciones de responsabilidad, que permite la eficacia material de dichos derechos en cualquier tiempo, como protección frente a la inactividad Estatal.

Esta sentencia de la que me separo, en mi concepto, creó un riesgo indeseado de impunidad para la barbarie que desgraciadamente ha caracterizado nuestro conflicto y se ensañó con los más vulnerables. Las reglas jurisprudenciales que se unificaron tienen un impacto sobre la solidez del proceso de transición y perjuran los mandatos constitucionales sobre la obligación estatal de construir una paz estable y duradera.


ALBERTO MONTAÑA PLATA
Consejero de Estado

Sentencia de 29 de enero de 2020

¹⁵ Ver, Corte Constitucional, sentencias T-188 de 2007, T-462 de 2012, T-364 de 2015 y T-404 de 2017, entre otras.