

**EL INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE GARANTE DEL ESTADO COMO FACTOR
DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO**



JULIANA GONZÁLEZ COLLAZOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE BOGOTÁ

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

BOGOTÁ, D.C.

2017

**EL INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE GARANTE DEL ESTADO COMO FACTOR
DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO**

Monografía jurídica presentada para optar al título de abogada

Director

JAVIER GUSTAVO RINCÓN SALCEDO

Abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE BOGOTÁ

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

BOGOTÁ, D.C.

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

A mis padres,

Mi faro en el mar que es la vida.

RESUMEN

El presente trabajo expone la forma en la que se ha aplicado el incumplimiento al deber de garante del Estado como factor de imputación de responsabilidad, realizando un análisis desde la óptica del desplazamiento forzado perpetrado por grupos subversivos con ocasión del conflicto armado. Lo anterior, considerando la interpretación de la noción de ‘Estado garante’ desarrollada por la jurisprudencia nacional e internacional. Para, finalmente, demostrar que se ha dado una interpretación ilimitada de dicha noción por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un uso indiscriminado y excesivo de la misma por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Palabras clave: Deber de garante, posición de garante, desplazamiento forzado, factor de imputación, conflicto armado interno.

ABSTRACT

The following dissertation exposes how the infringement of the State's guarantor duty has been used as an attribution factor of liability, by performing an analysis from the perspective of the forced displacement crime perpetrated by subversive groups during the internal armed conflict. This, considering the interpretation of the 'guarantor State' concept made by the national and international jurisprudence. Finally, demonstrating that there has been an unlimited interpretation of the notion by the Inter-American Court of Human Rights and an excessive use of it by the Constitutional Court and the Council of State.

Keywords: Guarantor duties, position of guarantor, forced displacement, attribution factor of liability, internal armed conflict.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	1
I. INTERPRETACIÓN ILIMITADA DEL CONCEPTO DE ESTADO GARANTE	6
A. La Corte Interamericana de Derechos Humanos posibilita la atribución irrestricada de responsabilidad internacional estatal	12
II. LOS JUECES NACIONALES SE SIRVEN DESMEDIDAMENTE DEL DEBER DE GARANTE GENÉRICO QUE OSTENTA EL ESTADO.....	41
A. La Corte Constitucional no se comide al usar la noción de Estado garante	43
B. El Consejo de Estado aplica desproporcionadamente la elusión al deber de garante como factor de imputación de responsabilidad estatal.....	58
III. CONCLUSIONES.....	78
IV. REFERENCIAS.....	84

Introducción

Desde hace más de 50 años, la sociedad y el Estado colombiano se han visto, de alguna forma u otra, permeados por los diferentes hechos ocurridos dentro del conflicto armado más antiguo del continente americano; durante este tiempo, se han ejecutado un sinnúmero de actos bárbaros que han dejado a su paso una sociedad disminuida tanto económica como moralmente. Ni siquiera el Estado haciendo uso de su Fuerza Pública y de su vasto poder monetario y de autoridad ha sido capaz de erradicar el conflicto ni de matizar las causas que continuamente lo generan, incurriendo en un reiterado incumplimiento de sus deberes que dentro de un marco algo idealista se materializan, en parte, en la consecución de la paz nacional y la seguridad, en la medida de lo posible, de los ciudadanos bajo su jurisdicción.

En vista de la coyuntura política y jurídica actual con ocasión al post acuerdo suscrito con el grupo guerrillero denominado ‘Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP)’, es menester establecer las condiciones bajo las cuales se ha atribuido responsabilidad estatal por hechos relativos al conflicto armado interno. Lo anterior, teniendo en cuenta la interpretación que ha hecho la jurisprudencia nacional e internacional de los deberes generales del Estado y de su incumplimiento como factor de imputación de responsabilidad.

Infortunadamente, las normas que consagran los deberes y la posición de garante que tiene el Estado frente a la sociedad se alejan constantemente de la realidad quedando solo en palabras plasmadas en papel sin ser realmente efectivas frente a los hechos relacionados con el conflicto armado; lo que es evidente tras medio siglo de violencia inexpugnable. Ese distanciamiento fáctico de lo normativo algunas veces obedece a razones imponderables por parte del ente estatal, como por ejemplo, cuando se genera por limitaciones económicas y humanas; caso en el que se torna

más o menos paradójica la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado por los hechos ocurridos durante el conflicto, pues existe imposibilidad de prever algunos riesgos, más aún cuando son generados por terceros al margen de la ley.

La monografía jurídica se desarrollará desde la óptica del delito de desplazamiento forzado, haciendo un análisis del exceso que ha habido por parte de la jurisprudencia internacional y nacional a la hora de imputar responsabilidad estatal por el incumplimiento de la posición de garante de cara a este. Se usará este enfoque, en la medida en que resulta bastante dificultoso hacer un estudio sobre la responsabilidad que se ha atribuido al Estado frente a la totalidad de delitos perpetrados con ocasión del conflicto armado interno.

El desplazamiento forzado, que ha sido definido como: *‘Las personas o grupos de personas obligadas a huir o abandonar sus hogares o sus lugares habituales de residencia, en particular como resultado de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada y violación de los derechos humanos’* (Piñeros, 2012, p. 172), entre otras definiciones, ha sido uno de los delitos más reiterados y de mayor impacto, no solo para las víctimas sino también para la sociedad entera, pues como consecuencia de la migración forzada de los habitantes de las zonas rurales, se han movido los linderos geográficos de la población y se ha generado un ‘hacinamiento’ de personas en las ciudades; por esa razón, se tomará este delito como referencia a lo largo del trabajo.

Para llevar a cabo el análisis propuesto anteriormente se desarrollará la noción de ‘Estado garante’, la cual ha sido establecida por la jurisprudencia como: *‘La obligación de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así*

como, de manera general, contra los derechos humanos' (Corte Constitucional, SU/1184, 2001, párr. 17), entre otras definiciones de las que, posteriormente en la monografía, se hará una sucinta exposición.

Adicionalmente, se realizará una reflexión encaminada a demostrar que las posiciones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de una parte, y la Corte Constitucional y el Consejo de Estado de otra, generan inseguridad jurídica en relación con el alcance de la obligación de garante que recae en cabeza del Estado y que puede generar una imputación de responsabilidad en su contra.

Lo anterior, con base en dos aspectos que reflejan la inseguridad jurídica actual, los cuales son, en primer lugar, la interpretación ilimitada de la noción de Estado garante por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en segundo lugar, el uso indiscriminado y excesivo de dicha noción por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

A lo largo del trabajo se mantendrá una posición crítica y objetiva para efectos de explicar, de la manera más adecuada, lo que representa que el Estado tenga un deber de garante frente la protección de los derechos humanos de los ciudadanos y de cómo su incumplimiento ocasiona que, casi automáticamente, surja en su cabeza una responsabilidad para con las víctimas directas o indirectas de los sucesos que generaron la vulneración de dichos derechos, así estos fueren perpetrados por terceros independientes al aparato estatal y cometidos dentro del marco del conflicto armado interno.

Lo antedicho, para dilucidar acerca de las posibles repercusiones que podrían generarse al llevar a cabo la implementación del acuerdo ya suscrito con el grupo guerrillero FARC-EP y los efectos que esto podría ocasionarle a las víctimas del conflicto armado y al Estado colombiano, *per se*.

La presente monografía se llevará a cabo como un documento de reflexión que utilizando la estructura propia de la metodología cartesiana francesa, tendrá como fin el análisis del problema jurídico propuesto, a saber: ¿Cuáles son las condiciones necesarias para que se le atribuya responsabilidad al Estado por incumplimiento a su deber de garante en relación con los hechos ocurridos en el conflicto armado?.

I. Interpretación ilimitada del concepto de Estado garante

El concepto de 'Estado' ha sido tema central de numerosos autores y profesionales del derecho a través de la historia, su significado ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y se ha amoldado a las diferentes épocas que ha visto el hombre, por esa razón se hará una breve mención del significado de la palabra.

En primer lugar, es preciso hacer alusión a los más ilustres autores clásicos quienes desde una perspectiva filosófico-política y sociológica definieron al Estado como: *'Esa persona pública, así formada por la unión de todas las otras personas, que antiguamente tenía el nombre de ciudad y ahora toma el de República o cuerpo político, es llamado por sus miembros Estado cuando es pasivo, soberano cuando es activo, y poder cuando comparado con otros como él'* (Rousseau, 2004, p. 24), *'La persona de cuyos actos se constituye en autora una gran multitud mediante pactos recíprocos de sus miembros con el fin de que esa persona pueda emplear la fuerza y medios de todos como lo juzgue conveniente para asegurar la paz y defensa común'* (Hobbes, 2003, pp. 227-228), *'La organización gobernante cuya existencia y orden es continuamente salvaguardada dentro de un territorio determinado... Una organización política compulsiva con operación continua sea llamada 'Estado' en la medida que su órgano administrativo ostente para sí el monopolio legítimo de la violencia física para proteger su orden'* (Weber, 2002, p. 54), entre otras definiciones.

Por otra parte, es menester mencionar las aproximaciones a esta noción realizadas desde la teoría del derecho por juristas como: Hans Kelsen, Carl Schmitt, Georg Jellinek o Herman Heller, quienes a través de una óptica jurídica estudiaron los elementos y fundamentos del Estado, definiéndolo como: *'El Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico,*

el orden hacia el cual se orientan ciertas acciones del hombre, o la idea a la cual los individuos ciñen su comportamiento... Solo hay un concepto jurídico de Estado: el Estado como orden jurídico centralizado (Kelsen, 1995, p. 224), *'El concepto del Estado presupone el concepto de lo político... Estado es el status político de un pueblo organizado dentro de un espacio territorial delimitado'* (Schmitt, 1963, p. 8), *'El Estado es la unidad de asociación dotado originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio'* (Jellinek, 2004, p.194), *'El Estado es una unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actúa de modo continuo, con medios de poder propios y claramente delimitado en lo personal y territorial'* (Heller, 1971, p. 142).

Es sumamente importante establecer cuales han sido las definiciones más trascendentes que se le han dado a la palabra 'Estado', pues esta se encuentra estrechamente relacionada a la noción de 'Estado garante' y será necesario entenderla en aras de hacer una lectura adecuada del presente capítulo y de la monografía jurídica en general.

Hoy en día, aparte de los diferentes estudios que se han desarrollado sobre el concepto de 'Estado' se ha analizado otro concepto en relación, el de 'Estado garante', donde se entiende al ente estatal como la persona jurídica sobre la que recae la obligación de velar por la protección de los derechos constitucionales *-stricto sensu-* y los derechos humanos *-lato sensu-* de las personas bajo su jurisdicción contra cualquier agresión individual o colectiva, adquiriendo así, la posición de garante frente a estos (Corte Constitucional, SU/1184, 2001, párr. 17).

La figura de ‘Estado garante’ ha sido establecida y acogida tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional a la luz del ejercicio del control de convencionalidad, el cual establece que se deben integrar las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos a las decisiones de los tribunales internos de los Estados Partes, y los jueces deben velar para que su efecto no se vea disminuido o suprimido por la aplicación de normas opuestas a sus disposiciones, objetivos y/o finalidad (Quinche Ramírez, 2009, p. 167).

En ese sentido, se ha dado un fenómeno de internacionalización y consitucionalización del derecho internacional¹ en el que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han desarrollado figuras como la de ‘Estado garante’ en concordancia con los lineamientos jurisprudenciales adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos al mismo tema, y su interpretación de los apartes de la Convención.

En el presente capítulo se hará análisis de la interpretación del concepto de ‘Estado garante’ que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia para efectos de corroborar la postura que afirma que dicha institución ha hecho una interpretación ilimitada del mismo, posibilitando así, la atribución irrestricta de responsabilidad internacional estatal, incluso, por hechos de particulares que vulnerasen los derechos humanos. Lo anterior, desde la perspectiva

¹ La internacionalización es entendida como el proceso de integración del derecho internacional al derecho constitucional interno de un país, y la consitucionalización es entendida como el proceso mediante el cual es aceptable que los tratados sobre derechos humanos tengan una dimensión constitucional, o sea, que *‘sean constituciones de orden internacional, es decir, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos’* (Quinche Ramírez, 2009, p. 169).

del desplazamiento forzado de la población ejecutado por los diferentes grupos al margen de la ley que, como se dijo anteriormente, ha sido uno de los delitos de mayor impacto en Colombia.

En cuanto a la posibilidad de atribución irrestricta de responsabilidad estatal por hechos que afectaren los derechos humanos generada por la no limitación del significado y/o uso de la figura antedicha, cabe resaltar que, tanto a lo largo del capítulo como en la totalidad del escrito, se abordaran, única y exclusivamente, los hechos perpetrados por los grupos subversivos al margen de la ley, con un enfoque específico en el cometimiento del delito de desplazamiento forzado. Sin embargo, es imperativo hacer ahínco en que los grupos subversivos (guerrillas y paramilitares) no han sido los únicos autores del conflicto armado en Colombia, sino que también ha habido participación activa de los agentes del Estado en muchos de los delitos ejecutados, lo que ha generado en algunas ocasiones una responsabilidad en su contra, bien sea a nivel internacional o interno.

La contribución de los agentes del Estado, sobretudo en delitos de desplazamiento forzado, no ha sido minúscula, pues como consecuencia de ofensivas militares en torno a la recuperación de tierras, realizadas a raíz de la implementación de políticas públicas, como por ejemplo, la política de seguridad democrática², y los continuos enfrentamientos entre miembros de la Fuerza Pública y grupos subversivos, se ha generado un masivo y sistemático éxodo de una parte de la población³,

² Política implementada por el presidente Álvaro Uribe Vélez en el período de 2002-2010 cuyo objetivo era el despliegue de ofensivas militares, políticas y judiciales en contra de los denominados factores de violencia (GMH, 2013, p. 179).

³ Las impresionantes cifras de desplazamiento forzado hacen de Colombia el país con más desplazados en el mundo (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 75).

ocasionando en muchos casos responsabilidad en cabeza del Estado (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pp. 71 y 296). No obstante, en la presente monografía se hará referencia de manera exclusiva a la brecha jurídica causada por la falta de limitación al deber de garante estatal mediante la cual se ha hecho posible la imputación de responsabilidad al Estado por hechos ejecutados por grupos subversivos dentro del conflicto armado, e incluso, por algunos sucesos asignados a la delincuencia común.

A. La Corte Interamericana de Derechos Humanos posibilita la atribución irrestricta de responsabilidad internacional estatal

‘Después de los horrores vividos durante la segunda guerra mundial, la comunidad internacional concluyó que determinadas conductas, por su especial gravedad y consecuencias sobre importantes sectores de la sociedad, hieren, agraden y afectan la conciencia misma de la humanidad. Es por ello que deben ser calificados como crímenes que violan el derecho internacional, con independencia de que se hallen o no castigados como delitos en algún Estado en particular’ (Artucio, 1993, p. 198).

Los derechos humanos⁴ se concibieron desde sus inicios como aquellos inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna y fueron consagrados por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que fue proferida en el año 1948 a raíz de la ocurrencia de la primera y la segunda guerra mundial por la Organización de las Naciones Unidas, creada pocos años antes y conformada por un gran número de países que aumentaron con el paso del tiempo. Desde entonces, la protección a estos derechos fue adquiriendo gran importancia tanto a nivel internacional como nacional, esto último se vio reflejado con la expedición de la Constitución Política de 1991, la cual le apostó a la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno a través de varios de sus artículos, entre esos, el 9º, 53º, 93º, 94º, 102º y el 214º

⁴ *‘Los derechos humanos representan valores superiores que no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana’* (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948).

numeral 2º, en estos, se otorgó jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales referentes a derechos humanos ratificados por Colombia y a los principios y normas imperativas del derecho internacional público *-ius cogens-*, usándolos como parámetro y referente de las futuras normas que se incorporaren al ordenamiento jurídico.

En ese sentido, se entendió a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como una norma esencial, de carácter constitucional, que hace parte del ordenamiento jurídico del país en virtud del bloque de constitucionalidad, y que genera la obligación estatal de velar, especialmente, por la protección de los derechos humanos dentro y fuera del territorio, originando en el Estado una posición de garante sobre los mismos.

Lo anterior cobra gran importancia en la actualidad, en la medida en que han habido reiterados fallos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se atribuye responsabilidad internacional estatal por las violaciones a los derechos humanos perpetradas por individuos o grupos independientes al aparato estatal con fundamento en la posición de garante que tienen los Estados respecto a protección de los derechos suscritos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y también, como consecuencia de la obligación que tienen los gobiernos de actuar de una manera determinada o abstenerse de emprender ciertas acciones en aras de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas (Organización de las Naciones Unidas, 2017).

La Corte Interamericana ha determinado iterativamente a través de su jurisprudencia que, en términos de la Convención Americana de Derechos Humanos (la cual se encuentra en

concomitancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de Organización de los Estados Americanos, y los otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional), los Estados tendrán ciertas obligaciones generales y especiales para con los ciudadanos y la comunidad internacional que deberán cumplirse a cabalidad, so pena de una eventual atribución de responsabilidad internacional estatal.

Algunas obligaciones de las que son titulares los Estados Partes han sido estipuladas dentro del marco normativo para el desarrollo de lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos e interpretadas ampliamente en la jurisprudencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, verbigracia, la obligación estatal de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a derechos humanos (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 25) en pro de cumplir con la obligación general que busca garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 1), la obligación de aplicar, adecuar y garantizar los principios imperativos del derecho internacional *-ius cogens-* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 63), la obligación de proteger a todas las personas bajo su jurisdicción, de prevenir la comisión de delitos, de castigar a aquéllos que sean responsables (con el más alto respeto hacia los derechos humanos de los individuos de conformidad con los tratados aplicables) y, generalmente, de mantener el orden público (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, párr. 37).

Por regla general, la normativa internacional y las interpretaciones que ha hecho la Corte en su jurisprudencia se han encaminado a proteger a los individuos o grupos en desventaja víctimas de violaciones a derechos humanos perpetradas por entes pertenecientes al aparato estatal, dejando a merced de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado las controversias generadas por las vulneraciones ejecutadas entre particulares. Sin embargo, han habido varios casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros organismos internacionales se han ocupado de dichas disputas y, efectivamente, se ha responsabilizado internacionalmente a los Estados por hechos cometidos entre particulares con base en la noción de ‘Estado garante’, la cual se ve materializada en la posición de garante que tienen los Estados frente a la protección de los derechos humanos de la población.

La atribución de responsabilidad internacional estatal por hechos de particulares ha surgido a raíz de la implementación de la teoría del *Drittwirkung -eficacia horizontal de los derechos fundamentales-*, según la cual el Estado debe extender la protección de los derechos fundamentales a las relaciones entre individuos o grupos (Krzeminska, 2010). Bajo ese entendido, la Corte, haciendo énfasis en su competencia para conocer del incumplimiento de los deberes de proteger, prevenir, investigar, sancionar y reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000, párr. 188), ha asentido en que los hechos contrarios a la ley que vulneren estos derechos pueden generar responsabilidad internacional estatal aún cuando estos no resulten imputables directamente al Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión; dicha responsabilidad se da no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenirlo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 172).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado algunos de los postulados establecidos por la teoría del *Drittwirkung* y los ha integrado a las normas internacionales en búsqueda de motivar las sentencias que atribuyen responsabilidad internacional estatal por hechos de particulares, por lo que es posible discurrir que utilice los mismos lineamientos teóricos en considerandos de imputación de responsabilidad futuros. Esto, concierne al Estado colombiano pues, además de las sentencias atributivas de responsabilidad internacional estatal que ya se han dado, pueden surgir nuevas imputaciones, sobretodo, por hechos ocurridos durante el conflicto armado, como es el caso del desplazamiento forzado, el cual, a pesar de haberse llevado a cabo por terceros independientes al aparato estatal (haciendo alusión únicamente al desplazamiento forzado perpetrado por los grupos subversivos –guerrillas y paramilitares-, y no al ocasionado por agentes estatales), ha generado y podría seguir generando responsabilidad internacional si se usaren como fundamento las sentencias proferidas por la Corte relativas al incumplimiento del deber de garante que tiene el Estado como factor de imputación de responsabilidad, ocasionando como consecuencia la imposible tarea de reparar integralmente a las innumerables víctimas directas e indirectas de este delito en particular, y del conflicto armado en general; tarea realmente compleja, como ya se ha comprobado, dada la falta de capacidad de respuesta del Estado para contrarrestar este fenómeno en su totalidad (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 75).

Además de la teoría del *Drittwirkung*, el hecho de que el Estado no deba limitarse a buscar que los entes que lo componen no vulneren los derechos humanos de individuos o grupos en desventaja sino que deba extender esa protección a las relaciones entre particulares, es decir, que deba asegurarse de que personas no vulneren los derechos humanos de otras personas, encuentra fundamento en que los tratados internacionales han sido concebidos como “*instrumentos vivos*,

cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC/66, 1999, párr. 114) y también en que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 29, literal b de la Convención Americana, esta prohibido hacer una interpretación restrictiva de los derechos humanos, puesto que se busca que el derecho internacional no sea inmutable sino que pueda encontrar soluciones jurídicas a las diferentes situaciones que puedan darse en determinados momentos, como por ejemplo, el aumento sistemático de violaciones a los derechos humanos generado en razón de los conflictos armados no internacionales.

En concordancia con lo antedicho, la Corte buscó dejar a un lado la idea de que los tratados internacionales son instrumentos que funcionan únicamente para la limitación del actuar de los poderes públicos, abriendo la puerta para realizar una interpretación extensiva de estos en favor de proteger, incluso, las relaciones entre particulares y crear así una especie de orden público internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, párr. 20-29); esto se pudo evidenciar en la resolución del caso de *‘La Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs. Colombia’*, en donde se estableció que el deber de garante estatal de proteger los derechos humanos se impone no sólo sobre las actuaciones de quienes conforman la estructura estatal sino también sobre las relaciones entre personas o grupos que pueden estar al margen de la ley, como grupos clandestinos, paramilitares, guerrillas, delincuencia común, etc (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr.14).

Tomando como referencia la sentencia mencionada en el aparte previo, en lo que respecta al delito internacional de desplazamiento forzado, la Corte consideró que, en virtud del hecho de que

los tratados internacionales no son documentos estáticos sino que se adecúan a las diferentes épocas o situaciones actuales, se debe hacer una interpretación ‘evolutiva’ del artículo 22º, numeral 1º de la Convención Americana, en el que se establece que *‘Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.’*, para efectos de encuadrar dentro de este el derecho que tienen las personas a no ser desplazadas forzosamente de su lugar de vivienda.

Teniendo en cuenta la interpretación que hizo la Corte del artículo anterior, en donde se determina que este incluye también el derecho a no ser desplazado forzosamente, se puede entender que, al encontrarse este derecho estipulado en la Convención Americana, su transgresión derivaría en el incumplimiento al deber de garante que tiene el Estado sobre la protección de los derechos humanos de la población. Asimismo, al aplicar la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales *-Drittwirkung-*, sería responsable el Estado por no haber protegido efectivamente este derecho aunque su vulneración hubiera sido generada por terceros, como por ejemplo, los grupos armados ilegales.

En un mismo sentido, ha considerado la Corte, en casos como el de la *‘Masacre de Mapiripán’*, que, en lo referente al desplazamiento forzado en específico, existe responsabilidad internacional estatal por situaciones *de facto* (contrario sensu a *de iure*) así sean hechos indirectos, como por ejemplo, el incumplimiento al deber de garante de los derechos humanos *-erga omnes-*, la no adopción de medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en la sociedad o la no creación de condiciones necesarias para el retorno de las víctimas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 171 y 181-188). Esto, en el caso de Colombia

se torna bastante complejo, debido a que el conflicto armado aún no ha culminado y mientras este continúe sucediendo las condiciones jamás serán del todo idóneas para el retorno de la población a las zonas rurales que, históricamente, han sido azotadas por la violencia. Por otro lado, resulta paradójico que la Corte Interamericana reconozca los esfuerzos internos por evitar o contrarrestar el desplazamiento forzado a través de la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia de la garantía de los derechos humanos de los desplazados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 96.61) y, sin embargo, no limite el precepto mediante el cual impone responsabilidad internacional estatal por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado, usando como fundamento el incumplimiento al deber de garante e implementando la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos *-Drittwirkung-* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 111).

Es necesario resaltar que, en el caso de *'la masacre de Mapiripán'*, los hechos directos en los que incurrió el Estado, los cuales configuraron un ilícito internacional, fueron suficientemente probados, y, efectivamente, hubo agentes de la Fuerza Pública que tuvieron una participación activa en tan macabro crimen, materializada en la omisión de información, la connivencia, el ocultamiento de los ejecutores y el apoyo logístico, entre otros. A sabiendas de esto, la crítica hecha en el aparte anterior no busca ignorar o desestimar el hecho ilícito internacional en el que incurrió el Estado y por el cual se responsabilizó, sino subrayar la falta de comedimiento que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la hora de interpretar la noción de 'Estado garante' en sus consideraciones, pues bajo la utilización generalizada y no delimitada de la misma, se ha abierto la posibilidad de que, al hacer un ejercicio hermenéutico de sus fallos, pueda atribuirse

irrestringidamente responsabilidad estatal, incluso, por hechos exclusivamente cometidos entre particulares independientes al aparato estatal.

La responsabilidad internacional por hechos entre particulares que se ha venido dando a causa de la interpretación ‘evolutiva’ de los tratados y de la aplicación de la teoría del *Drittwirkung* se ha generado de igual forma con fundamento en un, si se quiere, nuevo factor de imputación de responsabilidad internacional estatal: el incumplimiento al deber genérico de garante *-erga omnes-* que tienen los Estados, el cual trae consigo la obligación de proteger los derechos y cumplir con las obligaciones estipuladas en la Convención Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en general, en los demás instrumentos internacionales. Esta noción es acogida también por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en ejercicio del control de convencionalidad.

Los artículos 1.1⁵ y 2⁶ de la Convención Americana son los que han consagrado expresamente el deber de garante estatal internacional, por esa razón resultan fundamentales al momento de establecer cuándo una violación a los derechos humanos es atribuible a alguno de los Estados Partes con fundamento en el incumplimiento a ese deber que ordena, entre otros, garantizar los

⁵ *‘Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’* (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 1.1).

⁶ *‘Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades’* (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 2).

derechos humanos y determinar, cuando haya lugar a ello, si sus transgresiones fueron generadas como consecuencia de una acción u omisión, total o parcial del Estado en cuestión, para así, establecer si se constituye o no un hecho imputable bajo la luz de la Convención y el derecho internacional en general.

Al atribuir responsabilidad internacional estatal con base en la noción de ‘Estado garante’ como factor de imputación, surgen dos posibilidades:

i) Que haya responsabilidad internacional estatal directa, cuando son personas o entes dependientes o relacionados con el Estado quienes transgreden los derechos humanos.

ii) Que haya responsabilidad internacional estatal indirecta, cuando son personas o entes completamente independientes al aparato estatal quienes transgreden los derechos humanos con hechos, en principio, no atribuibles al Estado, como por ejemplo, hechos ejecutados por grupos terroristas, guerrillas, delincuencia común, o cualquier particular. Esta última posibilidad, se da a raíz de la concepción generalizada de que la noción de ‘Estado garante’ proyecta sus efectos más allá de los miembros de la estructura estatal, pues se manifiesta en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones de los particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 111); dándose una influencia evidente de la teoría del *Drittwirkung*.

En ambos casos puede darse responsabilidad internacional estatal, en la medida en que se configure una omisión al cumplimiento del deber de garante por parte del Estado, es decir, que se incumpla la obligación *-erga omnes-* de respetar y hacer respetar las normas de derechos humanos estipuladas en los diferentes instrumentos internacionales.

Es importante mencionar que, cuando existen vulneraciones a los derechos humanos o se encuentran estos en peligro, cualquier persona o grupo no gubernamental que pertenezca a uno o más Estados Partes podrá instaurar una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contentiva de quejas o denuncias contra otro Estado por su incumplimiento al deber de garante sobre la debida ejecución de las obligaciones genéricas establecidas en la Convención; esto, en búsqueda de una eventual atribución de responsabilidad internacional estatal que podría generarse siempre y cuando se cumplan los requisitos de admisibilidad de la petición que se encuentran contenidos en el artículo 47, literal b de la Convención y estipulan que se debe: i) Cumplir con los requisitos de forma de la petición, ii) Exponer hechos que caractericen una efectiva violación a los derechos humanos garantizados por la Convención, iii) Que la petición instaurada no sea infundada o improcedente, y iv) Que la petición no sea la reproducción de una denuncia o queja anterior ya examinada por la Comisión Interamericana u otro organismo internacional.

Lo anterior resulta trascendente de cara a que solo a través de la petición interpuesta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se puede lograr una eventual atribución de responsabilidad internacional estatal, que bien puede derivarse de hechos ejecutados por entes pertenecientes al Estado o terceros independientes; en el último caso, si llegara a declararse la

responsabilidad, se entendería esta configurada desde el mismo momento en el que el tercero cometiera el hecho ilícito *-tempus commisi delicti-* y se atribuiría al Estado como consecuencia del incumplimiento a su deber de garante, reflejado en el inadecuado desempeño de las obligaciones adquiridas en los tratados internacionales relativos a derechos humanos.

Bajo ese entendido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en la Sentencia del 05 de Febrero de 2001, caso de *'la última tentación de Cristo'*, que

La responsabilidad internacional del Estado podrá generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado'. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, párr. 72)

Según esto, los Estados Partes son responsables internacionalmente por la omisión al cumplimiento de la obligación genérica de garante que conlleva la protección a los derechos humanos de las personas dentro de su territorio; ello, aún cuando estas violaciones sean cometidas por terceros independientes al aparato estatal, con base no solamente en las normas consagradas en la Convención sino también a las demás normas internacionales y tratados de derechos humanos ratificados.

Cabe resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en su jurisprudencia que a pesar de que el deber genérico de garante que tienen los Estados Partes es de imperativo cumplimiento, este no puede usarse para atribuir responsabilidad internacional estatal de forma ilimitada, arbitraria o completamente discrecional, y ha establecido ciertas condiciones

que han ido evolucionando y desarrollándose con el paso del tiempo, consolidando así, reglas sustanciales que determinan cuándo se configuran aquellos supuestos fácticos o jurídicos por los que se imputa responsabilidad. Sin embargo e infortunadamente, lo anterior no ha podido llevarse a cabo de una manera del todo efectiva y, por el contrario, dicho organismo, en su jurisprudencia, ha realizado una interpretación desmesurada de la noción de ‘Estado garante’ generando inseguridad jurídica, pues ha posibilitado que se de una atribución irrestricta de responsabilidad internacional estatal, aún cuando hizo expreso que existen condiciones claras y precisas a la hora de imputarla; lo anterior, se ha visto reflejado en los reiterado fallos en los que se desdibujan los límites que deben configurarse para efectos de responsabilizar al Estado, como por ejemplo, en algunas sentencias en que la Corte atribuye responsabilidad internacional estatal por hechos de particulares con fundamento en el incumplimiento al deber de garante.

Por otro lado, es importante precisar que del deber de garante genérico –*erga omnes*– que ostenta el Estado se desprenden deberes especiales que varían en función de necesidades específicas dadas por la condición personal o circunstancia particular en la que se encuentre la persona o el grupo al que se le vulneraron los derechos humanos. En el caso del desplazamiento forzado como crimen internacional, los Estados tienen el deber especial de garantizar el retorno al lugar de vivienda de las personas que fueron desplazadas. Para estos efectos, la Corte ha manifestado que es un deber especial del Estado ‘*que las personas puedan seguir viviendo en su residencia habitual y brindar las condiciones necesarias para que las personas desplazadas regresen a sus hogares*’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, párr. 10). También, que el Estado debe ‘*garantizar las condiciones de seguridad necesarias para que quienes se hayan*

visto forzadas a desplazarse a otras regiones, puedan regresar a sus hogares si lo desean' (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, párr. 3).

De igual forma, la Corte ha recalcado la existencia de responsabilidad internacional estatal derivada del incumplimiento al deber general de garante sobre la protección de los derechos humanos de las víctimas de desplazamiento forzado aunque estas fueran desplazadas por terceros al margen de la ley y ha manifestado que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones que puedan perjudicar a ese grupo de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, debilidad e indefensión⁷ y el deber de evitar hechos de terceros que bajo su transigencia o permisividad, crearen, favorecieren o mantuvieren la situación de discriminación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 178-179).

De este modo, el incumplimiento de los deberes generales y especiales que tienen los Estados Partes como consecuencia directa o indirecta de la omisión a la posición de garante estatal que tienen estos frente a su cumplimiento genera responsabilidad internacional estatal, ergo se entiende a los Estados Partes como titulares del deber de garantizar los derechos humanos de la población, respetándolos, previniéndolos, evitándolos y persiguiéndolos mediante la investigación de los

⁷ *'En razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición de facto de desprotección. En los términos de la Convención Americana, dicha situación obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis actuaciones y prácticas de terceros particulares*' (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 234).

delitos que los vulneren, la sanción a los responsables y el mantenimiento del orden público (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, párr. 37-38).

Según las interpretaciones hechas por la Corte, y, dentro del marco del post acuerdo con el grupo guerrillero FARC-EP, es posible afirmar que el incumplimiento a los deberes generales y especiales de garante generaría una atribución de responsabilidad internacional estatal, esto, atendiendo a los precedentes judiciales proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se responsabiliza a los Estados Partes bajo ese fundamento.

No obstante, aunque Colombia sea garante de la protección de los derechos humanos de la totalidad de la población, es imposible -a juicio propio- que en un conflicto que ha durado más de 50 años se pueda responsabilizar internacionalmente al Estado con base en la amplia interpretación que le ha dado la Corte Interamericana a la noción de ‘Estado garante’, ya que si esto sucediera sería este responsable de absolutamente todos los delitos ocasionados dentro del conflicto armado interno, volviéndose imposible la tarea de reparar a la totalidad de víctimas directas o indirectas y, especialmente, a las víctimas del desplazamiento forzado, pues este ha sido el delito que mayor cantidad de afectados ha dejado, generando una violación continua, sucesiva y masiva de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pp. 11-16).

La Corte Interamericana ha insistido en que los Estados deben atender eficazmente a lo establecido en las normas relativas a la protección de los derechos humanos estipuladas en la Convención Americana y cumplir a cabalidad con su posición de garante de los derechos humanos conforme a los principios imperativos de derecho internacional *-ius cogens-*, los cuales se refieren

no solo a las actuaciones de los integrantes de los órganos del poder público sino también a las relaciones entre particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, párr. 11). Sin embargo, no ha limitado, como se mencionó anteriormente, la interpretación del concepto de ‘Estado garante’ como factor de atribución de responsabilidad internacional estatal, lo que resulta bastante preocupante, dado que en lo relativo a hechos de terceros, como por ejemplo, hechos ejecutados por las FARC-EP, no existe una restricción real para la aplicación de este factor, generando inseguridad jurídica y una carga excesiva e injusta sobre el Estado, pues se vuelve a este responsable por cualquier hecho perpetrado exclusivamente por terceros, además de tornarse inalcanzables las posibilidades económicas de reparar patrimonialmente e integralmente a las innumerables víctimas que surgen día a día o que surgieron con ocasión del conflicto armado interno.

Lo anterior, se ve reflejado en casos de la Corte como el de *‘la masacre de Mapiripán’* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005) enunciado previamente; en este fallo se atribuyó responsabilidad internacional al Estado por el incurrimento en un hecho ilícito internacional, evidenciado en la participación activa de algunos miembros de la fuerza pública y el enmascaramiento de los perpetradores, entre otros, y también, por el incumplimiento al deber de garante de cara a los actos violatorios de derechos humanos cometidos por las Autodefensas Unidas de Colombia (grupo terrorista/paramilitar), es en este último fundamento en el que se puede evidenciar la ilimitada interpretación del concepto de ‘Estado garante’ hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posibilidad que se abre (no solo en este caso sino en otros) para atribuir irrestrictamente responsabilidad internacional estatal por hechos de terceros, pues no se fijan parámetros a tan complejo y amplio factor de imputación.

Cabe anotar que en el fallo anterior se hizo hincapié en que la responsabilidad estatal bajo la luz de la Convención Americana solo podría ser exigida después de dar al Estado la oportunidad de reparar por sus propios medios los daños ocasionados y, cuando estos fueren perpetrados por terceros, solo podría ser atribuida atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso (sin establecer parámetros objetivos que pudieren ser aplicados de manera generalizada a todos ellos). Además, se recalcó que Colombia había sido declarada responsable en la medida en que había incumplido las normas de Derecho Internacional Humanitario relativas a la salvaguarda de civiles, especialmente el artículo 3º de los Convenios de Ginebra y las normas del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, en los que se encuentra consagrado el deber de proteger a las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional y se estipula el imperativo cumplimiento de obligaciones estatales de dos tipos:

i) De carácter pasivo, como no matar, no violar la integridad física y no privar injustificadamente de la libertad a la población, entre otras.

ii) De carácter positivo, las cuales, son las más relevantes con relación al objeto de estudio, pues no están limitadas y se refieren a la ‘protección debida’ de la población que tienen que ejercer los Estados, materializada en la obligación de impedir que individuos o grupos cometan violaciones a los derechos humanos contra las personas amparadas bajo su jurisdicción. No puede desconocerse y se debe subrayar que, en el caso específico de Mapiripán, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a estas manifestando que: *‘La observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso (masacre de Mapiripán), en la medida en que la masacre fue cometida en una situación*

de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional'

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 112-116).

La inseguridad jurídica derivada de la irrestricta interpretación del concepto de 'Estado garante' puede apreciarse también en el caso de *'la masacre de Pueblo Bello'* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006), en donde la Corte expresó que dado que las violaciones a derechos humanos se pueden presentar en diversas formas y modalidades, la atribución de responsabilidad internacional estatal, particularmente, la atribución por acciones de terceros, no puede estar fundamentada en hechos definidos taxativamente o de forma cerrada *-numerus clausus-*. Por el contrario, todas las hipótesis o posibles situaciones que puedan generar imputabilidad deberán ser tenidas en cuenta, de tal forma que la Corte pueda hacer un estudio específico que atienda las necesidades de cada caso y así proteger integralmente al ser humano, quien es el destinatario último de las normas contenidas en el derecho internacional; lo que significa que el caso concreto será el que determine las hipótesis que servirán como condición para atribuir responsabilidad internacional a un Estado determinado, sin necesidad de que estas estén tipificadas.

En vista de la antedicha consideración realizada por la Corte, el Estado colombiano alegó que el deber de garante *-erga omnes-* no podía ser una carga inaguantable para los Estados, ya que estos *'no pueden ser garantes de todo en toda parte'*. También, mencionó que, en este caso en concreto, no se pudo reaccionar de forma debida, pues había una situación de orden público crítica que hacía inviable la cobertura total del territorio, que además resultaba ser bastante extenso. No obstante, existían fuerzas militares en esa zona por lo que sí se cumplió con el deber genérico de protección, acorde con la capacidad de reacción del Estado. Luego, manifestó su desacuerdo con

la postura de la Corte agregando que el incumplimiento al deber de garante de la población no es suficiente para determinar la responsabilidad del Estado. A lo que Corte respondió que

Un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 116-123)

A pesar de que la Corte manifestó que cualquier violación a los derechos humanos cometida entre particulares no derivaría en responsabilidad internacional estatal, esta no especificó los casos que debían considerarse como desencadenantes de responsabilidad, y, por el contrario, siguió dictaminado, en diferentes ocasiones, que los factores de imputación de responsabilidad por hechos ejecutados por entes independientes al aparato estatal no podían ser taxativos, pues si así lo fueren, podrían no cubrir todas las modalidades en las que se pueden vulnerar los derechos humanos, dejando a la población desprotegida. Sin embargo, en un tema tan importante como el de la responsabilidad del Estado y sus consecuencias, debería existir un catálogo que establezca ciertos parámetros o referencias en las que se encuadren las condiciones mínimas necesarias para

atribuir responsabilidad por hechos de terceros o, al menos, ejemplificar algunas de ellas para que haya seguridad jurídica y los organismos internacionales tengan un referente más aterrizado que el concepto etéreo de ‘deber de garante estatal -*erga omnes*-’ a la hora de imputarla; mientras esto no suceda, habrá una atribución de responsabilidad internacional estatal casi que automática, fundamentada en el incumplimiento al deber de garante genérico.

También, cuando la Corte establece como condición para atribuir responsabilidad internacional estatal por incumplimiento al deber de garante, el conocimiento por parte del Estado de una situación de riesgo real sobre los derechos humanos de un individuo o grupo de individuos, impone un requisito bastante amplio y poco restringido, debido a que si el determinante de la atribución de responsabilidad es el concepto abstracto de “riesgo”, se podría decir que estamos frente a una condición constante en el tiempo, ya que en países como Colombia, donde existe un conflicto armado no internacional desde hace más de medio siglo, algunos de los carteles de droga más poderosos del mundo, crimen organizado en las ciudades y una inseguridad generalizada, se vive en un estado de riesgo permanente, lo que significa que en cualquier momento y por cualquier circunstancia que concretare ese riesgo se podría atribuir responsabilidad internacional estatal; volviendo esto una carga insostenible e ilusoria de cumplimiento por parte del Estado.

Es necesario resaltar que, en el caso anterior, independientemente de la decisión del fallo o de que el Estado incurriera en un hecho ilícito internacional que fuere suficientemente probado o no, es fundamental que la Corte, a la hora de interpretar la noción de ‘Estado garante’ de los derechos humanos en sus consideraciones, establezca un límite o un margen de aplicación de la misma, para evitar que se de la posibilidad de atribuir, sin restricción alguna, responsabilidad internacional

estatal por hechos de terceros independientes al aparato estatal (cosa en la que hasta el momento no ha reparado).

Haciendo una interpretación de las consideraciones realizadas por la Corte con respecto al caso de *'la masacre de Pueblo Bello'* que fueron expuestas en los apartes previos, se puede aseverar que, desde la perspectiva del conflicto armado en Colombia y, bajo la óptica del delito de desplazamiento forzado ejecutado por grupos al margen de la ley⁸ (haciendo referencia única y exclusivamente al desplazamiento forzado perpetrado por grupos subversivos), el Estado colombiano ha incumplido con el deber genérico de garante del cual es titular y se concretiza en la protección de los derechos humanos, pues este no ha cubierto, de forma absoluta, los riesgos provenientes del conflicto, ni ha evitado la concreción de muchos de los crímenes, entre esos, el desplazamiento forzado de la población que habita en zonas rurales del país, ocasionando a su vez, el incumplimiento de los deberes especiales que ostenta, los cuales, buscan considerar las necesidades específicas de las víctimas de desplazamiento, como por ejemplo, la reparación integral y la garantía de retorno a su lugar de vivienda. En razón de lo anterior, podría alegarse, en futuras disputas, que el Estado es internacionalmente responsable por la totalidad de delitos cometidos por los grupos subversivos dentro del marco del conflicto armado, entre esos, el desplazamiento forzado.

⁸ *'Se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos [...], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida'* (Organización de las Naciones Unidas, 1998, párr. 2).

Otro punto que es importante mencionar es que la Corte, en diferentes momentos, ha dejado en claro que la justicia internacional relativa a los derechos humanos no puede confundirse con la justicia penal, en la medida en que los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal, ni el derecho internacional de los derechos humanos tiene por objeto imponer penas a los individuos.

La justicia internacional busca amparar integralmente a las víctimas y disponer la reparación de los daños causados por los Estados responsables (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 134). Por esa razón la Corte, en sus decisiones de fondo, no se refiere a la inocencia o culpabilidad de las partes en cuanto a la comisión de los delitos imputados, pues considera que el deber de adoptar una decisión sobre estos asuntos recae exclusivamente sobre los tribunales internos de cada país y no sobre dicho organismo, bajo el entendido de que este no es un tribunal penal ante el cual se pueda discutir la responsabilidad de un individuo por la comisión de delitos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997, párr. 37). Tampoco, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son una instancia de apelación o revisión de sentencias dictadas en procesos internos, ya que su función es determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas en dichos procesos con la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, párr. 37), esto, en la medida en que la responsabilidad bajo la luz de la Convención se basa en el seguimiento de las normas que ella misma otorga, las cuales se interpretan y aplican tomando como base sus objetivos y los principios imperativos de derecho internacional *-ius cogens-* que se apliquen al caso en concreto (Corte Europea de Derechos Humanos, 2001, párr. 284).

De igual forma, aclara la Corte, que para establecer que se ha producido una violación a los derechos humanos no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores, su intencionalidad o la identificación individual de a quienes se les atribuyen los hechos (a diferencia de lo que ocurre dentro del ordenamiento penal interno de los Estados), es suficiente con demostrar que existieron omisiones que permitieron la perpetración de dichas violaciones o que existió un deber del Estado que fue incumplido por este (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007 , párr. 67-68), verbigracia, el deber genérico que se ocupa de garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención Americana e implica a su vez la obligación de adecuar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que aseguren jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de los particulares, y procuren, además, el restablecimiento, si es posible, de los derechos vulnerados y, cuando se requiera, la reparación de los daños producidos por su vulneración. Esta obligación no se agota con la existencia de normas que busquen hacer posible su cumplimiento sino que requiere que exista una conducta estatal que asegure la ejecución, en la realidad, de este deber (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 166-167).

De acuerdo a las interpretaciones realizadas por la Corte en su jurisprudencia, es notorio que existe una búsqueda generalizada por proteger y garantizar a toda costa los derechos humanos, siendo esto sumamente importante, sobretodo, en un mundo en el que a cada instante estos se ven envueltos en peligros ciertos e inminentes que amenazan su vulneración. Los organismos internacionales han buscado constantemente que las normas de protección a estos derechos no se queden solamente sobre el papel sino que, en la realidad, los ciudadanos se sientan seguros de que

habrá una protección efectiva de estos. Por esta razón, la Corte ha sido tan austera al momento de atribuir responsabilidad internacional estatal cuando los Estados o sus agentes (se encuentren estos dentro de sus límites de competencia o no) vulneran los derechos humanos de la población, bien sea directa o indirectamente.

No obstante lo anterior, aunque la intención sea buena -a criterio propio- no está siendo del todo efectiva, pues la noción de 'Estado garante', como se ha demostrado a lo largo del capítulo, ha sido interpretada de manera ilimitada por parte de la Corte generando inseguridad jurídica, especialmente, al momento de atribuir responsabilidad internacional estatal por hechos de particulares, lo cual es grave, ya que es ilusorio pensar que los Estados pueden prevenir y evitar todos los casos en los que terceros ponen en peligro o vulneran los derechos humanos de otras personas (violación de derechos humanos entre particulares), ocasionando así, precisamente lo que se quiere evitar, que las normas no se reflejen en la realidad.

Dada la coyuntura política y jurídica actual que atraviesa Colombia en lo que respecta al post acuerdo con el grupo guerrillero FARC-EP, es importante destacar que de acuerdo con la jurisprudencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente a la atribución de responsabilidad internacional estatal por incumplimiento al deber de garante (el cual se ve materializado en la posición de garante que tiene el Estado frente a la protección de los derechos humanos de la población), el Estado colombiano sería responsable por hechos violatorios de derechos humanos cometidos por dicho grupo, como por ejemplo, el desplazamiento forzado, entre otros, ejecutados dentro del marco del conflicto armado interno, y también, tendría que responder por el incumplimiento de los deberes especiales que se derivaren del deber general,

dependiendo del caso específico y de la calidad particular de la víctima, esto, para lograr la reparación integral de los afectados.

En vista de que el panorama de la responsabilidad internacional estatal es difuso como consecuencia de la inseguridad jurídica derivada de la irrestricta interpretación que se le han dado a conceptos como el de 'Estado garante', se puede vislumbrar que, a futuro, y más precisamente cuando se implemente lo acordado en el pacto de la Habana, habrán abundantes peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las que se solicite la atribución de responsabilidad internacional al Estado por hechos cometidos por las FARC-EP con ocasión del conflicto armado y con fundamento en el incumplimiento al deber de garante estatal, a lo que a la Corte Interamericana de Derechos Humanos no le quedará más remedio que imputar, pues ella misma no ha establecido una delimitación concreta del espectro de utilización de esta noción como factor de imputación, ocasionando que sea plausible que individuos o grupos usen a su favor los vacíos legales para obtener reparación.

Considerando los apartes del acuerdo de la Habana en los que se consagra la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, se puede dilucidar, a juicio propio, que la carga futura que muy probablemente sufrirá el Estado en lo que concierne a la responsabilidad por hechos de terceros como consecuencia del uso de la ilimitada interpretación realizada por la Corte Interamericana sobre el deber de garante y su incumplimiento como factor de imputación de responsabilidad (la cual es acogida también por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en virtud del control de convencionalidad), no será, al menos, compartida o complementaria a la responsabilidad del grupo guerrillero FARC-EP, sin perjuicio de que estos últimos fueran quienes vulneraron los

derechos humanos de la población (lo anterior, haciendo referencia exclusivamente a los hechos cometidos por dicho grupo). Esto, pues al analizar la nueva jurisdicción, los órganos que la componen y la forma como se llevará a cabo su funcionamiento, se pudo determinar que es una figura que genera inseguridad jurídica, dado que resulta permisiva al posibilitar que miembros de las FARC-EP que fueren autores mediatos de crímenes de lesa humanidad⁹ y sus instrumentos (guerrilleros rasos, cómplices, etc.)¹⁰ no respondan adecuadamente ante la justicia, y como consecuencia no haya verdad, justicia, y mucho menos reparación para las víctimas de violaciones a derechos humanos; generando que recaiga en el Estado la responsabilidad total de responder ante las víctimas.

La opinión expuesta en el aparte anterior sobre la posibilidad de que la Jurisdicción Especial para la Paz no administre justicia de manera efectiva y por esa razón no llegue a haber, realmente, verdad, justicia y/o reparación para las víctimas por parte de las FARC-EP, se basa, principalmente, en las siguientes hipótesis:

- i) La búsqueda de que los miembros de las FARC-EP reconozcan la verdad en pro de esclarecer los sucesos que generaron graves violaciones a los derechos humanos y al

⁹ La teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder fue propuesta por el tratadista Claus Roxin y surge a raíz de la necesidad de llenar los vacíos jurídicos en el derecho penal alemán. Fue concebida como una construcción jurídica viable para ser aplicada en los juicios de Núremberg y poder responsabilizar a los mediadores en el régimen nazi. A través de esta teoría se aborda la responsabilidad penal de los mandos directivos de los aparatos organizados y jerárquicos para la comisión de crímenes (Huertas Díaz, Sandoval & Ruano, 2017, p. 88).

¹⁰ Mientras los autores mediatos son aquellos que ordenan delitos con mando autónomo (los hombres de atrás), los instrumentos se entienden como aquellos autores inmediatos de delitos, el ejecutor de la situación concreta bajo ordenes del autor mediato (Roxin, 1963, pp. 193-207).

Derecho Internacional Humanitario que llevará a cabo La Sala de reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas con la colaboración de otros entes estatales (Acuerdo Final para la Paz, 2016, pp. 154-157) podrá verse socavada, pues esta Sala es la encargada de remitir a la Sala de Amnistía e Indulto el listado de recomendaciones de personas que deberían ser amnistiadas o indultadas (Acuerdo Final para la Paz, 2016, p. 295-296). A sabiendas de lo anterior, los miembros de las FARC-EP buscarán hacer parte del grupo de beneficiados, por lo que probablemente no darán una explicación verídica de como ocurrieron realmente los hechos, pues ello implicaría, dado el caso, la imposibilidad de beneficiarse de las ventajas de pertenecer a este grupo, viéndose obligados a reparar y cumplir con las sanciones a las que haya lugar. La elusión a la verdad mencionada sucedería a menos de que existieran pruebas fehacientes que dieran fe de la comisión de delitos no amnistiables o indultables por parte de los miembros del grupo subversivo. Sin embargo, resulta compleja la obtención, en mayor medida, de dichas pruebas, dada la larga duración del conflicto y la dificultad existente para acceder al material probatorio.

ii) Tomando como referencia el punto anterior, es posible que se otorguen amnistías e indultos para autores de crímenes de lesa humanidad¹¹, ya que al momento de reconocer la verdad, los individuos o grupos pertenecientes a las FARC-EP evitarán admitir la comisión de delitos de esta índole, pues según el acuerdo, quienes los hubieran cometido no podrán

¹¹ *'En primer lugar, la frase 'crímenes contra la humanidad' sugiere delitos que agravan no solo a las víctimas y sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad. En segundo lugar, la frase sugiere que estos delitos calan hondo, lesionando el núcleo de humanidad que todos compartimos y que nos distingue de otros seres de la naturaleza'* (Ambos, 2012, pp. 279-304).

beneficiarse de la ley de amnistías. Contrario sensu, es plausible que los únicos delitos que se confiesen sean los políticos y sus conexos, para así, evitar la reparación integral de las víctimas y las demás sanciones a las que haya lugar. En ese sentido, delitos de lesa humanidad como el desplazamiento forzado no serán reparados, dejando una gran cantidad de afectados en manos, únicamente, del Estado.

iii) Se condiciona la acción de tutela y se coarta la competencia de la Corte Constitucional para resolver tutelas sobre decisiones adoptadas en la Jurisdicción Especial para la Paz, por lo que se obstaculiza la participación de la justicia ordinaria en los procesos relativos a los hechos ejecutados dentro del conflicto armado y la posibilidad que tienen las víctimas de obtener justicia y reparación integral en caso tal de no estar de acuerdo con las decisiones proferidas en las diferentes instancias de la Jurisdicción Especial (Acuerdo Final para la Paz, 2016, p. 161).

iv) No se aplicará la teoría de la autoría mediata a comandantes de las FARC-EP, ya que aunque en el acuerdo se establece que los cabecillas serán responsables por los hechos de sus subordinados cuando hayan ejercido control en relación con la ejecución de las conductas delictivas perpetradas por estos últimos (Acuerdo Final para la Paz, 2016, p. 164), es factible que los cabecillas, comandantes o altos mandos, se liberen de responsabilidad al omitir la verdad ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, manifestando que no tuvieron control sobre determinados delitos. Asimismo, puede suceder que aún cuando estos reconozcan que fueron autores mediatos de diversos crímenes, no se hagan

responsables por ello, pues, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 13° del Acuerdo Final para la Paz y el artículo 17° del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, *'el deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades'*.

La consecuencia de la realización de las hipótesis mencionadas supondría, entre otros, impunidad y elusión de responsabilidades por parte de las FARC-EP, entre esas, la obligación de reparar, generando que las víctimas encuentren en el Estado la única fuente posible de reparación por los daños sufridos con ocasión del conflicto armado, y en ese sentido, busquen alegar la atribución de responsabilidad estatal para efectos de obtener una reparación por estos con base en el incumplimiento al deber de garante estatal *–erga omnes-* y los diferentes precedentes judiciales proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**II. Los jueces nacionales se sirven
desmedidamente del deber de
garante genérico que ostenta
el Estado**

Bajo la influencia de los lineamientos jurídicos que consagran el deber y la posición de garante que ostenta el Estado sobre la protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción que han sido establecidos en los instrumentos internacionales, y las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del concepto de ‘Estado garante’, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en ejercicio del control de convencionalidad, han analizado las normas jurídicas nacionales relativas al mismo tema de forma tal que les han dado un amplio alcance, adecuándolas y empleándolas en pro de conseguir la protección generalizada de la población. Sin embargo, lejos de lograr el fin propuesto, esto ha generado que se tornen ilusorias las normas que consagran las responsabilidades estatales en Colombia, pues según las consideraciones hechas por dichos organismos, el Estado sería responsable por casi todos los posibles siniestros que ocurran dentro del territorio sin atender a los eximentes de responsabilidad establecidos en la legislación, como por ejemplo, el eximente por hechos de terceros.

En este capítulo se sustentará la antedicha postura analizando de una parte, el descomedido uso que ha hecho la Corte Constitucional de la noción de ‘Estado garante’ y de otra, la aplicación sin proporciones de la elusión al deber de garante estatal como factor de imputación de responsabilidad por parte del Consejo de Estado; esto, desde la óptica del delito de desplazamiento forzado.

A. La Corte Constitucional no se comide al usar la noción de Estado garante

‘Resulta difícil imaginar un sistema judicial que vele por los derechos de las víctimas y se mantenga al mismo tiempo indiferente e inactivo ante los flagrantes delitos de quienes los han violado’ (Organización de las Naciones Unidas, 1993, p. 58).

La Corte Constitucional, haciendo ejercicio del control de convencionalidad y por medio de su jurisprudencia, se ha referido en reiteradas ocasiones al concepto de ‘Estado garante’, adecuándolo a las normas que componen el ordenamiento jurídico interno en aras de determinar cuándo el incumplimiento de este deber deriva en imputación de responsabilidad estatal; estas consideraciones se estudiarán, posteriormente y a través de ejemplos, con el objeto de soportar la afirmación que establece que el juez constitucional ha usado la noción de ‘Estado garante’ de manera descomedida.

A nivel internacional, el deber de garante del que es titular el Estado se ha adquirido a raíz de los instrumentos proferidos por los organismos internacionales y se ha aplicado al ordenamiento jurídico interno a través del bloque de constitucionalidad y a la luz del ejercicio control de convencionalidad; a nivel nacional, el deber de garante ha sido estipulado formalmente en la Constitución de 1991, la que con un carácter meramente humanista y apoyada en la normativa internacional referente a derechos humanos, buscó el amparo integral de los derechos inherentes a las personas, poniendo al Estado completamente al servicio de estos, volviéndolo así, ente garante de los mismos y titular de obligaciones y deberes encaminados a su protección.

La incorporación de la noción de ‘Estado garante’ en la Carta Política se puede dilucidar en varios de sus enunciados, como por ejemplo, en el preámbulo, el cual es vinculante y establece que dicha Carta se decreta, sanciona y promulga en aras de fortalecer la unidad de la Nación y de asegurar al pueblo colombiano sus derechos fundamentales, entre esos: la vida, la justicia y la paz, dentro de un marco que garantice un orden político, económico y social justo; esto es importante, ya que desde un principio se dictamina que todo el aparato estatal debe actuar conforme a la Constitución y debe adquirir una posición de garante en cuanto al aseguramiento de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, entre esos, el amplio derecho fundamental de la paz.

Luego, en el artículo 2º de la Constitución, se consagra como principio fundamental, los fines esenciales del Estado, entre los cuales se encuentra *‘servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución... Asegurar la convivencia pacífica’*; este artículo es determinante, en la medida en que establece el alcance de la posición de garante sobre la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos de la que es titular el Estado y estipula, expresamente, el deber genérico estatal de garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, generando que su incumplimiento sea usado como fundamento para demandar a la Nación e imputar responsabilidad estatal.

En un mismo sentido, en el artículo 22º de la Carta Política se determina que *‘La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento’*; lo que amplía aún más el espectro de alcance que se le ha dado a la noción de ‘Estado garante’ puesto que obliga al ente estatal a asegurar un

derecho bastante subjetivo, de compleja delimitación y que implica la concreción de una gran cantidad de hechos, circunstancias e incluso más derechos. Lo anterior, ocasionando que la posición de garante estatal pueda verse truncada muy fácilmente por las innumerables situaciones fácticas que representaren una transgresión de este, sobretodo en un país como Colombia, el cual se encuentra inmerso en un conflicto armado interno desde hace ya más de medio siglo y se generan delitos como el de desplazamiento forzado que traen consigo una violación masiva y sistemática de los derechos constitucionales de la población.

Por otro lado, como fuentes auxiliares de derecho, la doctrina y la jurisprudencia han estudiado en diferentes momentos la noción y aplicación del concepto de ‘posición de garante sobre los derechos constitucionales’¹² y de ‘seguridad ciudadana’¹³⁻¹⁴. La Corte Constitucional se ha manifestado al respecto considerando que el hecho de que la Constitución haya asignado al Estado el deber de garantizar los derechos, principios y deberes incorporados en sí misma, implica, desde un contexto jurídico, que:

- i) El Estado se encuentra en la obligación de promover, proteger y respetar los derechos constitucionales, asumiendo así, una posición de garante sobre los mismos.

¹² El concepto de posición de garante estatal fue entendido por el tratadista José Esteve como aquel rol que ha otorgado el pueblo al Estado y que este debe cumplir, pues se le considera ‘*Garantista de las prestaciones del Estado social de derecho*’ (Esteve, 2015).

¹³ ‘*El Estado está al servicio de la comunidad y de las personas, entonces corresponde obviamente a las autoridades del Estado proteger y ser garantes de la seguridad de las personas*’ (Corte Constitucional, C/251, 2002, párr. 9).

¹⁴ ‘*Considerado la seguridad como derecho individual, en la medida en que es aquél que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a [amenazas] que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad...*’ (Corte Constitucional, T/078, 2013).

ii) El cumplimiento de los deberes sobre la protección de los derechos constitucionales, esta sujeto, a su vez, a las normas incorporadas mediante el bloque de constitucionalidad y a las fijadas dentro de la Constitución (Corte Constitucional, T/980, 2003, párr. 17).

En ese orden de ideas, la Corte dictaminó que la posición de garante que ostenta el Estado encuentra su soporte principal en que la sociedad ha depositado su entera confianza en el aparato estatal para que este asuma el deber de cubrir ciertos riesgos en virtud del rol que la misma sociedad le ha otorgado y a través del cual rige a todas las personas bajo su jurisdicción. Por ende, el incumplimiento de su posición de garante implica una traición a la confianza que se ha depositado sobre dicho organismo.

Es importante resaltar que el pueblo, desprendiéndose de algunas de sus libertades, otorga ciertas prerrogativas al Estado en pro de que este adquiera un rol proteccionista, gestor y garante de sus derechos, otorgándole así su confianza, que a nivel normativo, se concreta en el principio de buena fe, el cual entiende que el Estado, quien es garante, desempeñará su rol con diligencia y a cabalidad. Esto es significativo, pues el hecho de que el Estado actúe conforme a la confianza depositada por los ciudadanos se vuelve un elemento indispensable para el adecuado funcionamiento de la sociedad, de tal forma que si la confianza se encuentra socavada, es imposible que haya una estabilidad social real.

Actualmente, la confianza que la población debería sentir entorno a las actuaciones del Estado se ha visto disminuida en razón de la incapacidad del Estado de dar por terminado el conflicto armado, el cual, ha ocasionado innumerables transgresiones a los derechos constitucionales de la

población, generadas, en parte, por las diferentes organizaciones ilegales. Esta desconfianza se pudo evidenciar, entre otras, cuando se realizó el plebiscito para aprobar y posteriormente implementar el acuerdo final suscrito con el grupo guerrillero FARC-EP, pues en este caso, aún cuando se prometió que una vez aprobado el acuerdo se empezaría a construir una paz estable y duradera, la mayoría de votantes manifestó su desconfianza desaprobando dicha política de gobierno (BBC MUNDO, 2016).

Sin perjuicio de que hoy en día exista más o menos desconfianza con respecto al desempeño del Estado, la sociedad, a través de su ordenamiento jurídico y en pro de asegurar el cumplimiento de los deberes estatales, ha establecido ciertas expectativas que el Estado debe satisfacer y de las cuales su incumplimiento absoluto generaría que se perdiera el respeto por el sistema jurídico en general, como por ejemplo, el diligente cumplimiento de las funciones sociales y la autorresponsabilidad¹⁵. Así lo determina la Corte cuando establece que

El incumplimiento de los deberes resultantes de la posición de garante, implica el desconocimiento de la buena fe y una grave afectación a la confianza, y no resulta justificatorio de dicho incumplimiento, la incapacidad de gestionar correctamente los recursos que la sociedad, por conducto del legislador, ha dirigido para enfrentar determinados riesgos sociales. (Corte Constitucional, SU/1184, párr. 22)

Por otro lado, la Corte Constitucional ha manifestado que para que el Estado pueda cumplir con uno de sus fines esenciales que es el de proteger los derechos establecidos en la Constitución debe

¹⁵ *‘El principio de confianza... permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función’* (Corte Constitucional, SU/1184, 2001, párr. 14).

hacer uso, generalmente, de la Fuerza Pública y usarla como instrumento para garantizar el orden público. No obstante, los civiles tendrán ciertos deberes de colaboración que se encuentran consagrados en la Constitución, verbigracia, el artículo 1º en donde se establece que Colombia al ser un Estado social de derecho se funda en la solidaridad de las personas que la integran, y el artículo 95º que refuerza el anterior, consagrando a la solidaridad social como uno de los deberes de la persona y del ciudadano.

En un mismo sentido, la Corte ha considerado que el hecho de que los ciudadanos sean titulares de deberes de colaboración no significa que estos sean garantes de la seguridad y defensa de los derechos constitucionales, ya que esta función de garante recae exclusivamente en el Estado y en la Fuerza Pública, de no ser así, se volvería a las personas responsables de funciones estatales en vez de titulares de derechos frente al Estado, y en el peor de los casos, se daría pie a que se considerara a estas como responsables de su propia seguridad, eximiendo absolutamente al Estado de responsabilidad por el incumplimiento a su deber de garantizar y proteger los derechos fundamentales (Corte Constitucional, C/251, 2002, párr. 14). Esto no podría suceder, pues el Estado es titular de la posición de garante derivada del deber de asegurar el cumplimiento de las obligaciones irrenunciables y propias de un Estado social de derecho, las cuales, se hacen efectivas a través de la participación activa y adecuada de la Fuerza Pública, por regla general; esta última, es la encargada de garantizar la protección de los derechos constitucionales de las personas, sobre los que el Estado tiene el deber irrenunciable de proteger (Corte Constitucional, SU/1184, 2001, párr. 17).

Lo anterior, a criterio propio, genera que sobre el Estado recaiga una responsabilidad casi que ilimitada derivada del deber de garante que tiene frente a la sociedad, como consecuencia del

amplio alcance que se le ha dado a esta noción, incluso, haciendo viable la atribución de responsabilidad estatal por hechos de terceros independientes al aparato estatal, así estos hubieren incumplido expresamente con sus deberes constitucionales de colaboración, y por hechos que bien podrían, dependiendo del caso concreto, considerarse como eximentes de responsabilidad.

Lo antedicho puede verse reflejado en algunas sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha responsabilizado al Estado por hechos de particulares perpetrados dentro del marco del conflicto armado, como por ejemplo, por hechos de desplazamiento forzado. Esto puede apreciarse en la Sentencia T/083 de 2017 (Corte Constitucional, T/083, 2017, párr. 14) en donde la Corte Constitucional ordenó al Estado reparar integralmente a una víctima de desplazamiento forzado basando su decisión en el incumplimiento a la posición de garante de la que este es titular en virtud de las normas internacionales y la Constitución de 1991, y también, en el derecho a la verdad, justicia y reparación que tienen las víctimas¹⁶. En este caso, se determinó que el Estado se encuentra obligado a velar por la protección y el goce efectivo de los derechos de los desplazados (Corte Constitucional, T/083, 2017). Lo anterior resulta entendible, pues el ‘deber ser’ es que el Estado sí sea garante de la seguridad y la protección generalizada de los derechos constitucionales de la población, sobretodo si estos se ven amenazados por agentes ilegales en razón de un conflicto armado interno. No obstante, es necesario que la Corte se comida al usar e interpretar la noción de ‘Estado garante’, ponderándola de acuerdo con la capacidad real del Estado y los eximentes de

¹⁶ *‘Se han establecido los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar la reparación sin la justicia’* (Corte Constitucional, C/775, 2010).

responsabilidad, para así lograr que esta sea más justa y pueda ser aplicada, efectivamente, en la realidad.

Bajo un mismo lineamiento y en concordancia con los organismos internacionales, la Corte, en la Sentencia SU/254 de 2013 (Corte Constitucional, SU/254, 2003) manifestó que, tanto en asuntos de tutela como de constitucionalidad, se han reconocido y protegido de forma contundente, pacífica, clara y expresa los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, especialmente, frente a severas violaciones a los derechos humanos, con particular énfasis, en los casos de desplazamiento forzado. Así, expresó dicho organismo que

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que los derechos de las víctimas implican la exigencia de conocer la verdad de lo ocurrido y a que se esclarezcan delitos que afectan de manera masiva y sistemática los derechos humanos de la población, como el desplazamiento forzado, el derecho a que se investigue y sancione a los responsables de estos delitos, y el derecho a ser reparado de manera integral. Estos derechos han sido reconocidos por la Corte como derechos constitucionales de orden superior. (Corte Constitucional, SU/254, 2003, párr. 10.2)

Además, la Corte Constitucional, hizo hincapié en que es una obligación del Estado reparar integralmente a quienes fueron desplazados forzosamente en aras de que estas personas puedan volver al estado en el que se encontraban con anterioridad a la comisión del delito. Por consiguiente, dicho cuerpo colegiado estableció que

El hecho victimizante con el cual se vulneraron los derechos humanos genera en favor de la persona que lo padeció el derecho fundamental a la reparación integral, lo que se hace efectivo a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la

garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional, que se desprenden de la condición de víctimas y que deben ser salvaguardados por el Estado independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena de los victimarios. (Corte Constitucional, T/083, 2017, párr. 14.3)

Teniendo en cuenta esto, se especificó que la reparación a las víctimas de desplazamiento forzado debía comprender todos los daños y perjuicios sufridos integralmente, haciendo referencia a:

- i) Implementación de garantías de no repetición
- ii) Indemnización económica
- iii) Reparación moral
- iv) Medidas de rehabilitación
- v) Medidas de reparación colectivas
- vi) Reconstrucción psicosocial de la población afectada

En suma, la Corte determinó que los derechos de las víctimas del conflicto armado se tenían que entender como fundamentales y gozaban de protección constitucional, ergo, cuando estos fueran transgredidos el Estado debía implementar *‘medidas que les permitan a los afectados conocer la verdad de lo ocurrido, acceder de manera efectiva a la administración de justicia, ser reparados de manera integral y garantizar que los hechos victimizantes no se vuelvan a repetir’* (Corte Constitucional, T/083, 2017, párr. 14.4).

Las consideraciones ejemplificadas anteriormente referentes al deber de garante que ostenta el Estado sobre la protección y amparo de los derechos constitucionales de la población, sobretodo, de las víctimas de desplazamiento forzado, y el amplio uso que se ha hecho de la noción de ‘Estado

garante', han servido como fundamento para la imputación de responsabilidad estatal por hechos cometidos entre particulares con ocasión del conflicto armado (haciendo referencia únicamente a hechos ejecutados por individuos o grupos independientes al aparato estatal, y sin perjuicio de las veces en las que ha responsabilizado a los agentes del Estado por vulnerar, efectivamente, los derechos de la población). Esto, deja riesgosos precedentes judiciales principalmente en lo que respecta a la implementación del acuerdo suscrito con las FARC-EP, pues se daría la posibilidad de que delitos cometidos por dicho grupo, como por ejemplo, el desplazamiento forzado, sean atribuibles al Estado con base en el incumplimiento de los deberes de garante establecidos en la Carta Política.

Lo antedicho, podría significar la limitación o incluso la supresión de los eximentes de responsabilidad estatal, verbigracia, el eximente que se activa a raíz de los hechos de terceros; ocasionando que, bajo la óptica del deber de garante genérico estatal sobre los derechos constitucionales, se pueda responsabilizar al Estado por cualquier vulneración de derechos ejecutada por algún individuo o grupo, en este caso, por el grupo guerrillero FARC-EP, generando una grave inseguridad jurídica, debido a que en el país, con ocasión del conflicto armado e incluso por fuera de este, se han dado reiteradas transgresiones a los derechos constitucionales, volviendo la reparación integral de la totalidad de las víctimas una tarea inexpugnable para el Estado¹⁷.

Las opiniones expuestas no quieren decir que no sea necesario que exista la exclusividad de la Fuerza Pública ni que los ciudadanos tengan una posición de garante sobre su propia seguridad,

¹⁷ Según el Registro Único de Víctimas, actualmente, sólo por desplazamiento forzado, existen 7.175.181 víctimas. Lo que significa que el 80% de las víctimas del conflicto armado en Colombia son desplazados (Registro Único de Víctimas, 2017).

volviéndose combatientes en defensa de sus propios derechos y tomando la justicia por su propia mano. Sin embargo, es importante que la Corte delimite el nivel de diligencia que tienen que tener los individuos en cuanto al cumplimiento de su deber constitucional de colaboración con el desarrollo de los fines estatales estipulados en la Constitución, para así, lograr establecer un rango de posibilidades de aplicación de los eximentes de responsabilidad estatal por culpa exclusiva de la víctima y por hechos de terceros. Sino, el Estado sería responsabilizado, en virtud del incumplimiento a su posición de garante, por cualquier infracción a los derechos constitucionales que ocurriere dentro de su territorio, tornando utópica la idea de que esto se ejecute en la realidad. En el marco del conflicto armado, particularmente, en lo que respecta a los hechos relativos al desplazamiento forzado, habrá que ver, de manera casuística, como matizar el deber de garante estatal con el deber genérico constitucional de colaboración y solidaridad que tienen los ciudadanos, incluidos aquellos que pertenezcan a grupos al margen de la ley.

Contrario al amplio uso que la Corte Constitucional le ha dado a la noción de ‘Estado garante’, varios tratadistas han expresado, a través de la doctrina, la necesidad de traer conceptos propios de jurisdicciones diferentes a la contencioso administrativa en pro de delimitar la atribución de responsabilidad estatal dentro del marco del conflicto armado; es por eso que se han ido incorporando al derecho público conceptos propios del derecho penal como lo es el de la imputación objetiva¹⁸.

¹⁸ Según el doctrinante Manuel Cancio (en concordancia con la teoría de la imputación objetiva establecida por Claus Roxin) debe entenderse a la imputación del tipo objetivo como la realización de un peligro comprendido dentro del alcance de algún tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido. Este tipo de imputación se compone de elementos necesarios para su configuración, como: i) El ámbito de protección de las normas, ii) La disminución del riesgo, iii) La creación de un riesgo jurídicamente relevante y iv) El incremento del riesgo permitido (Cancio, S.F, p. 52).

En relación con lo anterior, la doctrinante Margarita Beladiez Rojo consideró que el alcance de la responsabilidad del Estado tenía que estar delimitado y que solo debía ser viable atribuir responsabilidad a este cuando existiere un nexo casual efectivo entre el hecho dañoso y el resultado, debiendo ser este último un resultado dañino que se hubiere concretado como consecuencia de la creación de un riesgo jurídicamente relevante, el cual, para Beladiez, es aquel que es inherente al servicio o actividad, general y que no debe asumirlo la sociedad; la autora entendió al daño antijurídico como la realización del riesgo jurídicamente relevante (Beladiez, 1997, p. 103).

A su vez, el tratadista Ramiro Saavedra afirmó que recurrir al derecho penal para compensar los vacíos jurídicos que se encuentran dentro del derecho público es una forma interesante de descubrir nuevos horizontes para efectos de atribuir responsabilidad estatal dentro del marco del conflicto armado. Sin embargo, consideró que debían establecerse límites interpretativos justos que hicieran posible *‘un juego razonable de la responsabilidad en el sector público’* (Saavedra, 2014, p. 714); el autor hizo hincapié en la complejidad que representa aplicar la teoría de la imputación objetiva cuando existe una omisión al deber de garante por parte del Estado y la dificultad que conlleva determinar si el daño causado se debió o no a un riesgo relevante que puede generar una imputación objetiva de responsabilidad a la Administración (Ángel, 2015). En un mismo sentido, Carlos Enrique Muñoz Pinzón expresó que *“Tratándose de resultados producidos por la omisión, se genera la posibilidad de imputación por la no evitación del resultado, teoría que tiene asiento en del deber jurídico de Feuerbach”* (Muñoz, 2014, p.382)¹⁹.

¹⁹ *‘Feuerbach sostenía que los delitos omisivos sólo eran cometidos cuando no se exteriorizaba la actividad de una persona a la que tenía derecho un tercero... El delito omisivo debía presuponer un fundamento jurídico especial que se derivaba únicamente de la ley o del contrato’* (Navas, 2015, p. 683).

Lo anterior, es relevante para el objeto de análisis en la medida en que muestra la discrepancia que ha habido entre algunas de las fuentes auxiliares del derecho como lo son la doctrina y la jurisprudencia con respecto a las condiciones necesarias para la configuración de responsabilidad estatal en Colombia.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dejado entrever una postura flexible en cuanto a la limitación del incumplimiento del deber de garante estatal como factor de imputación de responsabilidad y el uso de la noción de ‘Estado garante genérico’. Contrario sensu, la doctrina ha adoptado de manera generalizada una postura más rígida en lo que respecta al mismo tema y se ha preocupado por buscar la forma de cubrir los vacíos legales y acabar con la inseguridad jurídica existente en lo que refiere a la responsabilidad estatal por hechos ocurridos dentro del conflicto armado, esto, integrando figuras jurídicas propias de diferentes jurisdicciones.

No obstante lo anterior, la doctrina aún no se ha ocupado de limitar la responsabilidad del Estado por omisión al cumplimiento de su deber genérico de garante. Esta, a juicio propio, ha sido una figura que no se ha desarrollado lo suficiente, posibilitando aún más que la Corte no se comida en su uso y se genere una atribución excesiva de responsabilidad en cabeza del Estado.

Asimismo, al aplicar teorías eminentemente penales al derecho público, como por ejemplo, la teoría de la imputación objetiva, se abre la posibilidad de responsabilizar al Estado, no solo de acuerdo a la fórmula legal (hecho, daño, factor de imputación y nexo causal) o el deber de garante genérico establecido en la Constitución sino también por el hecho de no haber cumplido diligentemente con un deber sea cual sea este en determinado momento.

La Corte Constitucional, ha reflejado a través de varios de sus fallos, un acogimiento de algunos lineamientos dictados por la doctrina y una integración de los mismos al concepto de 'Estado garante' que ya había venido desarrollando en su jurisprudencia. Lo anterior, puede dilucidarse, por ejemplo, en la Sentencia SU/1184 del 2001 (Corte Constitucional, SU/1184, 2001), en donde manifestó que un miembro del Estado *'puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad...: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal'* (Corte Constitucional, SU/1184, 2001, párr. 17).

También, dictaminó dicho organismo, que la aplicación de la teoría de la imputación objetiva sobre el concepto de posición de garante (materia que había sido estudiada en varias ocasiones por la doctrina), predicable tanto de las acciones como de las omisiones estatales, ocasiona que la forma de realización externa de la conducta (acción u omisión) pierda toda relevancia, puesto que, según esta teoría, lo importante no es establecer cómo se configuró el hecho sino demostrar si el Estado incumplió o no con su deber de garante en caso tal de que existiere este. Para esos efectos, la Corte determinó que *'Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad'* (Corte Constitucional, SU/1184, 2001, párr. 16).

Lo antedicho preocupa, puesto que genera un espacio para que no se responsabilice con base en la comisión de un hecho antijurídico imputable al Estado sino con fundamento en el cumplimiento o incumplimiento de un deber abstracto, no limitado y que bien puede ser

indeterminado, volviendo la articulación de responsabilidad estatal una apreciación netamente subjetiva.

Por último, en un mismo sentido y dentro del mismo fallo, la Corte Constitucional determinó que

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en estos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. (Corte Constitucional, SU/1184, 200, párr. 15)

Esto, genera que se pueda imputar responsabilidad al Estado por cualquier hecho cometido por un tercero, lo cual no puede ser tomado a la ligera, pues dentro del marco del conflicto armado, y desde la perspectiva de un delito como el del desplazamiento forzado, habría responsabilidad estatal por las vulneraciones sistemáticas y masivas de los derechos constitucionales y humanos ocasionadas por los grupos al margen de la ley, debiendo el Estado reparar integralmente a las víctimas en virtud de la aplicación de la justicia reconstructiva²⁰ de la que es partidario; además de, como se expuso anteriormente, limitarse o eliminarse el eximente de responsabilidad estatal por el hecho de terceros.

²⁰ La justicia reconstructiva ha sido reconocida como aquella que no busca solamente retrotraer los efectos de una situación ‘... sino reparar y construir un nuevo espacio donde no sea posible la comisión de la injusticia reparada o por repararse’ (Valladolid, 2011, p. 219).

B. El Consejo de Estado aplica desproporcionadamente la elusión al deber genérico de garante como factor de imputación de responsabilidad estatal

‘Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración’ (Rebollo, 1999, p. 311).

Bajo influencia del derecho administrativo francés se creó en Colombia el Consejo de Estado, este, con el paso del tiempo, fue adquiriendo la competencia generalizada sobre los temas atinentes a la Nación hasta volverse lo que es hoy en día, la máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el organismo superior consultivo del Gobierno; dicho cuerpo colegiado, cumpliendo su función de órgano de cierre, es el encargado de decidir, en última instancia, si es pertinente o no imputar responsabilidad al Estado (Rodríguez, 2001, p. 603).

Antes de la expedición de la Constitución Política de 1991 solamente existía un desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad estatal sin que hubiera ninguna norma jurídica que la

consagrara; el Consejo de Estado, para efectos de atribuir responsabilidad, usaba los factores de imputación que habían sido desarrollados previamente en Francia (la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional) (Mendoza, 2011, pp. 47-51). Con la expedición de la Constitución de 1991 se estableció, por primera vez, la responsabilidad del Estado dentro del ordenamiento jurídico interno y se le dio carácter constitucional, específicamente, en el artículo 90° de la Constitución en donde se estipuló que

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Const., 1991, art. 90)

El antedicho artículo ha sido ampliamente analizado por la jurisprudencia y usado como fundamento para la atribución de responsabilidad estatal. El Consejo de Estado ha hecho referencia a este en algunos de sus fallos, como por ejemplo, en la Sentencia del 11 de Mayo de 2006 (Consejo de Estado, 2006) en la que manifestó que era irrelevante si los hechos cometidos por el Estado fueron realizados conforme a derecho o no, puesto que para determinar su responsabilidad no debía verse configurada la antijuridicidad en su conducta sino que simplemente debía darse un un hecho que ocasionara un daño cierto a una persona que no estuviera en el deber de soportarlo; por esa razón, la antijuridicidad de la conducta no se determinaría en el comportamiento de la Administración sino en el daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima del Estado.

En el mismo fallo, se consideró a los regímenes tradicionales de imputación de responsabilidad²¹ como mecanismos que facilitaban la calificación de la conducta del Estado y ayudaban a determinar la formula legal de atribución de responsabilidad estatal (hecho dañoso, daño antijurídico, nexo causal y factor de imputación). Sin embargo, se clarificó que no era obligatorio para el Tribunal de lo contencioso administrativo hacer uso de estos, pues la ley no los estipulaba de manera taxativa, posibilitando la imputación de responsabilidad estatal con fundamento en factores diferentes a los tradicionalmente desarrollados por la jurisprudencia, verbigracia, la atribución de responsabilidad por incumplimiento al deber de garante constitucional que tiene el Estado frente a la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Esta postura, también pudo verse reflejada en el pensamiento del tratadista Ramiro Saavedra, cuando manifestó que *'... los jueces suelen evadir todo intento de categorización y se limitan a resolver caso por caso, teniendo en cuenta en cada caso las circunstancias y los elementos concretos del suceso'* (Saavedra, 2004, p. 553).

Teniendo en cuenta lo anterior, ha sido posible, en razón de los daños sufridos con ocasión del conflicto armado, los cuales, ningún ciudadano estaba en el deber de soportar, y con base en la interpretación del Consejo de Estado que abre la posibilidad de atribuir responsabilidad estatal casuísticamente e independientemente a los regímenes de imputación de responsabilidad tradicionales, condenar al Estado, ilimitada o indiscriminadamente, al aplicar el incumplimiento del deber genérico de garante como factor de imputación de responsabilidad estatal; cabe resaltar, que este ha sido un elemento de imputación que no se ha delimitado claramente y abarca la

²¹ Haciendo referencia a los regímenes de atribución de responsabilidad estatal extracontractual que han sido ampliamente desarrollados a través del tiempo: i) Falla en el servicio, ii) Riesgo excepcional, y iii) Daño especial.

consecución de una gran cantidad de derechos más o menos subjetivos, como por ejemplo, el derecho de la paz y la seguridad nacional.

Desde otra perspectiva, el Consejo de Estado interpretó el artículo 90° de la Constitución dando un alcance bastante amplio a la noción de ‘omisión de las autoridades públicas’. Por ejemplo, en la Sentencia del 26 de Enero de 2011 (Consejo de Estado, 2011) dictaminó que cuando alguien sufriera un daño que considerara atribuible al Estado era necesario establecer si este último cumplió o no con los deberes y obligaciones que le asigna el ordenamiento jurídico, para luego precisar, en caso de una omisión, si esto tuvo relevancia en cuanto a la causación del daño. También, se hizo hincapié en que lo importante no era señalar si el daño causado tuvo, temporalmente hablando, una inmediatez de configuración al momento de darse la omisión de la Administración sino determinar, para efectos de atribuir responsabilidad, si este se hubiera dado igualmente así el Estado actuara diligentemente. Estas consideraciones resultan trascendentales, ya que los deberes y las obligaciones estatales no tienen límite alguno todavía, por lo que considerar la omisión de estas como un factor de imputación podría generar un espectro amplísimo sobre el cual atribuir responsabilidad al Estado.

Actualmente, han habido varios precedentes judiciales en los que se ha responsabilizado al Estado por omisiones a su deber genérico y constitucional de garante sobre la seguridad ciudadana; el Consejo de Estado ha mantenido la misma postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional al aplicar de manera desproporcionada la noción de ‘Estado garante’, esto se puede evidenciar en sentencias como la mencionada anteriormente en la que se habla de imputación de responsabilidad por omisiones a los deberes y obligaciones del Estado sin

realizar ninguna categorización o ejemplificación ni establecer márgenes de utilización alguno, los cuales, se vuelven imperativos para efectos de realizar una imputación de responsabilidad estatal justa y así, mantener la estabilidad nacional. Además, el hecho de manifestar que no es necesario determinar el tiempo de configuración de la causa adecuada del daño podría ser problemático, sobretodo, al implementar el acuerdo suscrito entre el Gobierno y el grupo subversivo FARC-EP, pues este trata sobre un conflicto que ha durado más de medio siglo.

Por otro lado, el Consejo de Estado analizó la figura de la posición de garante estatal y la entendió como la materialización del deber de garante genérico que ostenta el Estado; esto, se puede dilucidar en la Sentencia del 04 de Octubre de 2007 (Consejo de Estado, 2007) en donde, bajo la misma línea de la Corte Constitucional²², estableció que

Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. (Consejo de Estado, 2007)

En este mismo fallo se tuvo en cuenta la interpretación realizada por el abogado Jorge Fernando Perdomo quien consideró que la posición de garante estatal *'buscaba dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo'* (Ángel, 2015).

²² La Corte Constitucional en Sentencia SU/1184 del 13 de Noviembre del 2001 estableció un concepto de 'posición de garante estatal' que fue tomado como base para la definición que posteriormente realizaría el Consejo de Estado.

El concepto de posición de garante estatal sobre el cumplimiento del deber de amparar los derechos constitucionales de los ciudadanos establecido por el Consejo de Estado resulta ser un poco etéreo, en la medida en que dicho deber abarca innumerables situaciones fácticas cuyo incumplimiento puede articularse muy fácilmente, generando la urgencia de reducir las condiciones necesarias para la aplicación de su elusión como factor de imputación de responsabilidad. Por eso, aunque los organismos internacionales de los que Colombia hace parte han expresado que no se puede realizar una apreciación restrictiva de los derechos y deberes relativos a los derechos humanos (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 29, literal b), las altas Cortes colombianas deberían limitar, en cierta medida, el deber de garante genérico estatal, para así, demarcar el alcance de la posición de garante sobre el cumplimiento de este, lo que se torna obligatorio considerando la situación actual del país, la cual hace inviable una apreciación flexible y poco restringida de este deber, pues no puede permitir una atribución irrestricta de responsabilidad en cabeza del Estado.

Por otro lado, es preciso mencionar que, el incumplimiento al deber de garante estatal *–erga omnes–* consagrado en el artículo 2º de la Constitución ha servido como fundamento jurídico para que el Consejo de Estado declare responsabilidad estatal por hechos sucedidos con ocasión del conflicto armado, esto, se ha evidenciado en sentencias como la del 25 de Mayo de 2011 (Consejo de Estado, 2011) en la que se condenó al Estado por la toma a la base militar ubicada en Las Delicias, en Puerto Leguízamo, Putumayo, realizada por el grupo insurgente FARC-EP; en este fallo, se determinó que el hecho de que en el país existiera un conflicto armado interno desde hace ya tanto tiempo, hacía que fuera exigible al Estado, de cara a su posición de garante, un nivel de diligencia mayor en cuanto a la protección de los ciudadanos. Por consiguiente, los hechos que

fueran producto o resultado del conflicto serían merecedores de atribución de responsabilidad estatal, pues se considerarían como prueba fehaciente de una falta a la debida diligencia del Estado, quien siendo conocedor de la existencia del conflicto no previó los hechos que se pudieran derivar de este, y en el caso particular del ataque a la base militar en Las Delicias, no empleó los suficientes elementos de prevención para evitar el ataque que sería cometido por las FARC-EP a sabiendas de que este grupo operaba regularmente en la zona y había un alta probabilidad de que el hecho fuera llevado a cabo (Consejo de Estado, 2011, párr. 11-13). Dice el Consejo, como fundamento para atribuir responsabilidad, que fue el Estado quien creó la situación objetiva de riesgo al tener una base militar y no llevar a cabo los deberes de protección genéricos a los que está obligado por expreso mandato constitucional²³.

En un mismo sentido, consideró el Consejo, en la Sentencia del 06 de Octubre de 2006 (Consejo de Estado, 2006) que cuando hubieran particulares que sufrieran perjuicios como consecuencia de los actos violentos ejecutados por personas o grupos que se enfrentaran al Estado, podrían ser estos imputados a la Nación en razón al incumplimiento del deber de garante estatal y *'con fundamento en razones de equidad y solidaridad, disposiciones especiales con el fin de prestar ayuda humanitaria a las víctimas del terrorismo'* (Consejo de Estado, 2006).

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 04 de Diciembre de 2006 (Consejo de Estado, 2006) atribuyó responsabilidad estatal por la muerte de un ciudadano generada como consecuencia de un ataque sorpresivo de las FARC-EP a un cuartel de policía

²³ Como por ejemplo, el mandato establecido en el artículo 2° de la Constitución, que consagra que el Estado tiene un deber de garante *-erga omnes-* con respecto a la protección y garantía de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

ubicado en el municipio de Santa Rosa del Sur, Bolívar, aún cuando este hecho fuera perpetrado por un grupo de personas independientes al Estado, estableciendo que *‘la responsabilidad del Estado por actos terroristas parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, trátase de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo’* (Consejo de Estado, 2006).

De igual forma, en la Sentencia del 23 de Marzo del 2014, el Consejo consideró que

Los actos de terrorismo como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del nexo de causalidad, implicaría condenar a la población a la impotencia, dado que el Estado tiene el deber jurídico de protegerla, por ejercer el monopolio legítimo de la fuerza, encarnado en sus fuerzas militares y de policía’. (Consejo de Estado, 2014)

Tanto este fallo como el expuesto en el aparte anterior, reducen significativamente, e incluso, llegan a suprimir el eximente de responsabilidad estatal por hechos de terceros.

Por otro lado, en la Sentencia del 20 de Octubre de 2014 (Consejo de Estado, 2014), el Consejo de Estado recalcó que todos los posibles factores de imputación de responsabilidad estatal debían entenderse bajo la luz de la posición de garante que ostenta el Estado sobre el cumplimiento de los deberes que la ley le otorga²⁴.

²⁴ Se hace referencia al concepto de posición de garante establecido en la teoría de la imputación objetiva que, como se explicó anteriormente, aunque es una figura propia del derecho penal, ha sido utilizado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en pro de llenar vacíos jurídicos a la hora de atribuir responsabilidad estatal por hechos relativos al conflicto armado.

Bajo un mismo entendido, el Consejo, en la Sentencia del 22 de Enero de 2014 (Consejo de Estado, 2014), manifestó que la tesis que afirmaba que al Estado no podía exigírsele la protección de los ciudadanos de todo atentado criminal había sido superada en razón a la aplicación, en ejercicio del control de convencionalidad, de la figura del deber de garante sobre la protección de la seguridad ciudadana. Por esa razón, en este fallo, se atribuyó responsabilidad estatal por un hecho realizado por el grupo guerrillero FARC-EP en el que murió un ciudadano, alegando que, si bien la muerte del ciudadano fue ocasionada por terceros, *'lo cierto es que el resultado (daño antijurídico), resulta atribuible a la administración pública, concretamente, por el desconocimiento del deber de protección y cuidado establecido en el inciso segundo del artículo 2° de la Constitución Política'* (Consejo de Estado, 2000).

Por su parte, en lo que respecta al tema anterior, la doctrina nacional ha precisado que

En algunos eventos, la imputabilidad podrá resultar del incumplimiento, por parte de la administración, de su deber de protección frente a las personas, como ocurre, por ejemplo, cuando una de ellas se encuentra en situación de grave peligro, que aquélla conoce –sea que se le haya solicitado protección o que ésta debiera prestarse espontáneamente, dadas las circunstancias particulares del caso–; son estas las situaciones que obligan a evaluar el alcance del deber de protección estatal y constituye uno de los eventos en que adquiere relevancia la denominada teoría de la relatividad de la falla del servicio. (Hernandez, Alier & Franco, 2007, p. 52)

Considerando lo expuesto previamente, es menester hacer mención de la Sentencia del 28 de Septiembre de 2012 (Consejo de Estado, 2012), y la del 31 de Mayo de 2013 (Consejo de Estado, 2013), en la primera, el Consejo imputó responsabilidad al Estado por actos ocasionados dentro

del marco del conflicto armado que vulneraron a la población y fueron perpetrados por las FARC-EP, e impuso a este la obligación de indemnizar a las víctimas bajo el argumento de que, en virtud de su posición de garante, debió haber solucionado la guerra tiempo atrás, manteniendo a la población al margen del conflicto y socorriendo adecuadamente a los afectados; en la segunda, se atribuyó responsabilidad estatal por los daños que sufrió un ciudadano al ser víctima del delito de sustracción de ganado por parte de las FARC-EP en el municipio de San Vicente del Caguán, Caquetá, lugar que, al mismo tiempo, hacía parte de la zona de distensión para la realización de negociaciones de paz entre el Gobierno y dicho grupo, en este caso, se usó como fundamento, a la luz del control de convencionalidad, el deber de garante que tiene el Estado de proteger a los ciudadanos, garantizar su vida, honra y bienes. En ninguno de los dos fallos se fijó proporción alguna sobre la utilización y aplicación del incumplimiento del deber de garante estatal como factor de imputación de responsabilidad.

En vista de que el juez contencioso administrativo, en reiteradas ocasiones, ha atribuido responsabilidad estatal por hechos ocurridos con ocasión del conflicto armado, usando como base la noción de ‘Estado garante’, y ha limitado la aplicación del eximente de responsabilidad por hechos de terceros, es necesario analizar cómo se ha venido otorgando responsabilidad estatal por el delito con mayor número de víctimas dentro del conflicto, el desplazamiento forzado perpetrado por grupos al margen de la ley.

El Estado ha sido condenado por hechos de desplazamiento forzado ocurridos dentro del marco del conflicto armado a raíz de la elusión a su deber de garante *–erga omnes–*. Esto, se ha podido ver en reiterados fallos del Consejo de Estado, como por ejemplo, en la Sentencia del 14 de Julio

de 2016 (Consejo de Estado, 2016), en donde se condenó a la Administración por este delito, y se recalcó el deber estatal de velar por la protección de los derechos constitucionales de las personas (ser garante de dichos derechos), entre esos, el derecho establecido en el artículo 24º de la Constitución²⁵, del cual se desprende que los ciudadanos están en libertad de escoger el lugar del territorio en el que quieran habitar o residenciarse, temporal o permanentemente.

Cabe resaltar que en el fallo anterior el Consejo manifestó que el daño moral sufrido por las víctimas de desplazamiento forzado debía ser considerado como un hecho notorio²⁶ y no era necesario probar o acreditar en juicio el dolor, la angustia y la desolación sufrida por quienes se vieron obligados a emigrar de su sitio de residencia o del lugar donde se encontraba el asiento de su actividad económica, pues cuando una persona se veía impelida a desplazarse bajo amenazas, tratos humillantes, degradantes, inhumanos o bajo atropellos de cualquier tipo del lugar donde desarrollaba su proyecto de vida o donde habitaban las personas que integraban una determinada comunidad -sin importar el tamaño de esta- sufría un grave perjuicio moral materializado en un profundo estado de miedo, angustia e impotencia evidente. Así, el tribunal consideró que *‘quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional’* (Consejo de Estado, 2007). Volviendo manifiesto el dolor y zozobra que trae consigo este delito.

²⁵ *‘Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia’* (Const., 1991, art. 24).

²⁶ *‘El hecho notorio además de ser cierto, es público, y sabido del juez y del común de las personas que tienen una cultura media... No requiere prueba; basta que se conozca que un hecho tiene determinadas dimensiones y repercusiones suficientemente conocidas por gran parte del común de las personas que tienen una mediana cultura, para que sea notorio’* (Consejo de Estado, 1995).

Aunque los daños morales que causa el desplazamiento forzado sea innegables, estos pueden variar dependiendo de las circunstancias particulares de vida de cada ser humano²⁷⁻²⁸, por lo que no debería existir un daño moral generalizado, sobretodo en un delito como este, en el que se vulneran más o menos derechos dependiendo de cada caso en concreto. Por esta razón, es pertinente -a criterio propio- que se establezca que aunque el daño moral es un hecho notorio, la magnitud de este puede variar de acuerdo a la situación particular de las víctimas. Para así, evitar que haya una responsabilidad por daños morales genérica, y hacer más justa la reparación integral de las víctimas, asegurándose de darle a cada quien lo que le corresponde de la manera más adecuada.

Otro ejemplo de responsabilidad estatal por hechos de desplazamiento forzado se encuentra en la Sentencia del 12 de Diciembre de 2014 (Consejo de Estado, 2014), en la que el Consejo condenó al Estado por el desplazamiento forzado de los ciudadanos ocasionado como consecuencia del ataque realizado por las FARC-EP a una estación de policía ubicada en el municipio de Mitú; en este fallo se estableció que el desplazamiento forzado podía presentarse en diversas modalidades

²⁷ “El daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona” (Corte Constitucional, T/102, 2014).

²⁸ “La reparación del perjuicio moral debe ajustarse a los principios de equidad” (Corte Constitucional, C/916, 2002).

(i) de zona rural a zona urbana, ii) de zona rural a zona rural, iii) interurbano²⁹, y iv) intraurbano³⁰), las cuales, además de acarrear un daño moral notorio podían generar daños por afectación a la vida en relación, es decir, a las condiciones materiales de existencia. Sin embargo, estos últimos debían ser probados para efectos de lograr una eventual indemnización.

Siguiendo la postura adoptada en la sentencia anterior, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 15 de Agosto de 2017 (Consejo de Estado, 2017), imputó responsabilidad estatal por los perjuicios a la vida en relación sufridos por las personas desplazadas de la vereda Filo Gringo del municipio de Tibú, ya que consideró que el hecho de que estos hubieran tenido que abandonar su lugar de trabajo, estudio, entorno social y cultural significó una modificación anormal del curso de su existencia, generando que se vieran obligados a reconstruir su vida en un futuro, muy probablemente, en una situación de vulnerabilidad causada por estar alejados de todo lo que conocían y del lugar en donde habían sustentado su crecimiento como seres humanos hasta el momento.

Que en los casos de desplazamiento forzado deba probarse la afectación a la vida en relación y los daños morales sean considerados como hechos notorios resulta contradictorio, pues es evidente que ambos se configuran con la comisión de dicho delito, por lo que para evitar que haya inseguridad y/o vacíos jurídicos con respecto a la indemnización de perjuicios extra patrimoniales, como se mencionó anteriormente, se hace necesario, atendiendo al principio de equidad y a las

²⁹ “Ocurre cuando el individuo o grupo familiar es forzado a abandonar su residencia o actividad económica urbana y se desplaza a otras áreas urbanas” (Consejo de Estado, 2014).

³⁰ “Ocurre cuando el individuo o grupo familiar es desplazado a otra área dentro del mismo municipio o ciudad, por alguna de las causas previstas en la ley” (Consejo de Estado, 2014).

reglas de la sana crítica y la experiencia, evaluar la dimensión de todos los daños morales sufridos –sean estos notorios o no- en cada caso particular, para así, hacer una correcta tasación de perjuicios y si se diera el caso, condenar al Estado de una manera más proporcionada.

Otro caso en el que se hizo responsable al Estado por el delito de desplazamiento forzado fue en la Sentencia del 26 de Enero de 2006 (Consejo de Estado, 2006), en la que el Consejo de Estado declaró responsabilidad estatal por el desplazamiento de los ciudadanos causado por disputas de territorio entre los paramilitares y las FARC-EP, manifestando que el ente estatal no tomó ninguna medida eficaz para impedir que se produjera este delito, ni para evitar los enfrentamientos armados que lo ocasionaron aunque sabía del riesgo que, en razón del conflicto armado interno, existía para la población.

También, se dictaminó en este mismo fallo que no obstante se ha dicho que para que el Estado sea considerado como responsable de una omisión a su deber de garante sobre la protección de los derechos constitucionales de la población es necesario que haya previo aviso a las autoridades sobre el riesgo de vulneración de dichos derechos, este requerimiento podría llevarse a cabo o no dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso, y no era de obligatorio cumplimiento cuando el peligro debía ser conocido por las autoridades. En este sentido, y haciendo una afirmación un poco arriesgada, estipuló la Sala que

El Estado no puede seguir afirmando su legitimidad si no cuenta con los medios necesarios para proteger la vida, honra y bienes y demás derechos de la población, o peor aún si contando con ellos no los pone al servicio de esa causa de manera eficaz, en circunstancias que son ampliamente conocidas y controlables. (Consejo de Estado, 2006, párr. 5.5)

Lo anterior resulta bastante complejo, ya que el conflicto armado ha sido una situación de riesgo constante sobre los derechos constitucionales por lo que es factible afirmar que el Estado debía conocerla de antemano, generando que, bajo los lineamientos establecidos por el Consejo, no sea necesario avisar o requerir a la Fuerza Pública con anterioridad a la concreción del riesgo para que esta pueda contrarrestarlo o evitarlo, en la medida en que se entiende que el riesgo debía ser conocido y previsto por las autoridades. Esto, da lugar a que se de, si se quiere, una concepción altruista del ‘deber ser’ de la Administración sin que existan parámetros específicos sobre cómo, efectivamente, debe ser esta, ni proporciones en cuanto a la aplicación del incumplimiento del deber de garante como factor de imputación de responsabilidad estatal, generando inseguridad jurídica y tornando ilusorio el cumplimiento de los deberes generales del Estado, pues resulta imposible por razones económicas, humanas y geográficas, prever y responsabilizarse por absolutamente todos los riesgos que se ocasionaren con ocasión del conflicto armado.

Adicionalmente, en este mismo fallo, se consideró que el Estado, por ser titular del deber de garante de los derechos constitucionales de la población, debía impedir que el desplazamiento forzado se produjera, y en caso de no poder evitarlo, brindar a las víctimas un trato preferencial que les permitiera gozar de la plenitud de sus derechos y obtener la atención necesaria para reconstruir sus vidas. Además, se estipuló que la indemnización a la que estuviera impelida a pagar el Estado no podría reducirse, ni siquiera, aunque los afectados regresaran posteriormente y sin problema al lugar de donde fueron desalojados, pues esta se daba en pro de compensar los daños previamente causados. Esto, ocasiona que no hayan condenas estatales del todo justas, debido a que se excluyen circunstancias que podrían ser atenuantes de la responsabilidad, dependiendo del caso en concreto y las necesidades particulares de la víctima. También, se generaliza la

responsabilidad estatal por los hechos relativos al desplazamiento forzado, puesto que se establece que el Estado, en virtud de su posición de garante, debió y deberá evitar la comisión de este delito dentro el territorio, so pena de reparación integral a las víctimas que, como ya se explicó anteriormente, equivalen al 80% de los afectados por el conflicto armado interno.

Por otro lado, es importante mencionar que el Consejo de Estado, también, ha hecho aplicación del artículo 2º de la Constitución y la Ley 387 de 18 de julio de 1997³¹ como fundamento jurídico para atribuir responsabilidad estatal por las vulneraciones a los derechos constitucionales sufridas por las víctimas de desplazamiento forzado; la ley 387 le dio carácter especial al deber de garante que ostenta el Estado frente a las víctimas de desplazamiento, particularmente, en su artículo 2º el cual estipula que el Estado tiene la responsabilidad de *'formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socio-económica de los desplazados internos por la violencia'*.

Una de las sentencias más importantes y que recoge en gran medida lo que ha venido siendo la postura sistemática del Consejo de Estado en lo relativo a la aplicación de la elusión al deber de garante como factor de imputación de responsabilidad estatal ha sido la Sentencia del 14 de Marzo de 2016 (Consejo de Estado, 2016) en donde se condenó al Estado por la sustracción de ganado y el desplazamiento forzado de un grupo de ciudadanos ejecutado por las FARC-EP, en el municipio de San Juan de Arama, Meta. En este caso, el Tribunal de lo contencioso administrativo dejó como precedente que:

³¹ *'Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia'*.

a. La responsabilidad estatal por incumplimiento al deber de garante que tiene el Estado frente a la sociedad encuentra fundamento en la interpretación armónica del artículo 90° de la Constitución con los demás mandatos constitucionales e internacionales que consagran este deber (Consejo de Estado, 2016, párr. 5.2).

b. La integración de la teoría de la imputación objetiva, propia del derecho penal, al derecho público genera que no sea relevante verificar la forma de realización de la conducta (acción/omisión) sino si el Estado cumplió o no con los deberes que surgen de su rol de garante. En ese sentido, no habrá que ver si el hecho era evitable o cognoscible sino si el Estado era competente para desplegar los deberes de seguridad o de protección para evitarlo (Consejo de Estado, 2016, párr. 6.8 y 6.9).

c. Habrá responsabilidad objetiva del Estado cuando existan controversias entre este y los particulares así no haya una norma expresa que lo estipule, pues los principios y valores establecidos en la Constitución impiden aplicar un sistema de responsabilidad subjetiva para efectos de resarcir daños causados (Consejo de Estado, 2016, párr. 6.3).

d. Los factores de imputación de responsabilidad estatal extracontractual no podrán ser taxativos por lo que existirán los títulos que considere el Tribunal sin imponer al juez la obligación de utilizar “*frente a determinadas situaciones fácticas —a manera de recetario— un específico título de imputación*” (Consejo de Estado, 2016, párr. 6.11).

e. El deber genérico de garante que ostenta el Estado debe analizarse bajo la luz de las circunstancias particulares de cada caso, ya que a partir de estas se sabrá cuales eran los deberes jurídicos concretos e imperativos de acción u omisión que los agentes implicados debieron cumplir (Consejo de Estado, 2016, párr. 8.23-8.27).

f. El desplazamiento forzado podrá encuadrarse en el título de imputación por ‘falla del servicio’, así este haya sido ocasionado como consecuencia del incumplimiento al deber de garante estatal establecido en la Constitución (Consejo de Estado, 2016, párr. 7.2).

g. Para efectos de determinar la responsabilidad del Estado por hechos de desplazamiento forzado se deberá demostrar: i) La existencia de amenaza o vulneraciones a los derechos fundamentales, ii) La existencia de hechos determinantes, como por ejemplo, el conflicto armado interno, violencia generalizada, disturbios, entre otras, y iii) La coacción que derive en la necesidad urgente de desplazarse (Consejo de Estado, 2016, párr. 4.20).

Las consideraciones expuestas anteriormente son una prueba más de lo que se ha venido analizando a lo largo del capítulo: la aplicación desproporcionada del incumplimiento del deber de garante como factor de atribución de responsabilidad estatal a raíz de la vasta interpretación que se ha hecho de la noción de ‘Estado garante’. También, demuestran que así el Consejo de Estado haya expresado en diferentes ocasiones que no cualquier violación a los derechos constitucionales deviene automáticamente en una imputación de responsabilidad estatal *ipso iure*, se contradice en la práctica, pues en varios fundamentos de sus fallos ha establecido que el Estado es responsable por las transgresiones de estos derechos aun cuando fueren ejecutadas por terceros,

basándose en una visión bastante flexible sobre los mandatos constitucionales que establecen el deber de garante *–erga omnes–*, y en su aplicación en ejercicio del control de convencionalidad.

Los precedentes judiciales tratados pueden ocasionar que, a futuro, el Estado sea responsable, de manera generalizada, por cualquier hecho dañoso perpetrado por algún individuo o grupo independiente al aparato estatal, dentro o fuera del conflicto armado. Actualmente, esto ya se ha podido ver reflejado en condenas contra el Estado por hechos exclusivos de terceros que actuaron por fuera del conflicto (delincuencia común, entre otros), como por ejemplo, en la Sentencia del 04 de Diciembre del 2007 (Consejo de Estado, 2007) en donde se declaró responsabilidad estatal por el asesinato de un ciudadano en la ciudad de Medellín usando como fundamento la teoría de la imputación objetiva y el incumplimiento al deber de garante estatal consagrado en el artículo 2° de la Constitución. Asimismo, en la Sentencia del 26 de Marzo de 2009 (Consejo de Estado, 2009) se responsabilizó al Estado por la desaparición de tres ciudadanos en Villavicencio. Estos dos ejemplos, son tan solo algunos de los varios que existen con respecto al mismo tema, lo que llama la atención, pues abre la puerta para que los ciudadanos puedan demandar al Estado por cualquier hecho de terceros (hurtos, lesiones personales, actos abusivos, entre otros) con base en el incumplimiento del deber de garantizar la protección de sus derechos constitucionales.

Se podría decir que el ‘deber ser’ es que el Estado garantice de manera absoluta la seguridad nacional y la vida de los ciudadanos, evitando las guerras, genocidios y cualquier acto de violencia, no solo absteniéndose de ejecutar acciones que conlleven a la realización de dichos actos, sino evitando también que particulares los ejecuten. Sin embargo, esto resulta utópico y ocasiona que se de una aplicación ilimitada de responsabilidad estatal, desbordando así, los supuestos fácticos

que pueden ser objeto de reparación directa, es decir, prácticamente, convirtiendo a la responsabilidad extracontractual del Estado en una herramienta abstracta y generalizada para la seguridad Nacional absoluta; Adicionalmente, el hecho de que se establezca la responsabilidad objetiva de la Administración quiere decir que se ve al Estado como una fuente de riesgos especiales constantes, que además, debe ceñirse al artículo 2º de la Constitución, el cual consagra el deber de garante genérico estatal.

III. Conclusiones

A manera de conclusión, cabe anotar que:

❖ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su jurisprudencia, ha interpretado ilimitadamente el concepto de 'Estado garante' posibilitando la atribución irrestricta de responsabilidad internacional estatal, pues no ha demarcado el espectro de alcance que debe tener dicha figura, generando la posibilidad de responsabilizar al Estado, casi automáticamente, por cualquier hecho que vulnere los derechos humanos de la población, incluso, por hechos cometidos, exclusivamente, por terceros.

❖ En cuanto a los hechos perpetrados por particulares, la CIDH, ha imputado responsabilidad internacional al Estado con fundamento en tres figuras: i) El incumplimiento del deber de garante genérico estatal, ii) La teoría del *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y iii) La teoría de la interpretación evolutiva de los tratados.

❖ Teniendo en cuenta los reiterados fallos en dónde la CIDH no se ha limitado en la interpretación del concepto de 'Estado garante' ni se han aplicado los eximentes de responsabilidad estatal, surge la hipótesis de que el Estado va a ser responsabilizado internacionalmente por los delitos cometidos por los grupos al margen de la ley dentro del marco del conflicto armado interno, como por ejemplo, el delito de desplazamiento forzado, el cual representa el 80% de los afectados del conflicto.

❖ Desde la perspectiva del acuerdo suscrito entre el Gobierno y el grupo guerrillero FARC-EP, es posible que no haya una reparación integral de dicho grupo a sus víctimas, pues por las razones expuestas en la monografía, el acuerdo facilita la evasión de responsabilidad, quedando como única fuente de reparación, el Estado; lo que resulta preocupante, ya que se genera una carga inaguantable e injusta para este, y se torna ilusorio el cumplimiento de las normas de responsabilidad estatal.

❖ De la forma como se ha venido dando la responsabilidad estatal a nivel internacional, surge el siguiente interrogante: ¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos limitará la interpretación de la noción de ‘Estado garante’ cuando, en el marco del post acuerdo con las FARC-EP, se demande la responsabilidad internacional del Estado por hechos cometidos exclusivamente por dicho grupo o, por el contrario, aplicará, ilimitadamente, como lo ha venido haciendo, el incumplimiento al deber de garante, la teoría del *Drittwirkung* y la visión evolutiva de los tratados como fundamento de imputación de responsabilidad estatal por hechos de particulares?.

❖ Los jueces nacionales se han servido desmedidamente del deber de garante genérico que ostenta el Estado, lo que se puede ver reflejado en que la Corte Constitucional (CC) no se ha comedido al usar la noción de ‘Estado garante’ y el Consejo de Estado (CE) ha aplicado desproporcionadamente la elusión del deber de garante genérico como factor de imputación de responsabilidad estatal.

❖ La CC, haciendo uso de los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991 que establecen el deber de garante del Estado sobre la protección de los derechos constitucionales de las personas bajo su jurisdicción, no se ha comedido en la atribución de responsabilidad estatal, pues no ha demarcado el espectro sobre el cual opera el incumplimiento de estas obligaciones como factor de imputación, por ejemplo, no se ha ocupado de delimitar el deber que ostenta el Estado de garantizar el derecho de la paz, a sabiendas de que este derecho es bastante subjetivo, complejo y abarca la consecución de más derechos y la concreción de diferentes situaciones fácticas que, muchas veces, son imponderables para el Estado.

❖ La CC incorpora la teoría de la imputación objetiva, propia del derecho penal, al derecho público, aumentando el alcance para responsabilizar al Estado, ocasionando que la forma de realización externa de la conducta (acción u omisión) pierda toda relevancia y no se deba establecer cómo se configuró el hecho sino demostrar si el Estado incumplió o no con su deber de garante. Lo que preocupa, puesto que da un espacio para que no se responsabilice con base en la comisión de un hecho antijurídico imputable al Estado sino con fundamento en el cumplimiento o incumplimiento de un deber abstracto, no limitado y que bien puede ser indeterminado; volviendo la articulación de responsabilidad estatal una apreciación netamente subjetiva.

❖ El CE ha actuado bajo la misma línea de la CC al aplicar desproporcionadamente la elusión al cumplimiento del deber genérico de garante como factor de imputación de responsabilidad estatal.

❖ Tanto el CE como la CC han usado y aplicado la noción de ‘Estado garante’ haciendo ejercicio del control de convencionalidad.

❖ Se ha establecido en la jurisprudencia del CE que las condiciones para imputar responsabilidad estatal no son taxativas. Contrario sensu, dependerán de cada caso en concreto, por lo que el juez deberá evaluarlas atendiendo a los hechos surgidos en un momento determinado, sin que exista un parámetro o referente sobre el cual se debe responsabilizar al Estado.

❖ Para el CE no es relevante si el daño tuvo inmediatez a la configuración de la conducta, lo que hace que la imputación de responsabilidad estatal dentro del marco del conflicto armado resulte riesgosa, debido a que ha sido un conflicto que ha durado más de medio siglo y se abre la posibilidad de que el Estado sea responsable por vulneraciones a los derechos constitucionales, ejecutadas o no por terceros, que sucedieran años atrás, por ejemplo, a principios del conflicto.

❖ Tanto el CE como la CC han, en muchos casos, limitado o, incluso, suprimido el eximente de responsabilidad por hechos de terceros, pues han atribuido responsabilidad por hechos cometidos, exclusivamente, por individuos o grupos que actuaron dentro o fuera del conflicto armado interno (haciendo referencia únicamente a los sucesos perpetrados por los agentes subversivos). Lo que puede derivar en una responsabilidad absoluta del Estado por todas las vulneraciones a los derechos constitucionales pasadas y

futuras, ocasionando, si se quiere, que surja una responsabilidad objetiva de la Administración.

❖ Los precedentes jurisprudenciales proferidos por la CC de una parte, y el CE de otra, permiten la imputación de responsabilidad estatal por hechos perpetrados por grupos subversivos, como por ejemplo, el desplazamiento forzado; lo que es preocupante, sobretodo, al implementar lo acordado con las FARC-EP, pues el Estado podría entenderse como responsable de los delitos ejecutados por dicho grupo con base en el incumplimiento a su deber de garante *–erga omnes–*.

❖ De la forma como se ha venido dando la responsabilidad estatal a nivel nacional, surgen los siguientes interrogantes: i) ¿Aplica o no el eximente de responsabilidad por hecho de terceros en Colombia?, ii) ¿Resulta adecuada la incorporación de la teoría de la imputación objetiva, propia del derecho penal, al derecho público, realizada por la CC?, iii) ¿El CE establecerá proporciones en cuanto a la atribución de responsabilidad por hechos ejecutados por particulares actuando por fuera del conflicto armado?, y iv) ¿Tanto la CC como el CE imputarán responsabilidad estatal por el delito de desplazamiento forzado perpetrado por las FARC-EP con ocasión del conflicto armado dentro del marco de la implementación de los acuerdos de la Habana?.

IV. Referencias

1. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la consecución de una paz estable y duradera. 24 de Noviembre de 2016.
2. Ambos, K. (2012). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. *Revista General De Derecho Penal*, 41(17). Texto originalmente publicado como “Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, en L. N. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 279-304
3. Andreu-Guzmán, F. (2008). *Impunidad y graves violaciones a los derechos humanos* (1st ed., p. 19). Ginebra: Comisión internacional de juristas.
4. Angel Muller, N. (2015). Responsabilidad del estado por el conflicto armado: ¿imputación o causalidad? (1st ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.
5. Artucio, A. (1993). *Impunidad y derecho internacional* (1st ed., p. 198). Ginebra: Comisión Internacional de juristas. Citado por: Andreu-Guzmán, F. (2008). *Impunidad y graves violaciones a los derechos humanos* (1st ed., p. 198). Ginebra: Comisión internacional de juristas.
6. Beladiez Rojo, M. (1997). Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos (1st ed., p. 103). España: TECNOS.
7. Cancio Meliá, M. *Lineas básicas de la teoría de la imputación objetiva* (1st ed., p. 52). Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo.
8. Colombia: ganó el 'No' en el plebiscito por los acuerdos de paz con las FARC. (2016). BBC MUNDO. Retrieved from <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37537187>
9. Congreso de Colombia. (18 de julio de 1997). Ley 387.
10. Congreso de Colombia. (Junio de 2017). Proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

11. Consejo de Estado. (03 de febrero de 2000). [C.P] Alier E. Hernández. Enríquez.
12. Consejo de Estado. (04 de diciembre de 2006). [C.P] Mauricio Fajardo Gómez.
13. Consejo de Estado. (04 de octubre de 2007). [C.P] Enrique Gil Botero.
14. Consejo de Estado. (06 de octubre de 2005). [C.P] Ruth Stella Correa Palacio.
15. Consejo de Estado. (11 de mayo de 2006). [C.P] Ramiro Saavedra Becerra.
16. Consejo de Estado. (12 de Diciembre de 2014). [C.P] Ramiro Pazos Guerrero.
17. Consejo de Estado. (14 de Julio de 2016). [C.P] Hernán Andrade Rincón.
18. Consejo de Estado. (14 de Marzo de 2016). [C.P] Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
19. Consejo de Estado. (15 de Agosto de 2007). [C.P] Ruth Stella Correa Palacio.
20. Consejo de Estado. (19 de abril de 2015). [C.P] Hernán Andrade Rincón.
21. Consejo de Estado. (20 de Octubre de 2014). [C.P] Enrique Gil Botero; Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
22. Consejo de Estado. (22 de Enero de 2014). [C.P] Enrique Gil Botero.
23. Consejo de Estado. (23 de Marzo de 2014). [C.P] Enrique Gil Botero.
24. Consejo de Estado. (26 de Enero de 2006). [C.P] Ruth Stella Correa Palacio.
25. Consejo de Estado. (26 de enero de 2011). [C.P] Gladys Agudelo Ordóñez.
26. Consejo de Estado. (26 de marzo de 2009). [C.P] Enrique Gil Botero.
27. Consejo de Estado. (27 de Noviembre de 1995). [C.P] Martha Isabel Pachón de Yepes.
28. Consejo de Estado. (28 de Septiembre de 2012). [C.P] Stella Conto Díaz Del Castillo.
29. Consejo de Estado. (31 de Mayo de 2013). [C.P] Marco Antonio Velilla Moreno.
30. Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.
31. Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969).
32. Corte Constitucional. C/251. (11 de Abril de 2002). [M.P] Eduardo Montealegre Lynett; Clara

Inés Vargas Hernández.

33. Corte Constitucional. C/775. (09 de Septiembre del 2010). [M.P] Jaime Araújo Rentería.
34. Corte Constitucional. C/916. (29 de Octubre de 2002). [M.P] Manuel José Cepeda Espinosa.
35. Corte Constitucional. SU/1184. (13 de Noviembre de 2001). [M.P] Eduardo Montealegre Lynett.
36. Corte Constitucional. T/078. (14 de Febrero de 2013). [M.P] Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
37. Corte Constitucional. T/083. (13 de Febrero de 2017). [M.P] Alejandro Linares Cantillo.
38. Corte Constitucional. T/102. (25 de Febrero de 2014). [M.P] Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
39. Corte Constitucional. T/980. (23 de Octubre de 2003). [M.P] Eduardo Montealegre Lynett.
40. Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Avsar vs. Turquía*. (10 de julio de 2001).
41. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Asunto Pueblo Indígena Kankuamo vs. Colombia*. (05 de julio de 2004).
42. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velasquez vs Guatemala*. (25 de Noviembre de 2000).
43. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Blake vs Guatemala*. (24 de Enero de 1998).
44. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar. (20 de noviembre de 2007).
45. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs Colombia*. (18 de junio de 2002).
46. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la ‘última tentación de Cristo’. (05 de Febrero de 2001).

47. Corte Interamericana de derechos humanos. *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*. (11 de Septiembre de 2005).
48. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de La Rochela*. (11 de Mayo de 2007).
49. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ituango vs Colombia*. (1 de julio de 2006).
50. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso masacre de pueblo Bello*. (31 de Enero de 2006).
51. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. (12 de noviembre de 1997).
52. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. (29 de julio de 1988).
53. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. (6 de mayo 2008).
54. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de jurisprudencia. (2015), 11-16.
55. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. (1 de octubre de 1999).
56. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948)
57. Esteve Pardo, J. (2015). Estado garante. Idea y realidad. (1st ed.). INAAP.
58. GMH. ¡basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional, 2013.
59. Heller, H. (1971). *Teoría del Estado* (6th ed., p. 142). México D,F: FCE.
60. Hernández Enríquez, Alier Eduardo y Franco Gómez, Catalina “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, Pág. 52.
61. Hobbes, T. (2003). *El leviatán* (pp. 227-228). Buenos Aires: Losada.
62. Huertas Díaz, O., Amaya Sandoval, C., & Malte Ruano, G. (2017). Autoría mediata a través

- de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, 12(23), 88.
63. Jellineck, G. (2004). *Teoría general del Estado* (p. 194). México D,F: FCE.
64. Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. 5th ed. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, p.224.
65. Krzeminska-Vamvaka, J. (2010). Horizontal effect of fundamental rights and freedoms - much ado about nothing? german, polish and EU theories compared after viking line. St. Louis: Federal Reserve Bank of St Louis. Retrieved from <https://search.proquest.com/docview/1698349246?accountid=13250>
66. Mendoza Piñeros, A. M. (2012). El desplazamiento forzado en Colombia y la intervención del estado. *Revista De Economía Institucional*, 14(26), 172.
67. Mendoza Vásquez, J. (2011). Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Pensamiento Americano*, 4(7), 47-51.
68. Muñoz Pinzón, C. (2014). La responsabilidad extracontractual del Estado (2nd ed., p. 382). Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
69. Navas, I. (2015). Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal. *Política Criminal*, 10(20), 683.
70. Organización de las Naciones Unidas. (2017). Un.org. Retrieved 7 June 2017, from <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>
71. Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. (1993). Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

72. Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. (11 de febrero de 1998). Principios rectores de los desplazamientos internos de las Naciones Unidas.
73. Quinche Ramírez, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana De Derecho Procesal Constitucional*, 12, 167 y 169.
74. Registro Unico de Víctimas (RUV). (2017). Retrieved 9 June 2017, from <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>
75. Rodríguez Rodríguez, L. (2001). Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia. *Universitas*, 18(101), 603 y ss.
76. Rousseau, J. (2004). *El contrato social* (p. 24). Madrid: Sergio Sevilla.
77. Roxin, C. (1963). Delitos en el marco de los aparatos de poder organizado (pp. 193-207).
78. Saavedra Becerra, R. (2004). La responsabilidad extracontractual del Estado (3rd ed., p. 714). Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
79. Schmitt, C. (1963). *El concepto de lo político* (p. 8). Madrid.
80. Valladolid Bueno, T. (2011). Justicia y Memoria. La justicia reconstructiva. Presentación de un nuevo paradigma (1st ed., p. 219). Madrid: Anthropos.
81. Weber, M. (2002). *Economía y sociedad* (p. 54). Madrid: Fondo de cultura económica.