

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL DAÑO INCIDENTAL O
COLATERAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

Natalia Núñez Vásquez

**Proyecto presentado como requisito para optar el título de abogada
(Monografía de compilación)**

**Asesor del Proyecto
Bibiana Catalina Cano Arango**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO**

2017

TABLA DE CONTENIDO

TEMA.....	3
1. JUSTIFICACIÓN	3
3. PREGUNTA PROBLEMA	8
4. OBJETIVO GENERAL.....	8
4.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	9
5. MARCO DE REFERENCIA.....	9
5.1 REFERENTE CONCEPTUAL	9
5.2 REFERENTE TEÓRICO.....	11
6. DISEÑO METODOLÓGICO.....	13
7. ORIGEN Y EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	14
7.1 DEL DESARROLLO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, EN COLOMBIA	14
8. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, POR LAS ACTUACIONES DE LAS FUERZAS MILITARES	29
8.1 EL USO DE LA FUERZA Y LOS PRINCIPIOS DEL DIH EN CONTEXTO DE UN CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA	33
8.2 GRAVES VIOLACIONES A LOS DDHH E INFRACCIONES AL DIH POR PARTE DE LAS FFMM, COMO PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	39
9. EL DAÑO COLATERAL COMO HECHO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD ESTATAL EN COLOMBIA.	48
10. CONCLUSIONES.....	58
11. BIBLIOGRAFÍA.....	61

TEMA

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO FRENTE AL DAÑO INCIDENTAL O COLATERAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

1. JUSTIFICACIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado ha sido entendida desde la óptica de la responsabilidad contractual y extracontractual, la responsabilidad contractual comprende la obligación de reparar los perjuicios derivados del incumplimiento o retraso en el cumplimiento de un contrato, para lo cual se requiere de la existencia de una relación anterior entre el autor del daño (el Estado) y quien lo sufre, además de que se demuestre que el perjuicio fue ocasionado por esa relación.

Por su parte la responsabilidad extracontractual, consiste en la obligación de reparar los daños o perjuicios no derivados de una relación contractual.

Tratándose de la responsabilidad patrimonial que se le puede endilgar al Estado Colombiano como resultado de los daños antijurídicos ocasionados a los particulares en su vida o en sus bienes; es necesario partir del reconocimiento de que antes de la Constitución Política de 1991 no existía un marco normativo específico que regulara esta materia en el escenario nacional.

No obstante el vacío jurídico, la figura de responsabilidad patrimonial del Estado se fue nutriendo gracias a los fallos de la Corte Suprema de Justicia, y más adelante del Consejo de Estado; con base en la figura de responsabilidad patrimonial consagrada en el Código Civil y que se aplica en el ámbito del derecho privado.

En sentencia del 22 de octubre de 1896 la Corte Suprema de Justicia estableció:

...a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las

reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. (Corte Suprema de Justicia, 1896)

Más adelante la Constitución Política de 1991, en su artículo 90 elevó a rango constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Así pues, se empiezan a generar líneas jurisprudenciales por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, con base en fundamentos doctrinarios, respecto de los títulos o modalidades bajo los cuales debería responder el Estado Colombiano; desarrollándose teorías subjetivas y objetivas de responsabilidad estatal.

Se atiende en primera medida a la teoría subjetiva de responsabilidad, bajo el denominado título de imputación de falla del servicio, el cual supone que para determinar la responsabilidad del Estado se hace necesario establecer la culpa o responsabilidad del agente o funcionario, respecto de su deber de actuación o abstención; es decir que es determinante un actuar o dejar hacer ilícito. Posteriormente toman fuerza teorías objetivas de responsabilidad estatal, tales como el riesgo excepcional y el daño especial; las cuales suponen que a pesar de que el actuar del Estado o la abstención del mismo a través de sus funcionarios sea lícito, se genera una ruptura de las cargas públicas que tiene el ciudadano, es decir, que el ciudadano no debe soportar los daños que se le ocasionen por las acciones u omisiones legítimas del Estado, máxime cuando estas suponen una actividad en extremo riesgosa, como por ejemplo la defensa de la soberanía nacional a través de las fuerzas militares.

El presente trabajo entonces, pretende develar como el Estado Colombiano a través de las fuerzas militares en el contexto de un conflicto armado no internacional, despliega actuaciones que en el marco regulatorio del Derecho Internacional Humanitario, son completamente lícitas y necesarias

para poder lograr la garantía de defensa de la soberanía nacional que tienen encomendadas las fuerzas militares constitucionalmente.

Dichas actuaciones comprenden el ataque sobre lo que en el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) son entendidos como blancos lícitos u objetivo militares; los cuales son objeto de ataque directo siempre y cuando se preserven los principios de origen consuetudinario del DIH a saber, principio de necesidad militar, principio de distinción, principio de proporcionalidad, principio de humanidad, principio de precaución en el ataque, principio de no reciprocidad y principio de limitación.

Sin consideraciones a las diversas infracciones sobre el DIH que han realizados las fuerzas militares de Colombia, como por ejemplo los denominados falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales; se hará énfasis sobre aquellas conductas que son a la luz del DIH completamente lícitas y que aunque generan un daño sobre la vida y los bienes de los administrados, se tienen como daños aceptables, y son denominados como efectos colaterales o daños incidentales; considerados bajo el principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

Se aplica cuando se va a realizar un ataque u otra operación contra un objetivo militar, y establece que en esa actividad se debe alcanzar una ventaja miliar definida utilizando de manera adecuada lo medios y métodos de combate sin afectar a la población civil y a sus bienes, o en caso excepcional, solo se pueden ocasionar unos daños colaterales mínimos contra la población civil y sus bienes. Este principio establece una relación razonable entre los efectos de destrucción lícitos y los daños colaterales indeseables. (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015)

En este orden de ideas el daño colateral no puede verse como un error militar; como en ocasiones se ha visibilizado, toda vez que el error militar encierra una falta cognitiva sobre quien despliega la acción, respecto de los efectos que tendrá su conducta o dejar de hacer; en otras palabras el error se vería como un actuar culposo del funcionario que por su falta de experticia, condujo a caer en el error.

Por el contrario el daño colateral o incidental, como se vio anteriormente, es totalmente previsible y aceptable en cuanto conlleve a una ventaja militar definida y siempre y cuando estos efectos colaterales sean mínimos o no sean excesivos con relación a la ventaja militar definida que se pretende obtener.

Así las cosas, aunque el daño colateral es aceptable a la luz del DH, en el marco de las operaciones militares; esta circunstancia no es óbice para que aquellas personas no puedan reclamar del Estado una acción reparadora – indemnizatoria por los daños ocasionados; teniendo en cuenta que la calificación del hecho da pie no solo a la indemnización del ciudadano sino a las posibles repercusiones penales y disciplinarias de los miembros de la fuerza pública que actúan en el teatro de las operaciones militares; toda vez que si el hecho es calificado como un error militar el tratamiento de responsabilidad de los intervinientes será esencialmente diferente, al tratamiento que se dé bajo la calificación de daño incidental o colateral e incluso si este es excesivo con relación a la ventaja militar definida que se pretende obtener.

La existencia de una literatura dispersa sobre este tema y la poca línea jurisprudencial que trate específicamente sobre los efectos colaterales o daños incidentales que se originan en las operaciones militares; y la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de estos, es lo que dota al presente trabajo de pertinencia; con relación a un escenario nacional de pos conflicto, donde los miembros de las fuerzas militares están volcando sus operaciones hacia objetivos tales como la lucha contra el crimen organizado, lo cual encierra nuevas formas de operaciones militares que inevitablemente llevarán a la generación de daños colaterales sobre la población civil y sus bienes.

Para la comunidad académica, específicamente para la Universidad Autónoma Latinoamericana es importante la compilación de este tema, toda vez que dota a la Universidad de un insumo

académico que nutre el conocimiento sobre lo que debe entenderse por daño colateral o incidental en el marco del DIH y las operaciones militares, con relación al conflicto armado interno que se ha vivido en Colombia por más de 50 años y la responsabilidad indemnizatoria que tienen el Estado aun cuando una determinada actuación sea lícita.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En un país inmerso en un conflicto armado interno por más de cincuenta años, es apenas comprensible que la población civil se encuentre en medio del fuego cruzado que se ha extendido a lo largo de todo el territorio nacional Colombiano.

Tratándose del escenario de las operaciones militares inmersas en un conflicto armado no internacional, se debe considerar que estas se encuentran reguladas por un sistema normativo de orden internacional como los son las normas del DIH, y la serie de normas de origen nacional que tratan de darle legalidad y legitimidad al uso de la fuerza que despliegan las fuerzas militares en contra de los grupos alzados en armas existentes en el país.

No obstante, la legalidad y legitimidad que pueden contener las actuaciones de las fuerzas militares para poder garantizar la seguridad y defensa nacional; el Estado está llamado a responder de forma patrimonial, cuando la carga pública que se le exige al ciudadano, supera lo que este debe soportar como consecuencia de la actuación estatal.

En este contexto surge como paradigma de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, un fenómeno denominado a la luz del DIH como daño colateral o incidental; el cual ha tenido un tratamiento superficial en el Estado Colombiano, ya que en la mayoría de situaciones fácticas se le ha dado el tratamiento de error militar o puede que, se haya constituido en un daño colateral excesivo.

El problema jurídico radica esencialmente en que, si bien el daño colateral es un daño aceptable dentro de las operaciones militares en el marco del DIH, y en este el Estado debe reparar los daños ocasionados a las personas o bienes de la población civil; el personal militar no está llamado a responder de forma penal o disciplinaria, toda vez que el daño colateral es previsible y como ya se ha mencionado tolerable; siempre y cuando no sea excesivo respecto de la ventaja militar que se pretende alcanzar.

Por el contrario, si se está en el escenario de un error militar o un exceso en el daño colateral, se configura una forma de obrar con falta a los deberes objetivos de cuidado o falta de experticia del personal militar, lo cual además de la sanción patrimonial que le cabe al Estado; puede llevar en determinados casos a la responsabilidad disciplinaria y penal del personal que actúa dentro de las operaciones militares.

3. PREGUNTA PROBLEMA

¿Cómo se configura la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por el daño colateral, en el marco de las operaciones militares a la luz del derecho internacional Humanitario?

4. OBJETIVO GENERAL

Determinar cómo se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano, por los daños colaterales o incidentales ocasionados a los administrados, en el marco de las operaciones militares a la luz del Derecho Internacional Humanitario

4.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

4.1.1 Definir el origen de la responsabilidad del Estado desde el contexto nacional e internacional.

4.1.2 Precisar cómo surge la responsabilidad patrimonial del Estado, por las actuaciones de las fuerzas militares.

4.1.3 Establecer como el daño colateral, a pesar de su legalidad bajo las normas del DIH se constituye en un hecho generador de responsabilidad Estatal.

5. MARCO DE REFERENCIA

5.1 REFERENTE CONCEPTUAL

Para desarrollar el componente conceptual que se necesita para cumplir los objetivos propuestos en este trabajo, se debe partir por la evolución jurídica que ha tendido el concepto de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Colombiano a raíz de las manifestaciones que en la parte inicial de este concepto elaboro la Corte Suprema de Justicia con base en la responsabilidad patrimonial contenida en el Código Civil, hasta llegar a lo que se ha denominado la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial estatal consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

La misma Corte Constitucional, desde la consagración de este artículo, ha dejado sentado vía jurisprudencial, lo que se debe entender a partir de los elementos de responsabilidad patrimonial que trae consigo el citado artículo; entendiendo que el concepto de responsabilidad patrimonial estatal se fundamenta en:

La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a

la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. (Sentencia C 333, 1996)

Con esta posición de la Corte Constitucional se deja sentada entonces la postura que sobre la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado se ha manejado en este país y es menester manejar en este texto para poder configurar la responsabilidad patrimonial del Estado a raíz de las operaciones militares de los miembros de la fuerza pública, a saber, que aunque la conducta que despliega la administración es completamente lícita y legítima en el rango de actuaciones de los funcionarios o agentes estatales; si se materializan daños en la vida y bienes de los administrados, el Estado debe responder por estos daños con su patrimonio.

En este sentido la misma Corte Constitucional ha definido los elementos necesarios para poder consolidar la responsabilidad patrimonial del Estado: “i) que ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) que éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público” (Sentencia C 619, 2002)

Luego, cuando se trata de discernir sobre la responsabilidad que tiene el Estado frente a determinada acción u omisión, se parte del análisis del daño antijurídico o lesión y el traslado de la responsabilidad o imputabilidad de este daño al Estado.

Los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, junto con los requisitos para determinar la existencia de dicha responsabilidad, serán la base conceptual que irá tejiendo el hilo conductor del desarrollo del tema propuesto, aunado a los títulos de imputación que se han venido consolidando desde la doctrina y la jurisprudencia con el enfoque subjetivo de responsabilidad del Estado, basado en el denominado título de imputación de falla del servicio, el cual se ha concebido como una forma de responsabilidad culposo por las acciones u omisiones irresponsables de los funcionarios o agentes estatales; este título de imputación represento varias falencias toda vez que

existen actuaciones estatales que siendo legítimas o son realizadas en cumplimiento del deber legal e institucional otorgado al funcionario público; ocasionan daños a los ciudadanos; lo cuales deben ser reparadas bajo el entendido de la responsabilidad objetiva del Estado, ubicando en este contexto los títulos de imputación de riesgo excepcional y daño especial.

Estos últimos criterios de responsabilidad estatal, se encuentran instituidos con la base de la protección al ciudadano frente a las cargas públicas que debe soportar por las acciones u omisiones del Estado, siendo el exceso en esa carga pública, lo que no puede trasladarse al ciudadano por actuaciones Estatales que representan riesgos o peligros excesivos, tales como la función de protección de la seguridad y la soberanía nacional que ostentan las fuerzas militares de Colombia. Así las cosas se traslada el análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado, a la esfera de la misión de las fuerzas militares de Colombia en el escenario de un conflicto armado no internacional; toda vez que la mixtura de situaciones fácticas que se han vivido a lo largo de más de cincuenta años de conflicto armado han dado pie, para que las condenas en que se ha visto comprometido el ministerio de defensa, se encuentren inmersas bajo cualquiera de los títulos de imputación anteriormente descritos; y así lo ha manifestado el Consejo de Estado:

La jurisprudencia de la Corporación ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de enfrentamientos armados, a partir de tres criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda. (Consejo de Estado expediente N° 32912, 2015)

5.2 REFERENTE TEÓRICO

La base teórica que fundamentara del tema propuesto en este trabajo, será la evolución de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por las acciones u omisiones de las fuerzas militares en el marco de un conflicto regulado por normas del DIH.

Para lograr compilar la evolución teórica de este tema se ha de pasar por las fases de desarrollo de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, siendo la doctrina la principal fuente de

investigación que sobre la evolución de esta temática pueda dar cuenta, encontrándose que para hablar de responsabilidad del Estado en el plano de la consolidación de los Estados modernos, se ha pasado por varias etapas a saber:

Según la doctrina relativa a la responsabilidad estatal, ésta ha pasado por al menos tres etapas dentro de la evolución del; la primera de ellas va hasta la segunda mitad del siglo XIX, en la cual se pregona la irresponsabilidad total, en virtud, principalmente, de la soberanía del Estado, el cual podía imponer sus decisiones a todos sin compensación alguna. En una segunda etapa, con el denominado Fallo Blanco proferido en 1873 por el Tribunal de Conflictos francés, se consideró que el Estado sí era responsable por sus actos, posición que se basó principalmente en la noción de falla o falta del servicio público, que era una de las actividades a cargo del Estado, independientemente de que existiera o no norma legal, y sin tener en cuenta que se tratara de actos de gestión o de poder. Finalmente, hay una tercera etapa, en la cual se ha venido incrementando y reconociendo que en distintos eventos el Estado debe responder a sus administrados, en unos casos por aplicación de regímenes de responsabilidad con culpa (subjetiva) y en otros bajo parámetros de responsabilidad objetiva. (Jimenez & Soler, 2012)

En el contexto Colombiano es apenas lógico, que también se generen debates jurídicos y doctrinarios para lograr la fundamentación de la responsabilidad patrimonial del Estado, como una noción necesaria para garantizar la operación legal y legítima del Estado, respecto de sus administrados.

Según la doctrina, en Colombia se pueden reconocer siete fases de evolución teórica respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado:

Un primer período está dominado por la teoría de la irresponsabilidad del gobernante. Comprende cronológicamente la etapa precolombina y la Colonia.

Un segundo período ve nacer la responsabilidad estatal al consagrarse el Estado de Derecho en los textos constitucionales. Este período inicia con la Independencia a partir de 1810, y se extiende durante el siglo XIX hasta la adopción de las doctrinas y tesis de un principio de responsabilidad estatal, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hacia 1898.

Tercer periodo y predominio de las tesis sobre responsabilidad indirecta del Estado. Hacia finales del siglo XIX la jurisprudencia acoge un principio de responsabilidad estatal, sin duda con la influencia de la doctrina y jurisprudencia francesa, caracterizada por la aplicación analógica de los preceptos civilistas (arts. 2347 y 2349 del Código Civil). Se extiende al Estado la responsabilidad de las personas morales o jurídicas del Derecho Privado, cuando ocurren daños a terceros cometidos por culpa de sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones.

El cuarto período está caracterizado por la concurrencia de varias teorías en las cuales no existe un predominio claro. En primer lugar, a partir de 1939 se acoge de manera progresiva la doctrina de la responsabilidad directa del Estado y se cuestionan las tesis de la responsabilidad estatal indirecta; en segundo lugar, en 1941 aparece la noción de falla del servicio y el desplazamiento de la culpa concreta del funcionario hacia la culpa anónima de la administración; en tercer lugar, en 1944 inician las tesis organicistas que diferenciaban entre los órganos (que tienen responsabilidad directa) y los subalternos o agentes (con responsabilidad indirecta).

El quinto período inicia cuando la jurisdicción contencioso administrativa empieza a ser aplicada en 1964, con la adopción de una responsabilidad directa con prevalencia de la teoría de la falla del servicio.

El sexto período conjuga las tesis de la responsabilidad objetiva o sin falta y la falla del servicio. En los años setenta y siguientes, el Consejo de Estado desarrolla y aplica estas teorías según el caso, enriqueciendo y desarrollando su jurisprudencia a partir de las controversias judiciales que se le venían presentando. Sobre la teoría de la responsabilidad sin falta u objetiva, el Consejo de Estado desarrolló, entre otras, las siguientes tesis: a) El daño especial; b) El riesgo excepcional; c) La ocupación en caso de guerra; d) El bodegaje de mercancías; e) La expropiación, y f) Los trabajos públicos.

En el séptimo y último período predomina la tesis que considera el daño antijurídico como un determinante genérico y mixto de la responsabilidad estatal. (Jimenez & Soler, 2012)

Finalmente, frente a la evolución de la teoría de la responsabilidad patrimonial extracontractual de Estado, se hilara la responsabilidad Estatal frente a las operaciones militares que despliegan los miembros de la fuerza pública; sosteniendo que bajo este presupuesto el Consejo de Estado a enlazado la teoría de responsabilidad Estatal, según el casos concreto que se le presente.

6. DISEÑO METODOLÓGICO

Por tratarse de una monografía de compilación, este trabajo se desarrollara esencialmente bajo una metodología cualitativa, atendiendo a que la base del tema propuesto permite el análisis descriptivo de la información que será recopilada a partir de fuentes secundarias.

El estudio juicioso del estado del arte actual, respecto de las nociones teóricas que se presentaron anteriormente, permitirán hilar de forma secuencial el desarrollo de los objetivos propuestos, para generar como resultado la respuesta a una pregunta problema, establecida como eje central para determinar la clase de fuentes a consultar; atendiendo especialmente a la doctrina, la normatividad nacional e internacional, la jurisprudencial nacional e internacional y otro tipo de fuentes autorizadas sobre el tema planteado.

Para dar cuenta de los resultados obtenidos, a partir de la recopilación, selección y análisis de la información recaudada se acudirá al método hermenéutico de interpretación de los textos, el cual

a pesar de su origen en el análisis teológico, ha demostrado su utilidad en la interpretación de los textos en las ciencias sociales y jurídicas.

Es sólo a partir del Renacimiento y de la Reforma protestante, en el ámbito de una nueva situación cultural consecuente con un período histórico de transición y de ruptura con el pasado, cuando la hermenéutica comienza lenta y progresivamente a surgir como disciplina particular estrechamente ligada al estudio de los textos sagrados, a la exégesis de la Biblia y a saberes afines como la gramática, la lógica y la retórica. Luego se aplicó a la literatura clásica grecolatina, configurándose entonces como una disciplina de carácter filológico y después en el ámbito de la jurisprudencia, se ocupó de la interpretación de los textos legales y de su correcta aplicación a la particularidad de los casos. (Arráez, Calles, & Moreno de Tovar, 2006)

Es precisamente el análisis de la casuística, lo que podrá encausar el enfoque sugerido en la determinación de lo que se debe entender por daño colateral o incidental; que situaciones definitivamente no deben verse como tal; y la modalidad de responsabilidad que se debe imputar, a la luz de la interpretación de los títulos de imputación que han venido evolucionando en el Estado Colombiano, especialmente vía jurisprudencia.

7. ORIGEN Y EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

7.1 DEL DESARROLLO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, EN COLOMBIA

Abordar las fuentes del desarrollo de la noción de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, supone acudir a dos elementos esenciales, a saber: La evolución que de la figura de responsabilidad patrimonial se dio en Francia, por cuanto en Colombia se acoge en gran medida el modelo francés de responsabilidad patrimonial Estatal; y el desarrollo de los modelos de Estado moderno, hasta la entrada en vigencia del que en la actualidad se denomina Estado Social de Derecho, consagrado en la Constitución Política de 1991.

Para algunos autores como Jaime Vidal Perdomo, en Colombia existen cuatro estadios de desarrollo del concepto de responsabilidad patrimonial del Estado; una etapa conocida como de irresponsabilidad, una etapa de responsabilidad directa, una etapa de responsabilidad indirecta, una etapa donde se acudía a la responsabilidad por falla de servicio y finalmente una etapa donde se utiliza la figura del daño antijurídico.

Por otro lado, el ex consejero de Estado Libardo Rodríguez, plantea la existencia de tres etapas de configuración jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado; una etapa de irresponsabilidad, otra de responsabilidad y finalmente una etapa de responsabilidad creciente.

Vale la pena anotar que los modelos de construcción por etapas, anteriormente descritos no necesariamente son excluyentes entre sí, y por el contrario se complementan, en la medida en que definitivamente se ha de identificar una primera etapa de irresponsabilidad, la segunda etapa puede clasificarse como de responsabilidad, y en esta se habrían de ubicar la responsabilidad indirecta y la responsabilidad directa mediante la aplicación de la noción de responsabilidad por falla del servicio; y en la etapa de responsabilidad creciente se ubicaría la categoría actual del daño antijurídico.

Recuérdese que en la historia moderna, el concepto de Estado también ha sufrido diversos cambios por cuenta de la aceptación y consolidación de teorías tales como la teoría absolutista, las teorías liberales que originaron la concepción del Estado “policía”, el Estado benefactor y la teoría reciente del Estado social de derecho, gracias a la reivindicación de derechos de corte social.

Esta distinción es importante, en la medida en que tratándose de responsabilidad patrimonial del Estado, por la relación intrínseca entre modelo de Estado, sociedad y derecho; supone que la concepción de responsabilidad definitivamente ha de evolucionar, conforme los Estados se

inscribían en modelos jurídicos – políticos tendientes a reconocer y garantizar derechos individuales, sociales, culturales, medio ambientales, entre otros.

Es por esto que en el contexto de los modelos de Estados absolutistas, donde la figura del Estado radicaba en la concepción del monarca como única fuente de poder, sin pesos ni contrapesos a nivel político o social; es apenas necesario plantear una teoría de responsabilidad patrimonial del Estado, configurara un contrasentido en toda la dimensión de la palabra – responsabilidad -, toda vez que el poder absoluto radicaba esencialmente en el concepto de soberanía, el poder soberano: – no hay nada por encima de el- por ende el Estado se consideraba irresponsable, de cualquier tipo de acción u omisión que fuera en contravía del ciudadano.

Este planteamiento se ha evidenciado así: “La esencia de la soberanía del Estado consiste en imponerse a todos sin compensación alguna, se consideraba que el Estado no era responsable de los daños que causara a sus administrados en el ejercicio de su actividad” (Motta & Baracaldo, 2010, p. 7).

De este modelo Estatal, deviene la etapa de irresponsabilidad patrimonial del Estado, y sobrevive incluso durante el siglo xix, a pesar de que el siglo xviii, se caracterizó por ser el siglo de las luchas revolucionarias de corte liberal, que dieron origen a proclamaciones tales como la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, en el contexto de la Revolución Francesa en 1789.

Del reconocimiento de derechos individuales para el ciudadano, y la evolución de la ideología liberal en el mundo entero; la misma concepción de la irresponsabilidad Estatal, empezó a generar coyuntura a nivel social, jurídico y político, por cuanto el acogimiento de los Estados a principios

tales como los de legalidad, legitimidad y justicia, la teoría de la separación de poderes; no lograba sostener la tesis de irresponsabilidad estatal, frente a los daños ocasionados al ciudadano.

A propósito se ha afirmado:

...el Estado no podría cumplir la función de mantener el orden en la sociedad teniendo al mismo tiempo un sistema de irresponsabilidad fundado en un concepto de soberanía que a todas luces contrariaba las nociones elementales de justicia y equidad. (Echeverría, 2011, p. 28)

Por supuesto, esta etapa de irresponsabilidad estatal debía eclipsarse en el contexto de la evolución de los Estados absolutistas, hacia los modelos de Estado de corte liberal, en especial hacia el modelo de Estado policía, donde los Estados se instituían como la figura omnipresente encargada de vigilar a la sociedad para garantizar la protección y salvaguarda de los derechos individuales, recientemente conquistados por la humanidad tras una etapa de fuertes luchas revolucionarias en el siglo xviii.

La mayoría de autores coinciden en afirmar, que en el caso Colombiano, la constitución de 1886 definitivamente le otorgaba un rol protector al Estado frente al ciudadano y sus derechos, por cuanto en el artículo 19 de dicha normatividad, se dispone: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales... (Constitución Política de Colombia, 1886).

Por ende era necesario superar la tesis de la irresponsabilidad del Estado, y se da pie a una primera etapa de modalidad de responsabilidad estatal, denominada responsabilidad indirecta, la cual supone que el Estado por ser una persona moral o jurídica, no puede llamarse a responder por los daños ocasionados a los particulares, pero sí podría endilgársele responsabilidad por las actuaciones de sus funcionarios.

Esta tesis de responsabilidad estatal se nutrió en gran medida por cuenta del derecho privado, pues para dirimir los conflictos suscitados entre el ciudadano y el Estado, no existía un sustento normativo expreso que regulara del tema de la responsabilidad estatal.

Teóricamente se explicó esta responsabilidad argumentando que la persona jurídica estaba obligada a elegir sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa. Si ellos incurrían en alguna culpa en ejercicio de sus cargos, se consideraba que la entidad pública o privada también incurría en culpa (indirectamente responsable), ya fuera por culpa en la elección (culpa *in eligendo*) o por culpa en la vigilancia (culpa *in vigilando*). (Motta & Baracaldo, Responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano por violación a los derechos humanos, 2010, p. 10)

El tema de la culpa *in diligendo* y la culpa *in vigilando*, se consagraban en los artículos 2347 y 2349 del código civil, las cuales regulaban el tema de la responsabilidad por el hecho ajeno, y la responsabilidad por el hecho de los criados o sirvientes, respectivamente.

La Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Civil y de Negocios Generales, era la encargada de dirimir los conflictos que se suscitaban entre los particulares y la administración, especialmente respecto del tema de ocupación temporal o permanente de inmuebles por motivo de trabajos públicos, aunque es de aclarar que la teoría de la culpa *in vigilando* y la culpa *in diligendo* se aplicaba a las personas jurídicas de derecho privado, pero dada la falta de regulación expresa en materia administrativa, se acudía por analogía a la persona jurídica – Estado -.

La ley 167 de 1941, reguló expresamente el tema de las indemnizaciones por trabajos públicos, en su capítulo xxii, y el artículo 261 expresaba: “Las indemnizaciones que se reclaman del Estado con causa en trabajos públicos nacionales, se deciden en una sola instancia por el Consejo de Estado, cualquiera que sea el valor de lo reclamado” (Ley 167, 1941).

Nótese como para 1941, ya existía una normatividad que trataba de la responsabilidad extracontractual del Estado, de indemnizar a los particulares, no obstante la norma expresaba una

situación de hecho específica – trabajos públicos nacionales-, dejando por fuera otros supuestos de hecho generadores de responsabilidad estatal.

No obstante, en el año de 1955 la Corte Suprema de Justicia, en virtud de su competencia de revisión de constitucionalidad normativa, declaró mediante sentencia del 20 de junio de ese año, inexecutable las normas contenidas en el capítulo xxii de la ley 167, y se abrogó la competencia respecto del conocimiento de los temas atinentes a la ocupación de bienes.

Al concretar los cargos de inconstitucionalidad tomando en cuenta lo decidido por el fallo de inexecutable del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, sostiene que la ocupación permanente de inmuebles es una verdadera expropiación y como tal debe ceñirse a los requisitos del artículo 30 especialmente en lo atinente a la indemnización previa y a que esta indemnización sea ordenada por sentencia proferida por la jurisdicción ordinaria no por la especial contenciosa administrativa. (Consejo de Estado Sentencia número 94, 1986)

En este sentido, la determinación de la responsabilidad Estatal, continuo su avance jurídico desde la óptica del derecho privado y el desarrollo jurídico de la Corte Suprema de Justicia, vía jurisprudencial.

Para algunos autores esta modalidad de responsabilidad constituía una verdadera garantía para los ciudadanos, por cuanto se le trasladaba al Estado la responsabilidad indemnizatoria, por cuenta de la mala elección o falta de vigilancia sobre las actuaciones de sus funcionarios:

Aquí la culpa del Estado constituye una función de garantía que se le imputa y fluye por haber elegido o vigilado mal a las personas o las cosas que generan el daño paralela a la responsabilidad del agente autor del hecho, cuyo acto debe reunir los elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual que generan resarcimiento. (Echeverría, Responsabilidad del Estado por acción u omisión de las fuerzas militares, 2011,p.32)

La tesis de la responsabilidad indirecta sigue aplicando en Colombia, hasta que el papel del Estado en la vida de las sociedades, vuelve a mutar por las evoluciones de las tesis de la ideología liberal que sustentaba en primera medida un papel restringido del Estado respecto de la intervención en los sistemas sociales, políticos, económicos, culturales, etc., emerge en el horizonte el modelo de Estado de bienestar o Estado intervencionista, donde el papel del Estado en la sociedad es más

activo, específicamente por medio de la prestación de lo que entro a denominarse servicios públicos.

Por supuesto en Colombia, persistía la inexistencia de una norma específica que regulara la materia, y en la misma medida la tesis de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, seguía su desarrollo desde el ámbito del derecho privado.

El paso de la concepción de la responsabilidad indirecta a la responsabilidad directa, lo marcaron tres pronunciamientos jurisprudenciales, dos Colombianos y el otro de origen francés.

En 1958 la Corte Suprema de Justicia, acude a la teoría organicista, acogida por el derecho Francés, según la cual el Estado actúa a través de órganos, para explicar cómo se manifiesta el Estado en la sociedad, y fundamentar en la misma medida su responsabilidad, a través de un modelo de responsabilidad directa, así:

Tanto las personas físicas como jurídicas obran mediante sus órganos de actuación. Así, en relación con una persona física son órganos propios las manos, los brazos y demás miembros principales de que puede valerse el cerebro para realizar en el mundo exterior sus voliciones [...] Cuando alguien con sus manos golpea a otra persona, con palabras calumnia a otro [...], ha causado un daño mediante el empleo de sus órganos; tal acto se imputa a su voluntad, pues ésta quiso la acción y la ejecutó mediante los órganos sobre los cuales tiene pleno control y dirige a su antojo [...] Bien, las personas jurídicas [...] obran también mediante órganos [...] En general, pues, el órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; y por ser ese órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines colectivos de la persona jurídica, por ser parte integrante de su propia existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica. (Corte Suprema de Justicia, 1958)

Para el año de 1962 la Corte Suprema de Justicia, marcó el abandono paulatino de la tesis de la responsabilidad indirecta aplicando normas de derecho privado, al manifestar que esta no podía predicarse de las personas jurídicas por cuanto no cumplía una serie de requisitos como se verá:

No están los agentes bajo la “dependencia”, ni tampoco al “cuidado”, de la entidad moral, como si se hayan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros, patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la “autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe”, se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere

que sin las dichas presunciones in eligendo e in vigilando, la responsabilidad indirecta no se sostiene. (Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells V. Municipio de Bogotá, 1962)

Seguidamente en el mismo fallo, la Corte expresó:

La tesis de la falla del servicio aparece como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falta puede ser orgánica, funcional o anónima. (Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells V. Municipio de Bogotá, 1962)

Pero, ¿en qué consistía la tesis de la falla del servicio?; pues resulta que en Francia en el año de 1973, se profirió lo que se ha denominado en la literatura como el fallo Blanco, un caso de responsabilidad del Estado, donde un tribunal Francés atribuyó responsabilidad estatal por las lesiones ocasionadas a una niña en las vías del tren, por un vagón propiedad de la compañía Nacional de tabaco. El padre de la menor demandó vía civil los perjuicios ocasionados a su hija, profiriéndose un fallo que si bien, para muchos tratadistas no estatuye la responsabilidad estatal en general, es la base para el nacimiento de esta figura y específicamente por la modalidad de responsabilidad directa, bajo la denominación de falla del servicio.

Es importante resaltar, que la evolución de las teorías aquí descritas no se dieron de forma estrictamente cronológica, por lo cual se puede evidenciar en el caso Colombiano, jurisprudencia que en diferentes épocas trataba de dar pasos hacia la consolidación de las figuras o modelos de títulos de imputación de responsabilidad estatal, aun persistiendo en el contexto nacional otras formas de endilgar responsabilidad al Estado, especialmente en lo que tiene que ver con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, toda vez que la particularidad del modelo Colombiano radica en que el desarrollo de la responsabilidad estatal se evidenció desde la óptica del derecho privado, antes de consolidarse definitivamente en la rama del derecho público.

Es por esto, que el Consejo de Estado, tratando de apartarse del derecho privado en lo que tiene que ver con responsabilidad estatal y acudiendo a la tesis de la falla del servicio, encontró en normas de carácter constitucional y administrativo, una fuente para lograr establecer de forma definitiva la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, en el contexto del derecho público. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia, vía jurisprudencia se atribuyó la competencia para conocer de casos de indemnización de perjuicios por actuación estatal.

En sentencia del 29 de julio de 1947, el Consejo de Estado manifestó:

La responsabilidad del Estado... no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. (Consejo de Estado sentencia actor: El Siglo S.A, 1947)

Para sustentar esta teoría, el Consejo de Estado encontró en el artículo 19 de la Constitución política de 1886 una fuente normativa general respecto del deber de indemnizar a los ciudadanos como ya se anotó, y adicionalmente acudió a los artículos 67 y 68 de la ley 167 de 1941 que disponían:

Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho.

Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes. (Ley 167, 1941)

Bajo estos presupuestos, se comienza a consolidar en Colombia, no solo el título de imputación de la falla del servicio, sino que además se empieza a ver reflejada la necesidad de que sea el derecho público el único que se ocupe de esta materia. Así lo han señalado algunos autores:

El fundamento y consolidación de esta teoría a partir de la década de los años sesenta radica en la consideración de que es función esencial del estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para la satisfacción de sus más importantes necesidades y que cualquier daño que ocasione por irregularidades o deficiencias en esos servicios deber ser reparado. El Estado en

desarrollo de sus funciones puede incurrir entonces, en fallas del servicio, bien a través de sus actuaciones administrativas, o por las omisiones hechos u operaciones administrativas en las que causa daños a los asociados. (Echeverri, 2011, p. 39)

Respecto de la atribución específica al derecho administrativo, se emitió el decreto 528 de 1964, el cual implicó:

En esta etapa de la evolución del derecho administrativo colombiano, se establece el campo de acción de la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante el decreto 528 de 1964 (arts. 20, 28, 30 y 32), por medio del cual se le atribuyó a esta jurisdicción especializada el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad de la Administración Pública. La misma ley vino a reconocer que el problema de la responsabilidad de la Administración es, por regla general, un problema especial y que, por lo mismo, merece ser resuelto por una jurisdicción especializada en los asuntos administrativos. (Motta & Baracaldo, Responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano por violación a los derechos humanos, 2010,p .14)

Así se instauro en el contexto Colombiano la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, dejando por sentado que es a una jurisdicción especializada a la que le corresponde conocer de aquellos casos en los cuales se ve comprometida la administración pública y el ciudadano.

Se debe resaltar que la modalidad de responsabilidad indirecta persistió de forma paralela con la responsabilidad directa, por cuanto existían supuestos de hecho donde efectivamente se podía acudir a la teoría organicista para atribuir responsabilidad directa; no obstante se presentaron en la misma medida supuestos de hecho, donde la doctrina y la jurisprudencia aun hallaba en la modalidad de responsabilidad indirecta un factor determinante para atribuir responsabilidad Estatal.

En la misma medida, el reconocimiento y desarrollo jurídico de los títulos de imputación al Estado hasta la actualidad, no supone el abandono total de los títulos de imputación precedentes, por el contrario la evolución ha supuesto la coexistencia de varios títulos de imputación, para lograr encajar los supuestos de hecho de cada caso particular a la teoría e instrumentos jurídicos de los cuales se dispone.

Entonces, es la falla del servicio el título de imputación jurídica de responsabilidad estatal, que por excelencia paso a reconocerse, una vez se instaura el modelo de Estado intervencionista y con este la prestación de servicios públicos a cargo del Estado.

La Falla del servicio se reconoce como un título de imputación subjetivo, por cuanto la existencia de una falla, supone un actuar con culpa a cargo del Estado, en este orden de ideas según el Consejo de Estado para que se configure la falla del servicio se deben dar los siguiente supuestos:

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Consejo de Estado expediente No. 14.880, 2006)

Por su parte la doctrina, también se interesó en reconocer los supuestos jurídicos que debían darse para que se lograra establecer la existencia de una falla del servicio del Estado. El autor Guillermo Aldana Duque, identifica cuatro supuestos, a saber:

- 1) Un hecho que puede consistir en la omisión, retardo, irregularidad o deficiencia del servicio, por la acción u omisión de las autoridades públicas.
- 2) La culpa en la ausencia o anomalía del servicio que puede ser la imputable a un determinado agente del Estado o la anónima de la administración, cuando no es dable identificar a la persona o personas que protagonizaron la defección del servicio.
- 3) Un daño con las condiciones necesarias para ser indemnizable. Daño que se califica de antijurídico.
- 4) Una relación o nexo de causalidad que tradicionalmente se dice debe existir entre la culpa y el daño. (Aldana, 1986, p. 125)

Entonces se reconoce, dentro de la falla del servicio cuatro elementos para configurar la responsabilidad Estatal, en primer lugar una acción u omisión del Estado, el daño antijurídico, el actuar negligente del Estado y el nexo de causalidad.

Esta teoría sigue en el escenario Colombiano, hasta que se presentan situaciones de hecho, en los cuales si bien no se encontraba un actuar negligente del Estado, si existían elementos para

endilgarle responsabilidad al Estado, respecto de daños ocasionados a los administrados, especialmente en lo que tiene que ver con los servicios de salud.

Es así como surge una división jurídica, en la concepción de la falla del servicio, acudiendo para esto al elemento de la carga de la prueba. Entonces se distingue entre una falla del servicio probada – la modalidad tradicional - y falla del servicio presunta.

La primera indica que la carga de la prueba recae sobre quien pretende demostrar la responsabilidad del Estado acudiendo a las nociones de retardo, irregularidad o ineficacia por acción u omisión del Estado; concurriendo además a los elementos de daño antijurídico y nexo causal.

La falla del servicio presunta, tiene su origen principalmente en aquellos casos de la prestación de servicios médicos, donde la inversión de la carga probatoria generaba en cabeza del Estado la obligación de exonerarse de dicha presunción, demostrando el actuar diligente de sus funcionarios; esto se da en la medida en que la actividad médica, dado su alto nivel de complejidad suponía que estaba en mejor posición de probar el Estado, que el ciudadano.

Así las cosas para endilgar responsabilidad no se requiere demostrar la culpa de la administración; basta con demostrar el daño antijurídico y el nexo de causalidad.

El Consejo de Estado lo ha evidenciado así:

A través de la falla presunta, se radicó en cabeza de la administración pública una presunción de hecho (*iuris tantum* o de hombre), la cual suponía *prima –facie*, en cada caso concreto, que el daño antijurídico en la actuación médico-hospitalaria, cuando se relacionaba con la prestación del servicio público de salud derivaba de la ocurrencia de una falla del servicio, motivo por el cual a la administración hospitalaria le correspondía acreditar su diligencia y cuidado, en los términos del artículo 604 del C.C., con el objetivo de destruir la presunción de culpa que obraba en su contra. (Consejo de Estado expediente N° 6754, 1992)

La teoría de la falla del servicio presunta, se edificó sobre la base de la teoría del riesgo, es decir, sobre el hecho de que el Estado para llevar a cabo sus fines esenciales, debía desplegar actividades

que generaban riesgo para la sociedad; no obstante la teoría de la actividad de riesgo vendría a instaurarse más adelante sobre los que se han denominado los títulos de imputación objetivos del Estado, los cuales supusieron no una eliminación de los regímenes subjetivos, sino más bien una complementación de los mismos.

Basta con decir, que el tema de la falla del servicio presunta, no logro una base sólida en la jurisprudencia Colombiana, por lo que el mismo Consejo de Estado con el ánimo de dirimir los conflictos que representaba, en particular el tema de la carga probatoria en este ámbito, acudió a la noción de la carga dinámica de la prueba y la mejor posición para probar; y estableció una capacidad de movilidad de los jueces, respecto de los títulos de imputación – falla del servicio presunta – falla del servicio probada-, dependiendo de los supuestos de hecho que se ponían en consideración

Más recientemente, la Sala ha considerado que la presunción de falla en los casos de responsabilidad médica se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. (Consejo de Estado expediente N° 16.666, 2001)

Seguidamente el Consejo de Estado estableció:

En síntesis, puede afirmarse que, en muchos eventos, el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en atención al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizado en condiciones en la cuales únicamente el profesional médico tiene acceso a la información. (Consejo de Estado expediente N° 25.416, 2004)

Así como el tema de la falla del servicio presunta, no logro un enfoque unánime dado la complejidad de las relaciones Estado – sociedad; el título de imputación subjetivo (es decir la existencia de culpa), se quedaba corto respecto de actividades que desplegaba el Estado, eran considerabas riesgosas, pero aun así necesarias, se llevaban a cabo bajo parámetros de diligencia, experticia y cuidado, y aun bajo estas circunstancias producían daños antijurídicos a los administrados.

Estas circunstancias de hecho, fueron la matriz del establecimiento de los denominados títulos de imputación objetiva; los cuales para algunos autores tienen su origen en las críticas provenientes desde teorías del derecho civil:

La propuesta de una responsabilidad totalmente objetiva proviene de los civilistas, y en el caso de la teoría de la lesión o daño antijurídico, el origen proviene de la teoría de la garantía del jurista francés BORIS STARCK, quien manifiesta que la discusión entre la teoría del riesgo y la de la culpa es un falso dilema, ya que el problema ha sido mal planteado puesto que tanto la una como la otra, solo han mirado el problema desde el punto de vista subjetivo del agente que causo el daño, omitiendo de esta manera el punto de vista de la víctima. Agrega el autor “La víctima del daño ha sufrido un atentado a sus derechos. Cada uno tiene derecho a su vida y a su integridad personal así como a la de sus allegados, a la integridad material de los bienes que le pertenecen, y, más generalmente, a su seguridad material y moral. (Echeverría, Responsabilidad del Estado por acción u omisión de las fuerzas militares, 2001, p. 45)

Es decir, que la propuesta radicaba esencialmente en la necesidad de examinar el daño antijurídico, desde la perspectiva de la víctima; no bastaba con establecer si la conducta u omisión del Estado se constituía en una falla o no; sino determinar si la víctima de la conducta dañina, tenía el deber u obligación jurídico de soportar dicho daño, o si por el contrario este daño excedía las cargas públicas que tiene el administrado, por el mero hecho de vivir en una sociedad o un Estado determinado.

Se inaugura entonces, la teoría del riesgo excepcional y el daño especial como regímenes de responsabilidad Estatal objetivos, al lado de la ocupación de inmuebles; para complementar los regímenes subjetivos de responsabilidad y atender a las demandas de la sociedad, que cada vez reclamaban más sus derechos ante las actividades del Estado, que se vinculaban con mayor fuerza de forma directa con el ciudadano.

Para el año de 1976, ya se entreveía desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, la concepción de una responsabilidad objetiva:

El Estado responde cuando daña u ocupa temporalmente una propiedad inmueble, por razón de trabajos públicos, sin necesidad de investigar falta o falla de la administración, es, pues, caso de responsabilidad objetiva. Probado el título para pedir, la ocupación o daño, la orden de funcionario o agente público y la causa de los mismos, los trabajos públicos que son aquéllos ejecutados directa o indirectamente por una entidad de derecho público, sobre un bien inmueble y con fines de utilidad

o servicio público, deviene consecucionalmente, para el Estado, la obligación de indemnizar. (Consejo de Estado, 1976)

Seguidamente con relación al daño especial, en esta misma providencia el consejo de Estado manifestó:

Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado. (Consejo de Estado, 1976)

Son la equidad y la justicia, los fundamentos jurídicos que dentro de un Estado de Derecho, vienen a establecer y consolidar la responsabilidad objetiva por daño especial, en el ordenamiento jurídico Colombiano, más adelante ante la industrialización y generación de actividades consideradas como actividades riesgosas, como las fuentes de energía eléctrica o el uso de armas en el contexto de las fuerzas militares, la aviación entre otras por parte del Estado; se vendría a consolidar la teoría del riesgo excepcional como otro título de imputación objetiva, atendiendo a que por el mero hecho de que el Estado acuda a actividades de peligro así sean estas legítimas, debe responder al ciudadano que sufra cualquier tipo de perjuicio en ejercicio de dicha actividad, en virtud de la anormalidad del daño sufrido dentro de contexto de la sociedad en que vive.

En lo que concierne al riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados en enfrentamientos armados, habrá lugar a la aplicación del mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado. (Consejo de Estado expediente N° 32912, 2015)

Ya entrados en los albores de la proclamación de un Estado social de derecho, con la constitución de 1991 se inaugura el reconocimiento expreso y la constitucionalización de la responsabilidad

patrimonial extracontractual del Estado en el artículo 90 que dispone: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Según el texto normativo, para configurar la responsabilidad del Estado se requiere entonces, la existencia del daño antijurídico, y que este le sea imputable al Estado por acción u omisión. Como quiera que la norma constitucional no trata de un título de imputación en particular y tampoco proscribire la utilización de ninguno de los títulos jurídicos precedentes, por cuanto se puede determinar que el establecimiento de los requisitos para endilgarle responsabilidad al Estado, son genéricos; entonces se traslada a los jueces al día de hoy, la tarea de analizar según los casos concretos, el título de imputación aplicable.

En cuanto a la imputabilidad del daño a la administración, es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación (...) no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deben resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede – en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título de imputación o una motivación diferente. (Consejo de Estado expediente N° 30102, 2015)

8. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, POR LAS ACTUACIONES DE LAS FUERZAS MILITARES

El papel que cumple el Estado moderno respecto del vínculo directo sociedad – Estado, en especial a partir del denominado Estado Social de Derecho, consagrado en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, ha dado pie a la creciente elaboración dogmática, legal y

jurisprudencial respecto de las obligaciones inherentes al Estado, por ser persona jurídica y garante de los derechos de los asociados.

Respecto de la responsabilidad Estatal como ya se ha visto en el apartado anterior, la elaboración jurídica se ha ido encaminando hacia una doble connotación de la responsabilidad, esto es, la responsabilidad patrimonial del Estado por acciones u omisiones, en el marco del derecho interno, lo cual implica en el caso Colombiano la definición de los títulos de imputación (es decir los presupuestos jurídicos que se deben cumplir para endilgarle responsabilidad al Estado) y la responsabilidad internacional del Estado por la violación de derechos humanos.

Es menester recordar que en Colombia, la consolidación y sustentación jurídica de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, logra una mayor elaboración y reconocimiento a partir del artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

Las teorías de responsabilidad Estatal se distribuyeron en el ordenamiento interno según el tipo de actuación u omisión Estatal respecto del daño ocasionado al ciudadano, estableciéndose los denominados títulos de imputación subjetivos (esto es con falla) dentro de los cuales se encuentran la falla del servicio y la falla presunta; los títulos de imputación objetivos (esto es sin falla) dentro de los cuales se encuentra el riesgo excepcional, el daño especial y la ocupación de inmuebles.

Por su parte la responsabilidad internacional del Estado descansa sobre la base de un elemento subjetivo, esto es la atribución al Estado de una obligación internacional y un elemento objetivo, la violación de una obligación internacional.

Tanto en el orden interno, como en el internacional, los Estados están llamados a responder por las acciones u omisiones que lleven a cabo sus agentes Estatales, en virtud de la competencia

accionada para actuar en representación del Estado, situación que incluye a las ramas del poder público, a saber, la ejecutiva, la legislativa, y la judicial.

El análisis de ambos modelos de responsabilidad del Estado estudiados, corresponde en esencia a la necesidad de vincular las actuaciones de los agentes Estatales (Fuerzas Militares) en el marco de la responsabilidad del Estado por acción u omisión, la mixtura de actores armados existentes en el escenario nacional, ha desencadenado en la misma medida, complejas repercusiones en la relación población civil – Estado, en especial por el papel que han jugado las Fuerzas Militares.

Defender la soberanía supone la apertura de un amplio rango de acción de las fuerzas al servicio del Estado, que por supuesto no pueden actuar por fuera del marco normativo, toda vez que además del cumplimiento de los preceptos jurídicos internos, deben atender a las normas internacionales que se usan en caso de existencia de estos tipos de conflictos, a saber, el Derecho Internacional Humanitario, por supuesto este instrumento normativo permite a las Fuerzas Militares desplegar una serie de conductas, que en tiempos de paz no podrían verse con buenos ojos, ni para la sociedad y mucho menos para el derecho.

Estas acciones se enmarcan en las operaciones militares e incluyen el uso de fuerza como mecanismo de acción para controlar el orden subvertido por los grupos alzados en armas, al margen de la ley.

El uso de la fuerza y la instrumentalización de las normas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), en contextos de guerra, no pueden suponer la supresión del cumplimiento de aquellas normas que tanto a nivel interno como externo propenden por la protección de los derechos de la persona humana, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH).

Siempre se ha acudido a la noción de que para diferenciar ambos cuerpos normativos, basta con informar, que las normas del DIH se aplican en tiempos de guerra, y las normas del DIDH se aplican en tiempos de paz; resulta que tal aseveración no es del todo acertada, toda vez que existe una matriz axiológica esencial por medio de la cual se complementan ambos instrumentos internacionales, a saber, la protección de la dignidad humana.

Así lo ha Expresado la Organización de las Naciones Unidas:

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen diferentes raíces históricas y doctrinales, ambos conjuntos normativos comparten el objetivo de proteger a todas las personas y se basan en los principios del respeto por la vida, el bienestar y la dignidad humana de la persona. (Organización de Naciones Unidas, 2011, p.12)

Así las cosas, el papel de las fuerzas militares en tiempos de guerra, pueden comprometer no solo la responsabilidad del Estado en el orden interno, sino que además puede afectar la responsabilidad internacional del Estado, por violación de derechos humanos.

Recuérdese que Colombia hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por medio del cual aceptó no solo los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), sino que además activo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), por las violaciones en la que los Estados incurran a los acuerdos internacionales suscritos, Corte que efectivamente ha tenido un papel determinante en las dinámicas del contexto Colombiano, toda vez que la competencia para conocer sobre los temas de las infracciones al DIH en el caso colombiano, lo ha sustentado la CIDH así:

21. En relación con la primera excepción preliminar planteada por el Estado, la Corte reitera que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción y que el Tribunal es competente para decidir si cualquier acto u omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana.

Además, la Corte señaló que, en esta actividad, el Tribunal no tiene ningún límite normativo y que toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

22. Por otro lado, la Corte recuerda que varias sentencias pronunciadas en el marco de su competencia contenciosa se refieren a hechos ocurridos durante conflictos armados no internacionales. La Convención Americana no establece limitaciones a la competencia de la Corte para conocer casos en situaciones de conflictos armados. (Caso Masacre de Santo Domingo VS. Colombia, 2012)

Por supuesto en el contexto del conflicto armado interno, las Fuerzas Militares tienen configurado un marco de actuación, determinado, por las normas del DIH, los principios del DIH y consecuentemente el manejo del uso de la fuerza.

8.1 EL USO DE LA FUERZA Y LOS PRINCIPIOS DEL DIH EN COLOMBIA

El uso de la fuerza ha sido permitido como instrumento estatal para la obtención de ventajas económicas, políticos y militares en el campo de batalla, las tropas armadas acuden a las operaciones acompañadas de sus comandantes, con el fin de luchar por un ideal, las armas, la muerte y la desolación, termina por involucrar a generaciones enteras que obedecen las órdenes dictadas desde los pilares de las jerarquías, guerras y confrontaciones, luchas de poder, todo ello en el marco del derecho internacional que permite estas actividades, es considerado lícito el matar, si se hace dentro del ideal perseguido por el Estado que se ataca o se defiende y bajo los presupuestos de las normas del DIH.

Esta situación es reconocida incluso en el ordenamiento jurídico Colombiano, matar a un combatiente enemigo no es considerado jurídicamente un homicidio, si bien la muerte se produce, esta no tiene las consecuencias jurídicas previstas en la normatividad penal vigente, esto por cuanto el mismo Estado y la sociedad en general ha considerado lícito matar, si se hace en procura de la defensa de la soberanía nacional, un ideal legítimamente constituido o por las instituciones Estatales.

La posibilidad que tienen los Estados, para neutralizar las amenazas es lo que se denomina el uso de la fuerza, el cual puede definirse como: “Para los efectos de aplicación del DIH, se entenderá por fuerza la coacción armada necesaria para cumplir la misión encomendada, empleando los

medios y métodos no prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario” (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015).

En Colombia las fuerzas militares en virtud de la Constitución Política deben propender por preservar la integridad del territorio y por hacer respetar la soberanía, así está consignado en el mandato constitucional y así es reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En torno a la normatividad prevista en la Constitución Política, la finalidad primordial es según el artículo 217: “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (Constitución Política de Colombia, 1991), Respecto de la aplicabilidad e instrumentalización de las normas del DIH en el territorio Colombiano, la Corte Constitucional mediante Sentencia C 225 de 1995 ha expresado:

(...) ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general "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". Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario. (Sentencia C 225, 1995)

Esta situación se presentó en Colombia desde los orígenes mismo de los grupos subversivos, el nivel de intensidad que se suscitó entre estos grupos a lo largo y ancho del territorio nacional, dio lugar a la utilización de las fuerzas militares para contrarrestar la amenaza, las tomas de poblaciones, los secuestros, los atentados terroristas, exigieron la presencia de todo el aparato estatal para intentar controlar la expansión y sofocar los actos insurrectos que diariamente se presentaban en todas las zonas del país.

Las organizaciones subversivas colombianas a lo largo de su historia, tuvieron organización, mando responsable, y capacidad de mantener la operaciones criminales por un periodo prolongado, al punto por ejemplo que las FARC llevan 50 años de lucha subversiva, y el ELN aun hoy persiste en la confrontación como plataforma necesaria para alcanzar el poder.

Por supuesto las actuaciones de las fuerzas militares dentro de la vía libre que le da el DIH para acudir al uso de la fuerza como instrumento para repeler el accionar de grupos subversivos, no puede desbordarse y agotarse en la destrucción o liquidación per se del enemigo, por esto la importancia de la aplicación de las normas del DIH y consecencialmente los principios del DIH, los cuales son los llamados a orientar las actuaciones durante situaciones de hostilidades y deben ser observados durante las operaciones militares, el desborde en el uso de la fuerza o inaplicación de los principios en comento, es lo que da vía libre a la adjudicación de responsabilidad estatal por los daños ocasionados a la población civil, sea esta una responsabilidad endilgada por el mismo aparato estatal a través de su órgano judicial o por medio de la activación de la competencia de los tribunales internacionales, en el caso particular como ya se anotó, la competencia de la CIDH.

En el marco de las operaciones militares en necesario observar los principios de:

1. Principio de Necesidad Militar:

Permite emplear todos los recursos, métodos y medios permitidos en indispensables para cumplir la misión, causando el menor costo en personas, bienes y recursos propios. Bajo el entendido que (...) solo el grado y el tipo de fuerza que no están prohibidos de otro modo por el derecho de los conflictos armados, que sean necesarios para lograr el objetivo legítimo del conflicto, a saber, la sumisión total o parcial del enemigo en el más breve plazo con un costo mínimo de vidas humanas y recursos. (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015)

2. Principio de distinción:

De manera general, el principio de distinción implica que las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.

Los ataques se limitaran estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a que aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o

utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015)

3. Principio de proporcionalidad:

Se aplica cuando se va a realizar un ataque u otra operación contra un objetivo militar, y establece que en esa actividad se debe alcanzar una ventaja militar definida utilizando de manera adecuada los medios y métodos de combate sin afectar a la población civil y sus bienes. Este principio establece una relación razonable entre los efectos de destrucción lícitos y los daños colaterales indeseables.

Son precisamente los medios y los métodos de combate seleccionados y los efectos que estos pueden producir sobre el objetivo, los que le permiten al comandante militar respectivo prever los daños colaterales que se pueden causar y por lo tanto identificar si está cumpliendo con el principio de proporcionalidad. (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015)

4. Principio de humanidad:

Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, tienen derecho a que se respete su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas.

Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015)

5. Principio de precaución en el ataque

Este principio dispone que las operaciones militares deben realizarse con el cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil.

Las partes en un conflicto están obligadas a retirar a los civiles hasta el máximo posible de la cercanía de los objetivos militares y evitar ubicar objetivos militares dentro o cerca de áreas densamente pobladas. Sin embargo, el incumplimiento de alguna de las partes de apegarse a esta obligación no libera a la parte atacante de su deber de apegarse a los principios de diferenciación y proporcionalidad al lanzar un ataque. (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015)

6. Principio de no reciprocidad: Las normas de derecho internacional humanitario son de estricto cumplimiento, una infracción al DIH, no se puede no se debe responder con otra contravención a las mismas disposiciones (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015).

7. Principio de limitación:

En cualquier conflicto armado, no es ilimitado el derecho de las partes a elegir los métodos y los medios de guerra, es decir, que en el DIH se limita el modo de usar las armas y las tácticas militares, quedan prohibidas las armas y los métodos que puedan causar heridas o sufrimientos innecesarios. (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015)

Atender a los principios básicos del DIH anteriormente citados, es uno de los parámetros fundamentales que deben cumplir las Fuerzas Militares, toda vez que por esencia esta matriz principialística está llamada no solo a garantizar y proteger los derechos de la población civil y sus bienes en medio de las hostilidades, sino que además propenden por la protección de aquel personal que se encuentre fuera de combate, heridos, náufragos o son prisioneros; para menguar los efectos que tiene la guerra en la humanidad en general.

Debe tenderse en cuenta que la obligación de respetar las normas de DIH y la conducción de las hostilidades, no solo está en cabeza de las fuerzas armadas estatales, sino que además debe ser respetado por los actores armados irregulares, ya que en esencia las normas del DIH tienen un origen consuetudinario, sobre los métodos y medios de hacer la guerra, y no puede entonces pretender afirmarse que los grupos irregulares o al margen de la ley, no debe acatar el respeto por el DIH.

El CICR lo ha puesto de manifiesto así:

El derecho internacional humanitario (DIH) provee el marco normativo respecto del cual se debe evaluar el comportamiento de las partes en los conflictos armados no internacionales. En 1949, los Estados acordaron, mediante la adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, cumplir ciertas normas mínimas en estas guerras. Las disposiciones del artículo 3 común vinculan a todas las partes en los conflictos armados no internacionales, incluidos los grupos armados organizados no estatales. El artículo 3 común, del que suele decirse que refleja las consideraciones elementales de humanidad, ha sido desde entonces complementado con otras disposiciones convencionales y con el derecho humanitario consuetudinario que rige la conducta de las partes en los conflictos armados no internacionales. (Michelle, 2008,p.4)

También es menester resaltar, que los principios del DIH referenciados anteriormente, no agotan todos los lineamientos existentes en materia de regulación de conflictos armados, no obstante, si aportan las directrices básicas fundamentales a tener en cuenta por los actores armados; nociones

básicas como el principios de distinción, el cual va dirigido a preservar fuera de las líneas de fuego a la población civil, personal sanitario, entre otros; el principio de necesidad militar y proporcionalidad en el ataque, los cuales van en caminados a garantizar que el uso de la fuerza sea legal, legítimo y con un objetivo específico; son los supuestos jurídicos y facticos que contienen no solo el potencial bélico de los grupos en combate, sino que además dotan al Estado y a la comunidad internacional de herramientas para determinar responsabilidades por daños ocasionados, ya sea en sede interna o en sede internacional, cuando ese potencial bélico se desborda, los presupuestos fácticos del conflicto se desvirtúan y los instrumentos jurídicos se dejan de lado.

Es precisamente en esa delgada línea entre el uso de la fuerza y la contención del potencial bélico, donde el Estado Colombiano ha visto comprometida su responsabilidad patrimonial, por las acciones u omisiones de sus Fuerzas Militares, responsabilidad que ha sido analizada tanto en el orden interno, como en el externo, con la activación de la competencia de las instancias internacionales, tales como la CIDH, cuando la inoperancia del Estado en asumir la responsabilidad por ciertos hechos u omisiones dañinas, activa la competencia de este órgano internacional.

8.2 GRAVES VIOLACIONES A LOS DDHH E INFRACCIONES AL DIH POR PARTE DE LAS FFMM, COMO PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Como ya se ha anotado en los capítulos precedentes, para configurarse la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, es necesario que se den tres elementos esenciales a saber, la existencia del daño antijurídico, la imputabilidad al Estado, es decir que el daño sea consecuencia de la acción u omisión del Estado, y el nexo de causalidad, lo que significa la relación entre el daño y el actuar o dejar actuar del Estado.

En este mismo orden de ideas, se ha establecido que la responsabilidad del Estado se deriva por las acciones u omisiones de los órganos del Estado y sus agentes; responsabilidad que puede comprometerse tanto en el orden interno, como en el orden internacional.

El papel de las Fuerzas Militares dentro del Estado Social de Derecho, está encaminado a garantizar la seguridad y defensa nacional de todo el territorio Colombiano, mandato imperativo que se convierte en esencial, cuando existen en el orden nacional grupos alzados en armas que buscan subvertir el orden jurídico – político establecido.

La Constitución Política en su artículo 217 dispone:

La nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (...) (Constitución Política de Colombia, 1991)

La existencia del conflicto armado interno Colombiano, ha permitido que las Fuerzas Militares incrementen su número de forma exponencial en las últimas décadas, crecimiento que ha repercutido de forma directa en el despliegue de operaciones militares, y con ellas el uso de la fuerza como mecanismo de control territorial, lo cual ha generado incluso daños a la población civil, de forma directa o indirecta.

Daños ocasionados con ocasión del conflicto armado, generados por la contravención a las normas del DIH, y con estas se incluyen los principio enunciados en el capítulo anterior, ya sea por acción u omisión; y daños reconocidos en el contexto del DIH como aquellos efectos colaterales o incidentales, que pueden verse como aceptables o no, en el marco de las operaciones militares, tema que será objeto de análisis más adelante.

En primera medida, vale la pena resaltar los pronunciamientos que ha hecho el Consejo de Estado, sobre las modalidades de conductas dañinas que se han generado en el marco del Conflicto armado interno, ya sea por violación al DIDH o infracciones al DIH.

El Consejo de Estado a través de un informe de responsabilidad del Estado, presentado por la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera en el año 2015, trae una relación de los casos relevantes conocidos por ese tribunal, en materia de los daños ocasionados e imputables, en el contexto del conflicto armado interno.

En este sentido ha manifestado el Consejo de Estado:

A pesar de la gran congestión de procesos que afronta actualmente la Sección Tercera⁸, desde años atrás se tomó la decisión de conferir prelación a casos que tratan de graves violaciones a los derechos humanos, cuyos daños se imputan fácticamente a agentes estatales y a grupos armados organizados al margen de la ley. Al respecto, es preciso señalar que el conflicto armado interno que afronta el país, desde hace aproximadamente cincuenta años, ha producido graves lesiones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, lo cual ha generado que las demandas contra el Estado en materia de responsabilidad extracontractual sean de un 80% del total de procesos a nivel nacional. Por lo tanto, un gran volumen de procesos pendientes por resolver está relacionado directamente con las víctimas del conflicto armado interno, lo cual amerita de manera urgente una política de descongestión judicial relacionada con la actual política de paz adelantada por el Gobierno Nacional con la insurgencia armada, en orden a lograr una respuesta integral a la demanda de justicia reparadora y, en especial en la etapa del postconflicto. (Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera, 2015,p.5)

Las decisiones relevantes tomadas por el Consejo de Estado, se dividen en este informe en dos grandes grupos a saber: el primero, los conocidos como Crímenes de Guerra, el segundo grupo de casos estudiados por el Consejo de Estado, se enmarcan dentro de lo que se conoce como Crímenes de Lesa Humanidad, los cuales se configuran como un ataque sistemático y generalizado contra la población civil.

De los tipos de conductas dañinas conocidas por el Consejo de Estado, en el grupo de crímenes de Guerra, se distinguen conductas tales como: agresión por labor humanitaria, daño en bienes civiles, desaparición y muertes de civiles, homicidio y lesiones a fuerza pública, homicidio y lesiones por

fuerza pública, infracción del principio de distinción, lesiones a civiles en conflicto armado, lesión por omisión del deber de protección, menores afectados con granada oficial, minas antipersona, muerte civil en conflicto armado, muerte de civiles a manos de grupo ilegal vinculado a fuerza pública, muerte violenta de funcionario judicial por miembros de grupo armado insurgente, muerte violenta de miembro de la fuerza pública durante ataque de grupo armado insurgente a estación de policía nacional.

En el grupo de crímenes de lesa humanidad, se destacan las conductas de: caducidad en delito de desaparición forzada, cumplimiento de fallos internacionales, desaparición forzada, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado (traslado forzoso), desplazamiento forzado (traslado forzoso) y ejecución extrajudicial, detención arbitraria, ejecución extrajudicial (auxiliar de justicia, defensor de derechos humanos, dirigente político, líder comunitario, miembro de corporación pública, miembro de partido político, menor indígena, sindicalista), exilio y lesiones, masacres, secuestros, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violencia sexual.

Es pertinente resaltar que tal cual como se ha visto anteriormente, la responsabilidad estatal se configura tanto por la acción como por la omisión en el deber de hacer de las FFMM, esto por cuanto existen situaciones de hecho en los cuales se le ha imputado responsabilidad al Estado, aun cuando las conductas dañinas se han desplegado por agentes al margen de la ley; esta situación puede darse tanto por la connivencia del Estado en la conformación de dichos grupos, los cuales se conocieron como grupos paramilitares, o por la inactividad de las FFMM cuando se materializaron las conductas dañinas, teniendo el deber jurídico de hacerlo y la posibilidad fáctica de actuar.

A continuación se hará referencia a una selección de casos dentro de los grupos delimitados por el Consejo de Estado, los cuales son de interés particular para el presente trabajo en lo que se refiere

a la aplicación de las normas de DIH, y las afectaciones a los derechos de la población civil, especialmente en lo atiente de los títulos de imputación usados en este tipo de situaciones.

Para el grupo de crímenes de guerra, se citaran los casos de:

1. Daño en bienes civiles: Caso Johnson Agustín Abella Peña – Ataque FARC Piendamó – Cauca.

El Consejo de Estado, analiza la responsabilidad del Estado – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, a través de demanda de reparación directa, por el daño antijurídico ocasionado al inmueble del señor Johnson Agustín Abella Peña, tras una incursión armada del grupo guerrillero de las FARC en el municipio de Piendamó – Cauca en 1999; demostrándose que el daño sufrido al demandante, se generó por la cercanía de la Estación de Policía al inmueble del demandante.

Título de imputación: Daño especial, por la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas.

2. Homicidio causado por miembro de la fuerza pública: Caso hermanos Burgos Carrillo

El Consejo de Estado, analiza la responsabilidad del Estado– Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por el homicidio de los hermanos Burgos Carrillo, quienes se desmovilizaban por una carretera de las vías del departamento de Arauca, cuando en una intersección vial, recibieron impactos de bala por parte de miembros del ejército nacional, ocasionándoles la muerte.

Título de imputación: Falla del servicio (por acción):

La falla en el servicio se observó en el hecho de no haberse dispuesto formalmente un retén de vehículos o alguna señal de identificación por parte del Ejército Nacional al momento de ubicar la tropa, de modo que quienes se movilizaban por la vía pudieran advertir sin dificultad la presencia de la fuerza pública. Además, la reacción del soldado que disparó contra la motocicleta en la que se transportaban los hermanos Burgos Carrillo fue absolutamente injustificada, pues estos no atacaron ni amenazaron a los militares, sino que se limitaron a seguir su camino. Sumado a lo anterior, el soldado Jiménez Moreno portaba el fusil cargado, a pesar de que la prohibición

impartida en ese sentido por sus superiores jerárquicos. (Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera, 2015,p.134)

3. Infracciones al DIH: Caso La Sorpresa

En este caso se analiza la responsabilidad del municipio de Medellín, por los hechos ocurridos en el año de 1997, donde miembros del grupo guerrillero las FARC, colocaron un artefacto explosivo en las instalaciones del edificio denominado “Santo Domingo”, en este edificio, funcionaban las oficinas de la ASOCOMUNAL y la Cooperativa d seguridad privada ACEPAL (Asociación Convivir , para la Educación, la Paz y la Libertad, generando daños al establecimiento de comercio localizado en la parte baja denominado La Sorpresa.

Título de imputación: Falla del servicio (por omisión)

En el caso sub examine, se reitera que el daño no tuvo origen en la participación causal de un agente del Estado, como quiera que en ningún momento se probó que esto hubiere sucedido; sin embargo, era de conocimiento de las autoridades municipales y de la opinión pública que en el edificio “Santo Domingo” operaban grupos civiles armados ilegales de seguridad denominados “CONVIVIR”, quienes bajo una cobertura de aparente legalidad estaban inmersos en conductas punibles, situación que a pesar de ser conocida con antelación por las autoridades del municipio no fue prevenida, neutralizada, revocada o controlada, lo que conllevó a que un grupo organizado al margen de la ley activara un artefacto explosivo de dinamita en pleno centro de la ciudad y produjera daños antijurídicos, en general, a la población civil y, particularmente, a la “Salsamentaría La Sorpresa” de propiedad del demandante; es un hecho censurable que las autoridades municipales manifestaran su aquiescencia con las labores adelantadas por las “CONVIVIR”, manera ignominiosa de contribuir desde el aparato estatal en el fomento y promoción de grupos civiles armados al margen de la ley, circunstancia intolerable que no se puede volver a repetir en una sociedad que aspira a alcanzar con premura el valor supremo de la paz. (Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera, 2015,p.111)

Pasando al grupo de los crímenes de lesa humanidad analizados por el Consejo de Estado, se hará referencia a los siguientes casos:

1. Desaparición forzada y ejecución extrajudicial: Caso Zapata Montoya y Valle Ramírez

En el corregimiento de San José de Apartadó, del municipio de Apartadó Antioquia, dos jóvenes – Heliodoro Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez – se dirigen hacia una

vereda por unos productos, pasada la tarde, los familiares al percatarse que los jóvenes decidieron ir a buscarlos; los señores Alberto Antonio Valle y José Elías Zapata Montoya.

Finalmente ninguno regresó al Corregimiento, motivo el cual la familiar decidió emprender su búsqueda, pero fueron devueltos por miembros del ejército nacional, quienes informaron de un enfrentamiento con la guerrilla de las FARC en ese lugar.

Al día siguiente los familiares retornaron la búsqueda, encontrando en el lugar del supuesto enfrentamiento documentación de Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle, después de esto, la familia se dirigió al hospital del pueblo, encontrando muertos a estos dos señores y de los otros no tenían rastro.

Título de imputación: Falla del servicio con estándar probatorio atenuando (por acción)

Dentro del proceso de logró demostrar:

- i) que el Ejército Nacional privó de la libertad a José Elías Zapata, Félix Antonio Valle Ramírez, Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle, los cuales fueron vistos por vecinos de la región;
- ii) que los cadáveres de Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle aparecieron en el hospital de Apartadó con varios disparos de arma de fuego y con prendas de uso privativo de las fuerzas armadas;
- iii) que los occisos fueron ejecutados sumariamente por miembros del destacamento militar batallón de infantería n.º 47 adscrito al Comando “General Francisco de Paula Vélez”, no fallecieron con ocasión de un enfrentamiento armado con miembros de grupos armados al margen de la ley y fueron reportados como “guerrilleros N.N.”, dados de baja en combate;
- iv) que los señores José Elías Zapata y Félix Antonio Valle Ramírez fueron desaparecidos forzosamente por los militares que patrullaban la zona el día y hora de los hechos ocurridos en la vereda Las Nieves, jurisdicción de Apartadó, (Antioquia), y ocultaron la suerte y paradero de estas personas a sus familiares. (Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera, 2015,p.127)

Cuando se hace alusión al estándar probatorio atenuando, el Consejo de Estado Colombiano ha entendido, que dada la fragilidad con la cual las víctimas del conflicto armado interno ingresan al escenario contencioso, ya que la mayoría de las acciones u omisiones se han perpetrado en zonas alejadas de los perímetros urbanos, generando una dificultad enorme en el plano del acceso a la pruebas para determinar responsabilidad, las víctimas ostentan la

calidad procesal de igualdad probatoria o igualdad de armas, por cuanto este parámetros, sería eminentemente una carga adicional.

El Consejo de Estado lo ha reflejado así:

(...) en graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, pues en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios. (Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera, 2015,p.127)

2. Desplazamiento Forzado: Caso Hacienda Bellacruz

En el departamento del Cesar, específicamente en la Hacienda Bellacruz, ingresan un grupo de hombres pertenecientes a un grupo paramilitar, amenazando a los campesinos, destruyendo cultivos, viviendas, entre otros.

Esta situación generó el desplazamiento de las familias que habitaban lugar, y propicio el avance del grupo armado ilegal en la zona.

Título de imputación: Falla del servicio (por omisión)

En este caso se demostró la responsabilidad del Estado, por las constantes peticiones interpuestas por los campesinos ante las autoridades militares, policiales y civiles, sobre las constantes amenazas que realizaba el grupo paramilitar y pidiendo su protección.

En la misma medida, se logró demostrar que dentro de la hacienda el ejército nacional tenía instaurada una unidad militar, dos más en las cercanías del lugar de los hechos, y no se evidenció operación militar o policial alguna, tendiente a contener el accionar del grupo paramilitar.

El Consejo de Estado, acudió a la figura jurídica de la posición de garante de las fuerzas militares, respecto de los campesinos en los siguientes términos:

Se dijo que el Ejército Nacional, en cuanto tuvo conocimiento efectivo de la situación de peligro que se había radicado en cabeza de los campesinos ocupantes de la Hacienda Bellacruz, asumió posición de garante frente a la integridad de tales personas, razón por la cual se expuso que el desplazamiento forzado del cual fueron víctimas los campesinos desplazados de la Hacienda Bellacruz si bien fue generado por un tercero, en este caso por miembros de grupos denominados paramilitares, lo cierto es que su resultado (daño antijurídico), era atribuible a la Administración Pública. (Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera, 2015,p.80)

3. Violencia de género: Caso Rodríguez Bustamante

El día 4 de septiembre de 1999, la joven Mónica Marisol Rodríguez Bustamante se encontraba con unos compañeros departiendo en un parque del municipio de Tame – Arauca, cuando fue abordada por dos hombres, quienes los amenazaron con arma de fuego, obligaron a la joven a subirse al vehículo en el que se movilizaron, la llevaron a una zona rural y la violaron sexualmente.

Se logró determinar que los hombres pertenecían al ejército nacional, que se movilizaban en una moto perteneciente a la policía nacional, las armas de fuego hacían parte de su dotación y la noche de los hechos, habían desobedecido una orden de sus superiores.

Título de imputación: Falla del servicio Desconocimiento del principio de inmunidad de la población civil.

Sobre el nexo con el servicio, la Sala precisó que el daño se produjo durante el servicio, pues los militares habían recibido la orden de regresar a la base militar y, por lo tanto, mientras no cumplieran la orden esta permanecía vigente. También se encontró probado que el daño se produjo con ocasión del servicio, por tres razones: porque la víctima advirtió la condición de militares de los agresores, si bien estos trataron de simular la calidad de guerrilleros; porque en todo momento mantuvieron entre ellos la relación de jerarquía propia de la función militar, pues uno constriñó al otro, con su autoridad, a agredir a la joven; y porque justamente es la existencia del conflicto armado lo que justificaba la presencia de los militares en la zona y, sobre todo, lo que les permitió adjudicar al enemigo una conducta criminal falsa para lograr no solo ocultar el crimen sino aprovecharse de la ventaja militar que les otorga el desprestigio de la parte contraria.

Sumado a lo anterior, la Sala encontró probado que el Ejército Nacional incumplió el deber de control y disciplina sobre los uniformados, pues el subteniente a cargo de la tropa perdió contacto con los militares evadidos del servicio durante 21 horas sin hacer esfuerzo alguno por garantizar el regreso de los militares a la base, aún a sabiendas de que estaban armados, ingiriendo licor y, de esta forma, poniendo en riesgo a la población y a ellos mismos. (Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera, 2015,p.130)

Como puede analizarse, el Consejo de Estado Colombiano en el marco del conflicto armado interno ha encajado las conductas dañinas de los agentes estatales, llámese Fuerzas Militares o Policía Nacional, dentro de los modelos de responsabilidad estatal acogidos por la normatividad Colombiana interna, tales como el daño especial o la falta del servicio, tanto por acción como por omisión.

Lo interesante de los pronunciamientos anteriormente señalados, es que existe un componente adicional dentro del cual las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe movilizarse para poder determinar la responsabilidad Estatal, esto es las normas del DIH y del DIDH.

Aunque ya se ha establecido que estos marcos jurídicos no se contraponen entre sí, y por el contrario hallan su punto de encuentro en la protección de la dignidad humana, tomar decisiones jurídico – administrativas o penales tendientes a endilgar responsabilidad Estatal aplicando normas de DIH, conlleva ineludiblemente a reconocer como legítima la muerte de un ser humano, dentro de lo que se considera como blanco legítimo o lícito, objetivo militar e incluso el reconocimiento de los daños colaterales como necesarios o soportables en la medida en que, con la generación de los mismos se genera una ventaja militar definida.

Estos términos definitivamente no pueden aplicarse en el contexto del DIDH o en escenarios donde no existe conflicto armado interno o internacional, en este escenario definitivamente no puede hablarse de un blanco lícito, de un objetivo militar, de necesidad militar, proporcionalidad en el ataque, uso de la fuerza y mucho menos contemplar los daños colaterales como necesarios o legítimos dentro del ordenamiento interno.

9. EL DAÑO COLATERAL COMO HECHO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD ESTATAL EN COLOMBIA

Hasta este punto es claro que existe una concepción jurídica tanto nacional como internacional, respecto de los parámetros a tener en cuenta para determinar la responsabilidad de un Estado por aquellas conductas dañinas que afectan por acción o por omisión a sus administrados.

La particularidad del Estado Colombiano, donde además de contemplar los títulos de imputación bajo los cuales encajar las conductas dañinas de los miembros de las Fuerzas Militares y Policiales, es que se deben analizar los instrumentos normativos bajo los cuales dichos agentes Estatales acuden al uso de la fuerza.

En efecto muchos han sido los excesos de las Fuerzas Militares respecto de los daños ocasionados a los bienes y la población civil, situaciones desplegadas por acción u omisión que han generado responsabilidad del Estado, tanto a nivel internacional o a nivel interno, tal cual como se pudo evidenciar en el capítulo anterior.

No obstante, es que efectivamente existe un margen de acción dentro de las operaciones militares, que permite generar daños de forma lícita, con el cumplimiento claro está, de una serie de requisitos que más adelante se pasarán a describir, a saber, el daño colateral o incidental.

En la doctrina del CICR y en los principios del DIH, se ha concebido el daño colateral como elemento excepcional circunscrito al principio de proporcionalidad en el ataque, sobre la existencia de una ventaja militar definida, no obstante para algunos autores el daño colateral pasa por la determinación de principios fundamentales del DIH tales como el principio de distinción, por cuanto este prescribe la necesidad de delimitar claramente el objetivo a atacar en el marco del conflicto, versus los bienes y la población civil; el principio de necesidad militar, el cual supone

usar los métodos y medio de guerra permitidos, causando el menor costo de vida, bienes y recursos propios de las fuerzas.

Ha propósito la Cruz Roja Española ha manifestado:

(...)Siendo entonces, el Daño Colateral la interacción entre tres principios del DIH, porque el Principio de Proporcionalidad prohíbe que se utilice la ventaja militar para hacer uso de armas y métodos que le causen daño a los civiles y sus bienes; el Principio de Distinción pide que la población civil y sus propiedades no se vea involucrada en los ataques contra los combatientes y el Principio de Necesidad Militar establece un equilibrio entre las necesidades de la guerra y los condicionamientos humanitarios (optar por el mal menor contra el adversario). (Cruz Roja Española, 2008,p.13)

El CICR ha estipulado una serie de parámetros para articular cuando dentro del marco de referencia del principio de proporcionalidad, es viable concebir y materializar un daño colateral.

En el texto El Principio de Proporcionalidad y de los Daños colaterales desde un punto de vista práctico, el CICR define los pilares básicos de la proporcionalidad, analizándolos en torno a cuatro pilares: 1) el estudio de los parámetros relacionados con los daños, 2) la disciplina de la fuerza que va a llevar a cabo el ataque, 3) la capacidad para controlar las ordenes emitidas y 4) el grado de rectitud o buena fe que ha mostrado el comandante.

En este estadio de análisis, los daños colaterales son entendidos desde una regla matemática definida a partir de lo que denomina como Índice de Proporcionalidad así:

El *Índice de Proporcionalidad* (IP) se definiría como una proporción (cociente) entre la *Ventaja Militar* (VM) alcanzada, o cuando menos la que se espera alcanzar, y los daños generados a las personas y bienes protegidos, también calificados de manera genérica como *Daños Incidentales o Colaterales* (DC); es decir, utilizando una notación matemática, diríamos que $IP = VM/DC$. (Guisandez, 2011, p.6)

Con esta fórmula se puede afirmar también, la relación intrínseca entre los principios de necesidad militar, proporcionalidad y distinción; para determinar un ataque es necesario saber el objetivo a atacar, y que métodos y medios debo usar, no solo para garantizar una ventaja militar definida,

sino además como los voy a usar para equilibrar la balanza de ventaja militar versus efectos producidos a los bienes y personas protegidos –principio de distinción- afectaciones que pueden ser aceptables desde el punto de vista del DIH, siempre y cuando no sean excesivos y la ventaja militar que se espera obtener, sea superior al sacrificio de la salvaguarda del principio de distinción. Volviendo sobre los pilares básicos de la proporcionalidad, se advierte que cada uno de ellos están diseñados para generar una lista de chequeo con base en la cual el comandante militar y su unidad operativa pueden llevar a cabo la operación soportada en la normas del DIH, entendiendo que con estas les está permitido atacar un blanco o un objetivo militar acudiendo al uso de la fuerza.

1. El estudio de los parámetros relacionados con los daños. este pilar lleva a examinar la misión a desempeñar, el objetivo a neutralizar, las fuerzas propias a dirigir, los resultados que se esperan obtener, el armamento que se debe utilizar, y el tiempo del cual se dispone.

Respecto del factor tiempo con relación a los daños colaterales, es importante para la operación la determinación del mismo, por cuanto:

En el caso de que el Comandante directo pudiera elegir el momento del ataque, la responsabilidad de escoger aquel periodo de tiempo en el que por costumbre del área, por su específica situación o por su especial circunstancia, se prevé que el número de civiles (personas que no participan directamente de las hostilidades) próximos al objetivo sea menor, añade una responsabilidad más al Comandante, toda vez que su misión no se limita a batir el objetivo, con el grado de neutralización establecido, sino también tiene que minimizar los daños colaterales, haciendo uso de la *herramienta* que le han proporcionado, que no es otra, sino la de escoger el momento más oportuno para efectuar el ataque. (Guisández, 2011,p.14)

2. La disciplina de la fuerza que va a llevar a cabo el ataque. Uno de los valores esenciales de las Fuerzas Militares descansa esencialmente sobre la disciplina militar, en el teatro de las operaciones, este valor revista una vital importancia, por cuanto el uso de la fuerza está diseñado para dañar al enemigo, pero no a cualquier precio, y es precisamente en el valor disciplina para seguir las órdenes dadas por el comandante, donde descansa la legitimidad y la legalidad de la operación.

3. La capacidad para controlar las órdenes emitidas. Intrínsecamente relacionado con la disciplina, está dirigido ya no en el personal que conforma la operación, sino a su comandante, pues de nada le servirá, ostentar un personal disciplinado, sino sabe controlar, dirigir y coordinar la operación a través de las órdenes que impone.
4. La buena fe del comandante. Aunque acudir a la buena fe podría entenderse como un concepto abstracto, para el CICR es el elemento fundamental de los pilares de la proporcionalidad pues en esencia de las decisiones tomadas por el comandante se podrá determinar si un determinado atacado se hace con dolo o culpa y si se ajusta a los parámetros de legalidad diseñados por las normas del DIH.

A propósito, la doctrina del CICR para determinar la intencionalidad o buena fe del comandante en el contexto de un ataque, ha diseñado una serie de elementos a determinar:

1. Análisis de la Decisión: Determinación de los efectos sobre el objetivo, Determinación de los daños colaterales sobre los bienes, Determinación de los daños colaterales sobre las personas, Minimización táctica de los daños colaterales, Minimización operacional de los daños colaterales
2. Análisis del Ataque: Armamento, Operador de armas, Hora H. (Guisández, El principio de la Proporcionalidad y de los daños colaterales desde un punto de vista práctico, 2011,p.28)

Como puede observarse, el análisis de los daños colaterales se realiza desde el punto de vista de la actuación del comandante, ya que en la intención que este tenga en la determinación del objetivo a atacar, el armamento a usar y el potencial de daño usado (proporcionalidad en estricto sentido) para alcanzar la ventaja militar, que claramente debe estar definida; se podrá determinar, si la existencia de daños colaterales son aceptables o no, desde el punto de vista legal y militar.

En este punto se denota nuevamente, la interdependencia entre el principio de proporcionalidad y el de necesidad militar, pues para lograr determinar la legalidad de un daño colateral.

Para el CICR la evaluación se hace respondiendo tres preguntas así:

1. La necesidad militar – frente al objetivo - ¿está dentro de la misión? Si la respuesta es SI (el ataque es legítimo) si la respuesta es NO (el ataque es ilegítimo)

2. Ventaja militar – frente al ataque - ¿cumple los requisitos? Si la respuesta es SI (el ataque es lícito) si la respuesta es NO (el ataque es ilícito)
3. Proporcionalidad – frente a los daños - ¿son proporcionales? Si la respuesta es SI (el ataque es legal) si la respuesta es NO (el ataque es criminal)

Con el cumplimiento de los parámetros de necesidad – ventaja y proporcionalidad, se pasa al estudio de los daños colaterales o incidentales, estableciendo si la existencia de los mismos fueron planeados o no, pues hay un elemento esencial que puede definir la línea entre la legalidad y la criminalidad en el daño colateral, esa línea es por supuesto la distinción entre la planeación y premeditación sobre la existencia de ese daño, y el deseo de que se materialice.

En la doctrina del CICR el daño colateral debe ser planeado mas no deseado y de ninguna manera puede considerarse como un daño accidental, pues el daño accidental no es planeado y mucho menos deseado.

Cabe señalar por supuesto que desde la doctrina, el recurrir al uso de la fuerza supone:

Es necesario recordar, en cualquier caso, que los ataques, sólo son lícitos cuando se ejecutan contra un objetivo militar, y para que algo reciba esta denominación, es preciso que su neutralización, ocupación o destrucción se traduzca en una *ventaja militar*. (Guisández, El principio de la Proporcionalidad y de los daños colaterales desde un punto de vista práctico, 2011,p. 36)

Trasladados estos elementos de análisis al contexto Colombiano, resulta que las apreciaciones técnicas no son tan sencillas de examinar, menos aun si se considera que los fundamentos estructurales de las normas de DIH en la conducción de las hostilidades y el uso de la fuerza en el teatro de operaciones militares en Colombia, corresponden a lo que se ha catalogado como situaciones de conflicto irregular o asimétrico.

Es irregular o asimétrico, por cuanto no hay una clara distinción entre los actores armados irregulares y la población civil, se pasa de la concepción de guerra entre Estados, que usan patrones más o menos similares en la conducción de las hostilidades, a diferencia de las formas de combate

que debe usar un Estado, que opera con sus fuerzas militares dentro de su propio territorio, contra sus propios nacionales alzados en armas,; los cuales por su parte acuden a métodos y medios de combate ajenos a las regulaciones normativas o consuetudinarias internacionales, aunque por el hecho de ser fuerzas armadas al margen de la ley, no les exime del cumplimiento de los métodos y reglas para hacer la guerra.

A propósito el autor José Bernardino Arauz ha expresado:

Es muy difícil librar una guerra asimétrica sin poner en peligro a la población civil, o incurrir en daños colaterales desproporcionados. Este tipo de conflicto expande los blancos 'legítimos' de ataques, si con ello se alcanza la ventaja militar, y se desacreditan las operaciones militares del opositor. Como consecuencia de esta dinámica, donde existen pocos "blancos militares legítimos de ser alcanzados y atacados, y donde los daños colaterales excesivos son explotados por ambos contendores, la cuestión normativa de trascendencia es preguntarse sobre qué se puede hacer frente a la crisis de incumplimiento con la norma. (Arauz, 2013,p.10)

Durante años, Colombia ha pasado por esa dificultad insoslayable de determinar con acierto los objetivos militares que se puedan atacar, sin que con ello se esté en presencia de una actuación ilegal, ilegítima o criminal, la situación se torna más compleja aún, si se tiene en cuenta que existió una comprobada aquiescencia de las fuerzas militares colombianas y el aparato estatal, con los actores armados paraestatales, como es el caso de "La Sorpresa" citado en el capítulo anterior; escenario que condujo en el ámbito social y judicial a la generación de una duda razonable, sobre todas aquellas operaciones militares que dieran como resultado la afectación de bienes o vidas civiles, incluso sobre ataques que en apariencia fuesen sobre objetivos militares, dados los casos de las denominadas "ejecuciones extrajudiciales", donde el ejército presentaba como miembros de grupos alzados en armas muertos en combate, cuando en realidad se trataba de civiles sustraídos de sus viviendas, campos de labor y otros espacios, asesinados de forma sistemática, para mostrar "resultados operacionales".

Por supuesto estas conductas de ninguna manera podrían catalogarse como un daño colateral, pero en definitiva conduce a la generación de una fuerte duda sobre la generación de daños colaterales, que son legales para las personas en sede de DIH, pero difíciles de determinar en un conflicto asimétrico y desbordado de la legalidad a la ilegalidad, como es el caso Colombiano.

La irregularidad del conflicto en Colombia ha generado que frente a los principios de distinción, necesidad militar y proporcionalidad, se presenten situaciones de infracción por cuenta de los actores armados, desde la doctrina se ha expresado que:

Aquí se da la relación entre Daño Colateral y Principio de Distinción encontrándose que este principio ha sido uno de los más violados en los conflictos internos por parte de los actores armados, al utilizar como medios el engaño y encubrimiento como elementos importantes de la estrategia en el combate para ganar al adversario; y estas prácticas no solo son esgrimidas por los grupos ilegales, sino que ha sido una práctica a la cual recurrieron también los miembros de la Fuerza Pública, cuando aparentaban ser civiles para evadirse o recurrían al camuflaje dentro del conflicto. (Solís, 1990)

La práctica de recurrir a la población civil como escudo frente a operaciones militares no puede comprenderse de ninguna manera como un daño colateral necesario para alcanzar una ventaja militar definida, a la luz del DIH a pesar de la legalidad del daño colateral, el escudo humano civil constituye una infracción tajante al principio de distinción, y en Colombia ha representado una actuación que proviene no solo desde los grupos armados ilegales, sino también por parte de agentes del Estado.

En el año 2014 el Consejo de Estado condenó al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, por la violación al principio de distinción, bajo los siguientes hechos:

El día 11 de febrero de 1998 se presentó un enfrentamiento armado en Gama, Cundinamarca, entre miembros de la Policía Nacional y guerrilleros de las FARC, al sufrir una incursión guerrillera dirigida principalmente contra la estación de policía municipal, y que por los hechos relatados, no se iniciaron diligencias preliminares de carácter disciplinario ni administrativo a pesar de que uno de los uniformados, desconociendo el principio de distinción, se parapetó en uno de los inmuebles vecinos para proteger su vida (violación al principio de distinción). (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2015,p.65)

Tal como lo determina el Consejo de Estado, la infracción al DIH constituye un crimen de guerra a la luz de las normas de derecho interno y de derecho internacional, juzgables tanto por la acción como por la omisión del agente estatal, a partir de los títulos de imputación ya estudiados, en sede contencioso administrativa.

Volviendo sobre la particularidad del daño colateral, resulta que no ha sido tan fácil en términos de adjudicación de responsabilidad estatal, determinar y aceptar la existencia de un daño colateral

como un resultado directo del conflicto armado, legal desde el punto de vista del DIH, y aceptable mas no deseable desde el punto de vista de la doctrina del CICR y en el contexto de las operaciones militares.

Por muchos años en Colombia no se habló de forma directa de la existencia y reconocimiento de un conflicto armado interno, solo hasta el año 2011, cuando el presidente Juan Manuel Santos reconoció de forma directa la existencia de un CANI, a través de la inclusión en un artículo en la ley de víctimas pactada en el contexto de los acuerdos de paz con los grupos paramilitares colombianos en el año 2005.

Esta situación no solo generó dificultades en términos políticos sino que además repercutió en el plano jurídico, en especial en el efecto que tiene la determinación judicial de aplicar normas de DDHH o de DIH para endilgar responsabilidades.

A propósito desde la doctrina se ha señalado:

La no aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el no haber reconocido el carácter de conflicto armado interno por el cual pasaba el país, deslegitimó los derechos de la población civil y los actores del conflicto. Entonces ¿cómo se adelantaron las investigaciones judiciales?, ¿cómo se juzgó el comportamiento y acciones de los militares?, si la política del Estado se enmarcaba en la aplicación de los Derechos Humanos, cuando en realidad las acciones estaban contempladas en el DIH. (Bermejo, 2003,p.34)

Por su parte el autor Jean Carlo Mejía Azuero afirma:

(...) otro problema que se presenta es la falta de aplicación de este principio por parte de los operadores jurídicos, que ocasionalmente no reconocen la legitimidad de los daños colaterales, afirmando la tesis de que los operadores judiciales desconocen el actuar de las Fuerzas Militares, dentro del cual es aplicable el Derecho Internacional Humanitario y por el contrario dentro de sus decisiones judiciales aplican lo concerniente a Derechos Humanos. (Mejía, 2011)

Un ejemplo práctico sobre el tema en referencia, a propósito del daño colateral, como efecto legal de las operaciones militares, bajo los parámetros analizados anteriormente se puede ver en la Sentencia del Consejo de Estado Radicado N° 31188

Así las cosas, para la Sala está probado que el daño sufrido por los demandantes, esto es, la destrucción total de las mejoras que habían construido, constituyó la materialización de un riesgo excepcional, que desborda el riesgo permitido en una sociedad en condiciones de anormalidad, ya que este se suscita en

la actividad bélica de contención a la que está obligado el Estado en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, constitucionales y legales. Empero, esta actividad que es ajena a la población civil, en virtud del principio de distinción que rige en contextos de conflicto armado interno, es un riesgo que sacrifica la interrelación ciudadana con el Estado y un daño colateral producto de la confrontación entre el aparato estatal y los grupos armados ilegales. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente N° 31188, 2014)

En el fragmento anterior, puede verse como el Consejo de Estado acude al título de imputación de riesgo excepcional contra el Estado – Fuerzas Militares, por cuanto el daño ocasionados a las personas civiles se generó en el contexto de una actuación legítima, no obstante finalmente acude a la calificación del acto como un daño colateral producto de la confrontación entre el aparato estatal y los grupos al margen de la ley.

En este mismo orden de ideas acude el Consejo de Estado a argumentar, sobre el riesgo excepcional en el contexto del conflicto en Colombia que:

En ausencia de falla del servicio, el Consejo de Estado se ha apoyado en el criterio de imputación de riesgo excepcional para atribuir responsabilidad al Estado por los daños causados por actos violentos perpetrados por agentes no estatales, cuya jurisprudencia naciente data de 1984. Habrá lugar a la aplicación de este criterio de imputación, cuando el daño ocurre como consecuencia del ejercicio de una actividad legítima y lícita de la administración que comporta un riesgo de naturaleza anormal o excesiva, esto es, un riesgo mayor al inherente o intrínseco de la actividad o que excede lo razonablemente asumido por el perjudicado, y si dicho riesgo se concreta y llega a producir un daño, este último deberá ser reparado por el Estado. La Sección Tercera ha considerado este título de imputación como fundamento de la responsabilidad estatal por los actos violentos perpetrados por terceros, bajo la consideración de que el ataque esté dirigido contra instalaciones oficiales, tales como estaciones de policía, cuarteles del Ejército Nacional -incluso si la fuerza pública reacciona o no violentamente para repeler el acto-, centros de comunicaciones al servicio del Estado, oficinas estatales, redes de transporte de combustible, o también contra personajes representativos del Estado, bajo la consideración que la presencia o ubicación de aquellos blancos en medio de la población civil los convierte en objetivos militares de los grupos armados al margen de la ley en el contexto del conflicto armado o en objetivos de ataque cuando se vive una situación de exacerbada violencia como lo son los estados de tensión o disturbios internos, lo cual pone a los administrados en una situación de riesgo potencial de sufrir daños colaterales por la misma situación desentrañada por la violencia. De este modo, se infiere que el Estado no podrá exonerarse de responsabilidad bajo el argumento del cumplimiento a su deber de diligencia, pues a la luz de este título de imputación, esta causal exonerativa de responsabilidad resulta inane. (Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo, expediente N° 18860, 2017)

Vale la pena determinar entonces, que aunque efectivamente la carga que para el operador jurídico supone determinar el juzgamiento de las actuaciones de los agentes Estatales en sede de DDHH o

DIH puede implicar condenas al Estado, bajo conductas que en teoría resultan lícitas tales como el daño colateral; la consolidación del Estado Social de Derecho a supuesto la protección del ciudadano frente a lo que se ha denominado el exceso frente a las cargas públicas, bajo el denominado título de imputación riesgo excepcional, bajo el cual se entiende que no hay un obrar fallido del Estado sino que sus actuaciones son legales y legítimas, pero desbordan las cargas que debe soportar el ciudadano en el marco de un Estado Social de Derecho.

Es en este título de imputación, donde se reconoce y descansa la materialización de la imputación jurídica del daño colateral, como un daño llamado a repararse, aunque en el contexto del DIH es legal y legítimo, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos, para el Estado Social de Derecho, el daño colateral o incidental aunque sea planeado y proporcional a la necesidad militar y a la ventaja militar alcanzado debe reparar por cuanto el ciudadano no debe soportar un daño sobre su vida o sus bienes, por la carga adicional que representa la existencia del conflicto.

Finalmente el Consejo de Estado ha señalado:

Históricamente, la jurisprudencia ha definido tres modalidades básicas de responsabilidad por riesgo: el riesgo-peligro ; el riesgo-beneficio y el riesgo-álea . Sin embargo, los casos que involucran daños derivados de ataques guerrilleros a bienes o instalaciones del Estado, plantean una nueva categoría de riesgo, que no encaja dentro de las anteriores, y que se deriva de la confrontación armada que surge de la disputa por el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza.

Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades .

De esta forma, se considera que los atentados cometidos por la guerrilla contra un “objeto claramente identificable como Estado” en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía, cuarteles militares u oleoductos, pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones puedan ser considerados peligrosos en sí mismos –como sí ocurre con los objetos que encuadran dentro de la categoría riesgo-peligro (p.e.

armas de dotación oficial, químicos o instalaciones eléctricas)–, sino porque la dinámica misma del conflicto armado ha hecho que la

cercanía a ellos genere para la población civil el riesgo de sufrir afectaciones en su vida, su integridad personal y su patrimonio en razón a que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que los considera objetivos militares. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente N° 31188, 2014)

10. CONCLUSIONES

De la primigenia concepción Colombiana de responsabilidad estatal tratada desde la esfera del derecho privado, se pasa a un tratamiento público de la responsabilidad estatal con la consagración en el artículo 90 constitucional de una responsabilidad basada en la existencia de un daño antijurídico imputable por acción u omisión a los agentes estatales.

Para la doctrina y la jurisprudencia, con el artículo 90 se abre la puerta para que el operador jurídico determine bajo la óptica de los casos particulares, el título de imputación a aplicar, ya sea desde el régimen subjetivo (falla del servicio – falla presunta) o desde el régimen objetivo (riesgo excepcional, daño especial, ocupación de inmuebles).

Acudir al uso de la fuerza para contener el potencial bélico de grupos armados organizados al margen de la ley, supone por supuesto aplicar las normas del DIH para regular los métodos y medios de la guerra, cumpliendo principios básicos como el de necesidad, proporcionalidad, distinción y otros, bajo los cuales se deben desenvolver las operaciones militares, so pena de incurrir en la infracción a las normas del DIH y consecuentemente a la violación de las normas de DDHH, por tratarse de dos cuerpos normativos que se fundamentan en la protección de la dignidad humana.

Complementando los elementos de la responsabilidad estatal con las operaciones militares en el marco de un conflicto armado, el Consejo de Estado ha asumido la imperiosa tarea de juzgar

aquellas conductas que han constituido violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, sometiendo dichos pronunciamientos no solo al estudio de los títulos de imputación del derecho interno, sino además a los parámetros internacionales de responsabilidad estatal, estableciendo entre otros conductas constitutivas de responsabilidad por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Lo que resulta interesante en este punto es que en el marco de las operaciones militares y los principios del DIH, se dan una serie de prerrogativas bajo las cuales a los agentes estatales les está dado actuar acudiendo al uso de la fuerza, entre ellos el daño colateral como aquel daño que aunque indeseable, es legal en la medida en que sea previsible y aceptable para la operación militar, dado que desde un análisis de proporcionalidad, la ventaja militar que se obtiene es superior a los daños sobre las personas o bienes protegidos bajo el principio de distinción.

Aunque el daño colateral bajo los presupuestos técnicos diseñados por el CICR, se supone como un daño legal aunque no deseable, no se ha determinado que no este llamado a repararse, esto porque en definitiva materializa la existencia de uno de los elementos necesarios para endilgar responsabilidad al Estado – el daño-. Para el Consejo de Estado Colombiano, el daño colateral está llamado a repararse bajo el título de imputación riesgo excepcional (riesgo conflicto), el cual supone que la actuación del Estado es legal y legítima pero desborda las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos, y es este el elemento esencial al cual ha acudido el Consejo de Estado para establecer responsabilidad Estatal por la existencia de un daño, que aunque legal desde la óptica de normas internacionales, debe repararse para asegurar la igualdad y el equilibrio entre los ciudadanos en el contexto de un Estado Social de Derecho.

Es evidente que la evolución y consolidación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado se ha dado en mayor medida por medio jurisprudencial, y atendiendo específicamente al contexto del conflicto armado interno, el reconocimiento y materialización de los derechos de

las víctimas ha sido eminentemente ajustado a los casos concretos de aquellos que han sufrido daños.

Tratándose del daño colateral como una categoría de daño admisible desde la óptica de las normas del DIH, no ha sido reconciliable la postura desde la dogmática sobre cómo debe juzgarse o no la existencia de un daño colateral en el marco de las operaciones militares.

Es claro que el daño colateral es admisible y aceptable bajo el cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad y ventajas militar definida, pero también queda claro que el actuar del Estado a través de sus agentes Estatales, según la teoría, la jurisprudencia y la ley, de ninguna manera puede desbordar las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos, máxime si se trata de un daño generado con ocasión de un conflicto armado.

Este punto se pone en evidencia la magna tarea que asumen los operadores judiciales en Colombia, reconciliar el sistema jurídico interno con las normas del Derecho Internacional y ajustarlas a la realidad de un país inmerso en situaciones de vulneraciones de DDHH e infracciones al DIH tanto por parte de agentes Estatales como agentes no estatales.

El daño colateral entonces, se convierte en un hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto cumple con los requisitos de: 1 la creación un riesgo que por naturaleza no es normal es decir, que sea excepcional (la existencia de un conflicto armado, en medio del cual se deben desplegar operaciones militares), 2 la materialización de ese riesgo excepcional, traducido en un daño (la afectación a bienes y personas protegidas por las normas del DIH) y 3 que el riesgo excepcional creado y materializado se haya generado bajo parámetros legales (normas de DIH, conducción de hostilidades – daño colateral).

11. BIBLIOGRAFÍA

- Aldana, H. (1986, p. 125). *La responsabilidad objetiva de la Administración Pública en*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Álvarez, L. F. (2007,p.232). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Arauz, J. (2013,p.10). GUERRA ASIMÉTRICA Y PROPORCIONALIDAD RETOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Arráez, M., Calles, J., & Moreno de Tovar, L. (2006). La Hermenéutica:una actividad interpretativa. *Sapiens*, 171-181.
- Ballano, F. (2013, p.235). *Exploraciones secretas en Asia*. Madrid: Ediciones Nowtilus S.L.
- Bermejo, R. (2003,p.34). *La Guerra de Irak y el Derecho Internacional Humanitario*.
- Camargo, P. (2007, p.83). *Tratado de Derecho Internacional Público*. Bogotá: Leyer.
- Caso Masacre de Santo Domingo VS. Colombia, 259 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Noviembre de 2012).
- Comando General de las Fuerzas Militares. (2015). *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares*. Bogotá: Imprenta de las Fuerzas Militares .
- Consejo de Estado expediente No. 14.880, No. 14.880. (Consejo de Estado 30 de Noviembre de 2006).
- Consejo de Estado (Consejo de Estado 28 de Octubre de 1976).
- Consejo de Estado expediente N° 16.666, 16.666 (Consejo de Estado 22 de Marzo de 2001).
- Consejo de Estado expediente N° 25.416, 25.416 (Consejo de Estado 10 de Junio de 2004).
- Consejo de Estado expediente N° 30102, 30102 (Consejo de Estado 05 de Marzo de 2015).
- Consejo de Estado expediente N° 32912, 32912 (Consejo de Estado 28 de Enero de 2015).
- Consejo de Estado expediente N° 6754, 6754 (Consejo de Estado 24 de Agosto de 1992).
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, 31188 (Consejo de Estado 12 de Diciembre de 2014).
- Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo, 18860 (Consejo de Estado 20 de Junio de 2017).
- Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera. (2015). *DECISIONES RELEVANTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SOBRE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO*. Bogotá.
- Consejo de Estado sentencia actor: El Siglo S.A (Consejo de Estado 29 de Julio de 1947).

- Consejo de Estado Sentencia número 94, Expediente número 1495 (Consejo de Estado 16 de Octubre de 1986).
- Constitución Política de Colombia. (05 de Agosto de 1886). Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia 22 de Octubre de 1896).
- Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia 28 de Febrero de 1958).
- Cruz Roja Española. (2008,p.13). *cruzroja.es*. Obtenido de http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647051&_dad=portal30&_schema=PORTAL30
- Echeverría, M. (Diciembre de 2011). Responsabilidad del Estado por acción u omisión de las fuerzas militares. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.
- Gallo, V. (2007). El hecho internamente ilícito de una organización internacional. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 71-97.
- García, A. (1956,p.181). *La Responsabilidad del Estado*.
- Guisández, J. (2011). *El principio de la Proporcionalidad y de los daños colaterales desde un punto de vista práctico*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Jimenez, G., & Soler, I. (2012). Causas de Ineficacia de la Acción de Repetición en Colombia y sus Posibles Correctivos . *Diálogo de Saberes*, 65-80.
- Lawand, K. (2012). *CICR*. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/2012/12-10-niac-non-international-armed-conflict.htm>.
- Ley 167. (24 de Diciembre de 1941). Sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa. Bogotá D.C., Colombia: Congreso de Colombia.
- Martínez, J., & Peña, D. (2016,p.160). *Breve Historia de las Guerras Púnicas*. Madrid: Ediciones Nowtilus S.L.
- Mejía, J. C. (15 de Diciembre de 2011). *jeancarlomejiaazuero.blogspot*. Obtenido de <http://jeancarlomejiaazuero.blogspot.com.co/2013/05/confidencial-colombia-httpwww.html>
- Michelle, M. (2008,p.4). *Mejorar el Respeto del Derecho Internacional Humanitario en los Conflictos Armados no Internacionales*. Ginebra, Suiza: CICR.
- Monroy, G. (2011,p.87). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis.
- Motta, D., & Baracaldo, D. (2010). *Responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano por violación a los derechos humanos*. Bogotá: Proceditor.
- Organización de Naciones Unidas. (26 de Junio de 1945). Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Nueva York, Estados Unidos.

Organización de Naciones Unidas. (28 de Enero de 2002). Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos Res 56/83. Nueva York, Estados Unidos: ONU.

Organización de Naciones Unidas. (2011, p.12). *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. Nueva York y Ginebra: ONU.

Pacheco, J. (2012,p.58). *Notas de Clase*. Medellín.

Público.es. (03 de Octubre de 2010). Obtenido de www.publico.es:
<http://www.publico.es/internacional/alemania-paga-ultimas-deudas-primera.html>

Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells V. Municipio de Bogotá (Corte Suprema de Justicia 30 de Junio de 1962).

Schindler, D. (1979,p.131). *The different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*. CICR.

Sentencia C 225, 225 (Corte Constitucional 18 de Mayo de 1995).

Sentencia C 291, 291 (Corte Constitucional 25 de Abril de 2007).

Sentencia C 333, 333 (Corte Constitucional 1 de Agosto de 1996).

Sentencia C 619, 619 (Corte Constitucional 8 de Agosto de 2002).

Sepúlveda, C. (2009,p.103). *Derecho Internacional*. México: Porrúa.

Solís, J. (1990). Las Guerras de Desarrollo en América Latina. *Nueva Sociedad*, 98-107.