

Fernando Yepes Gómez

El estudio, en Colombia, de la responsabilidad del Estado por las denominadas ejecuciones extrajudiciales, ha sido objeto tanto del análisis del Consejo de Estado, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha descansado sobre la idea de que la imputabilidad jurídica no entraña discusión.

Este libro está orientado al examen de la conceptualización constituida sobre esta figura jurídica, partiendo de otras normas constitucionales y de otros contenidos legales.

El texto invita a la reflexión para informar o descartar el deber patrimonial de la Fuerza Pública en las ejecuciones extrajudiciales.



La imputabilidad jurídica en la responsabilidad patrimonial del Estado por las ejecuciones extrajudiciales

Poemia
Su casa editorial

El autor



Soy abogado, egresado de la Universidad de San Buenaventura – Cali, 2000. Realicé la Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Pontificia Bolivariana, de Medellín en 2002. Asimismo la Especialización en Contratación Estatal en la Universidad Externado de Colombia, 2009 soy Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Cali, 2013.

Poseo otros estudios: Diplomado en Derecho Administrativo, 2000 y Diplomado en Procedimiento Contencioso Administrativo de la Universidad Santiago de Cali, 2004; Conciliador en Derecho, 2004; Diplomado en Pedagogía Universitaria de la Universidad Libre, 2010.

Ejerceré como abogado litigante en el área del Derecho Administrativo. He laborado en la Rama Judicial, en la Jurisdicción Penal y en el Contencioso Administrativo.

Entrego a mis amables lectores esta obra, producto de la investigación y del estudio que siempre formarán parte de mi actividad profesional.

La imputabilidad jurídica
en la responsabilidad
patrimonial del Estado por las
ejecuciones extrajudiciales

FERNANDO YEPES GÓMEZ

La imputabilidad jurídica
en la responsabilidad
patrimonial del Estado por las
ejecuciones extrajudiciales

Poemia
Su casa editorial

LA IMPUTABILIDAD JURÍDICA EN LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LAS EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES

ISBN: 978-958-8705-65-1

© Derechos Reservados de Copia para la presente edición 2013 por Fernando Yepes Gómez

E-mail: feyego@yahoo.com

El Contenido del documento es de exclusiva responsabilidad intelectual del autor.

Asesoría editorial

Lizardo Carvajal,
E-mail: lizardo@lizardo-carvajal.com
www.lizardo-carvajal.com
Móvil: 3168308708

Edición e Impresión

POEMIA, su casa editorial, Carrera 24 D Oeste No. 4-108
Teléfono: (2)3719822, Cali, Colombia.
poemiaterritoriodelaescritura.blogspot.com

Este libro no podrá ser reproducido en todo o en parte, por ningún medio impreso o de reproducción sin permiso escrito del titular del Copyright.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Agradecimientos

A Dios, a mis padres, a mis hermanos, pues cada línea y párrafo de este texto no es producto de mi esfuerzo, sino del de ellos, quienes con su profundo sacrificio, que sólo nuestra familia conoce, promovieron continuar con mi carrera; a todos aquellos que han impulsado mi actividad profesional y académica.

A mis compañeros de trabajo, de estudio y a todos los docentes de los que he tenido la oportunidad de aprovechar sus conocimientos.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
--------------------	----

Capítulo I

Reseña de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus agentes

1. La evolución de la responsabilidad patrimonial de la administración pública	29
2. Función de la responsabilidad	40
3. Elementos de la responsabilidad estatal	41
3.1. El daño antijurídico	41
3.2. Imputación	47
3.2.1. La causalidad material	48
3.2.2. La imputabilidad jurídica	51
4. Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos	61

Capítulo II

Ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos

1. Definiciones doctrinarias	72
2. Reporte de autoridades supranacionales sobre el tema	78
3. De las políticas estatales	79
4. Responsabilidades derivadas para el agente de la fuerza pública en las denominadas ejecuciones extrajudiciales	86
4.1. Responsabilidad penal	88

4.1.1. Jurisdicción Penal Militar. Juez excepcional	99
4.1.2. El derecho penal militar y el fuero militar.....	107
4.1.3. La relación con el servicio.....	109
4.2. Responsabilidad disciplinaria	119
4.2.1. Régimen de la Policía Nacional	120
4.2.2. Régimen de las Fuerzas Militares	123
4.2.3. El ámbito de aplicación del derecho disciplinario para la Fuerza Pública observa sólo calidad de servidor y ejecución del acto en servicio activo	124
4.3. Responsabilidad patrimonial. Derecho de las víctimas a ser resarcidos	125
4.3.1. Responsabilidad personal del agente público, como presupuesto de ausencia de la responsabilidad	126
4.3.2. La imputabilidad. Concepción	130
CONCLUSIONES	142
RECOMENDACIONES	144
BIBLIOGRAFÍA	147

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas de la historia en Colombia han estado marcadas por el profundo azote de los actos de violencia de grupos subversivos¹, la reacción del Estado no se ha hecho esperar, y en el afán de mejorar los resultados frente a las actividades de los integrantes de los grupos al margen de ley ha tratado a proponer variedad de políticas a los miembros de la Fuerza Pública, para estimular o incentivar su valiosa actuación. Sin embargo, como se mostró, aunque incipientemente, a finales de la década de los setenta y palmariamente en la primera década del siglo XXI, se generalizaron prácticas, eso sí denunciadas interna y externamente², consistentes en conducir a las víctimas con el apoyo de civiles informantes, simular combates o atribuirle la comisión de delitos, para obtener privilegios económicos e institucionales por su muerte, de suerte que se terminó en continuación de prácticas criminales con el velo de jurídicas y legales para reflejar eficacia y eficiencia.

¹ VALERIO GUTIÉRREZ, Alberto. Violencia en Colombia años ochenta y reforma constitucional. Primera Edición. Santiago de Cali: Editorial Universidad del Valle, Marzo de 1998. p. 39.

² (i) Informe del 24 de febrero de 2011 de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (OHCHR). Disponible en internet: <http://www.ohchr.org>; (ii) Informe de junio de 2010, Relatoría de la Organización de las Naciones Unidas, del Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, programa conjunto de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y de la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT), disponible en internet: <http://www.un.org>; (iii) Informe de agosto de 2008, de Amnistía Internacional. Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/human-rights>.

El menoscabo y vulneración de derechos fundamentales de la ciudadanía, no podía inferir otro juicio de reproche al Estado, que el de declarar su deber indemnizatorio frente a las víctimas, por las turbadoras notas luctuosas que empañan, además, la credibilidad en la Fuerza Pública del Estado, pues si su misión y función es la de garantizar o salvaguardar los derechos del administrado, el convertirse en el artífice y promotor de esas trasgresiones, deja un manto de desconfianza en su labor, hay translocación de posiciones de asegurador a infractor.

La responsabilidad del Estado por los daños causados a los asociados ha tenido una juiciosa evolución a partir de la interpretación del artículo 16 de la Constitución Política de 1886³, influenciada por la jurisprudencia y doctrina francesa⁴ como la española⁵, que permitió, en su momento, definir caracteres especiales para estructurar la responsabilidad patrimonial de las

³ La Carta Política de 1886 no insertó contenido normativo que pudiese servir de base o fundamento general a la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios que causara con su actividad o que se produjeran con ocasión de la misma, lo que determinó un invaluable esfuerzo jurisprudencial que finalmente logró la autonomía de esta institución respecto de la equivalente existente en el derecho privado en relación con los daños ocasionados entre particulares, dotándola de reglas propias extraídas, fundamentalmente, de los principios de la misma Carta de 1886. Léanse por ejemplo las decisiones del Consejo de Estado del 30 de septiembre de 1960, M.P. Francisco Eladio Gómez, Actor: Esther Wolf de Posada, en la que sostuvo: «...La responsabilidad del Estado... no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados». En fallo del 2 de noviembre del mismo año, con ponencia del Dr. Carlos Gustavo Arrieta, se explicó: «En la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el código contencioso administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias, la reglamentación del derecho privado».

⁴ Por ejemplo el profesor Michael Paillet, Louis Josserand.

⁵ Entre otros, Ricardo de Ángel Yagüez, Eduardo García de Enterría.

instituciones públicas, que marcó un panorama diferente a la responsabilidad civil patrimonial, contemplado en la legislación civil. Y es que, como lo anota Josserand⁶, «la historia de la responsabilidad es la historia y es el triunfo de la jurisprudencia, y también, en ciertas medidas, de la doctrina. En términos más generales, es el triunfo del espíritu, del sentido jurídico... Los jueces han sido el alma del progreso jurídico, los artífices laboriosos del derecho nuevo contra las fórmulas caducas del derecho tradicional».

La construcción de parámetros diferenciadores introdujo aspectos que permitían establecer un despejada divergencia entre la responsabilidad personal del servidor público de la responsabilidad de la entidad estatal. Es así como se incorporaron conceptos como el daño antijurídico⁷ y el de imputabilidad.

La Carta Política de 1991 produjo la «constitucionalización» de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, ya que la responsabilidad patrimonial del Estado en ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos. Súmese que con el nuevo modelo estatal, el Estado Social de Derecho, se presentan dos grandes axiomas fundantes: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones

⁶ JOSSERAND Louis, Derecho Civil. Tomo II. Buenos Aires. Bosch. 1950, p. 344.

⁷ Mediante la Constitución Política de 1991, se acuña en nuestra sociedad jurídica un nuevo criterio de definición de la responsabilidad del Estado bajo el concepto de daño antijurídico. Así como la teoría de la culpa o falla del servicio tenía su fundamento en el Derecho francés, la tesis del daño antijurídico se constituye en una figura originaria del Derecho español, cuyo soporte constitucional se encuentra plasmado en el artículo 106 de la Constitución de dicho país. En nuestro caso, la antijuridicidad del daño como criterio para establecer la responsabilidad del Estado colombiano, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política.

se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente⁸.

El Consejo de Estado empezó a construir el concepto, ya con la innovación constitucional:

Es verdad que la Ley de Leyes no define el concepto de daño antijurídico, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para Leguina, «un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica...La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de (injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal), ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional (...) Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que debe ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar (...) Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832 de agosto 8 de 2001, Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 9º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., 2001. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5511>. Consultado: Marzo 13 de 2012.

de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular⁹.

Tal orientación surgió desde las diferentes ponencias presentadas en la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el tema. En la que se presentó para primer debate se sostuvo:

Por otra parte, conviene que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada «falta del servicio público», dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la «responsabilidad por daño especial».

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social¹⁰, es decir que tiene como cimiento el daño ocasionado a la víctima, que pasó a ser el elemento más importante de la responsabilidad patrimonial estatal.

⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 22 de noviembre de 1991, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente. Julio César Uribe Acosta. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co>. Consultado: Mayo 16 de 2012.

¹⁰ GACETA CONSTITUCIONAL. Bogotá D.C. Abril, 1991, No. 56. 15 p.

La mayor parte de las situaciones ocurridas, con reiteración, durante estos últimos años han dado lugar a las censuras de responsabilidad patrimonial no sólo ante los estamentos internos sino ante órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ambas jurisdicciones el soporte de la obligación indemnizatoria declarada, descansa bajo el supuesto de la obligación del «Estado» como ente garantista del respeto por los derechos humanos¹¹. Así no sólo la omisión sino la acción ilícita de sus componentes en desarrollo de los actos conocidos como «falsos positivos» o «ejecuciones extrajudiciales», comprometen a la entidad estatal por la relación causal en que se desenvuelve cada suceso atroz de su agente, que en desarrollo aparente del servicio público envuelve una actividad delictiva que procura sólo la obtención de un interés personal.

El Consejo de Estado ha delimitado a partir del contenido del artículo 90 de la *Constitución Política de Colombia de 1991* una teoría de la responsabilidad patrimonial de la administración pública que ha permitido cierto pacifismo académico, aunque sin que pueda desertarse la discusión propia de cualquier evento con trascendencia jurídica, y que se hace necesaria para enriquecer la órbita académica, pues esta área del derecho no sólo involucra estudios desde el frío plano de la licitud, legalidad o legitimidad, sino que se observan componentes de orden constitucional y supraconstitucional, donde el talante del derecho conculcado, la anteposición de principios y valores constitucionales juegan papel relevante para impulsar la decisión jurisdiccional de reproche patrimonial.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Juez Antonio A. Cancado. Sentencia de marzo de 2005, cf. Caso «Masacre de Mapiripán». Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf. Consultado. Abril 13 de 2012.

sin embargo, el tema no puede ser ajeno a la constante reevaluación de conceptos, producto de la concepción y orientación filosófica del operador jurídico de turno, que introduce o resta elementos a una teoría, o simplemente para dar suficiente argumentación a su posición, como ha ocurrido vr. gr. con la introducción del denominado «daño a la salud», como una postura renovadora frente a la multiplicidad de perjuicios inmateriales que se venían planteando por los operadores¹².

El examen de la responsabilidad en los eventos que tratan este escrito, forja un análisis teórico-jurídico desde el elemento «imputabilidad», para llegar a identificar el tipo de responsabilidad del servidor público comprometido, en especial la que surge frente al administrado, y si ella termina, en realidad, comprometiéndola de la institución pública. Uniformes y claros han sido los precedentes del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que no todo acto de un servidor público compromete necesariamente la actividad de la administración pública¹³, pues para ello deberá tenerse en cuenta si guarda «relación con el servicio o no», o fue «con causa o con ocasión del mismo», para delimitar la responsabilidad de la institución de la denominada falta personal sin atribución al servicio. No obstante se presentan eventos en que la apariencia de la ejecución de una misión o una labor pública habrán de servir de telón del acto que se ejecuta con un interés subjetivo en donde el servicio público no ronda la intención del servidor.

¹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del día catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011), C.P. Dr. Enrique Gil Botero, radicación número: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031), actor: Antonio José Vigoya Giraldo y otros. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co>. Consultado: Febrero 13 de 2012.

¹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 76001-23-31-000-1995-01581-01(17201), Actor: Yasmín Millán Dávila y otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co>. Consultado: Enero 24 de 2012.

En las voceadas, en forma irregular, «ejecuciones extrajudiciales»¹⁴, se encuentra con frecuencia que el primer cuestionamiento en el juicio punitivo es la verificación de la correspondencia entre el acto ilícito y el ejercicio propio de la función militar para determinar el funcionario judicial competente para la investigación y juzgamiento de la ilicitud. Por ejemplo al respecto el *Código Penal Militar* vigente¹⁵ sostiene en el inicio de su articulado que «de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro», y después dispone que «son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado», para luego identificar que no están relacionados con el servicio en ningún caso «los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio».

¹⁴ La literalidad de la denominación pareciera dar a entender que existiera en Colombia legitimidad, y por orden judicial, de la ejecución de un ciudadano o administrado. La normatividad punitiva del Estado no contempla ninguna posibilidad de una ejecución o de un homicidio legítimo.

¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407. (17, Agosto, 2010). Por la cual se expide el Código Penal Militar». Bogotá, D.C. 2010. - Diario Oficial No. 47.804. Disponible en: www.secretariasenado.gov.co. Consultado. Febrero 3 de 2012.

La configuración de que trataba la Ley 522 de 1999 se mantuvo, pero difería en el llano ámbito de aplicación que en su momento señalaba el Decreto 2550 de 1988, Código Penal militar vigente al momento de la expedición de la Constitución Política en 1991; señalando que se aplicarían dichas normas «a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales, y agentes de la Policía Nacional»¹⁶, quedando a criterio del juzgador identificar cuando existía relación o no con el servicio.

La figura legislativa no fue sólo producto de la reflexión y el análisis de la responsabilidad patrimonial de la administración, estos cambios han obedecido a la adecuación del régimen jurídico interno gracias a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁷, encontrando antecedentes en donde, a raíz de algunos episodios, se pidió que se excluyera «a la Policía colombiana de la jurisdicción militar

¹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 522. (12, agosto, 1999). Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1999. no. 43.665. p.33-191.

¹⁷ A pesar el término «recomendaciones» usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana (norma transcrita en párrafos anteriores), la Corte encuentra que él se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado (apartado 67). Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de diciembre de 1995, Caso Caballero Delgado y Santana-Colombia. Las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento. De allí que el contenido jurídico de la expresión coincida con su sentido corriente. Los destinatarios de éstas son los Estados Partes en la Organización Internacional, y en ocasiones, los particulares.

como se establece parcialmente bajo la nueva Constitución colombiana. La jurisdicción militar debería excluir actos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada, y estos delitos deberían estar sometidos a la jurisdicción de los tribunales civiles»¹⁸. Pero el objetivo fijado es lograr una investigación penal imparcial de los hechos y que permita a los familiares de las víctimas de las violaciones participar, con uso pleno, de sus prerrogativas en los procesos penales ante los tribunales militares, pues lastimosamente los resultados de la jurisdicción penal militar sobresalen por el alto grado de impunidad en sus investigaciones¹⁹, y la negación al acceso al instructivo por parte de las víctimas y afectados.

La misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reiteró en el Informe No. 26 del 30 de septiembre de 1997, la sugerencia al Estado colombiano adoptar «los cambios en la Constitución, legislación o jurisprudencia que sean necesarios para que los delitos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada cometidos por la Policía colombiana estén, en este tipo de casos, sujetos a la jurisdicción ordinaria»²⁰, pidiendo iniciar «las acciones que sean necesarias, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, para permitir la investigación y sanción penal de los responsables. Esto debe incluir una investigación seria, imparcial y completa terminando en un recuento oficial, adoptado por el Estado, donde se expondrá una versión correcta y completa de los hechos».

¹⁸ Vr. Gr. Informe No. 50 de 1996, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 93º Período Ordinario de Sesiones.

¹⁹ En el Informe de la misión a Colombia presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas por el Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. Marzo 31 de 2010, párr. 10 y 11, respecto de la ausencia de denuncias e investigaciones, el informe del Relator Alston, indicó: «(..) 29. La falta de atribución de la responsabilidad penal ha sido un factor clave para que sigan produciéndose casos de falsos positivos. La tasa de impunidad de los homicidios atribuidos a las fuerzas de seguridad se estima actualmente en la alarmante cifra del 98,5%²⁴. Simplemente, los soldados sabían que podían cometer tales actos y salir impunes».

²⁰ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Dentro del caso 11142. Peticionario Arturo Ribón vs. Colombia. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/>. Consultado. Febrero 13 de 2013.

El legislador colombiano en los estatutos punitivos de la Fuerza Pública de los años 1999 y 2010, regularon de manera literal la recomendación. La nueva regla jurídica no sólo puede admirarse como el compromiso estatal por el respeto de los Derechos Humanos y el acatamiento de las normas de Tratados Internacionales²¹, sino como la consecuencia del reconocimiento de la actuación ilícita y deliberadamente inconexa con la misión militar o policiva. Aquellas posturas recogidas en las disposiciones normativas como las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, en sus primeros artículos, que readecuaron el ámbito de aplicación de que trataba en el antiquísimo Decreto 250 de 1958 y el 2550 de 1998; llama a recapacitar sobre la relación jurídica entre el acto y el servicio como presupuesto de la imputabilidad jurídica, soporte de la juicio indemnizatorio que adelantan con frecuencia la

²¹ Mediante la Ley 16 de 1972 (publicada en el Diario Oficial N° 33780 del 5 de febrero de 1973), el Estado colombiano aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El 8 de mayo de 1985, mediante instrumento internacional, el Estado colombiano reconoció por tiempo indefinido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal en sentencia del 1 de noviembre de 2007, radicado 26.077, M.P. Dr. sostuvo: «El inciso 1º del artículo 93 de la Constitución Política de 1991 señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. «En este orden de ideas, resulta válido afirmar que la Constitución, directamente, confiere plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios debidamente ratificados por Colombia. «Y es a partir de esa preceptiva que se ha fundamentado el concepto de bloque de constitucionalidad, referente a las normas constitucionales que no están consagradas directamente en la Carta, pero que regulan principios y valores a los cuales remite esta. «Entonces, si la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de protección de los derechos humanos de la Organización de Estados Americanos –OEA-, de la cual forma parte Colombia, como también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que aprobó la Ley 16 de 1972 y se ratificó el 31 de julio de 1973, forzoso es colegir que la Convención, como instrumento de protección de los derechos humanos, hace parte del ordenamiento interno y del bloque de constitucionalidad».

jurisdicción contenciosa administrativa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin que esto implique, se aclara, el menoscabo del derecho de la víctima y sus familiares a ser resarcidos.

El desarrollo de esta investigación llama a la atención y reflexión de la postura judicial en las responsabilidades jurídicas que derivan para el agente público por las «ejecuciones extrajudiciales», y si la posición tradicional de la jurisprudencia en Colombia del deudo patrimonial de la Fuerza Pública frente a las víctimas, guarda coherencia con la conceptualización y teorización de la responsabilidad patrimonial a la luz del artículo 90 superior. Y es que se entiende la postura tradicional, pues el garantismo y el respeto por el derecho de la víctima deben irradiar la actuación del operador jurídico, sin embargo se debe asumir una posición imparcial.

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado requiere la confirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico se atribuye al Estado cuando haya el soporte fáctico y la atribución jurídica.

La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide, inicialmente, extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública²². Si la imputación tiene relación con el servicio, por el cumplimiento de finalidades y funciones asignadas por la Constitución, la ley y el reglamento a la Fuerza Pública, el evento que no guarda relación con la labor funcional que el constituyente asignó, sino que derivó de las condiciones y de los medios, sea instrumentales o temporales, no podría concebirse como deber

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-254 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria. Consultado. Enero 30 de 2012.

de la institución pública reparar la víctima, cuando la actuación, si bien se produjo con la ocasión que el servicio permitió, no está ligado a la finalidad y a las potestades del Estado y que se desarrollan por su agente público. Cualquier acto desligado del desarrollo de la función pública asignada al servidor o agente de la Fuerza Militar o de Policía, implicaría en ejercicio que desatiende las misiones constitucionales, como así lo imponen los artículos 95, 209, 217, 218 de la Carta Política, entre otros.

La ausencia de responsabilidad del Estado, sin embargo no dejaría desprovisto a la víctima de la reparación integral del perjuicio, y es que el deber resarcitorio muta de deudo, o por lo menos radica en una sola persona, el agente público comprometido. Lo que si se requiere es la existencia de mecanismos que aseguren, preventivamente, que el servidor de la Fuerza Pública asome con el suficiente respaldo patrimonial, si es del caso, ante la ocurrencia del suceso.

La investigación abarca una primera parte con conceptos claros sobre la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado, los estadios que se superaron a lo largo de la historia, en especial el surgido el último siglo en Colombia, la función de cumple la responsabilidad, como mecanismo de protección de derechos fundamentales del administrado, para luego detallar los elementos tradicionalmente distinguidos, por la doctrina y la jurisprudencia, como ingredientes estructurales de la responsabilidad, haciendo énfasis en el punto central del escrito: la imputabilidad jurídica.

El primer capítulo termina con el análisis de la responsabilidad de los servidores públicos, bajo la óptica de los condicionamientos que plantean la normas constitucionales, artículo 6 y 90, para que pueda deprecarse de éstos dicho deber resarcitorio, haciendo claridad cuándo dicho acto si imputa como personal y cuándo se imputa al ejercicio de la función en el que compromete la actividad de la administración pública.

El segundo capítulo aborda, en su primera parte, las denominadas ejecuciones extrajudiciales, consignando definiciones que al respecto se han construido por la doctrina de los organismos internacionales, de carácter judicial y no judicial,

conceptualización que se ha asimilado en Colombia, atendiendo, como se expone en la génesis de la investigación; el gran número de eventos en un lapso coincidente con las políticas de seguridad democrática del período presidencial de Álvaro Uribe Vélez. Se plantea un recuento histórico de las políticas del Estado para incrementar la productividad de la Fuerza Pública, bajo la generación de compensaciones, unas económicas y otras no; que emergieron como impulso para mostrar resultados que no correspondían a la realidad.

El producto de las actuaciones, calificadas de arbitrarias e ilícitas, con miras al cumplimiento de las metas y objetivos fijados, generan diversas responsabilidades jurídicas, a saber: la penal, la disciplinaria y la patrimonial. Así, se realiza un análisis bajo cada órbita de competencia para resaltar las consecuencias de los eventos, ejecuciones extrajudiciales, enfatizando en la responsabilidad patrimonial y la intrascendencia que para efectos del deber de responder por la institución pública surge, por la inconexidad del acto con el servicio.

El objetivo de esta investigación es la de analizar qué responsabilidades asume el miembro de la Fuerza Pública, así como la institución estatal por las denominadas «ejecuciones extrajudiciales» o «falsos positivos». Para ello es importante, como se desarrolla en los respectivos capítulos, como objetivos específicos, establecer juicios claros para diferenciar la responsabilidad personal del servidor público de la responsabilidad patrimonial de la entidad estatal por estos actos.

Asimismo, se delimitarán criterios que permitan distinguir las figuras de «nexo causal» e «imputabilidad» dentro del análisis de la responsabilidad patrimonial de las instituciones en estos eventos.

Esta investigación es jurídica-descriptiva, con una utilidad práctica donde se recogen aspectos del derecho penal, disciplinario, pero esencialmente del derecho administrativo en el área de la responsabilidad patrimonial del agente y del Estado. Corresponde a un tema abordado por la jurisprudencia nacional como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque la propuesta acopia otra perspectiva, bajo argumentaciones que difieren en un aspecto trascendental de la responsabilidad patrimonial y es el alcance del elemento «imputabilidad a la

administración pública», planteando inquietudes respecto de la tradicional concepción que un acto militar o policial realizado «con ocasión o por causa del servicio», pueda ser atribuido al ente público.

Es una investigación de tipo básico que, en términos generales, contribuye en la elaboración de un nuevo conocimiento, bajo un método analítico, de síntesis y hermenéutico en la que se acudió a las nociones del derecho administrativo, penal y penal militar que nos permitió encontrar contradicciones teóricas que dieron lugar a esta propuesta, partiendo de los contenidos señalados en las legislaciones pertinentes y, en especial, en las construcciones que ha hecho la vasta jurisprudencia que sobre el tema ha propuesto el Consejo de Estado, decantada en varios pronunciamientos específicos de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal-, la Corte Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin dejar de lado la doctrina especializada, en especial la española, Eduardo García de Enterría, que marcó profundos derroteros en el asunto de la responsabilidad patrimonial del Estado y la responsabilidad personal del Agente Público.

La argumentación de la propuesta investigativa, invita por lo menos, a la reflexión de la viabilidad de re-edificar una figura que ha sido invariable durante años, en especial desde su consagración constitucional, sin desatender otros postulados constitucionales que permitan asegurar para la víctima el derecho a ser resarcido.

Por tratarse de una investigación teórica, básica, y según las argumentaciones que se exponen, se ha tenido como fuente la corriente del realismo jurídico, pues resultó, y coincide como característica, el análisis del derecho frente a la aplicación por parte del operador jurídico, donde, como se enunció, la jurisprudencia, los fallos judiciales, resultaron fuentes determinantes para el asunto a tratar; en otros términos la interpretación que de las pocas normas en el asunto, han realizado los actores jurídicos, atendiendo el contexto social de un estado de violencia, no sólo generado por los administrados sino por factores y actores del Estado, como se reseñará más adelante.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar el patrimonio del Estado y sus agentes, en el marco de la responsabilidad patrimonial. Se trata de un estudio que busca comprender el alcance y los límites de esta responsabilidad, así como los mecanismos de reparación que corresponden a los damnificados. El autor aborda el tema desde una perspectiva jurídica, considerando tanto el ordenamiento interno como el derecho internacional. Se examinan los fundamentos teóricos y prácticos de la responsabilidad patrimonial, así como los criterios de imputación y los procedimientos de reclamación. El texto está dividido en capítulos que tratan sobre la naturaleza del patrimonio del Estado, los sujetos de la responsabilidad, los tipos de daños y las formas de reparación. El autor concluye que la responsabilidad patrimonial es un mecanismo esencial para garantizar la justicia y la equidad en el trato de los ciudadanos frente al poder público.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar el patrimonio del Estado y sus agentes, en el marco de la responsabilidad patrimonial. Se trata de un estudio que busca comprender el alcance y los límites de esta responsabilidad, así como los mecanismos de reparación que corresponden a los damnificados. El autor aborda el tema desde una perspectiva jurídica, considerando tanto el ordenamiento interno como el derecho internacional. Se examinan los fundamentos teóricos y prácticos de la responsabilidad patrimonial, así como los criterios de imputación y los procedimientos de reclamación. El texto está dividido en capítulos que tratan sobre la naturaleza del patrimonio del Estado, los sujetos de la responsabilidad, los tipos de daños y las formas de reparación. El autor concluye que la responsabilidad patrimonial es un mecanismo esencial para garantizar la justicia y la equidad en el trato de los ciudadanos frente al poder público.

CAPÍTULO I

RESEÑA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

DEL ESTADO Y SUS AGENTES

El presente capítulo tiene como finalidad presentar una reseña de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus agentes. Se trata de un estudio que busca comprender el alcance y los límites de esta responsabilidad, así como los mecanismos de reparación que corresponden a los damnificados. El autor aborda el tema desde una perspectiva jurídica, considerando tanto el ordenamiento interno como el derecho internacional. Se examinan los fundamentos teóricos y prácticos de la responsabilidad patrimonial, así como los criterios de imputación y los procedimientos de reclamación. El texto está dividido en secciones que tratan sobre la naturaleza del patrimonio del Estado, los sujetos de la responsabilidad, los tipos de daños y las formas de reparación. El autor concluye que la responsabilidad patrimonial es un mecanismo esencial para garantizar la justicia y la equidad en el trato de los ciudadanos frente al poder público.

El asunto de la responsabilidad patrimonial del Estado cuenta con un sinnúmero de teóricos jurídicos y doctrinantes²³ que al respecto han profundizado el tema. La responsabilidad patrimonial constituye el resultado de un proceso consecuente y evolutivo, atada indispensablemente a las formas estatales de la época.

Una vez consolidada la tesis de la responsabilidad del Estado, otros han sido los temas en discusión, las normas aplicables, la necesidad de un estatuto propio para la administración pública, y la creación de regímenes propios, autónomos, tal como se expondrá.

La exposición de esto se hará en un primer temario que recabará en el análisis que la doctrina expuso sobre la responsabilidad patrimonial estatal, sus orígenes, sus tesis fundantes y el proceso de consolidación del asunto.

1. La evolución de la responsabilidad patrimonial de la administración pública

En lapsos pretéritos el Estado se consideraba irresponsable pues no cometía culpa, o simplemente el hecho no tenía relevancia jurídica; *«se encuentra allí la persistencia de una idea ya presente bajo el Antiguo Régimen, los particulares no sabrían tener derechos contra el soberano, monarca, ayer; Estado-nación, hoy»*²⁴, la soberanía del Estado se imponía a los administrados sin contraprestación alguna, pues actuaba en ejercicio de su poder *imperium*. El fundamento matriz que respaldaba la irresponsabilidad del Estado, el de que el Rey estaba por encima del ordenamiento jurídico.

«En la edad moderna, con la consolidación del poder de las Monarquías europeas y la superación del feudalismo, las teorías iusnaturalistas del contrato social, unidas al patrimonio

²³ Como los españoles Eduardo García Enterría. Tomás Ramón Fernández, el francés Michael Paillet, en Colombia se destacan Enrique Gil Botero, Javier Tamaño Jaramillo, Alíer Eduardo Hernández, entre otros.

²⁴ PAILLET, Michael. La Responsabilidad administrativa. Traducción y estudio introductorio Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2001. p. 44.

corporativo moderno, abrieron el camino hacia una abstracción del Estado como titular del poder soberano. Aunque este poder no se diferenció netamente en el plano jurídico de los sujetos físicos que lo ejercían, se empezaba a vislumbrar una cierta separación entre la organización colectiva y los agentes que la integraban. Pero esta separación no pudo permitir, como se sabe, la afirmación de una responsabilidad del Estado»²⁵. Sin embargo, se permeó la propuesta que existían eventos en que la falla del Estado a través de sus instituciones lo hacían responsable patrimonialmente por la consecuencia del daño que se causara al administrado.

Las limitaciones que surgieron para la administración pública con el fenómeno de la Revolución Francesa, implicó que el Estado sólo podía hacer lo que la ley le permitiera, y hasta determinara cuándo procedía la responsabilidad de la regencia pública. Otros eventos resultaron determinantes para señalar que existía deudo patrimonial, y para ello fueron relevantes los denominados fallos Blanco²⁶ y Pelletier de la jurisdicción francesa en el que se ratificó que la responsabilidad podía atribuirse al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que

²⁵ MEDINA ALCOZ, Luis. La Responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. THOMSON Civitas. Primera edición. 2005. 47 p.

²⁶ El comienzo del desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia, lo dio el mencionado fallo «Blanco» del Tribunal de Conflicto de 8 de febrero de 1873 en el cual se estableció «que la responsabilidad que puede incumplir al Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares». Conforme la decisión, pieza fundamental en el derecho administrativo francés, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que, por el contrario, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados. Es decir, se insistió en la necesidad de construir una teoría de la responsabilidad del Estado con bases distintas que las del Código Civil, así el Consejo de Estado de dicho país planteó la distinción entre falta de servicio y falta personal que permitió considerar a la Estado como responsable pecuniariamente sin acudir a los conceptos tradicionales de estirpe civil como la culpa o dolo por parte del agente estatal.

empleara en el servicio público; erigiendo además la necesidad que el juzgamiento de aquellos eventos no podían ser los postulados normativos civiles, sino que se mostraba la necesidad de un ordenamiento jurídico y propio para la administración pública. A partir de aquel momento histórico se establece no sólo un punto de partida o génesis del derecho administrativo, sino de postulados y bases que constituiría la construcción de la responsabilidad patrimonial del ente estatal. El fallo Blanco infirmó la autonomía del derecho administrativo de la responsabilidad en relación con los estatutos civiles, que arrastró cada vez con más frecuencia el reconocimiento de la responsabilidad de la administración en situaciones donde el derecho civil no habría permitido satisfacer a la víctima. Así se citó por el Alto Tribunal de Conflictos Francés:

Considerando que la acción intentada por el señor Blanco contra el prefecto del departamento de la Gironde, representando al Estado, tiene por objeto hacer declarar al Estado civilmente responsable por aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, a causa de las heridas sufridas por su hija, por hechos de obreros, empleados por la administración del tabaco: Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por los hechos de personas que este emplea en el servicio público, no puede estar regido por los principios establecidos en el Código Civil, para las relaciones entre particulares.

Esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; ella tiene sus reglas especiales las cuales varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados. Que en consecuencia, bajo los términos de las leyes enunciadas anteriormente, la autoridad administrativa es la única competente para conocer del tema.²⁷

²⁷ NADER ORFALE, Rachid Farid. «Evolución Jurídica de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia». En: Revista *Advocatus*. Edición especial No. 15: 55 – 71. 2010. Universidad Libre Seccional Barranquilla. p. 56, 57.

El avance en la materia en Colombia ha sido marcado por los estadios de la jurisprudencia francesa²⁸, así luego de estadios de irresponsabilidad absoluta del Estado, de una responsabilidad limitada, se marcaron pautas de la responsabilidad sin restricción, no sólo bajo postulados normativos propios del derecho civil sino con asientos en preceptos constitucionales.

En octubre 22 de 1896 se encuentra un primer antecedente de responsabilidad del Estado colombiano, dando un vuelco a la irresponsabilidad que de éste se enseñaba a partir de los inicios de la Independencia. Una decisión de la Corte Suprema de Justicia de aquella fecha forjó el origen de la responsabilidad del Estado en Colombia. En el caso se estudiaba la hipótesis de un delito cometido por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o con pretexto del mismo²⁹, sostuvo:

Es cierto que el sistema federal que regía en Colombia, al tiempo que se cumplieron aquellos hechos ofrecía dificultades para que el gobierno general pudiera impedirlos oportunamente; pero los defectos de un sistema de gobierno no deben servir para privar a los extranjeros de las garantías a las que tiene derecho; y si esas garantías se vulneran por los mismos funcionarios públicos que deben hacerlas eficaces, y si esto sucede obedeciendo a órdenes de una autoridad superior como lo era el Gobernador de Panamá, la equidad exige que a la Nación se le declare obligada a reparar el daño ocasionado por agentes suyos, ya que sería ilusorio la responsabilidad civil que pudiera demandarse de los empleados delincuentes.

Todas las naciones deben protección a sus habitantes, nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan por un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes, como sucede en el presente caso, y cuando concurren circunstancias especiales que originaron la muerte de Rosazza.

²⁸ La reiterada referencia al derecho francés por parte de la doctrina y la jurisprudencia es perfectamente comprensible, ya que es en ese país donde la disciplina ha alcanzado su más alto grado de desarrollo.

²⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Primera reimpresión. Bogotá, D.C. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. p. 96.

Estos son los principios universales del Derecho Internacional moderno, conformes con la moral y la justicia, principios que obligan a las naciones civilizadas.³⁰

Al asunto visto se aunó el reconocimiento por vía legislativa de responsabilidad estatal, como lo es el pago de una indemnización por la expropiación de bienes inmuebles, o la ocupación de éstos por trabajos públicos. En Colombia desde la ley 38 de 1918, el Estado se aceptó como responsable por la ocupación o el daño de un bien inmueble producto de trabajos públicos. Esta misma causa estaría normada en la Ley 167 de 1941, artículos 261 y ss., que señalaba el derecho de acción tanto por ocupación permanente como transitoria de inmuebles, como los daños ocasionados por los trabajos públicos durante la ocupación.

La disposición legal determinó que la entidad pública respondería cuando dañara u ocupara temporalmente una propiedad inmueble, por razón de trabajos públicos, sin necesidad de investigar falta o falla de la administración es, pues, un caso de responsabilidad objetiva. Probado el título para pedir, la ocupación o daño, la orden de funcionario o agente público y la causa de los mismos, los trabajos públicos que son aquellos ejecutados directa o indirectamente por una entidad de derecho público, sobre un bien inmueble y con fines de utilidad o servicio público, deviene consecuentemente, para el Estado, la obligación de indemnizar. Era un asomo de un sistema objetivo de indemnización, de una evidente aplicación de la norma legal, sumada al contenido del entonces artículo 33 constitucional, que disponía que:

En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.

En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.

³⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de octubre de 1896, Magistrado Ponente Carmelo Arango M.

La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes. (Subrayado es nuestro)

La norma superior configuró un evento de responsabilidad objetiva, cuyo fundamento único es el hecho de la ocupación de la expropiación temporal, sin atender el estadio de la culpabilidad.

La Constitución Política de 1886 no estatuyó fundamento normativo de la obligación indemnizatoria de la administración pública al causar un perjuicio con su actividad, lo que implicó sobresaliente esfuerzo de la jurisprudencia para lograr la autonomía de esta institución respecto de la semejante ya existente en el derecho civil relacionada con los daños causados entre particulares. Así se dotó de reglas propias extraídas, fundamentalmente, de los principios de la Constitución Política de 1886, en especial del mandato 16 constitucional que señalaba como finalidad de «*Las autoridades de la República... proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*», que tendría «*un doble valor, constituiría el eje normativo de la base del diseño de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, y por la otra en muchos casos sirvió como regla, estableció una obligación a cargo del Estado para deducir su transgresión y una falla del servicio, ante un deber estatal incumplido en un caso concreto*»³¹. Así la regla jurídica de dicho artículo ya esbozaba, aunque incipientemente, el régimen subjetivo de la responsabilidad.

La Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento que se citó del 22 de octubre de 1896, sostuvo que «todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que el Estado como persona jurídica no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan

³¹CABRERA SUAREZ, Lizandro y ARIAS, Carlos Olmedo. El Estado colombiano, su responsabilidad civil en actos terroristas producidos por terceros. Universidad Santiago de Cali. POEMIA. Cali: 2012. p. 30.

con sus bienes». Así mismo, en sentencia del 20 de octubre de 1898, se creó otro principio de iguales características:

La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable. Siendo el Estado una persona jurídica...no puede desconocerse que los actos del agente comprometen la responsabilidad civil del comitente que obra en nombre de aquel y en ejercicio de la facultad que se le ha dado.

Algunos contenidos de la Carta Superior, además, erigían una modalidad de responsabilidad de la administración pública: el artículo 30 luego de la reforma del Acto Legislativo No. 1 de 1936, refería la indemnización en los casos de expropiación por motivos utilidad pública; el artículo 31, al señalar la obligatoriedad de la indemnización en favor de las personas que fueran privadas del ejercicio de una actividad lícita como consecuencia de la creación de un monopolio estatal; el mencionado artículo 33 que preveía, como se citó, la indemnización para la expropiación en los casos de guerra para atender el restablecimiento del orden público.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo desde el año de 1947, había hecho manifiesto la tendencia de apartarse, en materia de responsabilidad estatal, de las contenido del código civil, encontrando suficiencia en los contenidos de la ley 167 de 1941³², para determinar la indemnización de los perjuicios que el Estado causaba, incluso, si su conducta estuvo ajustada a derecho. Sostuvo la colegiatura:

³² Los artículos 67 y 68 del C.C.A. de 1.941 disponían: Art. 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho. Art. 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes.

No quiere (La Nación) que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor.³³

La consagración de la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado, entrañó acogida de la denominada teoría de la doctrina española de «lesión antijurídica»³⁴, que así señaló Eduardo García de Enterría, introducida en nuestro ordenamiento superior como el «daño antijurídico»; y que abrió paso a la construcción de teorías que hasta antes del 1991 constituían conceptualizaciones jurisprudenciales o doctrinales sin un respaldo normativo de orden supralegal, o por lo menos reglas jurídicas que hicieron del tema una discusión de bases sólidas.

En sentencia de junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991), con ponencia del Dr. Julio César Uribe Acosta, radicado número: 6454, actor: Edgar Pérez Rodríguez y otros, en un caso decidido antes de la vigencia de la Carta Política de 1991, el H. Consejo de Estado al hacer referencia a la figura sostuvo:

³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 29 de julio de 1947. Actor: El Siglo S.A., C.P. Dr. Gustavo A. Balvuela. Disponible: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Febrero 3 de 2012.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMON FERNANDEZ, Tomás. Curso de derecho Administrativo. II Editorial Civitas S.A., 2001, p. 44. «El concepto técnico de lesión resarcible, a efectos de responsabilidad, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación, no en su comisión, sino en su producción, respecto al titular del patrimonio contemplado, y finalmente, la posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso a la Administración Pública), puesto que si el perjuicio se imputase al mismo titular no habría antijuridicidad, porque nadie puede hacerse agravio jurídico a si mismo, ni cabe imaginar tampoco un auto-deber de reparación, y si se imputase a una causa extraña o a fuerza mayor, sobre faltar también la nota de antijuridicidad, no existiría un sujeto al que atribuir el deber de resarcimiento, que es la finalidad última de la institución».

Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión «funcionamiento anormal de los servicios públicos» sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de «funcionamiento normal» (o funcionamiento de los servicios públicos» simplemente, en el art. 106, 1 de la Constitución), lo cual supone la inclusión dentro del ámbito de cobertura patrimonial, de los daños causados involuntariamente o, al menos, con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos, y, en definitiva, los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios, puesto que sólo de excluyen expresamente «los casos de fuerza mayor» (precisión hoy ya cuestionada) es decir, los «acaecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza» (dictamen del 29 de mayo de 1.979) expresión cuya intención no es otra que la de atribuir a la Administración los efectos perjudiciales del caso fortuito, como o más adelante precisaremos, «En síntesis - dice ciertamente el auto de 10 de febrero de 1.972 - hasta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño y prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador del daño.

El fallo siguió discurriendo sobre el análisis de la doctrina extranjera:

La ley española, al propio tiempo que supera los planteamientos tradicionales en orden al fundamento de la responsabilidad evita así las complicaciones inherentes a la distinción entre expropiación y responsabilidad sobre el par de conceptos lícito e ilícito, que en el Derecho alemán se siente ya como una limitación, sustituyendo ese criterio diferenciador por otro mucho más simple y también más nítido, según el cual la expropiación se configura, como ya sabemos, como una actuación formal directamente dirigida al despojo, por lo tanto, a un procedimiento solemne y, sobre todo, al requisito esencial del previo pago, mientras que la responsabilidad descansa sobre un hecho jurídico (o también, acto jurídico, pero en este caso dirigido a una finalidad sustancial distinta) que ocasiona residual o incidentalmente un

daño a un patrimonio privado, que es preciso reparar, eso sí, en la misma medida, tanto si se debe a una situación ilícita anormal como a una actuación normal y lícita, distinciones todas ellas que carecen de relieve desde el punto de vista del sujeto dañado, que es la perspectiva relevante en la que se sitúan tanto el art. 1o. como el art. 121 LEF, definiendo de este modo la más amplia cobertura patrimonial de los ciudadanos frente a la actuación de los entes públicos.³⁵

La posibilidad de la responsabilidad sin falta se mostraba como un nuevo evento del deber resarcitorio de la administración. Así, acudiendo a la exposición de los profesores españoles, siguió la providencia citada:

Es preciso admitir que la responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como «teoría subsidiaria de aplicación excepcional. (Rivero - Droit Administratif).

(...)

Reestudiada la jurisprudencia vigente, y particularmente el fallo de ocho de marzo de 1984, que se cita en la sentencia, la Sala considera que la situación fáctica que se recoge en la «causa petendi» debe manejarse a la luz de la idea de ‘LESION», como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación. Este concepto ha sido desarrollado en la doctrina española por LEGUINA Y GARCIA DE ENTERRIA, Para el primero, «... un daño ser antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada - por imperativo expícito del ordenamiento - a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica» (Cita de J.M. de la Cuétara. La actividad de la Administración Tecnos, pág. 554).

La decisión concluyó:

Dentro de este marco, la responsabilidad de que trata el artículo 2350 del Código Civil, se torna OBJETIVA en el derecho administrativo, pues como lo enseña el Profesor J.M. de la

³⁵ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y RAMON HERNANDEZ, Tomás. Curso De Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1977. p. 334 – 337.

Cuétara, «... no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un PERJUICIO ANTIJURIDICO EN SI MISMO; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial. A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:»

(...)

En el caso en comento se probó un resultado dañoso, que causó un perjuicio efectivo al lesionado Señor Edgar Pérez Rodríguez, evaluable económicamente, motivo por el cual es claro que a la luz de la ley y el derecho surge la obligación para la administración de indemnizarlo, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del hecho que originó el daño. La tesis que se deja expuesta, encuentra también en el artículo 16 de la Constitución Nacional, al preceptuar que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes. (Subrayado es nuestro).

En el nuevo universo constitucional, la responsabilidad no está únicamente ligada al actuar negligente, culposo o doloso, es decir a criterios subjetivos, desplazándose a criterios objetivos, fundamentados en principios de justicia, equidad, solidaridad, etc., en donde la importancia gira alrededor de quien sufre el daño. Es así, como puede hallarse el Estado obligado a resarcir un perjuicio causado a pesar que su actividad o actuación esté dentro de los marcos de la licitud. Esta filosofía jurídica, argumentada desde hace varios años, se alimenta con la esencia del artículo 90 de nuestra Constitución al disponer la responsabilidad estatal por los *daños antijurídicos*, razón por la cual surge la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado como el punto de intersección a través del cual encuadra cualquier régimen de responsabilidad. Y es que se concibe el daño antijurídico no sólo como una teoría dentro de la estructura de la responsabilidad patrimonial sino, además, como un mecanismo de protección al administrado, por ser entre otras,

pues su interés se erige esencialmente en la salvaguarda del patrimonio, que a su vez constituye uno de los atributos de la personalidad, contemplado como derecho fundamental a la luz del artículo 14 superior, como así se detalla en lo que sigue.

2. Función de la responsabilidad

El desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado ha llegado a tal punto que puede considerarse, como una indemnidad de orden patrimonial, se ha «*constituido en una de las piedras angulares del Estado Social de Derecho y como una garantía fundamental, debido a que comprende un verdadero deber jurídico de responder, sin importar que el causante del daño sea un funcionario público, al estar soportado sobre la posición de la víctima y no en la discusión sobre la licitud del actuar del Estado haciendo de éste el responsable directo*»³⁶, si se quiere constituye un mecanismo indirecto de control sobre la actividad estatal. «*La responsabilidad es por tanto inseparable de las pautas de calidad en la prestación de los servicios y a los imperativos del buen funcionamiento. Un sistema de responsabilidad, cualquiera sea su fundamentación, exige que los servicios públicos tengan niveles o estándares muy altos de calidad so pena que el sistema se convierta en un mecanismo desligado por completo de las verdaderas condiciones económicas y sociales, y termine en decisiones irreales, o no pueda aplicarse de manera alguna.*»³⁷ La Carta Política encuadra la cláusula general de responsabilidad dentro del capítulo IV, que erige los mecanismos de protección y aplicación de los derechos. Así, si se pretende velar por el patrimonio del administrado, que constituye además un atributo de la personalidad jurídica, encuadra armónicamente como medio protector de este derecho fundamental.

³⁶ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del Ciudadano. Bogotá: Legis. 2004. p. 183.

³⁷ SAAVEDRA. Op. cit., p. 195.

La responsabilidad yace de este modo sobre un principio indefinido de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un proceder impropio para convertirse en un medio apropiado de resarcimiento que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha derivado una lesión patrimonial imputable a la administración pública, elementos indispensables para su configuración, como se especifica en acápite que continua.

3. Elementos de la responsabilidad estatal

La declaratoria de responsabilidad de la administración pública requiere que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, que según la disposición constitucional consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación, tanto fáctica y jurídica, del mismo a la administración pública. En otros términos, en todo fenómeno de responsabilidad debe existir un nexo causal entre el daño y el título jurídico de imputación, para que surja la obligación resarcitoria a cargo de la institución.

3.1. El daño antijurídico

El artículo 90 de la Constitución enseña que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por acción, como por omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica.

El concepto del daño antijurídico ha sido un tema de constante reiteración en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y que ha sido objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, pues, recuérdese, que se trata de una figura de origen español, donde el contexto económico y social es diametralmente disímil al escenario nacional.

El precedente jurisprudencial constitucional ha «*entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y*

valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración...» encuadra en los principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución»³⁸, sostuvo que el daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, tomado a su vez de la Carta Superior española³⁹, que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio.

En unos de los debates en la Plenaria de la Asamblea Constituyente se señaló sobre este tema:

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables; y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

³⁸COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 333 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero. Disponible: www.corteconstitucional.gov.co. Consultado: Febrero 15 de 2012.

³⁹ «Artículo 106. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.» Tomado de CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 333 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero. Disponible: www.corteconstitucional.gov.co. Consultado: Febrero 15 de 2012.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.⁴⁰

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo.

En conclusión, el daño antijurídico debe entenderse como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar y en el que, reitero, no interesa la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo. Sin embargo, la fórmula constitucional, aunque basa la responsabilidad estatal en el daño antijurídico, siendo éste la columna de la estructura del régimen, no puede por ello entenderse la inexistencia de la responsabilidad por falla del servicio. Pues, la norma consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico que le sea imputable, causado por las autoridades, ya con una acción u omisión irregular o con el ejercicio legítimo de sus funciones. «*En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño*»⁴¹, no obstante no desplaza la posibilidad de solicitar la responsabilidad de la administración pública por la antijuridicidad de la conducta. Este concepto fue desarrollado principalmente por la doctrina española tal como se apuntó en páginas que preceden, producto de la academia de varios doctrinantes que tuvo como punto de partida la sustentación y elaboración de la Ley de Expropiación Forzosa, que a su vez se valió, como protagonista principal, del profesor

⁴⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 30 de julio de 1992, expediente 6491, actor: Ninfa Viuda de Celis. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Disponible: www.consejodeestado.gov.co. Consultado: Febrero 18 de 2012.

García de Enterría, dejando en ella plasmada la aplicación del principio de responsabilidad a toda la actividad de los entes públicos. Así se entendió del artículo 121.1:

Dará también lugar a indemnización (...) toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicios de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

Por esta razón se sostiene que doctrinariamente el concepto de daño antijurídico se le debe al destacado jurista al estructurar la noción de la lesión antijurídica como aquel «*que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud*».

La calificación de un principio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto, que por la propia virtualidad de esa última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil.⁴²

Ya se había insistido que el constituyente de 1991, acogió en su totalidad la doctrina española del profesor García de Enterría. Así en el contenido del proyecto para primer debate en Plenaria se expuso:

... se predica que existe daño antijurídico cuando 'se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social', recordando así que se

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa. Primera Edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1984. p. 147.

desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producido por ella.⁴³

El daño antijurídico existe, según la exposición del Constituyente, cuando la producción de ese daño no tiene justificación en título jurídico válido alguno, es decir, que la administración no está legitimada para causar dicho daño, y por ende el administrado no está en la obligación de soportarlo. Entonces, suponía desplazar el centro normativo, pues se traslada de la conducta del agente a los efectos perjudiciales en el patrimonio. No obstante, existen eventos en los cuales el administrado si está obligado a soportarlos «*cuando: a) existe una causa que obligue al administrado perjudicado a recibir el daño, y precisa que la ley no es la única causa que le quita el linaje de antijurídico al daño*», sino que también existen otras causas justificativas de ese daño como son la legítima defensa, el consentimiento de la víctima o aquellos casos en los cuales aquello que se afecta no constituye un interés legítimamente protegido... b) en aquellas circunstancias en que dicho daño no excede las cargas comunes que implica vivir en sociedad»⁴⁴.

La naturaleza del daño antijurídico permite que la responsabilidad estatal pueda catalogarse en dos clases; a) en una que a pesar de existir el daño se presenta una conducta antijurídica, es decir está de por medio la noción de falla del servicio y b) en el que la conducta es lícita y la antijuridicidad se predica del daño, como en los eventos de responsabilidad objetiva (daño especial, riesgo excepcional). En el primero de los eventos el daño es causado por un comportamiento irregular de la administración, el daño sigue siendo antijurídico y objetivo en la medida en que el administrado no debe soportarlo; y en el segundo evento el daño ocasionado por la actividad lícita de la

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Gaceta Constitucional No. 77 del lunes 20 de mayo de 1991. Disponible: www.corteconstitucional.gov.co. Consultado: Febrero 16 de 2012.

⁴⁴ BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. «Responsabilidad de los jueces y del Estado». Primera Edición. Santafé de Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1998. p. 109, 110.

administración genera un daño que el administrado que no estaba obligado a sufrir.

«En el caso del funcionamiento anormal, la imputación a la Administración del daño producido es más sencilla, pues existe un reproche de culpabilidad hacia el agente de la administración. Pero no todos los daños que causen las personas al servicio de la administración se imputarán inmediatamente a ésta, sino, sólo los que sean como consecuencia del ejercicio de funciones públicas»⁴⁵ La falla del servicio ha sido y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado. En efecto el daño causado es causado por el incumplimiento de una obligación a su cargo, o por el cumplimiento tardío, o la prestación irregular de dicho contenido obligacional. Y es que debemos entender que al Estado se le impone la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado:

La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía, en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo esperado o lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se configura cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía⁴⁶

⁴⁵ BARRACHINA Juan Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Segunda Edición. Barcelona. Librería Anticuaria La Candela. 1986. p. 477.

⁴⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011), Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00496-01(22745), Actor: Ligia Pérez Vargas y otros. Disponible: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Febrero 23 de 2012.

3.2. Imputación

La responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Cualquier sistema de responsabilidad presume que concurre cierto vínculo objetivo entre la dinámica de la persona física o jurídica declarada responsable y el daño, a falta de este vínculo no podría referirse la responsabilidad.

«Esta consideración plantea un primer problema, peculiar de la responsabilidad de las personas jurídicas, el de la imputabilidad. En efecto, si se puede comprender perfectamente el hecho de que el agente o la cosa de tal o cual persona jurídica ha causado un daño, resulta incompatible un daño causado por la propia persona jurídica»⁴⁷. Así la imputabilidad, se constituye en elemento indispensable para deprecar responsabilidad de un ente público.

En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado es de suma importancia establecer la imputación del hecho. La imputabilidad no es una característica de las personas sino de los actos que ellas realizan, es la posibilidad de referir un acto cualquiera al obrar de un sujeto. Está compuesta tanto por la *imputatius iuris* o imputación subjetiva y la *imputatius facto* o imputación objetiva. La mera relación de causalidad entre el hecho (y su autor) y el daño no basta para justificar la atribución del deber de reparación al sujeto a quien la ley califica de responsable. Si se quisiera definir abreviadamente la imputación se entendería como la posibilidad de referir las consecuencias, los actos al obrar de una persona.

⁴⁷ VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Traducción de la Sexta Edición francesa por Juan Rincón Jurado. Madrid. Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. p. 316, 317.

El Consejo de Estado ha sostenido:

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.⁴⁸. (Subrayado es nuestro).

El estudio de la cláusula general de responsabilidad estatal exige abordar el estudio del daño causado, la imputación jurídica y la causalidad, éstos últimos como fenómeno diferentes.

3.2.1. La causalidad material

La lectura de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, permitiría extraer sólo dos elementos para su configuración. a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad, se hace necesario distinguir como se dijo en precedencia, que este último de carácter jurídico, encierra un aspecto de carácter tangible: la causalidad material. El concepto que avoca nuestro contenido constitucional pareciera entonces compilar varias nociones, que

⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011), radicación número: 25000-23-26-000-1998-00731-01(19434), Actor: Luis Enrique Ruiz Quiroga y otros vs. Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. Disponible en: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Marzo 3 de 2012.

a julelo del destacado e ilustre abogado Alfonso Reyes Echandía son diferentes, pues refiere que: «tres expresiones suelen emplearse como sinónimas sin serlo realmente: imputar, imputación e imputabilidad... Imputar, según la concepción tradicional es poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien, o bien, -atribuir un hecho a un sujeto-⁴⁹... Imputación es aquella operación mental que consiste –en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante-⁵⁰ Imputabilidad en sentido gramatical es una calidad de lo imputable, pero en sentido jurídico es una condición de la persona frente al derecho penal de la cual se derivan determinadas consecuencias»⁵¹.

La causalidad material, a disconformidad de la jurídica, es el arquetipo que vincula la conducta humana al suceso natural, derivándose este último de la precedente y presumiéndose de manera necesaria. El hecho físico o natural se referirá, interiormente, a la causalidad material existente entre conducta y evento natural, mientras que, exteriormente al hecho material.

La confusión entre las nociones de causalidad jurídica y material dio lugar a las leyes científicas o a las probabilistas. Se acudió a la fórmula de la «*conditio sine qua non*» o teoría de la equivalencia de las condiciones⁵², y a la teoría de la causalidad

⁴⁹ GALLINO YANZI, Carlos. Imputabilidad criminal. En: Enciclopedia Jurídica Omeba, t XV, Buenos Aires. Ed Bibliográfica Argentina. 1961. p. 235.

⁵⁰ SMITH, Juan Carlos. Imputación. En: Enciclopedia jurídica Omeba, t XV. Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Argentina. 1961. p. 247.

⁵¹ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal Parte general. Décima Primera Edición. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A. 1994. p. 187.

⁵² «Esta teoría, atribuida a Von Buri y a Von Lizst, parte de la idea de que todo resultado es producto de varias condiciones. Así, por ejemplo, para que una planta crezca (resultado), es necesario que se den las condiciones siguientes: buena tierra, semillas, lluvias, y la acción humana de sembrar. Pero la teoría no llama 'condición' a cualquier hecho, sino sólo a aquellos sin los cuales el resultado no se hubiese producido. Para saber si un hecho es 'condición', se

adecuada⁵³.

El nexo causal puede referirse desde dos puntos de vista, como

lo elimina mentalmente y, si el resultado no se produce, el hecho es 'condición del resultado'. Así sucede, por ejemplo, con la semilla, con la acción del hombre, etc.: si suprimimos cualquiera de ellas, el crecimiento de la planta (resultado) no se producirá. Como vemos, todas las condiciones son 'sine qua non', pues son condiciones 'sin las cuales' el resultado 'no' se produce. El hecho de que todas las condiciones sean esenciales para el resultado, y de que todas ellas tengan el mismo valor (equivalentes), hace que la teoría sostenga que, cualquiera de esas condiciones, es 'causa' (condición y causa, son considerados sinónimos); y por tanto, para que al hombre pueda imputársele un resultado, basta que él haya hecho o puesto alguna de esas 'condiciones sine qua non'. En síntesis: si un resultado se produce por varias 'condiciones', basta que el sujeto haya puesto una de ellas, para que se considere que, su acción, es 'causa' del resultado, y por tanto, que él es el autor. La teoría es criticada a raíz de que, por ella, el hombre, sería responsable hasta el infinito, ya que no admite que pueda haber una 'concausa' (o sea: alguna condición que pueda hacer desaparecer la relación de causalidad entre la acción del hombre y el resultado). Veamos algunos casos, aplicando la teoría de la 'equivalencia de condiciones». Disponible en: http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/penal/Teoria_de_la_equivalencia_de_condiciones.htm. Consultado. Abril 27. 2013.

⁵³ Para esta teoría es causa en sentido jurídico aquella que normalmente es adecuada para producir un resultado, no toda condición es causa para el derecho penal sino sólo aquellos que de acuerdo a la experiencia general son adecuados para producir un resultado. Jakobs nos dice que «conforme a la teoría de la adecuación, una causación sólo será jurídicamente (en la versión antigua: sólo valdría como causación en sentido jurídico) si no es improbable». Esta teoría consideró que el juicio de adecuación lo conforma la probabilidad o previsibilidad objetiva de producción del resultado, si bien es cierto que con relación a la teoría de la equivalencia de condiciones resultó un avance ya que logró resolver en el tipo objetivo problemas que esta última lo hacía en el tipo subjetivo. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/revista8/imputacion.htm>. Consultado. Abril 28.2013.

un principio, en el que la misma causa siempre produce el mismo efecto, en otros términos la llama o el fuego invariablemente causarán quemaduras en la piel humana, y como una categoría, es decir como la conexión causal en general y en particular. En fin, el nexo causal es el vínculo o el enlace o la conexión material entre un hecho antecedente y uno consecuente -o sea un daño.

La responsabilidad patrimonial debe tener en cuenta entonces un tercer elemento que no es propio de la imputación de que trata el artículo 90 constitucional, la relación causal, es decir la atribución física causa efecto, pero que ha sido superado por la jurisprudencia al dar el entendido que son dos fases de la imputabilidad, la jurídica y la fáctica.

3.2.2. La imputabilidad jurídica

La responsabilidad de la administración se compromete por la actuación de persona o por las causadas por las cosas. La actuación de un agente de la administración, muestra con normalidad la actuación de la administración, en la medida que su motivación y actuación obedece a la prestación del servicio para el que se constituyó la dependencia pública a la que se encuentra vinculado. Sin embargo, y se referirá esta propuesta investigativa, la discusión surge en saber cuándo se ha cometido acto u omisión desprovista o sin imputabilidad al servicio.

Es así, como tratándose de asuntos que no sean atribuibles como tal al Estado no podrá éste asumir el deber resarcitorio que contempla el artículo 90 superior, de ahí que se entienda que la culpa personal del agente constituye un evento exonerativa de la obligatoriedad resarcitoria del Estado.

La responsabilidad lleva en esencia, efectivamente cierto carácter de sujeción de un sujeto respecto a otro, el cual en razón de dicha dependencia está autorizado para significar o pedir cuenta de la acción o incuria al primero llamado responsable, por sus efectos hay responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro.

Los efectos de esta propuesta jurídica cuenta con la importancia de recordar que la imputabilidad va a estar referida a la posibilidad de adjudicar ciertos actos o conductas al obrar de

un sujeto, así se ha entendido la imputabilidad material va a ser cuando se puede referir desde el punto de vista fenoménico, un hecho al obrar de un individuo y una imputabilidad moral va a estar constituida cuando se dan una serie de condiciones en el plano de la conciencia, en el de la voluntad que me permitan atribuirle a ese sujeto ciertas acciones o ciertas conductas de orden moral, la imputatio juris y la imputatio facti, fundamento jurídico para constituir lo que se denomina la imputación plena. Ese manejo de la imputación plena va a permitir hacer el análisis del alcance del artículo 90 constitucional, que para los efectos del asunto objeto de éste trabajo de investigación, pareciera que la responsabilidad se ha dualizado en responsabilidad moral y responsabilidad jurídica, como lograremos probar con múltiples decisiones de la jurisdicción contenciosa administrativa.

La doctrina y la jurisprudencia han enseñado que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público. El simple atributo de servidor público que posea el autor del evento no liga irreparablemente al Estado, pues dicho funcionario puede proceder dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública. Ha hecho hincapié:

(...) que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. (...) para que surja responsabilidad a cargo de las entidades, no es suficiente con evidenciar que el daño ha sido causado por un agente de la administración, o con la utilización de algún elemento de los que usan los organismos del Estado para el desempeño de sus funciones, sino que además es necesario demostrar que las actividades del agente estuvieron relacionadas con el servicio, labor en la cual habrá de observarse, en cada caso concreto, si el agente estatal actuó prevalido de su función administrativa, lo cual se determina, a su vez, evaluando si el daño ocurrió en horas en que se prestaba o debía prestarse el servicio, o si devino con ocasión del mismo, y/o si acaeció en el lugar donde éste se prestaba. Igualmente, debe estudiarse si el agente actuó –u omitió

actuar- impulsado por el cumplimiento del servicio bajo su responsabilidad, y si el particular percibió la encarnación del servicio público en el agente estatal directamente generador del daño⁵⁴.

El precedente jurisprudencial constitucional indica en ese sentido:

(...) el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano⁵⁵.

Es claro que *«la diferencia entre imputación y causalidad es que en la primera el ligamen no es necesario, sino arbitrario o convencional, porque así se ha convenido por los responsables de la comunidad política. Por el contrario, en la relación de causalidad el vínculo es de necesidad, porque no podría ser de*

⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, subsección B, C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt, sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2011), Expediente: 21 380, Radicación: 20001-23-31-000-1999-00655-01, Actor: José Isabel Meath Ochoa y otros. Fuente: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Marzo 28. 2012.

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1184 de 2001. Fuente: www.corteconstitucional.gov.co. Consultado. Marzo 28. 2012.

otra manera. De no ser así, de no poderse constatar y comprobar empíricamente, la ley física perdería su condición de tal. Así, por ejemplo, según la ley de la gravedad, si soltamos un cuerpo en el aire, éste experimenta necesariamente una caída o empuje hacia abajo. Es una ley física, de carácter necesario, a la que no cabe hacer excepciones. Por el contrario, si alguien mata a otro, puede ser condenado a pena privativa de la libertad, es cierto, pero también, dependiendo de la cultura, podría serlo a pena capital o a otro tipo de sanción. Incluso en una isla donde ser antropófago fuese práctica común, podría quedar impune. Es una ley jurídica y, por tanto, convencional. Es de esa manera porque así lo han acordado o convenido los miembros de la sociedad en la que se da dicha ley, pero ello no implica que no quepan otras posibilidades en otros contextos jurídicos»⁵⁶, v. gr. como ha sido construido por el Consejo de Estado de Colombia para los eventos de la responsabilidad patrimonial, que se resalta en varias de las providencias citadas en esta investigación. Así, lo que podría hoy ser imputable jurídicamente a la administración pública, puede ser objeto de reevaluación, bajo los soportes de varias reglas jurídicas de carácter legal y constitucional, tal y como se propone y justifica en el discurrir de la segunda parte de éste trabajo.

Como bien lo explicó Gil Botero⁵⁷ «la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena reseñar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan

⁵⁶ FALCÓN Y TELLA, María José. «La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental». Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2010. p. 92.

⁵⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Aclaración de voto a la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil siete (2007), Expediente No.: 76-127-23-2279201, Interno: 16898, Actor: Heberto Araujo y otros, Demandado: Corporación Autónoma Regional del Cauca C.V.C. y Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA. Fuente: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Abril 28. 2012.

consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo;⁵⁸ y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser)⁵⁹. Podría decirse, igualmente, que dentro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad... Así las cosas, según la disposición lógico – normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto – DAÑO-. Por ello se ha dicho con trascendencia y claridad epistemológica:

«... Causa y efecto además no existen como términos aislados, sino como meros momentos de un proceso, de un continuum. «Los fenómenos como causa y efecto, dice Kelsen, constituyen una conexión de hechos directa, aunque no siempre perceptible inmediatamente. La llamada causa se cambia imperceptiblemente en el llamado efecto. Causa y efecto son, en palabras de Goethe, un fenómeno indivisible. Que los separemos sin embargo una de otro, que incluso que los oponamos entre sí, que intencionalmente aislemos de la cadena continua de innumerables elementos dos solamente como la causa y el efecto que se imputa

⁵⁸ KELSEN COSSIO. Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1952. p. 12.

⁵⁹ KANT, Emmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Editorial Ariel. Barcelona. 1996. p. 62.

a esa causa sola, se debe al vetusto hábito de interpretarla naturaleza conforme al principio de retribución»⁶⁰.

La jurisprudencia de la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo ha permitido encausar la responsabilidad de la institución en los eventos de ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos valorando la imputabilidad bajo aspectos como: si se configuró en desarrollo de una operación militar que fuera planeada y ejecutada por miembros activos de las Fuerzas Públicas, si estaban revestidos de esta condición, con la intención de mostrar resultados positivos en el ejercicio de sus actividades, es decir que el plano moral como parte del juicio de imputabilidad jurídica entendida estrictamente no incide en el estudio de obligación resarcitoria del Estado.

El mismo fallo que he citado anteriormente señaló de manera clara:

El que la conducta desplegada por los integrantes de la compañía «C» del batallón de contraguerrillas N.º 40 constituya una grave violación de los derechos humanos y, por tal motivo, no pueda considerarse bajo ningún punto de vista como un acto cometido «durante o con ocasión del servicio», tiene relevancia para efectos de fijar los límites competenciales de la justicia penal militar para el juzgamiento de la responsabilidad penal individual de los militares comprometidos en el hecho, pero no para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por el defectuoso y desviado ejercicio de sus funciones pues, se reitera, lo importante para estos efectos es que el agente actúe frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública. En consecuencia, concluye la Sala, que la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional es responsable de los daños causados a los demandantes, como quiera que está demostrado que la muerte de Juan Carlos Misat Camargo se produjo por miembros activos de la compañía «C» del batallón de contraguerrillas n.º 40 que lo asesinaron en total estado de indefensión y posteriormente, trasladaron su cadáver en helicóptero hasta el batallón La Popa de Valledupar, donde lo presentaron como un guerrillero muerto

⁶⁰ MANTILLA PINEDA, B. El principio de retribución y la ley de causalidad. En: Revista de derecho de la Universidad de Antioquia. Homenaje a Hans Kelsen. Medellín. p. 358 y 359.

en combate⁶¹. (Subrayado es nuestro).

La figura de la imputación jurídica, para cimentar el reproche del deber patrimonial de una entidad pública, no es una creación del derecho administrativo, la esencia de la figura jurídica encuentra sus precisiones en estudios de antaño en la teoría penal. Hoy por hoy, por ejemplo el Código Penal al explicar que se requiere causalidad e imputabilidad para ser responsable de una ilicitud explica en su artículo 9 del Código Penal, que «La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado», pues a aquella es necesario añadir otras razones, como «las que demuestran que la consecuencia lesiva es «obra suya», o sea, que depende de su comportamiento como ser humano»⁶².

La condición de servidor estatal, en síntesis, no compromete la responsabilidad de la entidad enjuiciada, pues su comportamiento se torna al margen de su calidad de agente estatal, es decir, no ejecuta tales hechos con el ánimo de prestar un servicio ni bajo su impulsión. Dicho acto no supera su esfera meramente personal, a pesar, insisto y es parte de la posición que pretenderse demostrarse, que para la comisión del hecho se aprovecha la ocasión que le brinda la ejecución del servicio público. Son otras razones en las que pareciera que la jurisdicción contenciosa administrativa se ha apoyado para derivar responsabilidad patrimonial en estos asuntos, entendiendo que estos crímenes contra la humanidad son realizados por agentes

⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011), radicación número: 25000-23-26-000-1998-00731-01(19434). Disponible en: <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-355751810>. Consultado. Abril 2.2012.

⁶² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón, radicación 16636. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/n-suprema-justicia-sala-penal-20-2003-44122878>. Consultado. Abril 2.2012.

en acatamiento de políticas estatales⁶³, pues pareciera que es la estrategia de Estado la que está presente en los crímenes contra la humanidad.

La jurisprudencia nacional e internacional que ha sostenido que el Estado está obligado a respetar y garantizar los derechos humanos, lo cual implica asumir conductas negativas y positivas tendientes, a omitir actos que comporten su desconocimiento y a asumir conductas dirigidas a impedir que se vulneren. «No olvidemos, en efecto, que los pactos internacionales obligan al Estado no solo a respetar sino también a garantizar los derechos humanos. La eficacia horizontal de los derechos constitucionales es pues un dispositivo del Estado para potenciar esa garantía en el ordenamiento interno. Por ello (...) en el plano constitucional, tiene toda la razón la Corte Constitucional cuando señala que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no disminuye la responsabilidad estatal sino que la acrecienta.» Ahora, para establecer la responsabilidad estatal no se requiere determinar la intencionalidad de las conductas y no resulta del caso identificar individualmente a los autores de los hechos violatorios de los derechos humanos, protegidos en nuestro ordenamiento de manera reforzada. Es suficiente acreditar la tolerancia del poder público frente a su infracción, pues la obligación positiva de garantía comprende acciones y omisiones de mayor o menor exigencia, según la entidad del derecho de que se trate, frente a la protección a la vida y a la libertad, en cuanto esenciales para la realización de los demás derechos. Comprenden garantías estrictas de primer orden, consignadas y reconocidas en nuestro ordenamiento constitucional y en los tratados de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad, de

⁶³ Léase la Directiva Ministerial 029 de 2005, que desarrolla criterios para el pago de recompensas por la captura o abatimiento en combate de cabecillas de las organizaciones armadas al margen de la ley, material de guerra, intendencia o comunicaciones e información sobre actividades relacionadas con el narcotráfico y pago de información que sirva de fundamento para la continuación de labores de inteligencia y el posterior planeamiento de operaciones.

aplicación estricta y amplia, ésta última en orden a la interpretación normativa, de obligatoria consulta para la resolución de los casos concretos.⁶⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, sobre las reglas de imputación al Estado de la que depende la pertinencia de una declaratoria de violación de derechos y libertades y una condena a sufrir ciertas consecuencias jurídicas (reparaciones), que favorecerán a la víctima (y a otras personas); ha expresado que es imputable al Estado la conducta de sus agentes u órganos formales, por acción u omisión. Tómese en cuenta el concepto de «Estado-garante», que deriva de los artículos 1 y 2 CADH: garante general de los derechos de las personas bajo su jurisdicción^{65/66}.

Las mismas argumentaciones han sido sustento de la construcción del principio de «la responsabilidad del mando superior» a la que ha acudido la Corte Penal Internacional, consagrada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, como una especie de responsabilidad por omisión, que incrimina la inacción del superior por no hacer cesar, impedir o reprimir conductas delictivas de sus subordinados:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia

⁶⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, sentencia del día veintiséis (26) de octubre de dos mil once (2011), radicación Número: 05001-23-31-000-1993-01886-01(18850), Actor: María Eucaris del Socorro Arenas y otros. Disponible en: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Abril 2.2012.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencias Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, del 22 de septiembre de 2006 Jueces Sergio García Ramírez, Antonio A. Cancado T.; caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, Jueces Sergio García Ramírez, Antonio A. Cancado T. Fuente: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Consultado. Abril 2.2012.

⁶⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. In: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Julio - Diciembre de 2011. Año V, No. 28. p. 123 - 159.

de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: (...) i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y (...)

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados⁶⁷.

Las obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁶⁸, en la que además no sólo comprometen el deber indemnizatorio de la administración estatal, sino la propia, según las condiciones cualitativas de su actividad por acción o por omisión, como se

⁶⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disponible en internet: <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>. Consultado. Abril 3.2012.

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, del 15 de septiembre de 2005. Juez Antonio A. Cancado - Gustavo Zafra Roldán. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Consultado. Abril 3. 2012.

explica en estas próximas líneas.

4. Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos

La reseña histórica demostrativa de la transformación de la responsabilidad patrimonial del Estado, se presentó frente a la perspectiva de considerar al Estado como persona independiente de sus colaboradores o agentes quienes comprometen de manera directa o indirecta, permanente o transitoria, al Estado mismo, tema de debate durante años. Primero se identificó a la administración pública al particular, en la que actuaba como una persona jurídica, cuyo deber indemnizatorio se comprometía en la medida que sus agentes actúan en su representación, fundado en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, así las cosas la administración cumplía una función de especial cuidado en la elección y vigilancia de sus dependientes. Se entendería más tarde que el Estado no podría responder bajo esas dos consideraciones, pues simplemente la culpa del agente constituye la propia culpa de la administración pública, bajo el entendido del artículo 2341 de la misma legislación civil.

La responsabilidad patrimonial de la administración se aplica a todos los posibles daños que sean producto del funcionamiento de sus actividades, aún en el caso de que la irregularidad causante del daño fuera personalmente atribuible a un funcionario o agente concreto a título de dolo o culpa grave, excepto en los actos puramente personales del funcionario, es decir «desconexión total del servicio como será motivo de estudio en el capítulo siguiente.

El asunto de la responsabilidad patrimonial del servidor público lo resuelven las premisas contenidas en el artículo 6 y el inciso 2 del artículo 90 de la Carta Política, al señalar que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad que el artículo 124 de la Constitución ordena que se determine por la ley y que sea ésta la que, también, precise la manera de hacerla efectiva.

El contenido del inciso 2 del 90 superior explica que el funcionario responderá personalmente de los daños por él causados siempre que medie dolo o culpa grave. En tales casos el particular que ha sufrido el daño podrá optar libremente por

dirigirse o contra la administración titular del servicio o contra el propio funcionario, pues la responsabilidad de aquella y de éste se articulan técnicamente, para mayor garantía de la víctima, como solidarios. «Vale decir que no hay responsabilidad subjetiva del servidor público de manera directa con la víctima de su acción u omisión, sino una responsabilidad de carácter institucional que abarca no sólo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas la autoridades públicas sin importar la rama del poder público a que pertenezcan, lo mismo que cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del estado»⁶⁹. Partiendo del marco constitucional, la acción de repetición está consagrada como una garantía para que el Estado logre recuperar lo que indemnizó por errores atribuibles a uno de sus agentes.

El legislador compendió en el año 2001 el régimen de responsabilidad patrimonial del funcionario público, contemplando en ella los mecanismos procesales para hacer efectiva la posibilidad de extender el deber indemnizatorio. Esta figura, aunque fue «bautizada» por la Ley 678 de 2001, como la acción de Repetición no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico. Los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) hacen alusión a una figura jurídica que tiene la misma finalidad de ésta, repetir contra el funcionario que por su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a la condena impuesta a la administración. En el año de 1996, con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, se indica en el artículo 71 indica:

Artículo 71. De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo,

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-484 del veinticinco (25) de junio de dos mil dos (2002), M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. *Disponible:* www.corteconstitucional.gov.co. Consultado. Abril 2.2012.

aquél deberá repetir contra éste...

La discusión sobre la naturaleza de la acción de repetición no ha llamado a pacifismo, se sostuvo su carácter patrimonial o indemnizatorio, o al parecer como fue de las primeras interpretaciones que es de suya su naturaleza sancionatoria. No podemos pues entrar a categorizarla como una acción civil, a pesar de que la norma así lo exprese, al paso que lo que está desarrollando esta ley, no es otra cosa que un precepto constitucional.

El contexto de la citada ley advierte que su espíritu y naturaleza no es de carácter sancionatorio, como lo sostuvo el precedente constitucional⁷⁰, finiquitando cualquier controversia al respecto, al esclarecer la naturaleza no era sancionatoria, a pesar de consagraciones en el que se trata de sanciones específicas derivada por el legislador a la condena en la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición. Del fallo se deduce que la naturaleza y el carácter de la ley en mención, no es de carácter sancionatorio sino resarcitoria o indemnizatoria.

El estatuto de 2001, armonizó lo que se había decantado jurisprudencialmente, así se señalan unos presupuestos para la procedencia de esta reclamación por parte del Estado: 1). procede cuando la entidad pública ha sido condenada al pago de una indemnización, es decir una obligación resarcitoria que ya se ha dispuesto a través de sentencia judicial, o que se haya resuelto mediante conciliación o transacción, 2). el deber indemnizatorio de la entidad haya sido consecuencia de la actuación dolosa o gravemente culposa del agente estatal.

La obligación de la administración estatal es obtener un resarcimiento por parte del funcionario que en forma negligente o imprudentemente ha actuado, pues si así fue su proceder, no puede el Estado asumir las consecuencias de los yerros inexcusables de sus agentes que le llevan al desmedro del patrimonio público. De ahí que se ejerza contra: 1) un servidor

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 233 del cuatro (4) de abril de 2002, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. *Disponible:* www.corteconstitucional.gov.co. Consultado. Abril 2.2012.

o ex servidor público que como consecuencia de su actuar doloso o gravemente culposo dio lugar a que el Estado hiciese un reconocimiento indemnizatorio, o 2) contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial, 3). Esta acción también debe intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la ley 288 de 1996 (*se refiere a la indemnización de perjuicios por violación de derechos humanos*) siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido a consecuencia de la conducta del agente doloso o gravemente culposo, 4) funcionarios de la rama judicial y de la justicia penal militar, de conformidad con lo dispuesto en la ley 678 de 2001 y en las normas que sobre la materia se contemplan en la ley estatutaria de la administración de justicia, 5) en materia contractual, el acto de delegación no exime de responsabilidad en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder solidariamente junto con el delegatario.

Lo visto enseña que para que pueda interponerse la acción de repetición, es requisito fundamental que la indemnización que debió cubrir el Estado se debió por la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, de donde se tiene que: la conducta es cometida con dolo, cuando el agente la despliega queriendo la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, situación ésta que permite además del dolo hablar de un actuar con desviación del poder, haber expedido por ejemplo el acto administrativo, si éste fue el que originó el daño que dio lugar a una indemnización, con vicios en su motivación, bien por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento, haber expedido igualmente el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión administrativa. Se entenderá que el funcionario actuó con dolo cuando éste ha sido penal o disciplinariamente responsable por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del

Estado.

La culpa grave, por su parte, entraña una conducta que genera un daño que es consecuencia de una infracción directa de la constitución o de la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Señala la reglamentación que se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes circunstancias: 1) Por violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, 2) por carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable, 3) por omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable, 4) por violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física y formal.

La calificación de una conducta como dolosa o gravemente culposa tiene sus serias imprecisiones, pues no es prudente para la entidad apresurarse en su calificación. Valga entonces acudir a las nociones o términos conceptuales de dolo o culpa contenidas en las legislaciones civil. El artículo 63 de dicho estatuto sustancial explica que: *dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*, en tanto que *la culpa grave, negligencia grave o culpa lata consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Para efectos civiles la culpa grave se asimila al dolo*. Estas generalidades son aplicables en los eventos de la falla administrativa.

Ha sostenido la jurisprudencia:

Culpa en sentido es la conducta contraria a la que debiera haberse observado, conducta desviada, bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante. Lo que nuestro código civil define sobre culpa cabe dentro de aquel concepto, pues la hay: cuando no se manejan los negocios ajenos al cuidado que aun personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; cuando falta la diligencia y cuidado que

los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; cuando falta la diligencia esmerada que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes ⁷¹.

Al referirse al dolo señaló:

El dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar, debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de «intención positiva» de inferir injuria. Por consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaz de inducir en error a personas de mediana previsión ⁷².

La actuación irregular de un funcionario público compromete siempre la responsabilidad patrimonial de la entidad en la que actúa, pero no siempre ese cumplimiento irregular de las obligaciones legales o inconducta por actos de comisión o por omisión compromete su propia responsabilidad. Si bien es cierto, la actuación irregular significa, de tal modo, una conducta apartada de los parámetros que la normativa vigente impone, no siempre incurrirá en responsabilidad personal en conexión con el servicio, pues sólo se hará responsable bajo condiciones especiales que la normatividad constitucional y legal señala, *vr. gr.* como se plantea y se sustenta, podría concebirse en los asuntos de las ejecuciones extrajudiciales, a pesar de las reiteradas posiciones de la jurisdicción contenciosa administrativa, pues a pesar de valerse de la actividad y la investidura pública, el suceso discurre sólo bajo objetivos meramente personales, abandonado de todo intento de los designios propios de la labor constitucional endosada. Pero es este

⁷¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de marzo 11 de 1952. Consultado: <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/otras2-100ayosamat.pdf>. Abril 4. 2012

⁷² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de noviembre 13 de 1956. Consultado: <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/otras2-100ayosamat.pdf>. Abril 4. 2012

CAPÍTULO II

EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES

O FALSOS POSITIVOS

tema objeto de análisis del capítulo II de la investigación.

La proliferación de actuaciones irregulares de miembros de la fuerza pública generada durante la administración del gobierno de Álvaro Uribe Vélez⁷³ con ocasión de la reglamentación de incentivos económicos a favor de los miembros de los cuerpos de defensa estatales para lograr muestras de resultados efectivos para contrarrestar acciones de grupos armados al margen de la ley, ha traído impactos no solo sociales sino económicos para las arcas públicas, atendiendo que estos sucesos han derivado en reclamaciones patrimoniales que han resultado avaladas por las decisiones de la jurisdicción contenciosa administrativa⁷⁴.

No obstante, en estos eventos los servidores públicos no actúan movidos por el servicio, y que no podría, por ende, imputarse el daño a la entidad oficial, el Consejo de Estado ha reconocido la obligación resarcitoria de la entidad frente a las víctimas, contrariando tesis y posturas que han permitido diferenciar la falta personal de la falla de la administración permitiendo crear un espacio de discusión en el tema, que se hace imperioso para establecer límites al concepto de imputabilidad como componente de la responsabilidad patrimonial conforme el artículo 90

⁷³ URIBE VÉLEZ, Álvaro. Político y abogado colombiano que fue elegido presidente de la República de Colombia en 2002, y reelegido en 2006, luego de una reforma constitucional que su gobierno promovió en el Congreso. Disponible en: http://web.presidencia.gov.co/presidente/hoja_auv4.htm. Consultado. Agosto 5. 2012.

⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, entre otras: sentencia del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 8493 Actor: Segundo Jorge Pantoja Moreno, sentencia del once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009), Consejero ponente: Enrique Gil Botero, radicación número: 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529). Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>. Consultado. Agosto 5. 2012.

constitucional.

El anómalo evento de los vociferados «falsos positivos» o «ejecuciones sumarias»⁷⁵, es decir los homicidios consumados por las fuerzas de seguridad del Estado contra civiles indefensos que luego son exhibidos ante las mismas autoridades y la colectividad como guerrilleros o insurgentes dados de baja para obtener privilegios económicos o institucionales, es tristemente ilustre para los colombianos. Si bien hay muestras de esos asuntos que se remontan a los años 80s, las pruebas documentales indican que comenzaron a ocurrir con una frecuencia alarmante a partir del año 2004.

El Estado Colombiano, es depositario de instrumentos de derecho internacional público que regulan el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de Derechos Humanos⁷⁶ y, como tal, es forzoso respetarlo y aplicarlo. Esa imposición es predicable lógicamente para los miembros de las Fuerzas Militares, receptores nativos de las reglas y pautas del compendio normativo humanitario. En consecuencia, en desarrollo de la misión asignada en el artículo 217 de la Constitución Política, las Fuerzas Militares deben sujetarse irrestrictamente a la normativa humanitaria.

El doctor Diego López Medina sostiene en su texto *La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano*⁷⁷: «La articulación entre el derecho nacional de los derechos fundamentales (DNDF) y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha sido clave en el lento proceso de consolidación de los derechos

⁷⁵ Los miembros de las fuerzas armadas a menudo se refieren a los falsos positivos como «legalizaciones», es decir, homicidios que se han hecho aparecer como si fueran bajas en combate.

⁷⁶ Hay varios instrumentos sobre derechos humanos, de los más relevantes para este Continente: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁷ SÁNCHEZ-MEJÍA, Astrid Liliana. Coautora. *International Law*. En: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 37.

fundamentales y los derechos humanos en Colombia, en particular en el escenario de la justicia penal. La creciente armonización de estos dos cuerpos normativos ha tenido un impacto particular en el proceso penal interno, hasta el punto que la transformación del sistema de procedimiento penal adelantada a través de la reforma constitucional del 2002 y el Código de Procedimiento Penal de 2004 se fundamentó en la necesidad de satisfacer los estándares internacionales de derechos humanos», lo que indica el acentuado y creciente fenómeno de la globalización del derecho, es decir el acoplamiento de los regímenes internos a las legislaciones supranacionales, que no sólo son punto de partida sino esquemas normativos complementarios.

En Colombia son aplicables las reglas contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949⁷⁸, incorporados al ordenamiento jurídico en virtud del bloque de constitucionalidad⁷⁹, aprobados por medio de la Ley 5 de 1960⁸⁰, el Protocolo II de 1977 Adicional a estos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado mediante la Ley 171 de 1994.

La relevancia de estos estatutos jurídicos supraconstitucionales, ha sido de tal magnitud que algunas de las transgresiones al Derecho

⁷⁸ Casi todos los Estados son signatarios de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que son tratados de derecho internacional. Figuran en ellos disposiciones relativas a la protección de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas terrestres y navales, de los prisioneros de guerra y de las personas civiles expuestas, en caso de conflicto internacional, a la arbitrariedad de una potencia extranjera. Un artículo común a los cuatro Convenios garantiza una protección mínima a las víctimas de los conflictos no internacionales. Los Convenios fueron revisados y completados durante una Conferencia Diplomática celebrada del 22 de abril al 12 de agosto de 1949 en Ginebra.

⁷⁹ En virtud de la figura los jueces están sujetos a tener presente los instrumentos internacionales que se incorporan en nuestro compendio normativo, tal como puede interpretarse del contenido del artículo 93 constitucional. De allí que la jurisprudencia de los intérpretes autorizados de los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad resultan efectivos al momento de dilucidar el alcance de los derechos humanos y del propio Derecho internacional humanitario, y las maneras de su reparación.

⁸⁰ Promulgados a través del Decreto 1016 de 1990.

Internacional Humanitario están normadas como ilicitudes en el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, bajo el capítulo Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Por su parte en la Ley 836 de 2003, por remisión a la ley 734 de 2002, refiere como falta gravísima incurrir en graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

La imposición normativa del artículo 217⁸¹ constitucional, erige a las Fuerzas Militares como el organismo estatal cuya existencia está determinada por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, por ello las muertes o bajas de quien atente contra estos intereses, producidas en combate y como consecuencia del uso proporcional de la fuerza son legítimas, no obstante cuando aquellas muertes en combate fueron el resultado de la inaplicación de los principios de «necesidad y proporcionalidad», son consideradas violaciones al derecho de la vida, que constituyen crímenes de guerra, competencia de la Corte Penal Internacional, y surgen las denominadas ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para los efectos de la investigación, se recurrirá a algunas definiciones propuestas por la literatura especializada y por los órganos jurisdiccionales competentes para estos asuntos específicos, como la Corte Penal Internacional, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que permiten discernir con precisión sobre las consecuencias del asunto.

1. Definiciones doctrinarias

⁸¹ «La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. **Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.** La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio». (Negrilla fuera de texto).

Es indispensable partir de las múltiples definiciones que se hallan en diversos escritos nacionales y extranjeros respecto de lo considerado como «Ejecuciones Extrajudiciales» o falsos positivos.

El Consejo de Estado ha insistido en sostener que los «*falsos positivos*», consisten en homicidios perpetrados por las fuerzas de seguridad del Estado contra civiles indefensos que luego son presentados ante las autoridades y ante los medios de comunicación como guerrilleros o delincuentes muertos en combate para obtener privilegios económicos o institucionales⁸²; coincidiendo con las apreciaciones de órganos internacionales que igualmente los ha entendido como «*homicidios perpetrados por agentes del Estado colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad*» o «*casos de violaciones a los Derechos Humanos que consisten en el homicidio de manera deliberada de una persona por parte de un servidor público que se apoya en la potestad de un Estado para justificar el crimen*»⁸³. Puede ser considerada como todo acto arbitrario cumplido por un agente del Estado en ejercicio de sus funciones o hasta realizada por terceros con su instigación, aprobación o beneplácito, que tenga como finalidad privar de la vida a una persona o a varias personas. Incluye las muertes intencionalmente producidas, es decir las nominadas ejecuciones arbitrarias, así como aquellas producidas por negligencia o uso desmedido o colosal de la fuerza.

«Una Ejecución Extrajudicial es el hecho de violencia en el

⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2012), Expediente: 21 380, Radicación: 20001-23-31-000-1999-00655-01. Consultado: www.consejodeestado.gov.co. Junio 10. 2012.

⁸³ Naciones Unidas. Disponible en: www.un.org/es. Consultado. Junio 11. 2012.

cual, servidores públicos (o particulares que actúan teniendo a empleados oficiales como coautores, determinadores o cómplices) dan muerte injusta y premeditada a una persona para castigarla por lo que piensa, por lo que opina, por lo que hace, o en ocasiones simplemente por lo que es. Las Ejecuciones Extrajudiciales deben distinguirse de los atentados contra la vida, cometidos por individuos particulares que actúan sin tener nexo alguno con el Estado.»⁸⁴, es decir, se caracteriza por constituirse en el resultado de una política o estrategia estatal, o que por lo menos el evento deriva de las circunstancias en la que la administración pública pone al agente, o por lo menos los medios y circunstancias favorecen el crimen.

La Comisión de Derecho Humanos de las Naciones Unidas, con la finalidad de estudiar estos temas, designó un relator especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, que ha entendido estas prácticas como:

Privación arbitraria de la vida como resultado de una sentencia impuesta mediante un procedimiento sumario en el que no se han respetado las garantías mínimas estipuladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte.

Privación arbitraria de la vida como resultado de homicidios perpetuados por orden de un gobierno o con complicidad o tolerancia o aquiescencia sin un proceso judicial o legal. Privación arbitraria de la vida de civiles por miembros de las fuerzas armadas o de seguridad en violación de las leyes que rigen el estado de guerra o del conflicto armado⁸⁵.

Escritores internacionales como el antropólogo Gilberto López

⁸⁴ MALO GARIZÁBAL, Mario Madrid. Ejecuciones extrajudiciales. El catolicismo, actualidad Edición No. 95, Bogotá D.C. Junio de 2005. p. 36.

⁸⁵ Naciones Unidas. Folleto Informativo N° 11. Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias. 1989. 3 p. Disponible en: www.un.org/es. Consultado. Julio 3. 2012.

y Rivas, en su artículo titulado «Los crímenes de Estado de Álvaro Uribe Vélez», expone que los «Falsos Positivos son los civiles asesinados y posteriormente presentados como «bajas de la guerrilla en combate», cuyos cadáveres son uniformados y armados por los victimarios para cobrar las recompensas, estímulos y ascensos que Uribe ofrece. Los familiares de las víctimas se oponen a este término y se refieren a «Ejecuciones Extrajudiciales como crímenes de Estado»⁸⁶. Mantiene el elemento característico, la motivación o incitación del Estado a la comisión de la ilicitud.

«Los «falsos positivos» no son solamente, como se ha dicho, montajes de atentados (frustrados o llevados a efecto) o mentiras para responsabilizar a los grupos insurgentes de masacres cometidas por otros actores. De hecho, la manera más frecuente en que este término se usa, es con los centenares de casos de campesinos desprevenidos que han sido asesinados por el ejército y luego presentados como guerrilleros dados de baja en combate, a fin de cobrar de esta manera beneficios y, de paso, dar los «resultados» que tanto exigen sus superiores»⁸⁷. Lastimosamente en estos hechos son las personas más indefensas, y no desde el punto de vista bélico, sino de la óptica del desamparo estatal y social, o los de escasos medios económicos, con un nivel de educación por debajo del promedio, los objetivos preferidos de la Fuerza Pública, aprovechando obviamente la exigua credibilidad y escaso eco que pueden tener las voces de protesta de sus familiares.

Las víctimas son presentadas por los militares y anunciadas a la prensa como guerrilleros o delincuentes abatidos en combate. A menudo se entierra a las víctimas sin haberlas identificado (bajo nombre desconocido), y en algunos casos en fosas

⁸⁶ LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto. «Los crímenes de Estado de Álvaro Uribe Vélez». Publicado 20 de marzo de 2009. Disponible en internet: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=82606>. Consultado. Julio 13. 2012.

⁸⁷ GUTIÉRREZ D., José Antonio. Los Falsos Positivos: los horrores de una guerra mediática. Octubre 11 de 2008. Disponible en internet: <http://www.anarkismo.net/article/10199>. Consultado. Julio 14. 2012.

comunes. Entre tanto, los familiares de las víctimas buscan con desesperación a sus seres queridos, a veces durante muchos meses. Cuando los miembros de la familia descubren lo sucedido y toman medidas para tratar de que se haga justicia, por ejemplo denunciando el caso a las autoridades o señalándolo a la prensa, suelen ser objeto de intimidaciones y amenazas y algunos de ellos han sido asesinados⁸⁸.

El agente público que comete un hecho ilícito de los denominados falsos positivos, conoce y sabe las circunstancias que acompañan el evento dañino, y aún más de las repercusiones del suceso, es decir que es imputable por tener el «mínimo de capacidad para comprender las connotaciones antijurídicas de su comportamiento y para determinarse conforme a ese entendimiento. Esa capacidad supone, entonces, conceptos biológicos (mayoría de edad, oír y/o hablar), siquiátricos (sanidad mental), psicológicos (madurez síquica y voluntariedad) y antropológicos (entendimiento de los patrones socio-culturales que imperan en un medio extraño)⁸⁹.

Las mayorías de las concepciones de los «falsos positivos» o «ejecuciones extrajudiciales o ejecuciones sumarias», coinciden en un ingrediente sustancial, los elementos motivadores del atroz evento están en las resuestas estatales, de ahí que con mayor rigor algunas de las citas que se transcribieron in extenso, arremeten en el estudio espacial específico del mandato de Uribe Vélez, donde se produjeron, como se reseña más adelante, una serie de directivas ministeriales que exigían un alto punto de laboriosidad de las Fuerzas Militares y muestra efectivas de sus misiones. No obstante, y sin que la posición de esta

⁸⁸ Informe de la misión a Colombia presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas por el Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. Marzo 31 de 2010, párr. 10 y 11. Disponible en: www.un.org/es.

⁸⁹ CALDERON CADAVID Leonel. La impunidad en el Derecho Penal y en el procedimiento. Bogotá. Editorial Temis S.A. 1996. p. 76.

investigación pueda tidarse de descabellada, o una concepción permisiva de los actos irregulares del Estado, respetando quienes consideraran sin dubitación la obligatoriedad de reparación a cargo de la administración pública; son varias las razones, que se explicarán en el final de esta capítulo, que permiten absolver a la institución gubernamental de los cargos de responsabilidad que se han realizado.

Una política, una directiva, una estrategia pública esta orientada en esencia a motivar o alentar el desarrollo eficiente y eficaz de una tarea, es decir son el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre el conglomerado, que se llevan a cabo de manera temporal, producto de lo que no se había podido realizar, pero con apego a los procedimientos que las ley y la constitución avala.

La exigencia en la obtención de resultados, se consideraría por quienes están en un nivel sólo en las lides jurídicas; un método acertado de una buena gerencia. Responsabilizar el Estado por los medios utilizados por sus agentes para demostrar eficiencia y eficacia es hacerlo responsable de la voluntad de su representante, no puede cavilarse que para el ente público, como lo sostuvo Nicolás Maquiavelo, el fin justifique los medios, esto es que el poder estatal ha de estar superpuesto a la ética y la moral para conseguir sus fines o llevar a cabo sus propósitos.

La política o estrategia gubernamental como el tema de las Directivas Ministeriales, o si se quiere del sistema de premios establecidos por el legislador, tratándose las Fuerzas Militares y Policiales, es el resultado no sólo del establecimiento de la agenda política, sino la identificación de un grave problema de insurgencia, que obligó al establecimiento de objetivos. Si la política fue correcta, es un proceso que se evalúa con posterioridad, después de determinar los valores que están detrás de sus objetivos.

El problema no puede radicarse en la política del Estado, sino en el mecanismo al que su agente acude para cumplir sin estorbo, sin sensibilidad social y humana, sin hesitación, sin valor y

vergüenza alguna, lo que pone al margen del hecho el objetivo institucional. Así lo trataremos en su correspondiente acápite.

2. Reporte de autoridades supranacionales sobre el tema

El alcance de estos eventos ha sido de tal magnitud que organismos internacionales han resuelto ocuparse sin mayor reserva, haciéndolos conocer a la comunidad internacional. Por ejemplo, como ya se citó, en marzo del año dos mil diez (2010), el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, señor Philip Alston, informó al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su 14° periodo de sesiones, sobre la misión adelantada al respecto en nuestro país:

Las fuerzas de seguridad han perpetrado un elevado número de asesinatos premeditados de civiles y han presentado fraudulentamente a esos civiles como «bajas en combate». Aunque al parecer estos llamados falsos positivos no respondían a una política de Estado, tampoco fueron hechos aislados. Esos homicidios fueron cometidos por un gran número de unidades militares y en todo el país. Se produjeron porque las unidades militares se sintieron presionadas para demostrar que su lucha contra las guerrillas tenía resultados positivos a través del «número de bajas». Hubo además algunos alicientes: un sistema oficioso de incentivos ofrecidos a los soldados para que produjeran bajas y un sistema oficial de incentivos ofrecidos a los civiles para que proporcionaran información que condujera a la captura o muerte de guerrilleros. Este último sistema careció de supervisión y transparencia. En general, hubo una falta fundamental de rendición de cuentas y problemas en todas las etapas de los procesos disciplinarios y de investigación ⁹⁰.

Lo más alarmante del asunto es la forma y la dinámica usada por las fuerzas del orden, que el mismo informe señala: «En algunos casos, un «reclutador» pagado (un civil, un miembro desmovilizado de un grupo armado o un ex militar) atrae a las

⁹⁰ Disponible en internet: <http://www.hcr.or.co/documentosinformes/altocomisionado/informe2010/esp.doc>. Consultado. Julio 14. 2012.

víctimas civiles a un lugar apartado engañándolas con un señuelo, por lo general la promesa de un trabajo. Una vez allí, las víctimas son asesinadas por miembros de las fuerzas militares, a menudo pocos días u horas después de haber sido vistos por los familiares por última vez. En otros casos, las fuerzas de seguridad sacan a las víctimas de sus hogares o las recogen en el curso de una patrulla o de un control de carretera. Las víctimas también pueden ser escogidas por «informantes», que las señalan como guerrilleros o delincuentes a los militares, a menudo a cambio de una recompensa monetaria. Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate», que exterioriza la artimaña y el desenvolvimiento de actos meramente personales sin conexión con la finalidad estatal.

El informe destaca que «la falta de atribución de la responsabilidad penal ha sido un factor clave para que sigan produciéndose casos de falsos positivos», sumado a que en algunos lugares «parece existir un intento consciente por parte de los jueces militares de frustrar los esfuerzos del sistema de justicia civil. Esto además retrasa enormemente, a veces meses o años, la investigación y el conocimiento por los tribunales de las denuncias de ejecuciones extrajudiciales, en tanto que los presuntos autores están en libertad y los testimonios y las pruebas pueden perder su eficacia. Los jueces militares que colaboran con el sistema de justicia civil pueden ser objeto de acoso, amenazas o traslado a otras jurisdicciones». Ha sido un factor determinante en el debido enjuiciamiento de estos atroces acontecimientos, sin dejar de lado la cuestionada eficacia de la jurisdicción penal militar.

3. De las políticas estatales

La promoción de incentivos por los estamentos gubernamentales ha constituido, según las citas de la doctrina referida; el promotor de estos aberrantes y absurdos hechos. Aunque no puede ser ajeno lo que en el mismo Estatuto disciplinario de las Fuerzas Militares, ley 836 de 2003, se encuentra como parte de los estímulos en aras de congraciarse con la institución⁹¹.

Es necesario un repaso de algunas de las directrices o directivas estatales que han generado, con mayor énfasis durante esta última década, la proliferación de estos eventos.

En el año de 1998 se encuentra en la Directiva número 018 MDN-SEG-252, se estableció un sistema de pago de recompensas por la captura de cabecillas de grupos al margen. Cuando el doctor Álvaro Uribe Vélez tomó posesión como primer mandatario de la República en el año 2002, planteó la lucha contrainsurgente como eje primordial de su administración, por ello se adoptaron un

⁹¹ El capítulo IV de dicha normatividad, desarrolla el tema de los Estímulos, así pues señala: «Artículo 34. Premio al cumplimiento de los deberes. Quienes se destaquen en el cumplimiento de los deberes profesionales o los superen en beneficio del servicio, se harán acreedores a un premio. Artículo 35. Finalidad del premio. El premio tiene como finalidad estimular la perseverancia en el cumplimiento del deber a quien por ello se hubiere destacado e inducir a los demás a seguir su ejemplo. Artículo 36. Criterios para otorgar premios. Para otorgar un premio deberá tenerse en cuenta: 1. La personalidad y antecedentes del militar, considerando sus actuaciones positivas y negativas; 2. Las circunstancias que rodean la ejecución del acto o actos meritorios; 3. El beneficio para la Institución; 4. Los actos ejecutados en el desempeño de misiones de orden público. (...) Artículo 39. Premios y distinciones. Son premios y distinciones los siguientes: 1. Felicitación privada verbal o escrita; 2. Felicitación pública; 3. Permisos especiales; 4. Mención honorífica; 5. Premio al mejor soldado; 6. Jineta de buena conducta; 7. Distintivos; 8. Nombramiento honorífico; 9. Condecoraciones; 10. Premios especiales.

⁹² El estado de excepción se declaró mediante el decreto 1837 del 11 de agosto de 2002. Posteriormente, mediante el decreto 2002 de 2002 se crearon las zonas de rehabilitación y consolidación con poderes extraordinarios a la Fuerza Militar para realizar operaciones militares y restringir o limitar los derechos a la libertad, al debido proceso y la circulación de la población civil dado que se la vinculaba o asociaba con grupos guerrilleros.

⁹³ Expedida por la Dra. Martha Lucía Ramírez de Rincón, en su condición de titular del Ministerio de Defensa durante el primer período presidencial del Dr. Álvaro Uribe Vélez.

conjunto de medidas en el marco de la llamada Política de Seguridad Democrática. Esas medidas otorgaban una serie de facultades a las Fuerzas Militares⁹². En el año 2003 la Directiva No. 09⁹³, cuyo objetivo era fortalecer la política de promoción y protección de los DDHH de los trabajadores, sindicalistas y defensores de Derechos Humanos, que fijó dentro de la Política de protección a líderes sindicales y defensores de Derechos Humanos al Comando General de las Fuerzas Militares y la Dirección General de la Policía Nacional la obligación de informar al Ministerio de Defensa los resultados de las acciones que se adelantaban para proteger los derechos de líderes sindicales y Defensores de Derechos Humanos. Obviamente el afán de resultados hace proclive a la Fuerza Pública a disfrazar situaciones para el cumplimiento de los objetivos trazados por el despacho ministerial, desatando actos criminales propios del delincuente nato, ya que el comportamiento criminal no puede atribuirse por completo y en absoluto a un condicionamiento exterior, sino a la disposición natural de éstos agentes públicos.

La Directiva No. 09 de 2005, en el mismo sentido, trazó como objetivo la necesidad de «crear una política de protección y prevención en situaciones de desplazamiento forzado por la violencia», en donde Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional están en la obligación de adelantar operaciones militares y policiales, con el propósito de dismantelar las organizaciones que generan el desplazamiento forzado, a su vez se les atribuye el deber a los Comandantes de las dichas dependencias de pasar un reporte trimestral de dichas acciones al Ministro de Defensa, a la Red de Solidaridad Social y a la Vicepresidencia de la República. Con idénticas exigencias se expidió la Directiva 01 de 2007⁹⁴, sobre el retorno de desplazados, la Directiva No. 16 de 2006 con la meta de Fortalecer la Política de reconocimiento, prevención y protección de los derechos humanos de las

⁹⁴ Cuyo objetivo es: «Establecer el protocolo para la valoración de los aspectos de seguridad por parte de la Fuerza Pública en los procesos de retorno o reubicación de la población en situación de desplazamiento forzado por la violencia y complementar la política del Ministerio de Defensa en materia de desplazamiento».

comunidades de los pueblos indígenas del país por parte de la Fuerza Pública, entre otros. Esto ha creado el ambiente propicio para que, en el afán de alcanzar las metas estatales, se desarrollen actividades militares y policiales con el atropello a los derechos de los ciudadanos, mostrado como parte de los resultados exigidos.

Lo relevante de las estrategias gubernamentales surge el día 17 de noviembre del año 2005⁹⁵ con la número 20, que establece y desarrolla criterios para el pago de recompensas por la captura o abatimiento en combate de cabecillas de las organizaciones armadas al margen de la ley, material de guerra, intendencia o comunicaciones e información sobre actividades relacionadas con el narcotráfico y pago de información que sirva de

⁹⁵ Firmado por el Ministro Camilo Ospina-Bernal.

⁹⁶ Según el mismo documento consiste en la retribución en dinero o en especie, previamente establecida por el Gobierno Nacional, a una persona indeterminada por informaciones oportunas y veraces proporcionadas a la Fuerza Pública, que conduzca a la captura o abatimiento de combate de cabecillas de las OAML o cabecillas del narcotráfico, sobre la ubicación de material de guerra, intendencia y comunicaciones e información sobre actividades relacionadas con el narcotráfico y que previo a su registro, análisis, comparación, evaluación, difusión de la información y plantación operativa, siempre generan resultados positivos o permite contrarrestar acciones delictivas. El monto de los dineros o beneficios -que reciba la fuente estará supeditado a la realidad, utilidad e impacto de los resultados operacionales obtenidos y el criterio de valoración de la recompensa será dispuesto con base en los criterios de valoración establecidos en la presente directiva. b. Pago de Información. Es la retribución en dinero o en especie, que se entrega a una persona natural, por el suministro de datos de interés para las actividades de inteligencia, contrainteligencia e investigación criminal, respecto de actividades delictivas que afecten la seguridad y la estabilidad en cualquier región del país. Sobre conocimiento de actividades delictivas, ubicación de elementos, materiales, armamento y equipos de organizaciones y/o sujetos al margen de la ley en un lugar determinado que sirvan de fundamento para la continuación de labores de inteligencia y el posterior planeamiento de operaciones. Estos datos pueden provenir de elementos confiables ocasionales y que a pesar de que sus informaciones se registren, analicen, comparen y evalúen no siempre generan resultados positivos, siendo en ocasiones la continuación de datos suministrados con anterioridad y que darán resultados positivos posteriores.

fundamento para las labores de inteligencia y el posterior planeamiento de operaciones. Señaló la directriz como objetivos específicos, entre otros, el de i) definir pago por información pago por recompensas⁹⁶, ii) fijar criterios de valoración para cancelar recompensas por los principales cabecillas de las organizaciones al margen de la ley y los cabecillas de narcotráfico, de tal forma que sirva para reducir los incentivos del terrorismo y otros delitos como el secuestro, iii) establecer montos claros y predeterminados para cancelar recompensas por material de guerra, intendencia o comunicaciones o actividades relacionadas con el narcotráfico.

El día 20 de noviembre de 2007, con la Directiva Permanente 300-28, se propuso como finalidad el de «Privilegiar como medición de los resultados operacionales las desmovilizaciones colectivas e individuales sobre las capturas, y de estas a su vez sobre las muertes en combate, y dar mayor valoración a las muertes en combate cuando se trate de cabecillas, lo cual contribuirá de manera eficaz a los objetivos de la Política de Seguridad Democrática».

El Comando General de las Fuerzas Militares, dispuso a partir de dicha fecha *«privilegiar como medición de los resultados operacionales las desmovilizaciones colectivas e individuales sobre las capturas y de estas sobre las muertes en combate, dar mayor valoración a las muertes en combate cuando se trate de cabecillas, contribuyendo de manera eficaz a los objetivos de la Política de Seguridad Democrática y realizar el análisis de los resultados operacionales alcanzados y sus efectos en los campos del poder político, económico, social y militar, mediante el balance operacional que permita demostrar la efectividad y contundencia de la capacidad operacional de las Fuerzas Militares en la defensa, protección y garantía de los derechos humanos y en la aplicación y respeto de la normativa humanitaria.»* Se sumó a estas propuestas el Decreto 1400 de

⁹⁷ Según la misma regulación normativa, las operaciones de importancia nacional las constituirían aquellas operaciones en las cuales se lograra la captura de los cabecillas de los niveles I y II que se encuentran determinados en la Directiva expedida por el Ministro de Defensa Nacional. (artículo 2).

mayo de 2006, que creó la Bonificación por Operaciones de Importancia Nacional, para los Miembros de la Fuerza Pública y funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que participen en una operación de importancia nacional⁹⁷, la cual se otorgará por cada ocasión. Que además podía ser otorgada a una misma persona tantas veces cuantas se haga acreedora a ella, por participación en operaciones de importancia nacional.

La bonificación estuvo fijada hasta por un valor equivalente a doce (12) asignaciones básicas mensuales que percibiera el miembro de la Fuerza Pública o el funcionario del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a quien se le reconozca el derecho a percibir la misma. Además el Ministro de Defensa Nacional podía proponer a consideración del Presidente de la República, las operaciones realizadas por Miembros de la Fuerza Pública y funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, quien de conformidad con los parámetros establecidos en el mismo decreto determinaría si eran consideradas como de importancia nacional. No obstante la vigencia de esta norma se prolongó hasta el día 14 de mayo de 2007, cuando fue derogado por el decreto 1664.

El recorrido propuesto permite concluir que las políticas públicas fueron y son delineadas y producidas sin estimar de manera suficiente su impacto en la promoción y defensa de los derechos humanos, pues el tipo de instrumentos legales se convirtieron en un trofeo que mercenariza el conflicto armado y falsea las consecuencias firmes y efectivas de la política de Seguridad Democrática; a partir de estas estructuras legales las

⁹⁸ «Según las estadísticas de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, tras la expedición de la directiva Ministerial 029 de 2005, se pasó de 73 denuncias por casos de ejecuciones extrajudiciales contra la Fuerza Pública en 2005, a 122 en 2006 y 245 en 2007100. Además, a partir de 2003, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas comenzó a notar en sus informes un aumento de los casos de ejecuciones extrajudiciales cometidos por la Fuerza Pública 101. A partir de 2005, la Oficina del Alto Comisionado empieza a denunciar los casos de falsos positivos: «Llamaron la atención los casos de ejecuciones extrajudiciales de personas cuyos cuerpos fueron posteriormente presentados ante los medios como guerrilleros o paramilitares abatidos en combate»102. En 2006, la Oficina advirtió que

Ejecuciones Extrajudiciales se convirtieron, lastimosamente, en un potencial y creciente negocio del crimen, como lo testifican las estadísticas de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación⁹⁸.

El Observatorio de Paz Integral en el Magdalena Medio, en un documento titulado «*desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales presentadas como resultados positivos en combate degradación del conflicto armado colombiano*», Una mirada desde el Magdalena Medio Colombiano⁹⁹, al respecto citó:

Estos presuntos hechos son premiados o bonificados con ascensos en la carrera militar, bajo la siguiente lógica: mostrar bajas del actor enemigo es tomado como muestra del progreso en la guerra contrainsurgente. En la realidad no existen las bajas en el campo de operaciones militares, sino la ejecución extrajudicial de personas civiles, o de combatientes en estado de indefensión. Esta práctica es conocida como «body count» por el

había observado «un incremento en las denuncias sobre acciones atribuidas a miembros de la Fuerza Pública, y particularmente del Ejército. Esto se manifestó especialmente en el departamento de Antioquia, así como en Chocó, Norte de Santander, y en la región de la Sierra Nevada de Santa Marta. La mayoría de estas ejecuciones ha sido presentada por las autoridades como muertes de guerrilleros en combate, con alteraciones de la escena del crimen. Muchas fueron investigadas indebidamente por la justicia penal militar. Se registraron casos en que los propios mandos habrían apoyado la acción de vestir a las víctimas con atuendos de guerrilleros para ocultar los hechos y simular una acción en combate [...] La práctica de estas conductas, su negación por ciertas autoridades y la ausencia de sanciones a sus autores plantean la eventual responsabilidad de los superiores jerárquicos». Artículo. COLOMBIA. LA GUERRA SE MIDE EN LITROS DE SANGRE. Falsos positivos, crímenes de lesa humanidad: más altos responsables en la impunidad. Disponible en internet: <http://www.fidh.org>. Consultado. Agosto 4. 2012.

⁹⁹ Disponible en internet: <http://www.opi.org.co/>. Consultado. Enero 12. 2013. Consultado. Agosto 4. 2012.

Departamento de Estado de Estados Unidos. En la Región del Magdalena Medio, el Observatorio de Paz Integral OPI, Organizaciones Sociales y defensoras de Derechos Humanos, han venido denunciando estos casos por más de 10 años, observando un importante incremento entre enero de 2006 a diciembre de 2008. En este periodo se desarrollaron operaciones militares en las que el gobierno buscaba la «retoma del territorio» ocupado por los grupos paramilitares en proceso de desmovilización. Durante el mismo periodo, se registró el aumento de amenazas colectivas e individuales, desplazamientos, utilización de civiles como escudos humanos, pillaje, destrucción de bienes civiles, detenciones arbitrarias y las terribles ejecuciones extrajudiciales por cuenta del Ejército Nacional. Entre enero de 2006 y diciembre de 2008 el OPI ha registrado 165 casos de violación de DDHH por cuenta del Ejército Nacional y 47 ejecuciones a civiles presentados como combatientes.

Los interrogante son: ¿qué responsabilidad se deriva para la administración pública por la actuación de su agente en este suceso?, ¿qué responsabilidad surge para el funcionario comprometido?, ¿es imputable a la institución estatal las consecuencias económicas de un hecho delictivo cometido durante el ejercicio de la función pública pero que no encierra consumir la finalidad del Estado?

4. Responsabilidades derivadas para el agente de la fuerza pública en las denominadas ejecuciones extrajudiciales

El artículo 6 de la Carta Superior indica que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, así como por omisión y extralimitación en el ejercicio de funciones, por eso se les permite hacer lo que tienen permitido y no hacer lo prohibido.

Las autoridades públicas, incluyendo la Fuerza Pública, están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sumada a la cláusula específica que contempla el artículo 217 constitucional, sin pasar por alto el postulado del artículo 95 id. «de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios». Esto encierra que

cuando en ejercicio de función constitucional deba utilizarse la fuerza o su medio armamentístico, es porque el uso de estos mecanismos es la última de las herramientas a la que debe acudir, por ser excepcional y extremo.

La operación militar o policial esté destinada a socavar al disidente, o pueda cegarse con la vida, éstos injustos sólo se aplican cuando las exigencias del evento no permitan otra solución, ya que debe atemperarse al principio de racional proporcionalidad propio del derecho humanitario¹⁰⁰ como de la Constitución Política (artículo 214). El cumplimiento y ejercicio de la autoridad, está sometida a la Carta, a las leyes y al respeto de los derechos humanos, como supremo valor del Estado, porque en este modelo «el ciudadano no es para el Estado, sino que el Estado es para el hombre»¹⁰¹. Es sabido que quien mediante una conducta ilícita lesiona intereses particulares o los superiores de la colectividad, incurre no sólo en responsabilidad penal, sino en la civil o patrimonial, y tratándose de servidores públicos, son otras órbitas del derecho sancionador las que terminan inmersas.

La legitimidad de los distintos juicios de responsabilidad que pueden generarse a partir de una misma conducta: la responsabilidad penal, circunscrita a que se demuestre la vulneración de un bien jurídico; y la disciplinaria que busca demostrar la infracción del deber funcional del sujeto disciplinable. Esta es, mientras la imputación penal parte de la vulneración de bienes jurídicos relacionados con derechos de terceros, la imputación disciplinaria desvalora la vulneración de los deberes funcionales a cargo del servidor público; la primera busca que se le asignen consecuencias a la vulneración de derechos, y la disciplina que se le atribuya una consecuencia a la infracción del deber funcional¹⁰².

La regulación y determinación de la responsabilidad de los

¹⁰⁰ Por ejemplo los Protocolos de Ginebra. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>.

¹⁰¹ BERISTAIN, Antonio. El delincuente en el Estado Social de Derecho. Madrid. Ed. Reus S.A. 1971. p. 8.

¹⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-014 de enero 20 de 2004, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C. 2004. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/. Consultado. Agosto 13. 2012.

agentes públicos, adquiere importancia teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación, que pueden ser de orden reparatorio (acción patrimonial civil, repetición), sancionatorio (penal, disciplinario, fiscal).

El contexto referido en páginas anteriores, hace necesario entonces establecer el tipo de responsabilidades, que como servidor público, surge para el miembro de la Fuerza Pública. Y es que los servidores públicos están llamados a actuar dentro del marco de sus funciones, es decir en servicio del Estado, según las previsiones constitucionales, la ley o el reglamento, pues de lo contrario serán penal, disciplinaria y civilmente responsables, como se apuntó.

En especial deberemos analizar la responsabilidad penal, la disciplinaria y la patrimonial en la que se plantea la obligación civil personal del agente de las Fuerza Pública pero sin solidaridad con el Estado, por exoneración del ente estatal en el deber resarcitorio, por argumentos que en su momento se expresarán.

4.1. Responsabilidad penal

Es aquella que se establece por los actos o conductas que instituyen infracciones estimadas como «actos delictuales» por la legislación penal. Nace en la medida «en que su conducta encuadre típicamente en algunas de las reprimidas por la norma penal de fondo. Es decir, que, en este aspecto, la legislación penal actúa como límite externo y negativo para el agente»¹⁰³.

La Carta Constitucional concibe el Estado Colombiano bajo un modelo de Estado Social de Derecho, fundado primordialmente en el respeto de la dignidad del hombre. Así los conceptos del derecho penal, como otras ramas, deben instituirse en el marco

¹⁰³ CANDA, Fabián Omar. Responsabilidad Penal de los agentes de la Administración Pública, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Buenos Aires. Editorial Ciencias de la Administración. 2001. p. 98.

de los contenidos que traza y delimita el nuevo modelo de Estado, según los mandamientos superiores contenido en sus artículos 1 y 2, con la ineludible necesidad de interpretarse a partir de los contenidos jurídicos y contenidos de la Carta Superior, y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como parte del bloque de constitucionalidad¹⁰⁴ que conforman.

La historia de Colombia muestra el desarrollo de un conflicto armado, ya desde hace varias décadas, pues las circunstancias de hecho hacen tozudas las posiciones negatorias de la condición bélica del país. Los conflictos armados tanto de carácter internacional como interno son regidos por el Derecho Internacional Humanitario (DIH), que inhibe una serie de comportamientos en el marco de un conflicto armado. Entre tales conductas, todas ellas punibles en el Derecho Penal, se encuentra el homicidio de no combatientes, es decir de personas civiles que no participan en las hostilidades y de combatientes que se encuentran fuera del contexto hostil. Por su parte «*las exigencias y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana*»¹⁰⁵.

El contexto que plantea la investigación tiene de relieve otras discusiones, ya bosquejadas por la doctrina, en cuanto a la

¹⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de Mayo de 2006. Magistrados Ponentes Dres. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Alvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas Hernández: «Según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados.» Bogotá, D.C. 2006. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/. Consultado. Agosto 24. 2012.

¹⁰⁵ PICTET, Jean. Desarrollo y principios del Derecho Internacional humanitario. Ginebra. 1986. p. 73.

trascendencia del acto ilícito del agente público en los falsos positivos, cuyo juzgamiento no sólo acarrearía la sanción de la jurisdicción interna sino de la Corte Penal Internacional, de acogerse cierta tesis reinante entre expertos.

La Corte Penal Internacional en su Estatuto¹⁰⁶ regula los crímenes de guerra en el artículo 8 que establece: «c) *En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades [...]: i) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura...*». Nuestra legislación penal obviamente, no es ajena a la tipificación de estas acciones y así lo hace en su artículo 135 que regula:

Homicidio en persona protegida. El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre

¹⁰⁶ Del cual hace parte Colombia desde el 1 de Noviembre de 2002, en relación con los crímenes de genocidio y de lesa humanidad. Sin embargo, dado que Colombia firmó la reserva de 7 años establecida en el artículo 124 del Estatuto, la vigencia para Colombia en relación con los crímenes de guerra comenzó formalmente el 1 de Noviembre de 2009.

Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

El Estado Colombiano a pesar que durante algún tiempo no tuvo la competencia de la Corte Penal Internacional¹⁰⁷, no eximía a las autoridades internas de iniciar las investigaciones y realizar las condenas por la acción considerada como crimen de lesa humanidad.

¹⁰⁷ La Corte Penal Internacional fue establecida por su Estatuto, un tratado aprobado por una conferencia diplomática que se celebró bajo los auspicios de las Naciones Unidas en Roma en 1998. Es una corte permanente, independiente, complementaria, de último recurso. Actúa cuando los sistemas nacionales de justicia de los Estados Parte de la misma no adelantan las investigaciones de crímenes atroces de su competencia o no están en capacidad o disposición genuina de investigar y castigar a los responsables de dichos delitos. Así las cosas, los sistemas nacionales de justicia, incluido el de Colombia, tienen no sólo la obligación sino la primacía en la investigación y castigo de quienes cometen los crímenes atroces. Cabe recordar que Colombia hizo una salvaguarda cuando adoptó el Estatuto de Roma, valiéndose del artículo 124 de dicho instrumento que permitía a un Estado, al hacerse parte del Estatuto, declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha de entrada en vigor a su respecto, no aceptaría la competencia de la CPI sobre los crímenes de guerra. Esta salvaguarda expiró el 31 de Octubre de 2009.

Las ilicitudes en los casos de *falsos positivos* o *ejecuciones extrajudiciales* inicialmente no ofrecen mayor complejidad para la legislación penal interna, pero la inquietud surgiría en entenderlos o no como una categoría de crímenes de guerra, o de lesa humanidad, pues así podrían calificarse las falsas bajas de civiles en combate, bien como homicidio agravado¹⁰⁸ o como homicidio en persona protegida, esto es como violación del DIH o crimen de guerra.

El crimen de lesa humanidad es un acto atroz, bárbaro y sin ningún comportamiento moral que cualquier ser humano se indigna ante el evento, por la amoralidad y atrocidad que brota en su ejecución. Sin duda alguna, el sujeto pasivo lo constituye toda una colectividad, pues a pesar del daño particular conmueve a toda la sociedad, afectada en su dignidad y conciencia.

Es cierto que la Corte Penal Internacional no tiene competencia sobre transgresiones a los Derechos Humanos como tales, los crímenes de lesa humanidad son, en efecto, graves violaciones de algunos derechos humanos cometidos en un escenario específico. Por tanto, las decisiones de este tribunal con asiduidad, afrontan temas muy relevantes para la interpretación del derecho

¹⁰⁸ COLOMBIA. CÓDIGO PENAL. Artículo 104. Las circunstancias de agravación establecidas en Derecho Penal colombiano, son las siguientes: 1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad; 2. Para preparar, facilitar o consumar otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes; 3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el capítulo II del título XII y en el capítulo I del título XIII, del libro segundo de este código; 4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil; 5. Valiéndose de la actividad de inimputable; 6. Con sevicia; 7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación; 8. Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas; 9. En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el título II de este Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia; 10. Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello.

internacional de los derechos humanos.

La discusión no puede echar de menos y tener en cuenta que para quienes debe ser considerado como homicidio agravado, apuntan a que el suceso no tiene relación alguna con pugnas armadas como tal, sin embargo, como sustento de quienes explican que se trata de crímenes de guerra, es precisamente porque los autores se han valido del conflicto armado para el atropello frente a civiles ajenos a la crisis. «*Aunque los delitos de lesa humanidad por su parte no presuponen un estado de guerra y pueden ser sometidos en cualquier tiempo, pero lo que los caracteriza es sobre todo el poder de ofensa a la conciencia general*»¹⁰⁹.

Un crimen de lesa humanidad está definido en el artículo 7 del Estatuto de Roma, entendiéndolo como cualquiera de los actos siguientes:

cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático¹¹⁰ contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con

¹⁰⁹ GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1998. p. 240.

¹¹⁰ Según el mismo Estatuto ha de entenderse como una «línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política».

¹¹¹ «Se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado».

cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas¹¹¹; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Los Crímenes de Lesa Humanidad se diferencian de otros infracciones principalmente porque reúnen cuatro características: (i) Son actos generalizados, que pretende soslayar que se trata de ilícitos que se cometen contra una gran cantidad de víctimas, ya sea por la cantidad de crímenes o por un crimen con muchas víctimas, (ii) sistemáticos, erige a que su comisión se realiza con arreglo a un plan o política preconcebida que permite la realización repetida o continuada de dichos actos inhumanos, (iii) perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúan por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia, ayuda o complicidad y, (iv) están dirigidos contra la población civil por motivos sociales, políticos, económicos, raciales, religiosos o culturales. Es indefectible que el sujeto activo del crimen sea bien un agente estatal o particular que afana para el Estado o que actúa con su apoyo, beneplácito o tolerancia. Resulta absolutamente relevante la estimulación del crimen, pues es este elemento el que permite comprender el sentido mismo del crimen de lesa humanidad, al enmarcarlo dentro de un contexto social, político, económico y cultural preciso.

Estos componentes son los que permiten distinguirlos de otros crímenes como lo son las violaciones a los Derechos Humanos y los abusos de autoridad, siendo estos crímenes con algunas de las particularidades de los crímenes de lesa humanidad pero que no los reúnen todas.

En gran medida los *falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias* cometidas en Colombia durante, principalmente, la última década reúnen caracteres

propios de éstos crímenes de lesa humanidad. Y es que basados en la jurisprudencia internacional en la materia, se encuentra particularidades que erigen la situación del país como el escenario propio de este tipo de crímenes.

El ataque dirigido contra una población civil

Se refiere a una operación lanzada contra la población civil, sin que sea necesario que se trate de un ataque militar¹¹², la población civil debe ser el objetivo principal del ataque, y no una simple víctima incidental¹¹³.

La población civil en Colombia ha sido indudablemente el objetivo de ataques en el marco del conflicto armado interno. En sus declaraciones luego de su visita a Colombia en 2009, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales destacó que las ejecuciones cometidas por las fuerzas de seguridad, paramilitares y otros agentes armados no estatales «repercuten de manera desproporcionada en las poblaciones rurales y pobres, pueblos indígenas, afrocolombianos, sindicalistas, defensores de derechos humanos, y líderes comunitarios¹¹⁴. Como se verá más adelante, al tratar los perfiles de las víctimas de casos de *falsos positivos*, ellas entran sin duda en la categoría de miembros de poblaciones rurales y pobres.

La Doctrina de Seguridad Nacional que sustenta la Política de

¹¹² CPI. Elementos de los Crímenes, artículo 7, párr. 3°. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1998-icc-5tdm58.htm>.

¹¹³ CPI. Documento N° ICC-01/05-01/08-424, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones preliminares II, 15 de junio de 2009. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/269A305D-4F4F-4BF0-8F66-9B96B157DDC1.htm>. (último acceso: 6 de mayo de 2012) (en adelante «Documento N° ICC-01/05-01/08-424»), párr. 76. Traducción no oficial.

¹¹⁴ Declaraciones del Profesor Philip Alston, Boletín de prensa, Bogotá, 18 de junio de 2009. Disponible en: <http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=i1——&s=n&x=58590> (último acceso: 4 de mayo de 2012).

Seguridad Democrática, que a su vez -como hemos estudiado más arriba- respalda las ejecuciones extrajudiciales objeto de este informe, propicia la noción del *enemigo interno*. Este concepto sugiere que son enemigos del Estado y de la sociedad toda persona u organización que asuman posturas democráticas, críticas y diferentes a las del modelo que se quiere imponer desde el poder¹¹⁵.

Las medidas que se tomaron a partir del año 2002 en el marco de la Política de Seguridad Democrática otorgaban una serie de facultades a las Fuerzas Militares, con el fin de dirigir la lucha antiterrorista o la lucha contrainsurgente, basadas en la idea de *quitarle el agua al pez*. De acuerdo con ese planteamiento, la principal ventaja militar de los grupos subversivos eran los vínculos que supuestamente mantenían con la población civil y que adoptaban la forma de complicidad u ocultamiento. En consecuencia, uno de los principales objetivos de las acciones militares emprendidas en el marco de la Política de Seguridad Democrática, fue el aislamiento de esos grupos, cuyo principal soporte de acción, de acuerdo con el Gobierno, era «la

¹¹⁵ Entrevista con Liliana Uribe Tirado, miembro de la Corporación Jurídica Libertad, del 26 de abril de 2012, en posesión de la FIDH. 14 / Colombia. La Guerra se mide en litros de sangre. Disponible en: <http://www.fidh.org>. Consultado. Octubre 7. 2012

¹¹⁶ Tercer considerando del Decreto 2002 de 2002. En la sentencia mediante la cual se decidió sobre la constitucionalidad de todas y cada una de las disposiciones contenidas en ese decreto, la Corte Constitucional advirtió que ese considerando no podía ser considerado como un fundamento jurídico aceptable, por dos razones: i) aceptarlo como fundamento jurídico implicaría «presumir la pertenencia de todos los habitantes civiles de Colombia, sin distinciones de ninguna especie, a dichas organizaciones [armadas al margen de ella ley], con lo cual se crea para todos una inseguridad jurídica generalizada»; y ii) aceptarlo como fundamento jurídico representaría una negación absoluta del principio de distinción entre combatientes y no combatientes. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1024 de 2002, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra).

mimetización de sus integrantes dentro de la población civil»¹¹⁶.

De esa forma, la Política de Seguridad Democrática generó un ambiente de sospecha generalizado hacia las personas campesinas, habitantes de las zonas controladas o de tránsito de las guerrillas¹¹⁷, que como se expresó, el escenario, la ausencia de presencia habitual del poder estatal, como el tipo de población, la insurgencia rodeante, es el propicio para que los agentes de la Fuerza Pública del Estado presenten el abatimiento de falsos insurrectos.

En el marco del conflicto colombiano, se ha visto cómo se ha asimilado a la población civil de regiones donde opera la guerrilla,

¹¹⁷ Las medidas adoptadas por el Gobierno colombiano en materia de seguridad y defensa nacional fueron fuertemente cuestionadas en su momento por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, señalando que era «fundamental que las políticas y medidas adoptadas por el Estado colombiano, incluyendo las de seguridad, [fueran] compatibles con las normas y los principios internacionales y [estuvieran] rodeadas de los controles adecuados e independientes que [garantizan] el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas». Reproducido en la Ponencia del señor Amerigo Incalcaterra, Director Adjunto de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 25 de julio de 2003. Disponible en internet: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=26&cat=24> (último acceso: 9 de mayo de 2012).

¹¹⁸ Ver informes del Grupo de Trabajo sobre Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación – CNRR. [En línea] En concreto el informe «San Carlos, Memorias del Éxodo en la Guerra», 2011, p.108 y ss. cuando relata cómo «las órdenes de desalojo, los asesinatos selectivos, las desapariciones forzadas y la extorsión fueron acciones dirigidas a personas y sectores específicos de la población a quienes se consideraba militantes, colaboradores o base social del bando enemigo». Disponible en: <http://www.memoriahistorica-cnrr.org.co/s-informes/informe-21>. Consultado. Octubre 7. 2012.

¹¹⁹ COLOMBIA. LA GUERRA SE MIDE EN LITROS DE SANGRE. Falsos positivos, crímenes de lesa humanidad: más altos responsables en la impunidad. Disponible internet: <http://www.fidh.org>. Consultado Octubre 7. 2012.

a integrantes de dicha organización, siendo así el objetivo de ataques militares y paramilitares¹¹⁸. Todas estas consideraciones permiten concluir que los *falsos positivos* se dieron como parte de un ataque dirigido contra la población civil¹¹⁹.

Política de Estado

El Estado promueve o estimula activamente un ataque de esa índole contra una población civil. Y es que no es sólo producto de las motivaciones económicas ofrecidas y que ya reseñamos en ítem anterior, ni por los beneficios en el régimen de carrera, sino por la misma coacción generada a través de la política estatal de revelar eficiencia y eficacia en el actuar de la Fuerza Pública, que se detalló se instituía en cada una de las Directivas ministeriales a las que hicimos alusión en acápite precedente, pues la medición de la eficiencia del cuerpo armado del Estado se revelaba en la cuantificación de capturas y bajas de la delincuencia e insurgencia, parámetro que llevó indefectiblemente a los bochornosos actos puestos al descubierto por organismos internacionales.

En el cuadro de la lucha contrainsurgente y la evocada Política de Seguridad Democrática, se perfilaron y pusieron en práctica una serie de módulos normativos, con la capacidad de poner todo el aparato armado legítimo del Estado en pro de unos objetivos. Y es que la combinación de esa política acoplada al sistema de recompensas por información, la progresiva presión por resultados y la falta de control adecuado, nos lleva precisamente, reitero, a razonar que las ejecuciones no pueden ser estimadas como actos insulares, sino que existió un alto grado de organización y coordinación con las políticas gubernamentales.

En la tenue verificación de las tesis imperantes, resulta ineludible concluir que los atropellos constitutivos de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias o también llamados falsos positivos tienen la trascendencia en la tipificación del Estatuto de

¹²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 2002 con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, que revisó la exequibilidad de la ley 742 de 2002, la Corporación explicó precisamente que lo que establece el Estatuto de Roma, la soberanía de los Estados es limitada de varias formas. En primer lugar, porque es la Corte Penal Internacional –y no cada Estado Parte– quien decide cuándo un Estado no,

Roma. Debemos esperar que las decisiones de la jurisdicción interna contengan la trascendencia penal del caso y evitar el asomo del órgano judicial internacional¹²⁰, que deterioraría aún más la afligida imagen del país.

4.1.1. Jurisdicción Penal Militar. Juez excepcional

En varias oportunidades se ha puesto en discusión la competencia del Juez Penal Militar en las investigaciones y sanciones de los falsos positivos, no sólo derivadas de las cláusulas propias de los respectivos estatutos penales militares, sino de las condiciones que el artículo 221 constitucional¹²¹ establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por los

...está dispuesto o no ha sido capaz de ejercer su jurisdicción. En segundo lugar, porque el análisis de la existencia de una causal de incapacidad o de indisposición de un Estado, supone que la Corte examinará las condiciones bajo las cuales el Estado ha ejercido o ejerce su jurisdicción. En tercer lugar, porque el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma. En cuarto lugar, porque cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto, la jurisdicción nacional pierde competencia sobre el mismo. La autonomía para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no es absoluta. El Estatuto establece no sólo que dicho ejercicio se hará en las condiciones extraordinarias enumeradas en los artículos 17 y 20 del Estatuto, sino que además, si decide hacerlo, los Estados podrán impugnar dicho ejercicio (artículo 18), si la decisión de la Corte Penal Internacional no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos 17 y 20 y apelar ante la Sala de Cuestiones Preliminares las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el Fiscal. Disponible: www.corteconstitucional.gov.co Consultado. Octubre 9. 2012.

¹²¹ Modificado. Acto Legislativo 2 de 1995, art. 1.: De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.

miembros de la fuerza pública sea de conocimiento de la justicia penal militar: (i) que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; y, (ii) que el delito guarde relación con el servicio.

La aplicación del régimen foral militar no se agota, por consiguiente, con que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible; es necesario, además, que el delito esté sustancialmente vinculado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente.

La Carta Fundamental de 1886, en su artículo 170¹²², también había consagrado el fuero penal militar, con la particularidad que era exclusivo para el personal de tal naturaleza, dejando a los miembros de la Policía Nacional; la razón puede ser obvia, para la época no se había constituido el organismo armada de raigambre civil. Tal como habíamos explicado, en el año 1945 con la ley 3, se expidió un nuevo código penal militar, que cinco años después fuera derogado por los decretos 1125 del 31 de marzo 1950 y 957 del 14 de marzo del mismo año. Éste fue el

¹²² Y es que el artículo 166, señalaba «La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares. Por su parte el artículo 170, indicaba: «De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.»

¹²³ Según el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), artículo 37, «Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes: a. simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición; b. simular una incapacitación por heridas o enfermedad; c. simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y d. simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto.

primer código penal militar que trajo un título y capítulo sobre delitos por infracciones al DIH. Así se refirió a la perfidia¹²³, de trato a los prisioneros de guerra, de la prohibición de ciertas armas. En 1958, con el decreto 250 un nuevo código que consagraría la equivalencia, para efectos de juzgamiento, entre los términos «militar o militares» y policía. En el año 1988 se expidió el decreto 2550; complementado por el acto administrativo 1562 de 1992.

La Ley 522 de 1999 incorporó aspectos importantes a nivel de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Internacional de Derechos Humanos, abrogando la competencia para estos actos delictuales a la justicia ordinaria. Dicha norma recogería aspectos importantes, que subsistieron en parte con la Ley 1407 de 2010, definiendo los delitos relacionados con el servicio como «*aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública derivados del ejercicio de su función militar, o policial que les es propia*». Excluyendo del conocimiento de la justicia penal militar los ilícitos de tortura, genocidio y desaparición forzada; no existiendo ninguna causal para que puedan ser investigados y juzgados por dicha justicia especial. Igual directriz se planteó frente a los delitos de lesa humanidad. Esto permite plantear una inquietud que nos conducirá además de las respuestas de orden social a un interrogante de orden estrictamente jurídico que resonará en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del agente público y de la institución militar o policial. La asignación de la investigación de las conductas atroces¹²⁴ de que trata el Código Penal Militar tiene unas motivaciones muy particulares. A pesar que el canon 221 superior delinea de manera diáfana la asignación para esta jurisdicción, se suma un particular escenario, el alto

¹²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407 de 2010 (17 de Agosto). Por la cual se expide el Código Penal Militar. Artículo 3: «...Tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio». Bogotá, D.C. 2010.

grado de desconfianza que ha generado la justicia penal militar, en varias oportunidades hecha pública en sendos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, producto de la ineficiencia e ineffectividad de dicha justicia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana, en varias de sus sentencias, opiniones consultivas y resoluciones de admisión sobre los eventos de supuestas violaciones a los Derechos Humanos, dejan entrever recelo frente a la imparcialidad de la jurisdicción penal militar. Para la Comisión la jurisdicción militar no constituye un foro apropiado y por lo tanto no manifiesta un medio conveniente para investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, presuntamente cometidas por miembros de la fuerza pública o

¹²⁵ Varios son los antecedentes, entre ellos las sentencias del: (i) Caso Masacre del Aro, de julio de 2006, (ii) Masacre de La Rochela, de mayo 11 de 2007, en la que insistió «32. Según se indicara supra la investigación referida a la presunta participación de un miembro del Ejército —concretamente el Teniente Luis Enrique Andrade— fue remitida a la justicia penal militar. A este respecto cabe señalar que la Comisión se ha pronunciado en el sentido de que la jurisdicción militar no constituye un foro apropiado y por lo tanto no brinda un recurso adecuado para investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana presuntamente cometidas por miembros de la fuerza pública, con su colaboración o aquiescencia. El Estado señaló también que la actividad de la parte civil en el proceso había sido escasa y que este elemento no habría contribuido al pronto esclarecimiento de los hechos, lo cual sería otra razón para considerar el plazo transcurrido como razonable. La CIDH ha señalado en casos similares que siempre que se investiga la comisión de un delito perseguible de oficio, el Estado tiene la obligación de promover el proceso penal hasta sus últimas consecuencias. Por ende, no puede exigirse a las víctimas o sus familiares que asuman la tarea de agotar los recursos internos cuando esta obligación le corresponde al Estado.», (ii) Caso Mapiripán, en donde se insistió por la Corte: «294. En este apartado el Tribunal determinará aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión pública. Estas medidas tienen especial relevancia en el presente caso por la extrema gravedad de los hechos. a) Obligación del Estado de investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables. 295. La Corte ha establecido en esta Sentencia que la investigación conducida...

con su colaboración o aquiescencia, sumado a que los familiares de las víctimas se han visto privados de acceder a un recurso adecuado para la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de los graves hechos denunciados¹²⁵.

Una investigación penal debe realizarse prontamente para proteger los intereses de las víctimas, preservar la prueba e incluso salvaguardar los derechos de toda persona que en el contexto de la investigación sea considerada sospechosa.

...por Colombia sobre la masacre en Mapiripán ocurrida entre el 15 y el 20 de julio de 1997 incumple los estándares de acceso a la justicia y protección judicial establecidos en la Convención Americana (supra párr. 241). En particular, la Corte señaló que las violaciones declaradas a los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas, resultan agravadas como consecuencia de las faltas al deber de protección y al deber de investigar los hechos, así como de la falta de mecanismos judiciales efectivos para dichos efectos y para sancionar a todos los responsables de la masacre de Mapiripán. De tal manera, el Tribunal declaró al Estado responsable de la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. 296. La Corte ha valorado los resultados parciales del proceso penal. No obstante, más de 8 años después de ocurrida la masacre prevalece la impunidad parcial y la falta de efectividad del proceso penal, que se reflejan en dos aspectos: en primer lugar, la mayoría de los responsables no han sido vinculados a las investigaciones o no han sido identificados ni procesados. En segundo lugar, la impunidad se refleja en el juicio y condena en ausencia de paramilitares que se han visto beneficiados con la ineffectividad de la sanción (supra párrs. 230, 240 y 96.126). 297. La Corte reitera que el Estado está obligado a combatir esta situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos. Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación. Por tanto, en el presente caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer. 298. A la luz de lo anterior, el Estado debe realizar inmediatamente las debidas diligencias para activar y completar eficazmente la investigación para determinar la responsabilidad intelectual y material de los autores de la masacre, así como de las personas cuya colaboración y aquiescencia hizo posible la comisión de la misma. El Estado debe llevar a término el proceso penal sobre la masacre de Mapiripán, de forma que permita el esclarecimiento de todos los hechos y la sanción de los responsables. Los resultados de estos procesos deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera... que...

La imputabilidad jurídica, en las ejecuciones extrajudiciales

Un antecedente reciente advierte con claridad que la justicia colombiana ha otorgado tratamiento tenue y frágil a estos hechos, como lo ha sostenido tanto la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos terminan menoscabando las prerrogativas de las víctimas. Un asunto confeso de «falsos positivos» fue tratado como un delito de «Encubrimiento por favorecimiento»¹²⁶, a pesar de la insistencia jurídica-procesal del representante del Ministerio Público en lograr variar la conducta por la que fueron juzgados los militares involucrados, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal se sostuvo en la posición que los

...la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos del presente caso. 299. Para cumplir la obligación de investigar y sancionar a los responsables en el presente caso, Colombia debe: a) remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad; b) utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial; y c) otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, investigadores, testigos, defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia, así como a los ex pobladores y actuales pobladores de Mapiripán. 300. Según informó el Estado, el Comité Especial de Impulso a las investigaciones por violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario ha seleccionado el caso de la masacre de Mapiripán para darle la debida celeridad en el esclarecimiento de los hechos y sanción de los responsables (supra párr. 293.m)). La Corte estima que esta vía puede contribuir al cumplimiento de estas obligaciones, en conjunto con la designación de una fiscalía especial, dentro de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, que se encargue exclusivamente de la investigación y tramitación del proceso penal en curso»¹²⁶ Sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012), Expediente 32636. Magistrado Ponente. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero, Aprobado Acta No. 357. Sindicado. Gelver Eduardo Muñoz Montilla. Disponible: corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/-402085038. Consultado, Enero 14, 2013.

¹²⁷ Razonó el Procurador, «permitir que un caso de esta trascendencia, connotación y gravedad quede finalmente impune y la abierta vulneración a los derechos y garantías fundamentales aquí quebrantadas permita salir airoso a un condenado que participando en la ejecución extrajudicial de dos seres humanos, ha recibido una condena ilegal por un punible de baja categoría, pues ilegalmente y sin saber por qué, le erigieron en encubridor de unos crímenes de los que fue simple y llanamente autor, cuando menos cómplice».

Jueces de Primera y segunda instancia expresaron en un caso, que como lo entendió el Procurador Delegado, resultaba de trascendencia y gran connotación social¹²⁷. Explicó la Corporación:

«Sin vocación de éxito el reparo, tampoco puede entenderse franqueada la posibilidad de la casación oficiosa que propone el demandante so pretexto de que se trata de un caso de trascendencia, connotación y gravedad, porque aunque la Corte no desconoce estos elementos en tan lamentable hecho, *lo cierto es que de lege lata tal mecanismo solo es procedente cuando se encuentre demostrada alguna situación de nulidad, o una ostensible afrenta a las garantías fundamentales, que acá en verdad no se aprecia en esa condición dada la dialéctica que en este asunto tuvo el tema probatorio*»¹²⁸.

Frente a la decisión se presentó disidencia, apoyada en semejantes consideraciones del censor, por la Magistrada María

¹²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000 (24, Julio, 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Artículo 446, señala: «El que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses. Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión. Si se tratare de contravención se impondrá multa».

En el caso particular, los antecedentes nos muestran que en el año 2007, el sindicado Muñoz Montilla confesó haber conocido de la planeación de un operativo ocurrido el 25 de mayo de 2004 y el posterior montaje mediante el cual dos jóvenes del corregimiento San Cristóbal de la capital antioqueña, Arley de Jesús Vallejo Cardona y Yon Fredy García Carmona, fueron presentados como milicianos de las FARC muertos en combate. En los hechos participaron también miembros de la Agrupación de las Fuerzas Especiales Urbanas (AFEUR) del ejército nacional, quienes recibieron recompensa en dinero por el «positivo». Gelver Muñoz se acogió a sentencia anticipada y a comienzos de 2008 fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito a 2 años de cárcel por el delito de encubrimiento por favorecimiento agravado, decisión que fue apelada por el agente del Ministerio Público en el proceso, y que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín en noviembre de ese mismo año.

del Rosario González Muñoz quien recordó que *«es precisamente en asuntos como este en los cuales debe tener en cuenta la especial condición de Muñoz Montilla, dado que no se trata de un simple ciudadano, sino de un cabo primero del Ejército colombiano, es decir, de una autoridad cuyas misiones constitucionales y legales son diversas a las de un particular. En efecto, si de acuerdo con el artículo 2° de la Carta Política las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y otros bienes, motivo por el cual es incuestionable que tienen posición de garante por institución, no se aviene con tal comprensión constitucional que si un militar tiene conocimiento previo de la futura comisión de 'bajas' en un escenario manifiestamente ilegal, su silencio sobre el particular se adecue simple y llanamente al delito de favorecimiento»*.

La decisión de la Corporación convalida la impunidad, «cierra los mecanismos en la justicia interna, convalida la impunidad al desconocer el carácter sistemático de las ejecuciones extrajudiciales y rompe el Código Penal, pues aplica responsabilidad por encubrimiento a quien conocía con anterioridad que el crimen sería cometido»¹²⁹. Es «deplorable para el Estado de Derecho y la justicia, (...) grave retroceso, porque la justicia en vez de avanzar con paso seguro a reprimir el terrorismo de Estado, parece alegrarse con tejer dudosas fórmulas que ampararán a los militares que usen el poder para delinquir. Le esperan días aciagos en materia de derechos humanos al país, (...) Esa postura apunta a desvirtuar el concepto de delitos de sistema, como lo fueron los falsos positivos, que obedecieron a una idea permanente y organizada de aniquilar inocentes para inflar resultados en la lucha contra la insurgencia. Al considerar que los militares fueron simples encubridores, se desnaturaliza el criterio de crímenes sistemáticos que revistieron los falsos

¹²⁹ MOLANO, Jorge. Representante de víctimas de «falsos positivos». Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/falsos33.html>. Consultada Octubre 20, 2012.

¹³⁰ BEJARANO, Ramiro. Abogado columnista. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/falsos33.html>. Consultada Octubre 20, 2012.

positivos, que se idearon y perpetraron en función de una idea criminal de aniquilamiento de un grupo de personas de la población civil»¹³⁰. El terrorismo no sólo puede estar marcado únicamente por las actuaciones de grupos insurgentes, o grupos al margen de la ley, el Estado genera terrorismo cuando de manera reiterada, sistemática, valiéndose del ciudadano indefenso, por medios ilegítimos, para alcanzar su objetivos, como lo muestran las realidades jurídicas de las ejecuciones extrajudiciales.

4.1.2. El derecho penal militar y el fuero militar

En efecto, la justicia penal militar tal y como se encuentra instituida, pareciera asumir un rol de juez excepcional, intermedio. No obstante, como lo habíamos explicado, la atribución de competencias no sólo es el resultado de las exigencias de órganos supranacionales¹³¹, por la desconfianza que generaron éstos operadores jurídicos especializados, sino que en el fondo se entrafía

¹³¹ En esta línea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, léase entre otras sentencias: del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides – Perú), 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras – Colombia), 5 de junio de 2004 (Caso 19 Comerciantes – Colombia), 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía - Perú), 15 de septiembre de 2005 (Caso de la Masacre de Mapiripán – Colombia), 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne – Chile), 31 de enero de 2006 (Caso de la Masacre de Pueblo Bello – Colombia), 26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros – Chile), 29 de noviembre de 2006 (Caso La Cantuta (Perú), 11 de mayo de 2007 (caso de la Masacre de La Rochela), 4 de junio de 2007 (Caso Escué Zapata – Colombia) y 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros – Ecuador).

¹³² Es decir no como una responsabilidad solidaria (inciso 2, artículo 90 C.P) sino como un eximente del deber patrimonial de la institución.

una situación que permitirán sustentar la teoría de la responsabilidad eminentemente personal del agente público¹³² y no de la institución estatal. Antes de abordar aquellas reflexiones, construidas a partir de las tesis propuestas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, será importante tener claro el derecho penal militar.

El derecho penal militar se ha entendido como el compendio jurídico especializado que se encomienda de salvaguardar bienes normativamente tutelados, en función del correcto ejercicio de la conducta militar y el enjuiciamiento de los militares o de quienes cumplan funciones inherentes a los mismos reglamentos y jerarquía, mediante la categorización de delitos propios y el establecimiento tanto de una jurisdicción especializada, como de procedimientos y ritualidades probatorias específicas.

El Código Penal Militar, por su parte, regula aquellos comportamientos en los cuales un miembro de la fuerza pública, a pesar de encontrarse ejecutando una misión o tarea propia de sus funciones, voluntaria o culposamente, la altera radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial¹³³, es decir que establece: (i) las reglas del funcionamiento de una jurisdicción especial prevista por la propia constitución política de Colombia, sustentada en la (ii) violación de bienes jurídicamente tutelados, que requieren la presencia de un (iii) sujeto activo calificado, que no es otro que el integrante de la fuerza pública. La normatividad que prevé los tipos penales especiales salvaguarda (iv) la visión de una garantía de naturaleza extraordinaria, denominada fuero.

¹³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1184 del 3 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D.C. 2008. Disponible. www.corteconstitucional.gov.co. Consultado. Enero 23. 2013.

El fuero es una prerrogativa que la Constitución y las leyes reconocen a las personas que desempeñan ciertas funciones públicas, en atención a la naturaleza de la función o a la dignidad del cargo, para que únicamente puedan ser investigadas y juzgadas por funcionarios judiciales de determinada jerarquía o especialidad. De otro, el fuero materializa la facultad del Estado consagrada en la Constitución y en las leyes, de asignar exclusivamente a determinados funcionarios judiciales la competencia para la investigación y el juzgamiento de ciertos delitos, o de los ilícitos cometidos por algunos servidores públicos en ejercicio de sus funciones¹³⁴.

La jurisprudencia y la doctrina ha indicado que dos son las condiciones que el artículo 221 de la Constitución Nacional establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sea de conocimiento de la justicia penal militar: a) que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; y, b) que el delito guarde relación con el servicio. Para la aplicación del régimen foral militar no basta, por consiguiente, que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible; es necesario, además, que el delito esté sustancialmente vinculado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente. Si este nexo no se presenta, será la justicia ordinaria, no la militar, la que deba conocer del asunto¹³⁵.

4.1.3. La relación con el servicio

En los falsos positivos, la discusión ha girado en torno a lo que debe entenderse como «relación con el servicio», como

¹³⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación del 28 de septiembre de 2006, radicado No. 22.872. Disponible.: [www.usergioarboleda.edu.co/derecho.../26137\(06-05-09\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho.../26137(06-05-09).doc). Consultado. Febrero 2. 2013.

¹³⁵ Léase entre otras, sentencia 26137 de mayo 6 de 2009. Magistrado Ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

presupuesto para la atribución de competencia al Juez Penal Militar, es decir el nexo que debe hallarse entre la conducta punible y la prestación del servicio. Al referirnos al sentido de la relación con el servicio, se está haciendo reseña a la correspondencia que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, la cual, según reiterada doctrina de la Corte Constitucional¹³⁶, se desenvuelve mediante actos inherentes a la misma, o en acatamiento de órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando, siendo por tanto actos desenlazados de dicha acción, los que se exhiben por fuera de estas suposiciones.

En el concepto de «actos propios del servicio militar, sólo cabe considerar los que se relacionan con el cumplimiento de los fines de las fuerzas militares, es decir, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (C.N., art. 217)»¹³⁷. Del concepto constitucional se deriva lo que la legislación penal militar precisa o define como delitos relacionados con el servicio, a saber cómo «aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública *derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia...*»¹³⁸.

La competencia para conocer del proceso no sólo puede predicarse cuando el hecho se efectuó dentro del servicio, con una arma de dotación oficial, y bajo condiciones de oportunidad surgidas del servicio, pues estos factores superfluo valor tienen en la definición del fuero castrense, si entre el hecho punible y la actividad militar desarrollada por el sujeto agente no se presenta

¹³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-578 de 1995 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-358 de 1997 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-878 de 2000. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, C-1184 de 2008. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en: Fuente: www.corteconstitucional.gov.co/. Consultado. Febrero 2. 2013.

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 9996 de septiembre 18 de 1996. M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripol. Disponible: www.ambitojuridico.com/BancoMedios/.../sent%209996.doc. Consultado. Octubre 3. 2012.

¹³⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407. (17, Agosto, 2010). Por la cual se expide el Código Penal Militar. Artículo 2. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2010. no. 47.804. p. 37-246.

un nexo sustancial que permita afirmar que la conducta guarda relación con el servicio prestado. El fuero, en cambio, emana de la dependencia del hecho punible con la actividad funcional desplegada, será preciso, para determinar la efectividad de este vínculo y la calidad de aforado, conocer las condiciones en las cuales se ejecutó el ilícito, labor que difícilmente puede cumplirse al margen de una investigación, circunstancia que una vez aclarada por los investigadores inicialmente, genera a su vez una posibilidad de rotura causal en torno al deber resarcitorio de la administración como lo explicaremos más adelante, pues «la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado», pues a aquella es necesario añadir otras razones, como «las que demuestran que la consecuencia lesiva es «obra suya», o sea, que depende de su comportamiento como ser humano»¹³⁹.

La competencia castrense, de estirpe constitucional, sólo se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar¹⁴⁰. Una infracción está conexas con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del acatamiento de la labor, es decir, del servicio, que ha sido asignado por la reglamentación a la Fuerza Pública.

La Corte Constitucional en sentencia C-358 de 5 de agosto de

¹³⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003, radicación 16636. M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Disponible: <http://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/n-suprema-justicia-sala-penal-20-2003-44122878>. Consultado. Octubre 17. 2012.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación de 13 de febrero de 2003, Radicación número 15705. Disponible: <http://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/n-suprema-justicia-sala-penal>. Consultado. Octubre 18. 2012.

1997, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, hizo apuntes conceptuales trascendentales para el tema que se expone, por lo que resulta imperioso transcribir in extenso: «(...) La expresión 'relación con el mismo servicio', a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca...El término 'servicio' alude a las actividades concretas que *se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-*.

(...) El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico (...) En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública (...). Además del elemento subjetivo -ser miembro de la fuerza pública en servicio activo-, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: *el delito debe tener relación con el mismo servicio*. (...) No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, *es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza*. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar.

(...) La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como

referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial. La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, *no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial (...)*¹⁴¹ (cursiva fuera de texto).

La investigación y sanción de los delitos de los miembros de la Fuerza Pública corresponderán a la jurisdicción penal militar en la medida que hayan ocurrido dentro de la esfera funcional de la institución pública, esto es, en el curso de actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la

¹⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997. Disponible: www.corteconstitucional.gov.co. Consultado: Octubre 4. 2012.

convivencia pacífica.

Es ésta la razón por lo que los delitos que el legislador ha excluido de la esfera competencial de esta jurisdicción, como los indicados en el artículo 3 del Código Penal Militar, por la gravedad inusitada, o como sucede en los vociferados delitos de lesa humanidad, pues más que una condición de trascendencia social, o la desconfianza en la jurisdicción —eso sí justificada—, es un presupuesto jurídico el que justifica la configuración que el legislador impuso. Las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad¹⁴² también son ostensiblemente inversas a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no tienen ninguna conexidad con el destino supralegal de la Fuerza Pública.

Un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia

¹⁴² Y es que la visión de delitos excluidos se amplía si se acude al concepto de delitos de lesa humanidad que se trae en el artículo 7° del Estatuto Penal de Roma, según el cual el concepto comprende las conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzado, encarcelación, tortura, violación, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, nacionales o étnicos, desaparición forzada, secuestro o cualesquiera actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil. El artículo 33 del mismo Estatuto Penal de Roma señala: «Artículo 33. Órdenes superiores y disposiciones legales: 1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. (...) 2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas».

ordinaria. ... Nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de «actos del servicio» sino de la comisión de delitos «en relación» con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala *es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio*¹⁴³, es decir sin imputación a la actividad propia del servicio público que se presta.

La gravedad del asunto es tal que excusar la responsabilidad en la obediencia debida a los mandatos y órdenes de superiores no surte efecto positivo para el ejecutor, así contemplado en la Carta Política¹⁴⁴, en el que se plantea que la exoneración no se hace de manera total e irrestricta, pues si el subordinado o subalterno conoce de antemano que su acto de ejecución originará con seguridad la trasgresión de un derecho fundamental de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evadir, actuará de manera intencional. Además es claro que los derechos humanos, la dignidad de la persona deben ser condicionantes del ejercicio de la autoridad y del poder. *«El principio de la autoridad de los gobernantes, está limitado por ciertos derechos de la persona*

¹⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 1995, M.P. Dr. Córdova Triviño. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/. Consultado. Noviembre 5. 2013.

¹⁴⁴ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. «Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.».

¹⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-442 de julio 3 de 1992. M.P. Dr. Rodríguez. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/. Consultado. Noviembre 5. 2013.

humana que son anteriores y superiores a toda forma de organización política. Esa limitación de los gobernantes constituye el punto de partida de todas las doctrinas que se ocupan de reivindicar para el hombre unos atributos esenciales que el Estado se halla en la obligación de respetar»¹⁴⁵, y que está consagrada en los primeros artículos de la Constitución Nacional, que además emergen como fundamento de toda responsabilidad del servidor del Estado.

La materia vuelve al trascendental concepto de «delitos relacionados con el servicio» que significa la exclusión de cualquier conducta contraria a la función constitucional de las fuerzas militares y de la policía nacional, pues la significación de «servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial».¹⁴⁶ El no existir el vínculo entre conducta delictiva y función militar o policial, atendiendo el carácter restringido que tiene la figura del fuero militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla sólo le corresponde al juez ordinario.

La jurisprudencia de alto Juez Constitucional¹⁴⁷ ha decantado al respecto, reitero, que es imperioso que exista el vínculo claro entre el origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible sea efecto de una extralimitación o abuso de poder sobrevenido en el marco de una labor ligada claramente de una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el ilícito y la actividad propia del servicio debe ser adyacente y directo, no puramente posible y abstracto. Esto es, el exceso o la limitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de la Fuerza Pública. Si desde la génesis del acto tiene propósitos

¹⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/ Consultado. Noviembre 5. 2013.

¹⁴⁷ Me refiero a los citados fallos C-358 de 1997, C-561 de 1997, C-361 de 2001.

criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso no está atribuido a la justicia penal militar, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una relación entre el delito y el servicio puesto que sus comportamientos fueron de inicio criminales.

La razón de la aplicación del fuero militar tiene un carácter sustancial, y no meramente formal, «entenderlo de otra manera desvirtuaría sus esencia misma y lo convertiría en un puro privilegio estamental; su acción de desligaría del elemento funcional y se terminaría por discernir el fuero por la sola circunstancia de que el sujeto activo del delito es miembro de la fuerza pública, todo lo cual resultaría inaceptable en un Estado de Derecho»¹⁴⁸.

Los términos ‘con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo’, adquieren importancia como condición que para el fuero militar resulte determinante en la abrogación de competencia de esta jurisdicción excepcional, pues en dicho eventos no se mantiene la correspondencia entre el servicio activo, las funciones y la desviación o la extralimitación de ellas. Así, un delito que no guarde relación con el servicio, pero se comete con ocasión o por causa de éste, tendrá implicaciones importante para el tema que abordaré en el contexto de la imputabilidad jurídica al momento del reproche patrimonial frente a la entidad militar o castrense.

El citado fallo de constitucionalidad C-358 de 1997, por el cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las expresiones, ‘con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales’; ‘con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo’; ‘con ocasión del servicio o por causa de éste’; ‘u otros con ocasión del servicio’, contenidas en los artículos 190, 259, 261, 262, 263, 264, 266, 278, y 291 del

¹⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia del 29 de junio de 2005, radicado 110010102000200500909/598C, M.P. Dr. Guillermo Bueno Miranda. Disponible en: www.ramajudicial.gov.co/csj/csj.jsp. Consultado. Noviembre 22. 2012.

Decreto 2550 de 1988, es precisa en explicar que no puede equipararse la relación de servicio que exige la norma contenida en el artículo 221 constitucional con los contenidos jurídicos reglamentarios enjuiciados. Destaca que «si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la fuerza pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales (...) En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la fuerza pública...». En conclusión, para que un actuación desarrollada por un miembro de las fuerzas armadas sea considerado como cometido 'en relación con el servicio', debe estar atado a éste de manera muy cercana e inmediata, de tal forma que la ilicitud sea explicada como consecuencia de la extralimitación o del desvío de la función normal y legítima.

La calificación de relación con el servicio depende de las pruebas obrantes en el recaudo procesal, así, tratándose de la comisión de los falsos positivos es conclusión, casi indiscutible, que en nada guardan relación con el servicio, en el acto ilícito es consecuente a la acción criminal ideada desde la génesis de los hechos, pero que se aprovecha de la condición de servidor público para facilitar su encubrimiento, es decir a pesar que el reato se desarrolla con ocasión del servicio, no guarda correspondencia con los deberes que legalmente le competen a esos servidores públicos, dado que, los preceptos superiores imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Es entonces, un delito cometido por fuera de cualquier atribución o deber, que, reitero, incide en el análisis de la imputabilidad jurídica como elemento de la responsabilidad patrimonial consagrada en el artículo 90 superior, juicio que se ha delimitado en el estudio, pues a la imputabilidad ha sido asimilada

a la atribución del ejercicio activo de sus funciones bajo las condiciones de valerse del servicio, bien sea con ocasión o por causa del mismo, sin importar si el delito sea el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional, como lo reseñaremos en acápite que más adelante se relacionará.

4.2. Responsabilidad disciplinaria

El derecho disciplinario puede concebirse como la forma jurídica de regular el servicio público, entendido éste como la organización política y de servicio, y el comportamiento disciplinario del servidor público, estableciendo los derechos, deberes, obligaciones, mandatos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, así como las sanciones y procedimientos, respecto de quienes ocupan cargos públicos. El derecho disciplinario constituye un derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y

¹⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de febrero 1 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co. Consultado. Noviembre 23. 2012.

¹⁵⁰ Artículo 217. Estructura, finalidad y Régimen interno de las Fuerzas Militares. (...) La ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio. Artículo 218. Definición, Finalidad y Régimen interno de la Policía Nacional. (...) La ley determinará su régimen carrera, prestacional y disciplinario.

los reglamentos que resulten aplicables¹⁴⁹.

La Constitución prevé la existencia de regímenes disciplinarios especiales, atendiendo a la naturaleza de los órganos del Estado y a las funciones que cumplen, tal es el caso de los miembros de la Fuerza Pública¹⁵⁰. La estipulación de un estatuto disciplinario específico para los miembros de la fuerza pública se explica por razón de las funciones exclusivas que le han sido fijadas. Las diferencias existentes entre los estatutos disciplinarios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y los aplicables a los demás funcionarios públicos, radican, en los talantes sustanciales - las faltas en que pueden incurrir y las sanciones que le son aplicables -, y no en las procedimentales.

4.2.1. Régimen de la Policía Nacional

La entrada en vigencia de la actual Carta Política, encontró rigiendo para los miembros de la *Policía Nacional* las normas contenidas en el Decreto -Ley 100 de 1989¹⁵¹, que fijaba en su artículo 4 como destinatarios del reglamento a) El personal uniformado de la Policía Nacional en servicio activo; b) El personal civil al servicio de la Policía Nacional; c) El personal de cadetes y alféreces de la Escuela de Cadetes de Policía «General Santander», y los alumnos de las escuelas de formación de Suboficiales y Agentes.

Las faltas clasificadas en comunes, constitutivas de mala conducta y contra el honor Policial¹⁵², clarificaban la figura de la conexión o relación con el servicio que para efectos penales es relevante, para ésta responsabilidad poco menester tiene, pues frente a la acción disciplinaria la sanción o el correctivo es consecuencia de la infracción al cumplimiento de las acciones

¹⁵¹ Diario Oficial No. 38.651 de 11 de enero de 1989. Derogó el Decreto-ley 1835 del 31 de julio de 1979.

¹⁵² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto Ley 100, (11, enero, 1989), artículo 3. Por el cual se reforma el régimen disciplinario para la Policía Nacional, aprobado y adoptado por el Decreto número 1835 de 1979. Bogotá D.C.: Presidencia de la República, 1989, 16 p.

¹⁵³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto Ley 100, (11, enero, 1989), artículo 104, numeral 4. Por el cual se reforma el régimen disciplinario para la Policía Nacional, aprobado y adoptado por el Decreto número 1835 de 1979. Bogotá D.C.: Presidencia de la República, 1989, 16 p.

que garanticen la buena marcha disciplinaria de la institución, o si se quiere a la credibilidad que del establecimiento debe reflejar su miembro o servidor, sin importar la condición que impulsara el acto que se castiga. Así por ejemplo, como circunstancia de agravación de las faltas se contemplaba que el móvil de la falta fuese en provecho personal¹⁵³, lo que refleja que la única condición para ser sujeto disciplinable era cometer, como Agente activo de la institución, un hecho reprochado disciplinariamente por la normatividad. El alcance llegó aún a los miembros en retiro y con permiso para usar el uniforme que cometieren alguna falta¹⁵⁴, lo que refleja, sin dubitación que son otras las precisiones en el ámbito disciplinario, donde la sanción es consecuencia al «*deber general al cumplimiento del servicio que ha sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad; un deber general negativo referido a la abstención de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial o el abuso indebido del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y rectitud en las relaciones interpersonales por razón del servicio*

¹⁵⁴ Artículo 231. Porte del uniforme por personal retirado. El personal en uso de retiro, que de conformidad con el reglamento respectivo fuere autorizado para vestir el uniforme y cometiere alguna de las faltas disciplinarias de las reguladas en este Reglamento, será sancionado según la gravedad de la misma, por el superior que dio la autorización con uno de los siguientes correctivos: (...).

¹⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de febrero 1 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 2012. Disponible: www.corteconstitucional.gov.co. Consultado. Noviembre 27. 2012.

¹⁵⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 62 de 12 Agosto de 1993. «Por la cual se expidieron normas sobre la Policía Nacional, se creó un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se creó la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República». Bogotá D.C. 1993. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/. Consultado. Noviembre 27. 2012.

¹⁵⁷ Modificado por el decreto 575 de 1995. Diario Oficial No 41.795, de 6 de abril.

público que le haya sido encomendado, deberes y obligaciones que constituyen un desarrollo de las normas constitucionales que son el fundamento de la responsabilidad disciplinaria»¹⁵⁵.

Las facultades conferidas por la ley 62 de 1993¹⁵⁶, permitió al ejecutivo expedir el Decreto 2584 de ese mismo año¹⁵⁷, que mantuvo semejante ámbito de aplicación de la normatividad que la precedía, en el que aun siendo la falta el resultado de un acto cuyo fin era la obtención de un provecho personal, lo hacía sujeto disciplinable. Los criterios objetivo –calidad del servidor- y subjetivo –en servicio activo- se mantuvo incólume.

El Decreto 1798 de septiembre del año 2000, proferido según las potestades asignadas por la ley 578 de 2000, introdujo modificaciones trascendentes en el criterio para la determinación del destinatario de la norma. Asomó con simplicidad, la intención del legislador de dejar a un lado la circunstancia bajo la cual se ejecuta la falta, pues sólo basta ser personal uniformado de la institución¹⁵⁸. Lo trascendental es mantener la disciplina como «condición esencial para la existencia de la institución policial e implica la observancia de las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y órdenes que consagran el deber profesional»¹⁵⁹.

¹⁵⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 1798 (14, septiembre, 2000), artículo 20. Por el cual se modifican las normas de disciplina y ética para la Policía Nacional. Bogotá D.C.: El Ministerio, 2000. Disponible: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2000/decreto_1798_2000.html. Consultado. Noviembre 24. 2012.

¹⁵⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 1798 (14, septiembre, 2000), artículo 22. Por el cual se modifican las normas de disciplina y ética para la Policía Nacional. Bogotá D.C.: El Ministerio, 2000. Disponible: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2000/decreto_1798_2000.html. Consultado. Noviembre 24. 2012.

¹⁶⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1015. (7, febrero, 2006), artículo 23. Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2006. no. 46.175- p. 33-147.

La ley 1015 de 2006, vigente régimen disciplinario de la Policía Nacional; mantiene los criterios de la anterior regulación, aunque ampliando el espectro de aplicación a los Auxiliares de Policía que estén prestando servicio para la institución¹⁶⁰, asimismo el campo de aplicación territorial incluyendo las faltas cometidas en el exterior, bajo la condición de estar en servicio activo.

El actual catálogo disciplinario señala una serie de conductas sancionables, ponderadas, según el impacto y el bien jurídico contra el que se atenta, así dentro de la señalados faltas gravísimas tenemos que en el artículo 34, numeral 9 se describe como tal «Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo».

El compendio normativo vigente no trae una descripción con mayor adecuación a la de una ejecución sumaria, simplemente cualquier ilicitud cometida, sea o no un delito de la gravedad que apareja un falso positivo, cuenta con el mismo tratamiento para el legislador.

4.2.2. Régimen de las Fuerzas Militares

Lo que atañe a los miembros de las *Fuerzas Militares*, a la fecha está vigente la ley 836 de 2003, que en esencia mantiene igual condición que el ordenamiento especial para la Policía Nacional en cuanto a la determinación del sujeto disciplinable: ostenta la calidad de miembro del cuerpo militar y que la comisión de la falta se comenta en servicio activo, es decir no interesa distinguir si guarda relación con la función constitucional, o fue por ocasión del servicio o por causa del mismo¹⁶¹. La legislación había derogado la regulación contenida en el decreto 1797 de septiembre 14 de 2000, expedida por el Ejecutivo conforme facultades otorgadas por el legislador – Ley 578 de 2000.

La multiplicidad de las faltas contempladas encuentra en el artículo 58, de las señaladas como gravísimas, entre otras en su

¹⁶¹ Artículo 15. Aplicabilidad. Las disposiciones de este reglamento se aplicarán al personal de oficiales, suboficiales y soldados, en servicio activo, de las Fuerzas Militares (...).

numeral 30, la de «realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo». Tal como se abordó en el temario anterior, según la contextualización de la responsabilidad penal, la tipificación de esta conducta disciplinariamente reprochable encaja dentro de lo que podría considerarse un falso positivo, en el que, por ejemplo, se comete un homicidio, ilicitud intencional, que se ejecuta con ocasión de la función (no en relación con servicio) y en el que se vale de la condición de servidor público para someter a quien será la víctima.

Los dos estatutos coinciden en la omisión del legislador de adecuar en una representación típica autónoma frente a las ejecuciones extrajudiciales, en el que se pueda además, en virtud de la libertad de configuración legislativa, poner más drástica la sanción frente a este específico acto. La mayoría de ocasiones la Constitución le atribuye de manera abierta a la ley la regulación de tal aspecto quedando como único límite la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida¹⁶². En este orden de ideas se puede afirmar que la potestad configurativa del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. En los regímenes disciplinarios en estudio, los únicos límites para regular o modificar los encuentra la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, pues constitucionalmente se le encarga el diseño de la responsabilidad disciplinaria de conformidad con el artículo 124 superior.

4.2.3. El ámbito de aplicación del derecho disciplinario para la Fuerza Pública observa sólo calidad de servidor y ejecución del acto en servicio activo

¹⁶² Léase entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-064 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

El criterio, se insiste; al que se acude para efectos de determinar competencia en el juzgamiento de la responsabilidad penal del servidor público, no resulta relevante para la acción disciplinaria, en el que concurren sencillamente un elemento objetivo: ser miembro de la Fuerza Pública y uno subjetivo que no está condicionado al motivo de la acción infractora, pues sólo basta, por regla general, actuar en servicio activo, recuérdese que la finalidad del derecho disciplinario es el salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos.

4.3. Responsabilidad patrimonial. Derecho de las víctimas a ser resarcidos

Las nociones básicas del derecho civil nos ilustran que una persona es responsable civilmente cuando en razón de haber sido la causa del daño que otro sufre, está obligada a repararlo. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esa relación, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado¹⁶³.

La causación de una ilicitud enmarcada como falso positivo o ejecución extrajudicial provoca, inicialmente, de manera inexorable la obligación resarcitoria a cargo del agente comprometido, y así lo determina la legislación sustantiva civil en su artículo 2341: «El que comete un delito o culpa, que ha inferido daño a otros, es obligado a la indemnización, sin perjuicio

¹⁶³ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho Civil. De las obligaciones Tomo III. Bogotá, Editorial Temis S.A. 1998. p. 151.

¹⁶⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 de 2000 (Julio 24) Por la cual se expide el Código Penal -, De la responsabilidad civil derivada de la conducta punible. (...) Artículo 94. Reparación del daño. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella. Artículo 95. Titulares de la acción civil. Las personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal. El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/. Consultado. Noviembre 26. 2012.

de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido».

La misma normatividad penal señala dicha responsabilidad patrimonial, como fuente de obligaciones que es; ordenando la reparación del daño a favor de las personas afectadas o sus sucesores¹⁶⁴. Cuando se comete una ilicitud un homicidio, un genocidio o cualquier otra conducta delictual que pueda considerarse como una ejecución extrajudicial, el daño causado a los afectados o víctimas debe ser reparado por el agente de la Fuerza Pública, conforme los lineamientos tradicionalmente conocidos. Ese deber de indemnizar que asume de manera consecuente el inculpaado no tiene discusión alguna, el legislador es claro y concluyente en considerar el injusto penal como fuente de las obligaciones.

La condición de agente público permite juzgar a priori la solidaridad con la institución pública estatal a la que se encuentra vinculado, para responder por el daño causado. No obstante, varias reflexiones y conceptos permitirán concluir que en este evento la imposición indemnizatoria no debe comprometer la Fuerza Pública estatal, pues las circunstancias que rodean los eventos enjuiciados como falsos positivos – ejecuciones extrajudiciales no ligan la órbita patrimonial del Estado, a pesar de la responsabilidad civil de su subordinado, que la asume dentro de su esfera meramente personal, por la inexistencia de la relación jurídica acto del agente público-relación con el servicio estatal, presupuesto de la hipótesis contemplada en el artículo 90 superior.

La regulación constitucional y legal permite construir un supuesto jurídico que tendrá plena aplicación en el campo de la responsabilidad patrimonial de la institución pública, por el desquebrajo de la imputabilidad jurídica, según los razonamientos que se han formulado mediante proposiciones que el mismo legislador y la jurisprudencia citada han permitido construir.

4.3.1. Responsabilidad personal del agente público, como presupuesto de ausencia de la responsabilidad patrimonial del Estado

La innovación con la introducción del contenido del artículo 90 constitucional generó un aparente cambio en la jurisprudencia, al considerar que la tendencia en el tema de la responsabilidad del Estado a lo que podría considerarse un principio de responsabilidad universal del Estado, que prevé, que cualquier forma de revelación de conducta administrativa, que hubiere concebido un daño antijurídico en su base, es susceptible de dar pie al deber de reparación integral patrimonial, siempre que el receptor sufriera los resultados de un acto lesivo a su esfera jurídica, incluso, en un funcionamiento normal o bien, frente a un acto adherido a legalidad.

La responsabilidad del Estado se había tornado objetiva, sin limitaciones, razón por la cual había desaparecido, en todos los casos, la necesidad de demostrar la existencia de una falla en el servicio¹⁶⁵, pues todo debía zanjarse bajo la matiz en la filosofía de la lesión, la cual, según se expresó allí mismo, encuentra apoyo en el artículo 90 de la Constitución Política, Insistió en la importancia atribuida por el constituyente a la antijuridicidad del daño, haciendo evidente el traslado de la atención, en materia de responsabilidad, del autor del daño a la víctima.

La posición inicial fue morigerada con la conclusión que a

¹⁶⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 31 de octubre de 1991, C.P. Dr. Julio César Uribe, expediente 6515. Actores Fabio Ruiz Ospina y otros. Citó las opiniones de los autores españoles más importantes, el fallo del 27 de marzo de 1980 proferido por el Tribunal Supremo Español, y concluyó que, dentro de este nuevo planteamiento, la responsabilidad se torna objetiva ya que no se exige que el perjuicio haya sido causado antijurídicamente, sino que exista un perjuicio antijurídico en sí mismo, desvinculado de la licitud o ilicitud de la actuación. Disponible: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=44490>. Consultado. Noviembre 26. 2012.

¹⁶⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de julio de 1993, C.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 8163. Actores José Elías Rivera Arenas y otros. Disponible: consejo-estado.vlex.com.co. Consultado. Noviembre 28. 2012.

¹⁶⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 8 de mayo de 1995, C.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 8118. Actora Sociedad Constructora Cárdenas y Maya Ltda. consejo-estado.vlex.com.co. Consultado. Noviembre 28. 2012.

pesar de mantener la responsabilidad objetiva como regla general, de manera excepcional la falla del servicio constituía la base de la figura jurídica¹⁶⁶. Posteriormente se hizo una aproximación al tema de la responsabilidad del Estado, en el que como aporte fundamental, se resaltó el análisis del elemento imputabilidad¹⁶⁷, se dijo que el daño antijurídico consiste siempre en una lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar, y que la diferencia, en cada caso, estará marcada por los títulos jurídicos de imputación del daño, que determinan la imputabilidad jurídica, más allá de la causalidad material, que se deriva del nexo causal, y en el que se aclararon como títulos de imputación, además de la falla del servicio, que se distinguió como el título de imputación habitual y frecuente, la culpa personal del agente en nexo con el servicio, la igualdad de las personas ante la ley, la proporcionalidad de la distribución de las cargas públicas, el riesgo excepcional, el error jurisdiccional y el anormal funcionamiento de la administración de justicia, así como principios de justicia y equidad, entre ellos el no enriquecimiento sin causa.

La responsabilidad no era meramente objetiva, pues el concepto de daño antijurídico, compendiado en la Carta como regulador de la responsabilidad estatal, no estaba objetivando la responsabilidad, ni aminorando la noción de falla del servicio, sino contrario sensu, estaba incrementando la esfera de su aplicación, el cual cobija no solo el daño como conducta irregular de la administración pública, sino también por la acción-inacción

¹⁶⁶ COLOMBIA. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. «Artículo 40. RESPONSABILIDAD DEL JUEZ. Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: 1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad. 2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto. 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer. La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva en proceso civil separado, por el trámite que consagra el título XXIII. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en el caso del numeral 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron». Derogado por los artículos 65 y ss de la Ley 270 de 1996, según expresa la Corte Constitucional en Sentencia C-244 A de 1996.

dolosa o gravemente culposa de un agente, apareciendo el acto personal del agente como parte del compendio por el que se hace responsable la administración, sin perder de vista que el principio general prevé que la carga indemnizatoria es del ente pública a cuyo ejercicio de competencias se enlaza el acto dañino.

La creación de la culpa personal permite remediar las fronteras de la responsabilidad del agente y de servicio al cual pertenece, noción que ha sido discernida por la jurisprudencia y doctrina a partir de ciertos postulados legales y constitucionales. No obstante, el asunto hasta antes de la consagración superior no tenía matices uniformes, por ejemplo el abolido artículo 40 del Decreto 1400 de 1970¹⁶⁸, establecía una responsabilidad del servidor pero sin atar la de la administración de justicia. En este último aspecto, y atendiendo lo sugerido como la culpa personal en nexo con el servicio, radica la reflexión que a continuación se desarrolla como presupuesto de la inimputabilidad del Estado en los falsos positivos.

El derogado Código Contencioso Administrativo, decreto 01 de 1984¹⁶⁹, señalaba en su artículo 77 que los funcionarios eran responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones». En el artículo 78 estableció la acumulación de responsabilidades al expresa que «*Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere*».

La norma permite a distinguir la responsabilidad de la

¹⁶⁹ Aunque vigente para las «demandas y procesos» iniciados antes de la entrada en rigor de la ley 1437 de 2011, tal como lo indica su artículo 308.

¹⁷⁰ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano. Editorial Temis. Bogotá. 1996. p. 395.

administración por falta o culpa del servicio y otras es la responsabilidad personal del agente por su propia falta o culpa. «Hay falta o culpa del servicio, si el acto que causa el daño es impersonal y revela a un administrador más o menos sujeto a error y hay falta o culpa personal si el acto revela al hombre con sus debilidades sus pasiones, sus imprudencias»¹⁷⁰. La culpa o falta personal puede tener doble connotación, según las circunstancias en que se desenvuelve el hecho, una cometida por fuera del ejercicio de la función encomendada y desplegada o las que cometen en el ejercicio de la función, pero que se hace irregularmente o con abuso del ejercicio mismo de la actividad, o tiene una relación indisoluble con el servicio que presta.

El primer supuesto implica que la falla personal del agente constituye una causa de pérdida de la imputabilidad de la responsabilidad a la entidad pública, en otros términos de la inexistencia del nexo jurídico. «El condicionamiento psicológico del agente se toma en consideración en la medida en que el agente se separa de las preocupaciones normalmente dictadas por el interés general para dejarse guiar por sus pasiones personales. La culpa personal es así destacada cuando el agente está animado por la intención de dañar a un administrado»¹⁷¹, esto es, sin al ánimo de cumplir con las finalidades del servicio público que cumple.

El segundo evento genera la responsabilidad conexas acumulada, administración- servidor, no sólo por contemplación legal sino además, constitucional, tal como está expresado en el inciso 2 del artículo 90 superior. «Recordemos que la idea de la responsabilidad solidaria, tiene su apoyo en la escuela solidarista de León Duguit por lo que en orden a fortalecer la garantía patrimonial de los administradores, en el supuesto que las pruebas acopiadas lleven al conocimiento al juez administrativo, de que quien tiene que responder es el servidor público, en todo o en

¹⁷¹ PAILLET, Michel. Traducción y estudio introductorio. Jesús Mario Carrillo Ballesteros. La responsabilidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2001. p. 108.

¹⁷² PEREZ VILLA, Jorge. Responsabilidad estatal y acción de Repetición. Primera Edición. Bogotá D.C.: Editorial Leyer. 2001. p. 55.

parte, el acto jurisdiccional (sentencia) debe disponer que sea la administración quien pague los perjuicios...»¹⁷², porque el daño se deriva de un acto bien intencionado en el cumplimiento de las finalidades constitucionales del servicio público, por un error, se causa agravio a otro, pero siempre con imputación a la labor del servidor público.

4.3.2. La imputabilidad. Concepción

El Consejo de Estado ha entendido que la simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de órbita privada ajeno o desligado completamente a la función pública que ejerce.

Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer «si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público»¹⁷³.

La Alta Corporación ha referido que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún *nexo o vínculo* con el servicio público. El mero atributo de funcionario público que revele el autor del hecho no vincula imperiosamente al Estado, pues dicho funcionario puede proceder dentro de su ámbito privado, separado por completo de toda actividad pública.

¹⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente 14036. Disponible: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Febrero 3. 2013.

¹⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 17.124, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Disponible: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Febrero 3. 2013.

En relación con la conexión o vínculo existente entre la conducta del agente estatal y el servicio público, el Consejo de Estado ha puntualizado que:

Las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público y que la simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública... En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público¹⁷⁴.

Lo que lleva a concluir que la jurisdicción administrativa ha tenido en cuenta para efectos de determinar la imputabilidad jurídica en la responsabilidad patrimonial que:

- (i) El acto implique el ejercicio de autoridad durante la acción dañosa.
- (ii) Esa autoridad como muestra de prerrogativa o privilegio frente al ciudadano.
- (iii) No interesa la intencionalidad del agente público, el aspecto volitivo del sujeto resulta irrelevante.
- (iv) La imputación jurídica en la responsabilidad patrimonial no sólo insinúa el estudio de la «relación con el servicio», sino, además, «que sea con ocasión del servicio o por causa del mismo».

¹⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia 1995-01581, de abril 28 de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Disponible: www.consejodeestado.gov.co. Consultado. Febrero 5. 2013.

(v) Lo anterior justifica que la atribución de la acción se convalide con sólo presentarse «externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público, o como

¹⁷⁶ Entre otras, Tribunal Supremo Español, Sala de lo Militar, en sentencia del 11 de julio de 1997, número de recurso 21/1997, expresó. Porque teniendo la palabra «ocasión», entre otros, el significado de «oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir alguna cosa» o el de «causa o motivo por que se hace o acaece una cosa», parece que cualquiera de los dos sugiere una mayor flexibilidad, en el entendimiento de la expresión «en ocasión de ejecutar un acto de servicio» utilizada en el art. 48 CPM de la que ofrecía, por su parte, la locución «en el desempeño de sus obligaciones o servicio» que aparecía en el art. 22 del viejo Código Penal. Ello explica y justifica que se dijese en nuestra ya mencionada Sentencia de 24-5-89 que el art. 48 CPM atribuye al Estado la responsabilidad civil subsidiaria «no sólo cuando el delito se ha cometido en la ejecución de un acto de servicio, sino también cuando, en ocasión de tal acto, y aunque no haya sido una consecuencia directa de la función concreta encomendada, se produce un hecho delictivo». Y explica y justifica también que acertadamente se diga en la Sentencia sometida a nuestra censura que el término acto de servicio, a los efectos prevenidos en el art. 48 CPM, comprende no sólo las actuaciones que el militar realice en cumplimiento de una orden o en el ejercicio de un acto reglamentariamente ordenado, sino también «todas aquéllas que se deriven y guarden relación con el desenvolvimiento normal de la vida militar y particularmente cuando se deriven de la utilización de los efectos materiales que son específicos y necesarios para el cumplimiento de la finalidad propia de las Fuerzas Armadas. «A la luz de las anteriores consideraciones, es claro que, en el supuesto que da origen a este recurso, se generó para el Estado el deber de indemnizar, en concepto de responsable civil subsidiario, los daños producidos por el procesado en la ocasión de autos, toda vez que el mismo, cuando prestaba un servicio de seguridad en la Unidad a que pertenecía, tomó un vehículo militar que evidentemente tenía a su alcance en razón del indicado servicio y, conduciéndolo sin autorización de sus superiores, provocó un accidente de circulación con resultado de lesiones para el propio conductor y de graves daños tanto en las instalaciones de una entidad privada -a los que lógicamente se ha de ceñir la responsabilidad patrimonial del Estado- como en el vehículo siniestrado.» Tribunal Supremo Español, sentencia del 31 de enero de 1997, No. de recurso 1294: «En el caso presente, concurren de modo evidente los dos referidos requisitos: nos hallamos ante un maestro que en el recinto escolar, y a lo largo de dos meses y durante las horas de permanencia de sus alumnos en el centro educativo, realizó contra diez de éstos una serie de actos de contenido libidinoso que merecieron su condena por un delito de violación y por otros diez de corrupción de menores. Las citadas circunstancias de...

propia del funcionamiento de los servicios públicos»¹⁷⁵.

La Administración asume el deber resarcitorio por los daños cometidos por los actos u omisiones de sus funcionarios, sea en el cumplimiento de sus labores o bien, con ocasión del cargo, valiéndose de las coyunturas y formas que esta le ofrece, en la que se incluyen actividades que no se relacionan directamente con los fines y actividades propias de sus competencias constitucionales y legales, esto significa que la ocasión del servicio permite la ejecución del actos dañinos, se constituyen en puentes de ocasionalidad del daño, pues sin estos, el agente público no hubiera logrado cometer la conducta lesiva.

En Colombia se han compartido las premisas delineadas por la jurisprudencia española¹⁷⁶ al aceptar la existencia de la obligación de reparar el daño causado por un agente estatal, cuando el mismo ha sido resultado de la relación de ocasionalidad con el servicio. Es decir, una mera relación material o fáctica que los conecta o vincula, en tanto de no encontrarse el funcionario en la administración estatal no se hubiese dado el evento dañoso.

...lugar y tiempo y las mencionadas condiciones del sujeto activo (maestro) y sujeto pasivo (alumnos) no permiten duda alguna acerca de que existía la mencionada dependencia del responsable penal respecto del Estado y de que el autor de tales delitos se encontraba actuando en el ejercicio de las funciones de su cargo cuando iba realizando los actos ilícitos por los que fue condenado.» Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial. Consultado. Febrero 3. 2013.

¹⁷⁵ Salvamento de voto. Dr. Enrique Gil Botero, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiuno (21) de julio de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar, expediente No.: 4700123310002001101270 01, Número interno: 32.520, Actor: Elizabeth Sanjuán Carreño y otros, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

¹⁷⁶ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 90 inciso 2. / Ley 270 de 1996, artículos 65 inciso 1, 72 / Ley 678 de 2001. Ley 1437 de 2011, artículo 140.

«El daño es imputable a la administración pública, puesto que existe **ocasionalidad necesaria** entre el servicio y el comportamiento del agente público. En otros términos, se presenta este criterio de imputación fáctica, en aquellos eventos en los cuales el servicio y las circunstancias que lo rodean, hayan sido útiles para la materialización del daño, puesto que bien interna o externamente la conducta del agente no se desliga de la función pública, en tanto aquella le sirve como motivación o facilita la producción del perjuicio».¹⁷⁷ El funcionario, en el compendio de su relación de servicio, tiene deberes frente a los destinatarios de las labores que realiza en el cuadro de sus competencias. Es en este momento donde aplican esos factores subjetivos como el dolo o la culpa grave, los que además habrán de ser significativas en el juicio de prorrato o distribución de responsabilidad¹⁷⁸, frente a terceros y ante la Administración.

No obstante la posición reiterada y unánime de esta jurisdicción la propuesta académica de esta investigación lleva a cuestionar la repetida posición de la jurisdicción contenciosa administrativa.

La noción del artículo 90 no reflejó claridad¹⁷⁹ el alcance del concepto de la «imputabilidad», dejándose en manos de la interpretación judicial la edificación de la figura. Fíjense que en la ponencia para primer debate ante la Asamblea Nacional Constituyente se expresó: «Por lo que hace la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de

¹⁷⁹ «Por lo anterior puede afirmarse que el artículo 90 de la C.P. es tautológico. En su primera parte se recoge lo expuesto, cuando señala: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables...», hasta allí la norma contempla los tres elementos de la responsabilidad patrimonial: daño antijurídico, imputación y deber de reparar. La segunda parte de la norma se refiere a «causados por la acción u omisión de las autoridades públicas», esto constituye ni más ni menos la imputación como ya se vio y deviene en innecesario, originando motivos de confusión» GIL BOTERO Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. Segunda Edición 2001. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., pág. 25.

¹⁸⁰ COLOMBIA. GACETA CONSTITUCIONAL No. 56. Abril 22 de 1991. p. 15.

causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que puede atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto, quedará naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia»¹⁸⁰, lo que ha permitido que sean la doctrina y el precedente judicial los autores de los rasgos teóricos y la estructura del concepto.

La última línea de la ponencia adquirió relevancia judicial, la labor del juez administrativo con la entrada en vigor de la Carta Política de 1991, se propuso fijar los alcances de la imputabilidad y así se hizo, construyendo una tesis que no ha sufrido variación alguna. «Saber si el agente ha actuado con ocasión de sus funciones o si, en cambio, su actividad es puramente personal, privada, exige considerar los parámetros más arriba enumerados (tiempo y lugar de comisión de la conducta, etc.), siendo la jurisprudencia (...) quien debe tener la última palabra.»¹⁸¹. «Es evidente que la ciencia jurídica no aspira a dar una explicación causal de los hechos y que en las proposiciones que la ciencia de los hechos y que en las proposiciones que la ciencia jurídica utiliza para describir su objeto se aplica el principio de la imputación y no el de la causalidad»¹⁸². La imputabilidad jurídica es una figura jurídica que debe estar atribuida al cumplimiento de la función constitucional y legal asignada a la fuerza, es decir, como lo han sostenido los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el mismo Consejo Superior de la Judicatura, a lo que se ha denominado como el acto que guarda relación con el servicio. Una ilicitud que se desenvuelve bajo los parámetros de la ocasionalidad del servicio o por razón de la misma no envuelve el desarrollo de la función y misión constitucional, pues la intencionalidad del agente marca con relevancia e incidencia profunda el acto que ejecuta.

La imputabilidad, como elemento de responsabilidad

¹⁸¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad, Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 2000. p. 215.

¹⁸² KELSEN, Hans. Que es justicia. Segunda Edición. Barcelona. Editorial Ariel. 1997. p. 225.

patrimonial del Estado, según la tesis que propone este trabajo investigativo, tiene que ser entendida bajo los alcances de otros contenidos constitucionales, como los artículos 95-1, 122, 123 inciso 2, 209, 217, 218 y 221, y que se explica así:

La autoridad del Estado se manifiesta por medio de la competencia abrogada a las instituciones y a los funcionarios que lo representan, pero esa prerrogativa tiene por objetivo central cumplir los fines propios del Estado Social de Derecho. Los cometidos estatales se cumplen a través de las actividades oficiales de la administración pública y esas labores deben tener por propósito esos fines u objetivos de la filosofía política del Estado, obligatoriamente el ejercicio de la función pública o de la autoridad deben estar intrínsecamente emparentado a los fines o funciones propias del Estado.

Las condiciones y criterios para la significación de «la imputabilidad» de que trata el artículo 90 de la Carta, ha quedado al desarrollo jurisprudencial, doctrinal, como así se propusieron en los debates ante la Asamblea Nacional Constituyente al explicar la razón de ser de la consagración de la cláusula general de responsabilidad del Estado, una interpretación de otros contenidos normativos superiores permiten concluir que la atribución jurídica al Estado debe estar condicionada que la actuación del agente o servidor sólo pueda ser relacionada con el cumplimiento de los fines y cometidos estatales. Cuando el acto, a pesar de su exteriorización, parece fungir con el servicio pero la realidad probatoria termina demostrando que no guarda relación con el fin estatal, sino que se aprovecha el uso de un poder o de una atribución la imputabilidad jurídica debe desdibujarse, pues la intención del representante del Estado jamás evidenció resquicio del cumplimiento de su función pública. Esta terminología no es parte de un juego de semántica, pues son conceptos que para el derecho público, administrativo específicamente guardan una

¹⁸³ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo. Teoría General. Tomo I. Primera Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1981. p. 22.

concepción diferente, «*si el poder es autoridad, aptitud de mando, y cometido es la tarea o actividad sobre la cual se ejerce el poder, en cambio las funciones estatales son las formas que asuma la actividad estatal para la realización de aquellos cometidos. Así como hay una relación de medio a fin entre el cometido y el poder, la misma relación se presenta entre la función y el cometido*»¹⁸³. Las ejecuciones extrajudiciales, no comportan el cumplimiento de una función estatal, aunque sí el abuso de un poder o de autoridad. Obrar conforme a la Constitución, la ley y el reglamento involucra actuar en el servicio, esto es, que la acción debe estar necesariamente en relación con la función u oficio propio que la Carta Política sitúa a cada entidad y a cada funcionario. El servidor público actúa como tal sólo cuando está en ejercicio de funciones, sino además, cuando la actividad por él realizada se atempera al objeto propio de la labor funcional asignada a la institución o tiene relación con ella, implica el desarrollo de los fines o cometidos superiores y legales de la institución, o que se desglosa de la función inherente al funcionario. La acción de la fuerza pública debe tener como punto de partida la finalidad que la Constitución le entrega a la institución militar o policial, según las previsiones del artículo 217 y 218 de la Carta Magna, defender la soberanía, la integridad territorial nacional y el orden constitucional en un caso, mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de la convivencia pacífica.

El proceso de atribución jurídica actual en los asuntos de ejecuciones extrajudiciales, no dista mucho del resultado del ya superado test de causalidad, en el que se interrogaba si ¿advino el perjuicio en horas del servicio, en el lugar o con instrumento del mismo?; ¿el agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio o bajo su impulsión?, aunque se advirtió en la misma providencia

¹⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 17 de julio de 1990, C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, expediente: 5998. Disponible: www.docstoc.com/docs/102301733/LISTADO-20GENERAL. Consultado. Noviembre 27. 2012.

¹⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 6 de diciembre de 2004, expediente 504222331000941044-01. Disponible: www.docstoc.com/docs/102301733/LISTADO-20GENERAL. Consultado. Noviembre 27. 2012.

en el que se introdujo como novedad que «*ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de aquellas especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración pero si resultara que el Juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio*»¹⁸⁴. La jurisdicción reconoció posteriormente que «*en las decisiones en las que se ha acudido al referido test éste no conduce inexorablemente a una u otra conclusión, ya que se deberán analizar, en cada caso, las circunstancias especiales que rodearon el hecho para poder determinar si el daño es atribuible o no atribuible al demandado, aportando únicamente hechos indicadores en relación con la conducta imputada (no con el nexo de causalidad), a partir de los cuales y en armonía con las demás pruebas se podrá solucionar la controversia*»¹⁸⁵.

La imputación de responsabilidad a la Administración requiere en todo caso que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del ‘funcionamiento de los servicios públicos’. pero no suponiendo la manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, sino de la comprobación real del evento, sabiendo si fue o no producto de la omisión o del exceso en el ejercicio de la función constitucional y legal, pues, probado que no cumplía la función, a pesar de valerse de los elementos que la administración pública ha proporcionado el

¹⁸⁶ Teorías que explicaban la razón de ser de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, Surge esta obligación cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir fundadamente que si hubo daño éste debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona. El fundamento de esta responsabilidad es la presunción de la culpa, que puede consistir en una falta de vigilancia («culpa in vigilando») o en una desacertada elección («culpa in eligendo»).

¹⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de C-333 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/. Consultado. Noviembre 28. 2012.

Estado no podrá resultar comprometida frente a un acto que no implica en esencia y filosofía el cumplimiento de sus cometidos, pues estaríamos así nuevamente frente a tesis antiquísimas y que justificaba a la responsabilidad civil, como la culpa en la elección o culpa en la vigilancia¹⁸⁶.

La responsabilidad patrimonial del Estado, si bien es cierto se presenta como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares¹⁸⁷, no implica abrogar obligaciones al Estado o atribuirle jurídicamente los resultados de los comportamientos irregulares de sus agentes que no devienen en el desenvolvimiento de la finalidad estatal.

El vínculo y el nexo con el servicio, como es propuesta de esta reflexión; requiere de una connotación diferente, si se quiere más estricta, el puente de conexión entre daño antijurídico – acción de la Fuerza Pública, sólo podrá ser atribuida, en la medida que el actuar del agente público implique tanto externa como internamente el desarrollo de las competencias o el ejercicio del servicio público, cualquier otro acto que de manera volitiva no esté ligado al desarrollo de las potestades públicas, aún sirvan de telón frente al administrado, no pueden obligar a la entidad a asumir cargas patrimoniales.

Los párrafos anteriores revelaron, que no se trata de generar irresponsabilidad del Estado, sólo presenta una posibilidad de re-diseñar el significado de la imputabilidad, a las luces de otras premisas superiores, sin que conlleve el desconocimiento de la

¹⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ver: Sentencia. Caso del Caracazo vs. Venezuela, del 11 de noviembre de 1999, Reparaciones, párr. 115; Sentencia Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, del 26 de enero de 2000, Reparaciones, párr. 99; y Sentencia Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, del 22 de febrero de 2002, Reparaciones, párr. 75. Disponible: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_95_esp.pdf. Consultado. Noviembre 28. 012.

función de Garante que cumple el ente público. Otras medidas podrán adoptarse, sin inmiscuir patrimonialmente a la institución, que mantendrían intacto y enaltecerían la labor garantista de la unidad estatal, en especial garantizando la reparación integral - restitutio in integrum- a las víctimas, con la inclusión de medidas de satisfacción o de no repetición, por cuenta de los miembros de la Fuerza involucrados.

La Convención Americana de Derechos Humanos impone a los Estados partes el deber de prevenir e investigar las violaciones de los derechos humanos e identificar y sancionar a sus autores y encubridores¹⁸⁸. Es decir, toda violación de derechos humanos conlleva el deber del Estado de realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables de las violaciones y, en su caso, sancionarlas. Esa labor es parte de la función de

¹⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Voto razonado concurrente del Juez Ad-Hoc Gustavo Zafrá Roldán. Ver: Sentencia. Caso Mapiripán vs. Colombia. Disponible: www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_zafra_134_esp.doc. Consultado. Noviembre 28. 2012.

Garante que se debe cumplir.

La obligación de reparar el daño por la violación de los Derechos a la Vida, a la Integridad Personal y otros como ha insistido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene como título el incumplimiento del Estado de su posición de garante, lo que configura el daño antijurídico¹⁸⁹. Pero de crearse mecanismos que permitan que su agente asegure el resarcimiento pecuniario y no pecuniario ante la eventualidad de las ejecuciones sumarias, sin comprometer el patrimonio de la institución, sin que, necesariamente el deber indemnizatorio recaiga sobre el Estado; no desdibuja el papel de garante que engendra, ya que sin titubeo alguno es esta la circunstancia constitucional determinante que ha marcado los derroteros para el significado de la figura de la imputabilidad introducida en el artículo 90 de la Carta.

CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública ha constituido en Colombia un asunto jurídico sobre el cual, aunque se ha iniciado un proceso de depuración, no se tiene un nivel de seguridad jurídica aceptable que nos permita colegir el delineamiento de fuerza con respecto a las distintas tendencias en nuestro medio jurídico.

En las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado, materia en la cual, si bien existen algunas normas

generales consagradas en la legislación positiva, tales como el artículo 90 de la Constitución Nacional, que de manera abstracta sirve de fundamento jurídico en el asunto, no existe un régimen legal positivo que regule de una manera precisa y detallada dicho tema, lo que hace que el juez pueda encontrar argumentaciones de derecho y posiciones que den giro a diferentes tendencias que al respecto se han elaborado.

En los falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales, la declaratoria de responsabilidad de las instituciones públicas, es el resultado del incumplimiento a la función de Garante que cumple el Estado, es decir que la imposición resarcitoria funge de la inobservancia del artículo 2 constitucional.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha matizado la figura de imputabilidad jurídica tratándose de la responsabilidad

patrimonial de las entidades pública, en el que la atribución sólo es enjuiciada por lo que se exterioriza o evidencia, sin interesar el aspecto volitivo del acto del agente público, es decir que termina involucrando actos que no propenden en nada por el cumplimiento de las finalidades constitucionales y legales y que se comenten aprovechando la ocasionalidad del servicios.

La condición de autoridad y la apariencia de su ejercicio bastan, según la Alta Corporación, para desembocar en el deber institucional de reparar el daño, derivado además de la posición de garante que se predica de los integrantes de la fuerza pública quienes están constreñidos a que sus gestiones: i) se contraigan a los axiomas del Estado de derecho; ii) respeten y hagan respetar los derechos constitucionales fundamentales, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; iii) se encaminen a preservar los bienes jurídicos que la Constitución y la ley ponen bajo su salvaguarda o tutela.

RECOMENDACIONES

Garantizar el deber ser de un Estado Social de Derecho requiere de personal capacitado, el desarrollo de la Función Pública exige que el personaje que lo encarna cuente con las actitudes y las aptitudes para desarrollarlo cabalmente. El acceso a las diferentes funciones del Estado muestra, en algunos casos, un filtro débil para ciertas funciones, como la legislativa o la de gran parte del ejecutivo, en donde la mera condición de ciudadano lo habilita para su desempeño, bajo

la permisibilidad que la democracia en algunos casos justifica. La realidad enseña que el ejercicio de la Función de Seguridad, en gran parte permite el ingreso de personas sin mayor capacidad y capacitación. Las bases de la Fuerza Pública, están asignadas a ciudadanos, que en gran parte encuentran esta labor como una de sus pocas posibilidades de un trabajo que les permita sostenerse, son escasos quienes acuden por vocación. Pero con vocación o sin ella, el ejercicio de una labor estatal debe estar encomendado a un ciudadano con actitudes para ello, y como todo empleo público deberá tener mayor rigurosidad para acceder.

Así será importante robustecer el filtro para el acceso a éstos cargos, exigiendo mayor preparación académica, presentación de valoraciones psico-físicas, que hagan suponer la idoneidad de los protectores del Estado. Un nivel de escolaridad más exigente, permitirá considerarlo, por los menos presumirlo, un ciudadano con pleno de entendimiento de sus actos, valoraciones psicológicas de mayor rigor, demostrarán su afinidad con el objetivo que persigue la función estatal que desea personificar, y si bien es cierto no existen métodos de medición de la moral y lo ético, estos medios suponen un colador con mayor severidad, con menos riesgo para la sociedad.

Será además importante y recomendable que la normatividad jurídica vigente imponga la obligatoriedad de un garante, bien sea un asegurador o cualquier otra modalidad, a todo miembro de la Fuerza Pública que permita satisfacer la reparación económica que se deriva de los eventos violentos encausados como ejecuciones extrajudiciales, salvaguardando además la tranquilidad y convivencia de dichas víctimas bajo un sistema de protección especial que se brindará por estamentos públicos de seguridad distinto del implicado.

Bajo la hipótesis de la investigación, es el servidor público quien deberá responder directamente, sin compromiso estatal, con las consecuencias económicas del suceso delictivo, por ello la necesidad de crear un mecanismo que respalde el posible evento, y no sólo bajo la modalidad de garantías, sino, vr., gr. la creación de un Fondo Común con aportes, obligatorios, por todos los servidores de las Fuerzas del Orden, y proporcional a los

salarios percibidos y necesario para asegurar la reparación del daño causado a los deudos de una víctima de una ejecución sumaria o extrajudicial.

Aunque algunos no gustan del Estado represivo, el ajuste de las medidas correctivas terminan convirtiéndose en mensajes prevención, se deberán ajustar las reglamentaciones disciplinarias y penales, para hacer más severas las sanciones derivadas de una ejecución extrajudicial, con expresa contemplación de la figura en cada compendio normativo.

El tratamiento penal a los imputados de los falsos positivos debe ser considerado por el estamentos judiciales, como delitos de lesa humanidad, y que su juzgamiento pueda lograrse por la Corte Penal Internacional.

En el orden disciplinario se hace imperioso adecuar los respectivos estatutos con sanciones adecuadas para las faltas constitutivas de falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales, bien sea genocidios, torturas, homicidios en persona protegida, o en los denominados crímenes de lesa humanidad.

Se requerirá de voluntad política de todos los estamentos involucrados, para hacer efectiva las investigaciones disciplinarias y penales contra miembros de la Fuerza Pública comprometidos en estos eventos, con total independencia, como lo precisan los cánones de los Tratados de Derechos Internacional de Derechos Humanos suscrito y ratificados por Colombia. El desacierto del nuevo artículo 221 constitucional tendrá que ser reevaluado, pues admitir mayor participación de la jurisdicción penal militar en la investigación y juzgamientos de las actuaciones de sus miembros no ha sido visto con tranquilidad por órganos jurisdiccionales internacionales. Las recomendaciones de dichas instituciones, hacen parte del bloque de constitucionalidad y como tal deben y tienen que acatarse.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCUR, Nodier. Inimputabilidad y responsabilidad penal. Primera Edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. 1984. 89 p.
- ALESSANDRI, Arturo. Responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Segunda Edición. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda. 1983. 716 p.
- ALTAVILLA, ENRICO. La culpa, el delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1987. 483 p.
- ANTOLISEI, Francisco. Manual de derecho Penal. Octava edición. Bogotá: Temis. 1988. 332 p.
- ANDREU, Federico. Derechos humanos en Colombia: tres décadas de violaciones e impunidad. En: ALCANTARA, M e IBEAS, J (Comp.): Colombia ante los retos del siglo XXI, Desarrollo, democracia y paz. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. 2001.
- ANGULO, Alejandro. ¿Dos años de democracia? En: La pendiente Antidemocrática, Bogotá, CINEP. 1980.
- ANGULO, Alejandro. Lo dijo Turbay una noche en Cartagena: se acabó la guerra. En: Revista Panorama. 1982.
- ARCHILA, Mauricio. Las luchas sociales del postfrente nacional. En: Revista Controversia. 2000.
- ARRUBLA, Mario. Síntesis de historia política contemporánea. En: Colombia hoy. Bogotá, Siglo XXI Editores. 2001.
- BARRACHINA Juan Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Segunda Edición. Barcelona. 1986. 332 p.
- BARRERA, Humberto. La justicia militar y el juzgamiento de los civiles. En: Revista Criterios. 2001.
- BERISTAIN, Antonio. El delincuente en el Estado Social de Derecho. Primera Edición. Madrid: Ed. Reus S.A. 1971. 99 p.
- BERMÚDEZ MUÑOZ Martín. Responsabilidad de los jueces y del Estado. Primera Edición. Santafé de Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1998. 127 p.
- BERMUDEZ ROSSI, Gonzalo. Él poder militar en Colombia. Primera Edición. Bogotá: Ediciones expresión. 1982. 331 p.
- BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal Parte General. Primera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1965. 234 p.
- BLAIR, Elsa. Las fuerzas armadas una mirada civil. Primera Edición. Bogotá. Editorial CINEP. 1993. 200 p.
- BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. Responsabilidad patrimonial del legislador. Primera Edición. Bogotá: Legis S.A. 2007. 381 p.
- BUSTAMANTE LEDESMA, Alvaro. Responsabilidad extracontractual del Estado. Primera Edición. Bogotá: Grupo Editorial Leyer. 1998. 188 p.
- CABRERA SUAREZ, Lizandro y ARIAS, Carlos Olmedo. El Estado colombiano, su responsabilidad civil en actos terroristas producidos por

terceros. Primera Edición. Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali. POEMIA. 2012. 87 p.

CALDERON CADAVID Leonel. La inimputabilidad en el Derecho Penal y en el procedimiento. Primera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1996. 171 p.

CANDA, Fabián Omar. Responsabilidad Penal de los agentes de la Administración Pública, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Buenos Aires. Editorial Ciencias de la Administración. 2001. 244 p.

CANTON, Darío. La política de los militares argentinos 1905 – 1971. Buenos Aires. Siglo XXI Editores. 1980. 363 p.

CARRANZA, Mario. Fuerzas armadas y estados de excepción en América Latina. México, Siglo XXI Editores. 1978. 177 p.

CARRARA, Francesco. Curso de Derecho Criminal. Primera Serie. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1999. 230 p.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Octava Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot. 2006. v. 2. 852 p.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 1991, Sala de lo Contencioso Administrativo., Magistrado Ponente. Julio César Uribe Acosta.

———. Sección Tercera. Sentencia del día catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011), Magistrado Ponente. Enrique Gil Botero, radicación número: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031), actor: Antonio José Vígoya Giraldo y otros.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 76001-23-31-000-1995-01581-01(17201), Actor: Yasmín Millán Dávila y otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

———. Sentencia del 29 de julio de 1947. Actor: El Siglo S.A., C.P. Dr. Gustavo A. Balvuená.

———. Sentencia de 30 de julio de 1992, expediente 6491, actor: Ninfa Viuda de Celis. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

———. Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011), Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00496-01(22745), Actor: Ligia Pérez Vargas y otros.

———. Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011), radicación número: 25000-23-26-000-1998-00731-01(19434), Actor: Luis Enrique Ruiz Quiroga y otros vs. Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. Fuente: www.consejodeestado.gov.co

———. ... Sección Tercera, Subsección C. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011), radicación número: 25000-23-26-000-1998-00731-01(19434).

———. ... Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2012), Expediente: 21 380, Radicación: 20001-23-31-000-1999-00655-01.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, sentencia del día veintiséis (26) de octubre de dos mil once (2011), radicación Número: 05001-23-31-000-1993-01886-01(18850), Actor: María Eucaris del Socorro Arenas y otros.

———. Sentencia del 31 de octubre de 1991, C.P. Dr. Julio César Uribe, expediente 6515. Actores Fabio Ruíz Ospina y otros.

———. .. Sentencia del 13 de julio de 1993, C.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 8163. Actores José Elías Rivera Arenas y otros.

———. .. Sentencia del 8 de mayo de 1995, C.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 8118. Actora Sociedad Constructora Cárdenas y Maya Ltda.

———. .. Sentencia del 17 de julio de 1990, C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, expediente: 5998.

———. .. Sentencia de 6 de diciembre de 2004, expediente 504222331000941044-01.

———. .. Sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente 14036.

———. .. Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 17.124, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

———. .. Sección Tercera, sentencia 1995-01581, de abril 28 de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, entre otras: sentencia del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 8493 Actor: Segundo Jorge Pantoja Moreno.

———. Sección Tercera, subsección B, C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2011), Expediente: 21 380, Radicación: 20001-23-31-000-1999-00655-01, Actor: José Isabel Meath Ochoa y otros.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia del 29 de junio de 2005, radicado 110010102000200500909/598C, M.P. Dr. Guillermo Bueno Miranda.

———. Aclaración de voto a la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil siete (2007), Expediente No.: 76-127-23-2279201, Interno: 16898, Actor: Heberto Araujo y otros, Demandado: Corporación Autónoma Regional del Cauca C.V.C. y Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-254 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia C-832 de agosto 8 de 2001 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., 2001.

_____. Sentencia C 333 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C 333 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-484 del veinticinco (25) de junio de dos mil dos (2002), M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Gaceta Constitucional No. 77 del lunes 20 de mayo de 1991.

_____. Sentencia C-014 de enero 20 de 2004, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C. 2004. *Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/*

_____. Sentencia C-370 de Mayo de 2006. Magistrados Ponentes Dres. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Álvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia C-578 de 1995, M.P. Dr. Córdoba Triviño.

_____. Sentencia T-442 de julio 3 de 1992. M.P. Dr. Rodríguez.

_____. Sentencia C-358 de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-030 de febrero 1 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia de C-333 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-030 de febrero 1 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 2012.

_____. Sentencia C-100 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-064 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 233 del cuatro (4) de abril de 2002, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de octubre de 1896, Magistrado Ponente Carmelo Arango M.

_____. Sentencia de casación del 28 de septiembre de 2006, radicado No. 22.872.

_____. Sala de Casación Civil, sentencia de marzo 11 de 1952.

_____. Sala de Casación Civil, sentencia de noviembre 13 de 1956.

_____. Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón, radicación 16636.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia 9996 de septiembre 18 de 1996. M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripol.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003, radicación 16636. M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

_____. Sentencia de casación de 13 de febrero de 2003, Radicación número 15705.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Juez Antonio A. Cancado. Sentencia de marzo de 2005, cf. Caso «Masacre de Mapiripán».

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencias Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, del 22 de septiembre de 2006 Jueces Sergio García Ramírez, Antonio A. Cancado T.; caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, Jueces Sergio García Ramírez, Antonio A. Cancado T.

_____. Ver: Sentencia. Caso del Caracazo vs. Venezuela, del 11 de noviembre de 1999, Reparaciones, párr. 115; Sentencia Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, del 26 de enero de 2000, Reparaciones, párr. 99; y Sentencia Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, del 22 de febrero de 2002, Reparaciones, párr. 75.

_____. Voto razonado concurrente del Juez Ad-Hoc Gustavo Zafra Roldán. Ver: Sentencia. Caso Mapiripán vs. Colombia.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. .

COMBLIN, Joseph. *El poder militar en América latina*. Primera Edición. Salamanca: Ediciones Sigueme. 1978. 286 p.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990. 543 p.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Décima Segunda Edición. Buenos Aires –Madrid – México: Hispana Libros Madrid México. 2009. 1315 p.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del Ciudadano*. Bogotá: Legis S.A. 2004. 484 p.

ESTRADA VELEZ, Federico. *Derecho Penal, Parte General*. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Librería El Profesional. 1981. 434 p.

FALCÓN Y TELLA María José. *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*. Primera Edición. Madrid – Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales. 2010. 224 p.

FEDEFAM, Asociación de familiares de detenidos desaparecidos: *Aspectos Legales Referentes a las desapariciones forzadas*. En: *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay*, V. 401-402. 1982.

FERRI, Enrico. *Principios de derecho penal*. Primera reimposición. Madrid, 1933. 167 p.

FORERO RAMIREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*. Primera Edición. Bogotá: Serie Lex Nova. Legis S.A. 2002. 259 p.

FRIAS CABALLERO, Luis. *Teoría del Delito*. Primera Edición. Caracas: Editorial Livrosca. 1996. 287 p.

FRUHLING, Hugo. «La defensa de los derechos humanos en el Cono sur, dilemas perspectivas hacia el futuro». En: FRUHLING H (Comp.) Represión Política y Defensa de los Derechos Humanos, Chile, Programa de Derechos Humanos, Centro de Estudios Sociales. 1986.

FERRAJOLI Luigi. Derecho y Razón. Segunda Edición. Madrid: Editorial Trotta. 1997. 991 p.

GALAN, Luis C. «Informe sobre el derecho de informar y ser informado: delitos de opinión y censura a los medios de comunicación en Colombia». En: Derechos humanos en Colombia 25 años, Itinerario de una historia. Bogotá, Comité Permanente por la defensa de los derechos humanos. 2005.

GALLINO YANZI, Carlos. Imputabilidad criminal, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t XV. Primera Edición. Buenos Aires: Ed Bibliográfica Argentina 1961. 345 p.

GALLON, Gustavo. Quince años de estado en Colombia. Bogotá: Universidad Javeriana. 1979. 195 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1984. 254 p.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. En: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Julio - Diciembre de 2011. Año V, No. 28. 2011.

GARCIA, Antonio. «Colombia: medio siglo de historia contemporánea». En: GONZALES, P (Coordinador) América Latina, historia de medio siglo, México, Siglo XXI Editores. 1980.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Cuarta Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2010. 711 p.

———. Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. Segunda Edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2001. 157 p.

GOLDSCMIDT, James. La concepción normativa de la culpabilidad. Traducción de Ricardo Núñez. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1943. 347 p.

GÓMEZ GÓMEZ, Jesús Alberto. La estructura de la conducta y la imputación objetiva. Segunda Edición. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005. 186 p.

GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1998. 295 p.

HENAO Juan Carlos. El daño. Primera Edición, segunda reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998. 346 p.

HOMS SANZ DE LA GARZA, Joaquín. Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad. Primera Edición. Barcelona – España: Editorial Bosch. 1996. 245 p.

http://web.presidencia.gov.co/presidente/hoja_auv4.htm.

<http://www.anarkismo.net/article/10199>.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5511>

<http://www.amnesty.org/es/human-rights>.

<http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>

<http://www.consejodeestado.gov.co>

<http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-355751810>.

<http://www.corteconstitucional.gov.co>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf

<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/falsos33.html>.

<http://www.derechocambiosocial.com/rjc/revista8/imputacion.htm>.

<http://www.hchr.org.co>

<http://www.hcr.or.co/documentosinformes/altocomisionado/informe2010/esp.doc>.

<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamentos/ponencias/ponencias.php3?cod=26&cat=24>

<http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/269A305D-4F4F-4BF0-8F66-9B96B157>

<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1998-icc-5tdm58.htm>

<http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/genevaconventions/index.jsp>

<http://www.memoriahistorica-cnrr.org.co/s-informes/informe-21>.

<http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=i1——&s=n&x=58590>

<http://www.opi.org.co/>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

<http://www.ramajudicial.gov.co/cs/csj.jsp>.

<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=82606>

<http://www.secretariasenado.gov.co>

http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/penal/Teoria_de_la_equivalencia_de_condiciones.htm.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Segunda Edición. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. 1995. 1113 p.

———. Fundamentos del Derecho Penal. Ad – Hoc. Traducción de Miguel Cancio Meliá. Buenos Aires. 1996. 954 p.

JESCHECK, Hans – Heinrich. Tratado de Derecho penal. Parte General, V. I. Segunda Edición. Barcelona: Editorial Bosch. 1981. 1102 p.

JEZE Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tercera Edición. Buenos Aires. Editorial Reus S.A. 2010. 516 p.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. El Delito, Tomo III. Quinta Edición. Buenos Aires: Editorial Losada. 1992. 435 p.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Segunda Edición. Buenos Aires. 1999. 367 p.

KELSEN, Hans. Que es justicia. Primera Edición. Barcelona: Editorial Ariel. 1982. 289 p.

KELSEN – COSSIO, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Segunda Edición. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft. 1952. 161 p.

KLARE, Michael y STEIN Nancy. Armas y poder en América Latina. Bogotá, Serie Popular Era CINEP. 1982. 251 p.

KRUIJT, Dirk y KOONINGS Kess. «Introducción: la violencia y el miedo en América Latina». En: Las sociedades del Miedo. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2002.

LEAL, Francisco. El oficio de la guerra: la seguridad nacional en Colombia. Primera Edición. Bogotá: Tercer Mundo Editores e Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. 1994. 258 p.

———. Estado y Política en Colombia. Primera Edición, Bogotá, Editorial Siglo XXI. 1984. 294 p.

———. ————. La Seguridad Nacional a la deriva, del Frente Nacional a la Postguerra Fría. Primera Edición. Bogotá. Ediciones Universidad de los Andes, Alfaomega y Flasco. 2002. 247 p.

LISZT, Franz Von, Tratado De Derecho Penal. Primera Edición. Madrid: Editorial Reus. 1929. 546 p.

LLORENTE, María Victoria. Perfil de la Policía Colombiana». En: DEAS, M (Comp.): Reconocer la guerra para construir la paz, Bogotá, Ediciones Uniandes – Cerec – Norma. 1999.

LÓPEZ DIAZ, Claudia. Introducción a la Imputación Objetiva. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996. 193 p.

LOPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad patrimonial del Estado. Primera Edición Tomo II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1997. 806 p.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Primera Edición. Bogotá: Editorial Universitas. 1996. 651 p.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. «Ejecuciones extrajudiciales». El catolicismo, actualidad. Edición No. 95. Bogotá D.C. 2005.

MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho penal. Primera Edición. Buenos Aires: Ediciones Ediar. 1961. 344 p.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad civil extracontractual. Primera Edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike. 1989. 623 p.

MAZEAUD TUNC, Tratado de la responsabilidad civil. Tomo III V. I. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europea-América, 1993. 743 p.

MEDINA ALCOZ, Luís. La Responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Primera Edición. Madrid: THOMSON Civitas. 2005. 459 p.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Quinta Edición. Barcelona España: Editorial Ariel. 1998. 771 p.

MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Primera Edición. Madrid: Ed. Civitas. 2000. 340 p.

NUN, José. «América Latina, la crisis hegemónica y el Estado Militar». En: Desarrollo Económico, Vol. 6. 1966.

ORTIZ, Román. Las relaciones civiles – militares en Colombia: control democrático de las fuerzas armadas en el contexto de un conflicto interno. En: Democracias frágiles. Las relaciones civiles-militares en el mundo iberoamericano. Editorial: Tirant Lo Blanch. 2005.

PAILLET, Michel. Traducción y estudio introductorio. Jesús Mario Carrillo Ballesteros. La responsabilidad administrativa. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001. 185 p.

PAREDES DUQUE Jorge Eduardo. Responsabilidad Médica. Primera Edición. Santiago de Cali: Gráficas Colombia. 2004. 610 p.

PECAUT, Daniel. Crónica de dos décadas de política colombiana 1968 – 1988, Primera Edición. Bogotá: Siglo XXI Editores. 1987. 122 p.

PEREZ VILLA, Jorge. Responsabilidad estatal y acción de Repetición. Primera Edición. Bogotá: Editorial Leyer. 2001. 55 p.

PINTO, Luis A. «Militarismo». En: Nacionalismo y Militarismo, México. Siglo XXI Editores. 1969.

PICTET, Jean. Desarrollo y principios del Derecho Internacional humanitario. Segunda Edición. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. 1997. 115 p.

REINHARDT, Frank. La estructura del concepto de culpabilidad. Segunda Edición. Santiago de Chile. Editorial Santiago de Chile. 1996. 176 p.

REYES ECHANDIA, Alejandro. La prehistoria del Estatuto de Seguridad. En: Revista Controversia, 1978. 113 p.

REYES ECHANDIA, Alfonso. «El estado de sitio prolongado y el estatuto de seguridad frente a la Constitución; el estado de sitio en la teoría política y en la historia de Colombia». En: Derechos humanos en Colombia 25 años, Itinerario de una historia. Bogotá, Comité Permanente por la defensa de los derechos humanos. 2004.

———. Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Tercera reimpresión Undécima Edición. Bogotá. 1994. 328 p.

RIAL, Juan. «Los intereses de las fuerzas armadas de América Latina en sostener regímenes democráticos». En: GOODMAN, L MENDELSON, J y RIAL, J (Comp.): Los militares y la democracia. Montevideo, Ediciones Peitho. 1990.

———. «Relaciones cívico – militares: diálogo para el fortalecimiento de la democracia». En: SOMAVIA, J e INSULZA, J (Comp.) Seguridad democrática regional «Una concepción alternativa, Chile, Editorial Nueva Sociedad. 1990.

ROCCO, Arturo. El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal. Segunda Edición. Bogotá: Temis S.A. 1999. 87 p.

ROCKWELL, Richard y MOSS, Richard. «La reconceptualización de la seguridad: un comentario sobre la investigación». En: AGUAYO, S. (Comp.): Busca de la seguridad perdida. Aproximaciones a la seguridad nacional mexicana.

México, Siglo XXI Editores. 1990.

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo. Teoría General. Tomo I. Primera Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1981. 176 p.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis. 1996. 470 p.

ROUQUIÉ, Alain. El estado militar en América Latina. Primera Edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 1984. 433 p.

ROZOROZO, Julio E. Derecho Penal General. Primera Parte. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 1999. 518 p.

RUIZ OREJUELA Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Primera Edición. Bogotá: ECOE Ediciones. 2010. 411 p.

———. Responsabilidad extracontractual. Primera Edición. Bogotá: ECOE Ediciones. 2008. 229 p.

———. Responsabilidad médica estatal. Primera Edición. Bogotá: ECOE Ediciones. 2004. 223 p.

SÁNCHEZ, Javier. El debate sobre el concepto de seguridad 1980 – 1997. Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials. Primera Edición. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona. 1999. 79 p.

SÁNCHEZ, Jorge. Naturaleza y fines de la Justicia Penal Militar. En: Revista Criterios. Fundación Universidad Central. 1981

SÁNCHEZ, Ricardo. La reforma política del Estado. Primera Edición. Santiago de Cali: Editorial Toro Nuevo. 1979. 59 p.

SÁNCHEZ-MEJÍA, Astrid Liliana, Coautora. International Law. En: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2009.

SANCINETI, Marcelo. Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Monografía. Colección Estudios N. 8. 1997. 207 p.

SANTANA, Pedro. Los militares quieren vigilar la educación. En: Revista Panorama. 1982.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tercera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996. 473 p.

SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I. Octava Edición. Fundación de Cultura Universitaria. 1987. 708 p.

SMITH, Juan Carlos. Imputación, en Enciclopedia jurídica Omeba, t XV. Primera Edición. Buenos Aires: Ed Bibliográfica Argentina. 1961. 435 p.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado. Tomo I v. II. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1997. 489 p.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Primera Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005. 478 p.

TAPIA, Jorge. La doctrina de la seguridad nacional y el rol político de las fuerzas armadas. En: RUBINSTEIN, J, (Comp.): El estado periférico Latinoamericano. Buenos Aires, Editorial Eudeba. 1988.

TURBAY, Ayala Julio. Las fuerzas armadas y los derechos humanos. Primera Edición. Bogotá: Colección Consigna. 1985. 212 p.

URIBE, Diego. Las Constituciones de Colombia Vol III. Primera Edición. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica. 1985. 1471 p.

VALENCIA GUTIÉRREZ, Alberto. Violencia en Colombia años ochenta y reforma constitucional. Primera Edición. Santiago de Cali: Editorial Universidad del Valle. 1998. 167 p.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho civil de las obligaciones. Primera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1998. 579 p.

VAZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. «La cara oculta del derecho». En: Derechos humanos en Colombia 25 años, Itinerario de una historia. Bogotá, Comité Permanente por la defensa de los derechos humanos. 2005.

VEDEL Georges. Derecho Administrativo. Primera Edición. Traducción por Juan Rincón Jurado. Madrid: Editorial Aguilar. 1980. 759 p.

VON LISZT, Franz. Tratado de derecho penal. Primera Edición. Madrid: Editorial Reus. 1929. 679 p.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Tercera Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1997. 343 p.

———. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Primera Edición. Barcelona: Ariel. 1964. 201 p.

La presente edición e impresión se
terminó en POEMIA, su casa editorial,
en Santiago de Cali, Colombia, en
febrero de 2014.