

**LA FIGURA DEL DAÑO COLATERAL EN EL CONFLICTO ARMADO A LA LUZ  
DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA**

**NELSON GUILLERMO PRIETO LARROTA**

**RUBÉN ROJAS MORA**

**UNIVERSIDAD LIBRE**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**BOGOTÁ**

**2014**

**LA FIGURA DEL DAÑO COLATERAL EN EL CONFLICTO ARMADO A LA LUZ  
DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA**

**NELSON GUILLERMO PRIETO LARROTA.  
RUBÉN ROJAS MORA.**

**Trabajo de grado realizado para obtener el título de  
Magister en Derecho Penal**

**Doctor YEZID VIVEROS**

**Director**

**UNIVERSIDAD LIBRE**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**BOGOTÁ**

**2014**

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

**Firma del Presidente del Jurado**

---

**Firma del Jurado**

---

**Firma del Jurado**

**Bogotá, mayo de 2014**

*“Me gusta la gente capaz de entender que el mayor error del ser humano, es intentar sacarse de la cabeza aquello que no sale del corazón.”*

*Mario Benedetti.*

*A nuestros hijos.*

## **AGRADECIMIENTOS**

Los Autores del presente trabajo de grado expresan sus agradecimientos:

A todas las personas que aportaron su grano de arena en la obtención y adquisición de los conocimientos suficientes para iluminar colectivamente a la sociedad desde disertaciones académicas que enriquezcan la vida jurídica contemporánea nacional, y sirva de apoyo académico para desarrollar herramientas tendientes a lograr un acercamiento teórico conceptual sobre la figura del daño colateral en el conflicto armado a la luz de la actual Constitución Política De Colombia, Al Dr. Yezid Viveros, por su dedicación y dirección académica en este proyecto investigativo.

## CONTENIDO

**GLOSARIO. 8**

**RESUMEN. 9**

**PALABRAS CLAVES. 10**

**INTRODUCCIÓN. 11**

### **1. ASPECTOS PRELIMINARES. 17**

*1.1 PROBLEMA. 17*

*1.1.1 Descripción del problema. 17*

*1.1.2 Formulación del problema. 18*

*1.2 JUSTIFICACIÓN. 18*

*1.3 FORMULACIÓN DE OBJETIVOS. 19*

*1.3.1 Objetivo general. 19*

*1.3.2 Objetivos específicos. 19*

*1.4 TIPO DE INVESTIGACIÓN. 20*

### **2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE RIGEN LA FIGURA DEL DAÑO COLATERAL EN EL CONFLICTO ARMADO. 22**

*2.1 DEFINICIÓN DAÑO COLATERAL. 23*

*2.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DAÑO COLATERAL. 24*

*2.2.1 Derecho constitucional a la vida, la integridad personal y los bienes. 24*

*2.2.2 Derecho a la libertad y la seguridad. 29*

*2.2.3 Seguridad y libertad del civil no combatiente. 31*

*2.3 EL DAÑO COLATERAL COMO FIGURA DEL DERECHO INTERNACIONAL. 37*

*2.3.1 La limitación de los ataques lícitos a los objetivos “militares” principios para la protección de los civiles.. 38*

*2.3.2 La Cláusula Martens.. 46*

*2.4 EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y EL DAÑO COLATERAL COMO UNA CONSECUENCIA. 48*

*2.4.1 Concepto de conflicto armado. 48*

*2.4.2 Daño colateral en Colombia. 52*

*2.5 ESTATUTO DE ROMA Y SU CONSTITUCIONALIDAD. 57*

*2.6 OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 62*

### **3 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE VELAR POR LA SEGURIDAD Y LA LIBERTAD DE SUS CIUDADANOS. 70**

3.1	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR ACTOS TERRORISTAS.	72
3.1.1	<i>Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos.</i>	77
3.2	REGIMENES LEGISLATIVOS ESPECIALES DE INDEMNIZACIÓN.	87
3.2.1	<i>Estado social de derecho, derecho a la paz y derechos de las víctimas.</i>	87
3.2.2	<i>Derecho a la reparación integral.</i>	91
3.2.3	<i>Medidas restrictivas para evitar la impunidad de acuerdo a la normatividad internacional.</i>	99
3.3	POLÍTICAS DE ESTADO.	106
3.3.1	<i>Estrategias estatales para la ayuda a las víctimas..</i>	107
3.3.2	<i>Aspectos procedimentales para la reparación de las víctimas en Colombia.</i>	116
<b>4.</b>	<b>ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.</b>	<b>123</b>
4.1	<i>ASPECTOS IMPORTANTES DE LA SENTENCIA C- 578 DE 2002.</i>	123
4.2	<i>EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.</i>	126
4.3	<i>SENTENCIA DEL 3 DE FEBRERO DE 1994.</i>	129
4.4	<i>SENTENCIA DEL 13 DE MAYO DE 1994.</i>	130
4.5	<i>SENTENCIA DEL 5 DE FEBRERO DE 1998.</i>	130
<b>5.</b>	<b>PROPUESTA.</b>	<b>131</b>
<b>6.</b>	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.</b>	<b>134</b>
<b>7.</b>	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.</b>	<b>138</b>
<b>8.</b>	<b>ANEXOS.</b>	<b>143</b>
	<i>ANEXO A.</i>	143

## GLOSARIO

**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO:** Es un conjunto de normas internacionales de origen convencional y consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no, que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios de hacer la guerra y que protege a las personas y los bienes afectados o que puedan resultar afectados por ella.

**ESTATUTO DE ROMA** Es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional. Fue adoptado en la ciudad Roma (Italia), el 17 de julio de 1998, durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional"

**CONFLICTO ARMADO:** El DIH hace una distinción entre dos tipos de conflictos armados: conflictos armados internacionales, en que se enfrentan dos o más Estados, y conflictos armados no internacionales, entre fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o entre esos grupos únicamente.

**DAÑO COLATERAL:** Daño no intencional o daño accidental que afecta construcciones, equipos o personal, y que ocurre como resultado de acciones militares dirigidas contra blancos enemigos como ser equipamiento o tropas. Este tipo de daño puede afectar a fuerzas amigas, neutrales o aún enemigas.

**VÍCTIMA:** Aquellas personas que individual o colectivamente han sufrido daños físicos o psíquicos, pérdida financiera, patrimonial o menoscabo en sus derechos fundamentales.

**RESPONSABILIDAD ESTADO:** La obligación que pesa sobre éste de reparar los daños causados por el hecho ilícito de sus órganos. La responsabilidad del Estado



se basa en el principio de que todo daño causado ilícitamente por él, debe ser reparado de buena fe.

## **RESUMEN**

Es interés de este escrito analizar que al “armonizar” el Derecho Penal Colombiano con el Derecho Internacional Humanitario, en la medida que se tiene el Estatuto de Roma como un instrumento internacional incorporado a nuestra legislación, se evidencia la necesidad de revisar sí en los eventos de ataques a población civil se está actuando en concordancia con los postulados constitucionales, y si ciertas medidas incorporadas al Estatuto, podían resultar ajenas a la tradición jurídica nacional y a ciertos valores superiores como es el caso conceder la garantía de inmunidad absoluta al Estado en el caso de "desbordamiento" o "daño colateral", que impide el enjuiciamiento penal y por ende la impunidad en el caso de la muerte de civiles en dichos eventos.

A pesar de que la Constitución Política recalca el derecho a la vida como primordial y el Estado tiene como fin esencial protegerlo, se evidencian contradicciones en cuanto a la aceptación del daño colateral pregonado en el Estatuto de Roma producto de una operación militar, en donde la pérdida de vidas civiles se considera justificada en función de los objetivos que esa guerra persigue; las vidas de quienes estaban “en el lugar y en el momento equivocados”, desde la perspectiva del imperativo de una acción armada para el que esas vidas no cuentan como tales sino solo como daños colaterales. Al ser designadas de esta manera se pierde su especificidad de vidas humanas singulares para quedar inscritas en una estadística que justifica por sí misma su desaparición al quedar subordinadas a los objetivos superiores de la guerra.

**PALABRAS CLAVES.** Estatuto de Roma, guerra, daño colateral, víctimas, responsabilidad Estado, Derecho Internacional Humanitario.

### **ABSTRAC**

Interest of this paper is to analyze it to "harmonize" the Colombian criminal law with international humanitarian law, to the extent that it has the Rome Statute as an international instrument incorporated into our legislation, highlights the need to check if events attacks on civilians are acting in accordance with the constitutional principles, and if certain measures included in the Statute, could be outside the national legal tradition and certain higher values such as security grant absolute immunity to state in the case "overflow" or "collateral damage", which prevents criminal prosecution and therefore impunity in the case of civilian deaths in these events.

Although the Constitution emphasizes the right to life as paramount and the State aims to protect essential contradictions are evident regarding the acceptance of collateral damage trumpeted in the Rome Statute product of a military operation where but whose loss of civilian life is considered justified in light of the objectives pursued that war, the lives of those who were "in the right place at the wrong time", from the perspective of imperative military action for which those lives do not count as such but only as collateral damage. Being designated in this way loses its unique specificity for human lives be entered on a statistical itself justifies his disappearance to be subordinate to the higher goals of the war.

**KEY WORDS** Rome statute, war, collateral damage, casualties, state responsibility, International humanitarian law.

## INTRODUCCIÓN.

*“Cuando fuerzas gubernamentales enfrentan el terrorismo o acciones de guerrillas, pueden caer fácilmente en la tentación de actuar por fuera de la ley, con la excusa de que los procesos legales son muy dispendiosos, que la protección que la ley otorga al individuo no fue diseñada para una insurgencia y que en cualquier caso un terrorista merece ser tratado como un forajido. Esto no solamente es un error moral, sino que con el tiempo crea más dificultades para el gobierno de las que resuelve. Un gobierno que no actúa de acuerdo con la ley pierde su derecho de llamarse gobierno y no puede esperar que la población obedezca la ley. Actuar de acuerdo con la ley es un precio muy bajo que pagar por la ventaja de ser el gobierno”.*

*Sir Robert Thompson.<sup>1</sup>*

Debido al conflicto armado en Colombia el número de muertos y heridos civiles es elevado, el caso más usual es cuando la guerrilla se toma una población y el gobierno responde de manera que se desarrolla un combate, las víctimas civiles que hacen parte del conflicto aparecen registradas como “daños colaterales” producto de las acciones en que el gobierno ha estado involucrado de manera activa.

Si en un conflicto internacional los militares pueden sentirse exonerados de culpa por la muerte de civiles cuando atacan un objetivo militar (muerte de civiles que califican como “daños colaterales”), en un conflicto interno no pueden obrar de igual forma, pues la Constitución los obliga ante todo a respetar la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Supone ello, que el Derecho Internacional Humanitario permitiría realizar lícitamente ciertas conductas en el conflicto armado, cabe recordar que el derecho humanitario no es permisivo sino prohibitivo, y por consiguiente es equivocado derivar de él autorizaciones para realizar actos de guerra.

---

<sup>1</sup> THOMPSON, Robert No Exit From Vietnam, David McKay company, Inc., New York, 1969.

Bajo las leyes humanitarias internacionales y el Estatuto de Roma, la muerte de civiles durante un conflicto armado, no importando cuan grave y lamentable sea, en sí mismo no constituye un crimen de guerra en la medida que se logre probar daño colateral. La ley humanitaria internacional y el Estatuto Romano permiten a los beligerantes llevar a cabo ataques proporcionales contra objetivos militares, incluso cuando se sabe que estos causarán algunas muertes y heridas de civiles. Un crimen ocurre si existe un ataque intencional directo contra civiles (principio de distinción) (Artículos 8(2) (b) (i) o un ataque es lanzado sobre un objetivo militar con el conocimiento de que los daños a civiles colaterales serán claramente excesivos en relación a la ventaja militar anticipada (principio de proporcionalidad) (Artículo 8(2) (b)(iv) .<sup>2</sup>

El 90 por ciento de las víctimas de los conflictos armados durante la última década han sido civiles y, de ellos, más de la mitad eran niños. Según el Fondo Mundial de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en la última década han muerto dos millones de niños; seis millones se han quedado sin hogar; doce millones han resultado heridos o discapacitados y hay por lo menos unos 300.000 niños soldados que participan en una treintena de conflictos en distintas partes del mundo.

Colombia no se escapa a esta realidad, (Ver anexo A) determinar los muertos por el conflicto colombiano está sujeto a muchas incertidumbres por las diferencias entre las distintas fuentes, los vacíos en datos y la desinformación; Más de 1.200 civiles fueron asesinados por los militares que los reportaron como "muertos en

---

<sup>2</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma. Roma, Italia. 17 de julio de 1998. Artículo 8(2)(b)(iv) criminaliza: El lanzamiento intencional de un ataque, con el conocimiento de que tal ataque causará pérdida de vida y heridas colaterales a civiles o daño a objetos civiles o daño amplio, de largo plazo y severo al ambiente natural que sería claramente excesivo en relación a la ventaja militar concreta y directa anticipada. se basa en los principios del Artículo 51(5)(b) del Protocolo I Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, pero restringe la prohibición criminal a casos que son "claramente" excesivos. La aplicación del Artículo 8(2)(b)(iv) requiere una evaluación de: (a) el daño o herida civil anticipado; (b) la ventaja militar anticipada; (c) y si (a) era "claramente excesivo" en relación a (b).

combate" en los últimos 27 años en Colombia, denunció el Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep).<sup>3</sup> Durante los últimos 20 años el conflicto armado interno en Colombia se ha cobrado la vida de al menos 70.000 personas, la gran mayoría de ellas civiles muertos fuera de combate.<sup>4</sup>

Paradójicamente y frente a estas cifras la Constitución Política en su artículo 2º, inciso 2º nos dice: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades..." y en el artículo 11 "El derecho a la vida es inviolable." Sumado el bloque de de Constitucionalidad que hace referencia a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, y que todas ellas protegen la vida como derecho inalienable.

Entre estos tratados se encuentran los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales que son tratados internacionales que contienen las principales normas destinadas a limitar la barbarie de la guerra a los que Colombia se adhirió mediante la ley 5º de 1960. Adicionalmente, por la Ley del 11 de julio de 1992, se ratificó el Protocolo I que prohíbe expresamente el empleo de tácticas como la utilización de "escudos humanos" para impedir ataques contra objetivos militares. El art. 51.7 dice: "La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de

---

<sup>3</sup> CINEP de noviembre de 2011. En [www.cinep.org.co/index](http://www.cinep.org.co/index) Consultado en mayo de 2013.

<sup>4</sup> ANMISTIA INTERNACIONAL. La Población Civil, Víctima Del Conflicto Armado Interno de Colombia: Civiles son las principales víctimas del conflicto. 27 febrero, 2009. En: <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/14-colombia-cuerpos-marcados-crimenes-silenciados>. Consultado en Octubre de 2013.

ataques...”;<sup>5</sup> del mismo modo el Protocolo II se ratificó, mediante la Ley 171 de 1994, todos ello parte del ya mencionado Bloque de Constitucionalidad.

Adicional a lo anterior mediante Acto Legislativo No. 2 de 2001 El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. Es así como el Estatuto de Roma aprobado por Ley 742 de 2002, entra a hacer parte de nuestro derecho objetivo. A partir del contenido del Acto Legislativo 02 de 2001, y de la interpretación constitucional hecha sobre el mismo, la Corte aclaró el alcance de sus funciones en el ámbito del control de constitucionalidad del Estatuto de Roma, destacando que el fundamento jurídico de dicha competencia aparece determinado, tanto por el numeral 10° del artículo 241 de la Constitución, en virtud del cual le corresponde a esta Corporación.

A partir de lo anterior, se considera como **objeto de estudio** el derecho Internacional Humanitario. Así, **el campo de acción** de la investigación se concreta la figura del daño colateral en el conflicto armado. Concomitante con lo anterior la **hipótesis** establece que cuando en el conflicto armado se pierden vidas de civiles, se produce un daño especial, que si bien no es propósito del Estado, es padecido en razón de él, y en ese caso surge un título de imputación que permite impetrar la reparación<sup>6</sup>, el civil sufre un daño antijurídico que no tenía por qué soportar, al perder su vida cuando se encontraba en medio del cruce de disparos y es obligación del Estado reparar este daño atendiendo a los mandatos

---

<sup>5</sup> PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA. 12 de Agosto de 1949. Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I). Objetivos militares.

<sup>6</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 10731 Bogotá, Febrero 8 de 1999. M.P: Ricardo Hoyos Duque.

constitucionales y alejándose de la Teoría del daño colateral esgrimida por el Estatuto de Roma.

En cuanto a las **implicaciones prácticas** y en consonancia con lo señalado con anterioridad desde este ejercicio investigativo se ofrece una claridad teórica de los elementos constitutivos del daño colateral armonizados con el Estatuto de Roma y la legislación interna teniendo en cuenta la supremacía de la Carta, prevista en el artículo 4° Superior que implica que un tratado contrario a la Constitución debe ser inaplicable total o parcialmente por las autoridades.

Se considera que la **novedad científica** del presente trabajo está dada por que se aborda la discusión acerca de postulados constitucionales, y los instrumentos internacionales que han sido ratificados por Colombia, El proyecto es pertinente en cuanto al tema de actualidad, toda vez que refiere un tema de constante discusión en el ámbito jurídico. Por cuanto se busca dar respuesta a diversos interrogantes que se han presentado en la actualidad.

Así las cosas, es de gran **conveniencia** el trabajo de investigación que se presenta, en la medida en que se logre sistematizar las distintas posturas que ha adoptado la doctrina al respecto. Se considera que este trabajo investigativo es de gran **relevancia social** toda vez que muchos de los estudios que se han realizado al respecto del tema han aportado significativamente, pero son propuestas que no han tenido la acogida esperada ni han dado respuesta concreta al problema existente al interior del derecho penal. En la doctrina de la “guerra justa” se tiene el daño colateral causado a civiles inermes, aunque lamentable, como un asunto inevitable en el transcurso de una guerra, sin dar lugar a responsabilidad jurídica. Este daño se toma como un accidente infortunado sin consecuencias legales.

Este proyecto tiene como primera finalidad entregar un documento de reflexión acerca del daño colateral y su aplicación en Colombia, documento que servirá como fuente de consulta y punto de partida para futuras investigaciones del tema, en aras de fundamentar futuros estudios sobre el caso objeto de estudio.

De la misma manera se espera lograr un acercamiento teórico conceptual, con el que pueda presentarse el daño colateral como una Teoría no aceptada en nuestro país, a pesar de encontrarse propuesta en el Estatuto de Roma, abriendo un espacio de discusión con la finalidad de confrontar las disposiciones del instrumento internacional y de su ley aprobatoria, con el contenido integral de la Constitución, para así determinar si las mismas se ajustan o no a la Carta Política.



## 1. ASPECTOS PRELIMINARES

### 1.1 PROBLEMA

#### 1.1.1 Descripción del problema

Determinar los muertos por el conflicto colombiano está sujeto a muchas incertidumbres por las diferencias entre las distintas fuentes, los vacíos en datos y la desinformación; Más de 1.200 civiles fueron asesinados por los militares que los reportaron como "muertos en combate" en los últimos 27 años en Colombia, denunció el Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep)<sup>7</sup> Durante los últimos 20 años el conflicto armado interno en Colombia se ha cobrado la vida de al menos 70.000 personas, la gran mayoría de ellas civiles muertos fuera de combate.<sup>8</sup>

La **contradicción fundamental** se daría en la medida en que a pesar de que la Constitución Política recalca el derecho a la vida como primordial y el Estado tiene como fin esencial protegerlo se evidencian contradicciones en cuanto a la aceptación del daño colateral pregonado en el Estatuto de Roma producto de una operación militar, donde la pero cuya pérdida de vidas civiles se considera justificada en función de los objetivos que esa guerra persigue; las vidas de quienes estaban “en el lugar y en el momento equivocados”, desde la perspectiva del imperativo de una acción armada para el que esas vidas no cuentan como tales sino solo como daños colaterales. Al ser designadas de esta manera se pierde su especificidad de vidas humanas singulares para quedar inscritas en una estadística que justifica por sí misma su desaparición al quedar subordinadas a los objetivos superiores de la guerra en cuestión.

---

<sup>7</sup> CINEP de noviembre de 2011. En [www.cinep.org.co/index](http://www.cinep.org.co/index) Consultado en mayo de 2013.

<sup>8</sup> ANMISTIA INTERNACIONAL. LA POBLACIÓN CIVIL, VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO DE COLOMBIA: Civiles son las principales víctimas del conflicto. 27 febrero, 2009

Calificar de ‘colaterales’ a ciertos efectos destructivos de la acción militar sugiere que esos efectos no fueron tomados en cuenta cuando se planeó la operación y se ordenó a las tropas que actuaran; o bien que se advirtió y ponderó la posibilidad de que tuvieran lugar dichos efectos, pero, no obstante, se consideró que el riesgo valía la pena, dada la importancia del objetivo militar, sin tener en cuenta las “bajas incidentales” y los “daños incidentales”, las pérdidas de vidas de civiles u otras personas protegidas o las lesiones que se les inflijan, así como los daños causados al medio ambiente natural o a bienes que no son objetivos militares en sí mismos.

### **1.1.2 Formulación del problema**

De la anterior descripción surge la siguiente pregunta problémica ¿la figura del daño colateral en el conflicto armado consagrada en el Estatuto de Roma se encuentra ajustada a la actual constitución política de Colombia, donde el derecho a la vida es prevalente?

## **1.2 JUSTIFICACIÓN**

En la doctrina de la “guerra justa” se tiene el daño colateral causado a civiles inermes, aunque lamentable, como un asunto inevitable en el transcurso de una guerra, sin dar lugar a responsabilidad jurídica. Este daño se toma como un accidente infortunado sin consecuencias legales.

Por lo anterior es de vital importancia tratar este tema. Por cuanto reviste interés por el hecho de que, en años recientes y a nivel global, los presuntos casos de «daño colateral» han provocado más muertes entre civiles indefensos que los atentados terroristas en prevención de los cuales se suelen producir. El asunto aquí no es que el daño colateral carezca de estatus jurídico en el derecho

internacional: este se define como el daño o pérdida causado a personas y propiedades adyacentes a un blanco militar. La pregunta es si los casos recientes en los que se ha invocado el concepto realmente ameritan su uso.

Existen casos en los que objetivos civiles son alcanzados por error, lo cual en principio podría caer dentro de la definición de «daño colateral». Pero el no haber causado esas bajas en forma intencional no basta para eximir de responsabilidad a sus autores, toda vez que el artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado, toda vez que reza que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”<sup>9</sup>

### **1.3 FORMULACIÓN DE OBJETIVOS**

#### **1.3.1 Objetivo general**

Determinar si la figura del daño colateral, consagrada en el Estatuto de Roma se encuentra ajustada a la actual Constitución Política de Colombia en el marco del conflicto armado.

#### **1.3.2 Objetivos específicos**

- ✓ Construir un marco de referencia sobre los antecedentes en el tema.
- ✓ Referenciar el daño colateral como figura de derecho internacional y su tratamiento dentro del Estatuto de Roma y culpa con representación.
- ✓ Establecer los postulados del daño colateral y su interpretación en la doctrina internacional.

---

<sup>9</sup> COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 90. Editorial Temis. 2013.

- ✓ Valorar críticamente las normativas vigentes.
- ✓ Determinar la figura del daño colateral en los postulados de la Constitución Política.
- ✓ Determinar la responsabilidad del Estado colombiano por los daños ocasionados por actos terroristas y la responsabilidad frente a la muerte de civiles en el conflicto armado interno.
- ✓ Analizar los aspectos importantes de la sentencia C- 578 de 2002 que hace una revisión de la Ley 742 del 5 de junio de **2002** "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal.
- ✓ Delimitar las políticas de Estado referentes al daño colateral.

#### **1.4 TIPO DE INVESTIGACIÓN**

De carácter exploratoria por cuanto se pretende recoger e identificar antecedentes generales, respecto del problema planteado. De carácter descriptivo, toda vez que, con este tipo de investigación se logra caracterizar un objeto de estudio o una situación concreta, señalar sus particularidades y propiedades. Igualmente se describen las características de una población, situación o área de interés en este caso la figura del daño colateral en el conflicto armado a la luz de la actual Constitución Política De Colombia. Y de carácter documental en la medida en que la investigación se apoyo en fuentes de carácter documental, basadas en la consulta de libros, artículos, ensayos de revistas y periódicos, y en documentos que se encuentran en archivos como cartas oficios, circulares, expedientes, etcétera.

Para ello se hace indispensable describir y definir el problema, formular una hipótesis y elaborar un marco teórico, hacer trabajo documental y terminar en una propuesta de solución.

## **ENFOQUE**

Para desarrollar las tareas propuestas se aplicaron métodos de investigación científica de carácter teórico y práctico, los métodos histórico- lógico en aras de investigar el desarrollo histórico y problemas actuales de la corrupción en Colombia. El análisis documental y el análisis de fuentes para fundamentar los antecedentes del tema. El hermenéutico en la búsqueda de significados y comparación de diferentes textos y posturas sobre el tema. Así mismo métodos empíricos como la observación de lo que sucede en la actualidad colombiana al respecto.

## **2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE RIGEN LA FIGURA DEL DAÑO COLATERAL EN EL CONFLICTO ARMADO**

Siendo el tema del daño colateral relativamente nuevo en el quehacer jurídico del país son pocos los tratadistas que se encuentran al respecto. Es un término que inicialmente se utilizó por las fuerza militares pero debido al estado actual de conflicto en nuestro país se amplió mucho su significado.

Uno de los pocos tratadistas es el doctor Jesús Orlando Gómez López que en su texto Tratado de Derecho Penal hace referencia a la posición de garante que tiene el Estado Colombiano frente a sus asociados y está obligado a aplicar el derecho internacional humanitario en lo referente a conflictos armados que involucren los derechos humanos, donde se reconocen plenos efectos a los convenios internacionales ratificados por Colombia.

En su texto hace alusión a las medidas de precaución y principios de conducción de las operaciones militares, donde se habla de la restricción en caso de ataques, en forma tal que limiten los daños que se pueden ocasionar a la población civil.

En cuanto a la responsabilidad por daño colateral en operaciones militares habla de la modalidad de “justificado”, que es causado incidentalmente en un ataque o defensa y que no resulta excesivo y el daño colateral con calidad de grave, permanente y manifiestamente desproporcionado lo considera originado de una operación militar intencional, que para el caso sería considerado como crimen de guerra y en este caso el Estado tiene la total obligación de resarcir a las víctimas.

En las pesquisas locales del tema se concluye que no hay autores que dediquen su trabajo a analizar esta figura del daño colateral frente a su legalidad en el Estatuto de Roma, en la universidad Libre no existen referentes de monografías ni tesis que lo hayan tratado.

## 2.1 DEFINICIÓN DAÑO COLATERAL

El respeto de las personas civiles y de los bienes de carácter civil, así como su protección contra los efectos de las hostilidades, es uno de los principales propósitos del Derecho Internacional Humanitario, la norma básica consagrada en el artículo 48 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, establece que las partes en un conflicto deben hacer distinción entre las personas y los bienes de carácter civil, por un lado, y los combatientes y los objetivos militares, por otro, y que deben dirigir sus operaciones solamente contra los objetivos militares.

De esta manera el Derecho Internacional Humanitario<sup>10</sup> propone obligaciones concretas, como la prohibición de los ataques directos contra las personas y los bienes y la prohibición de los actos o amenazas de violencia cuyo principal propósito sea sembrar el terror entre la población civil, por ende los ataques indiscriminados están prohibidos.

Sin embargo, sigue aceptándose en el plano jurídico que las personas y los bienes civiles pueden resultar incidentalmente afectados por un ataque dirigido contra un objetivo militar legítimo, lo que comúnmente se llama “daños colaterales” (o incidentales).

Daño colateral es un término utilizado por diversas fuerzas armadas para referirse al daño no intencional o accidental producto de una operación militar. El término comenzó siendo utilizado por el ejército de los Estados Unidos durante la Guerra de Vietnam y se populariza durante la guerra del Golfo Pérsico a principios de los años noventa. Puede referirse a fuego amigo o destrucción de civiles y sus propiedades; es necesario tener en cuenta que el adjetivo collateral en inglés califica al sustantivo que acompaña como algo secundario o adicional, con lo cual

---

<sup>10</sup> ARELLANO ORTIZ. Fernando. La Corte Penal Internacional. Bogotá 2008. En: [www.cronicon.net](http://www.cronicon.net). Consultado en noviembre de 2013.

se muestra el equívoco significativo de la expresión: collateral damage asigna ese lugar secundario no solo a los daños materiales que eventualmente provoca sino a las vidas con las que termina.

El término ha extendido su utilización en las fuerzas militares en general, significando "daño no intencional o daño accidental que afecta construcciones, equipos o personal, y que ocurre como resultado de acciones militares dirigidas contra blancos enemigos. Este tipo de daño puede afectar a fuerzas amigas, neutrales o aún enemigas."<sup>11</sup> La expresión daño colateral fue introducida hace poco tiempo en el argot militar para referirse a los efectos no intencionales ni planeados de los operativos militares.

De otro lado es necesario precisar que en el cumplimiento de la misión constitucional que cumplen los miembros de la fuerza pública, se pueden presentar daños colaterales o incidentales no previstos en el planeamiento y conducción de las hostilidades. Las infracciones al derecho internacional humanitario por tratarse del Derecho de la Guerra deben ser conocidas y juzgadas por la jurisdicción penal militar, por tratarse de delitos cometidos por sus propios miembros al igual que los contenidos en el Título II del Código Penal Colombiano.

## **2.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DAÑO COLATERAL**

### **2.2.1 Derecho constitucional a la vida, la integridad personal y los bienes**

*“El hombre puede morir sin angustia si sabe que lo que ama está protegido de la miseria y el olvido. Después de una vida plena puede aceptar para sí mismo el morir —en un momento elegido por él mismo—. Pero ni siquiera el advenimiento último de la libertad puede redimir a aquellos que mueren en el dolor. Es el recuerdo de ello y la culpa acumulada de la humanidad*

---

<sup>11</sup> Daño Colateral. En: [http://es.wikipedia.org/wiki/Da%C3%B1o\\_colateral](http://es.wikipedia.org/wiki/Da%C3%B1o_colateral). Consultado el 12 de octubre de 2013.



*contra sus víctimas, el que oscurece la posibilidad de una civilización sin represión”. Herbert Marcuse, “Eros y Civilización”.<sup>12</sup>*

Los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal son los que representan gran valor, entre ellos está la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad, la salud entre otros.

El derecho a la vida consagrado en la Constitución política<sup>13</sup> es el principal derecho que pretende proteger el ordenamiento jurídico dado que la razón de ser del derecho es el hombre mismo. No obstante el derecho más violado junto con el derecho a la integridad personal, al aceptar que las víctimas civiles producto del conflicto armado se consideran en su mayoría “daños colaterales” poniendo de manifiesto una clara contradicción planteada entre un marco legal que de manera formal promueve los derechos humanos y la cruda realidad de un país que en medio de un conflicto político, económico, social y armado asiste a uno de los peores escenarios de violencia y de violación no sólo del derecho a la vida, sino en general de todos los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, un país en el que la compleja situación de injusticia económica, política y social plantea un atentado en contra de la vida y la dignidad humanas.

En Colombia, la pena de muerte se encuentra abolida dentro de su marco legal, pero a causa del conflicto armado mueren diariamente personas ajenas al conflicto, sus muertes quedan impunes o no se indemnizan con la excusa de llamado daño colateral, clara contradicción entre la teoría y la práctica respecto a los temas de derecho a la vida y los derechos humanos en gran parte favorecida por deficiencias o vacíos presentados en la legislación vigente, por la falta de

---

<sup>12</sup> Herbert Marcuse. Eros y Civilización. Colección Ariel y filosofía. Alemania 1985. Quinta edición. Pág. 38.

<sup>13</sup> COLOMBIA. C.P. TITULO II DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES CAPITULO 1 DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

instrumentos de control que aseguren el cumplimiento de la ley y por la negligencia y escaso compromiso del Estado en esta materia

Es así como son frecuentes las violaciones al derecho a la vida, por las partes involucradas dentro del conflicto político social y armado que actualmente vive el país como lo son los movimientos subversivos, paramilitares e, incluso, los propios agentes de seguridad del Estado; dentro del análisis del ordenamiento internacional Colombia, como Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), es uno de los países que, tanto a nivel regional como universal, hace parte de una amplia serie de tratados internacionales sobre defensa, respeto y promoción de los derechos humanos entre los que cabe mencionar los siguientes: 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos 2. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, suscrita en noviembre de 1969. 3. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990. 4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Art. 6. 5. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Destinado a Abolir la Pena de Muerte de 1989. 6. Convención para la Prevención del Crimen y la Sanción del Delito De Genocidio de 1948. 7. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1948. 8. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. 9. Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa Cuando Éstos Tengan Trascendencia Internacional de 1971. 10. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994. 11. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Art. 6 Núm. 1 y Art. 31 Núm. 1. 12. Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

(1965) 13. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) 14. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967), Art. 31 15 entre otros muchos.<sup>14</sup>

La Constitución Política expresa desde su mismo Preámbulo, que el fin principal del Estado el “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo,...”. También cabe resaltar que en su Título Primero, la Constitución incluye varios textos que implícitamente hacen alusión al derecho a la vida. Particularmente dentro de sus principios Fundamentales el artículo 1 afirma que “Colombia es un Estado social de derecho... fundada en el respeto de la dignidad humana” y, más adelante, al hablar de los fines esenciales del Estado incluye en su Artículo 2 el “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” y prosigue –pero esta vez de modo explícito- que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.<sup>15</sup>

Posteriormente, el Título Segundo dedica sus cinco capítulos al tema de los derechos humanos y las garantías y deberes que de ellos se desprenden. De esta forma el Capítulo 1 o de “Los Derechos Fundamentales” respecto al derecho a la vida abiertamente dice en el artículo 11<sup>16</sup>. De modo directo frente al derecho a la vida de los niños asegura en su artículo 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada,... Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos

---

<sup>14</sup> MOLINA PARRA, Rigoberto El derecho a la vida en Colombia resumen analítico estructurado (R.A.E) el derecho a la vida en Colombia departamento de caldas ciudad de Manizales. Agosto 28 de 2009 Marco Legal Tratados Internacionales Ratificados Por Colombia.

<sup>15</sup> COLOMBIA. C.P. Bogotá. Editorial Temis. 2013. Artículo 1º y 2º. Pág. 3.

<sup>16</sup> COLOMBIA. C.P. Bogotá. Editorial Temis. 2013. Artículo 11: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”

riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Más adelante, la Constitución hace alusión a otros derechos que se encuentran ligados estrechamente con el derecho a la vida, particularmente con la calidad de vida entre los que conviene destacar artículo 48 y 49 donde respectivamente se dice garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la Seguridad Social” y “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; así mismo, el artículo 53 define como principios mínimos fundamentales de la legislación laboral los siguientes: “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo;... primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social...”.<sup>17</sup>

Finalmente, el Capítulo 4 del Título II de la Constitución al hablar de la Protección y aplicación de los derechos afirma en el artículo 93 el carácter de primacía de la legislación internacional en materia de derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico interno y recuerda que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La Ley 599 de Julio 24 de 2000 o Código Penal en su Artículo Primero afirma que el derecho penal en Colombia “tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana” y prosigue en el Artículo Segundo donde asegura que hacen parte integral del mismo “las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la constitución política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia”; Los artículos 101 y siguientes tipifica los delitos contra la vida.

---

<sup>17</sup> COLOMBIA. C.P. Bogotá. Editorial Temis. 2013

Si bien es cierto pareciera existir un consenso a nivel ético, filosófico, político y jurídico casi mundial y generalizado en torno al carácter sagrado e inviolable del derecho a la vida, la realidad muestra que existen diferencias marcadas entre lo que cada persona, grupo u organización entiende por concepto, las implicaciones, los límites y los alcances de este derecho, al igual que sobre su aplicación frente a problemas prácticos de índole moral, ética y jurídica como en el caso de temas controvertidos como el aborto, la eutanasia, la limpieza social.<sup>18</sup>

Entonces si el derecho a la vida no puede ser vulnerado por parte de terceros, en ningún caso y por ninguna razón plausible: ninguna consideración de utilidad o bien común, ningún fin supuestamente superior podría autorizar a alguien a desconocer o sacrificar el derecho a la vida de una persona cualquiera escudándose en el llamado daño colateral. Entonces como el país da credibilidad a la teoría del daño colateral?

Con la figura del daño colateral frente al derecho a la vida el estado desconoce los derechos de las víctimas, y permite, bien por acción o por omisión, que se quebrante la Ley 599 de 2000 o Código Penal con la comisión de “delitos contra la vida y la integridad personal que a simple vista se hacen ver como consecuencias del conflicto armado.”<sup>19</sup>

### **2.2.2 Derecho a la libertad y la seguridad.**

---

<sup>18</sup> PAPACHINI Angelo. Derecho a la Vida. 3ª Edición. Cali: Editorial Universidad del Valle y Colciencias. 2001. Páginas 42 y 43.

<sup>19</sup> Ibid; Página 42

La libertad en el ordenamiento jurídico colombiano se trata de manera simultánea de un valor, un principio y a su vez es reconocida como un derecho fundamental plasmado en el texto constitucional.<sup>20</sup>

En primer lugar, el Preámbulo de la Constitución señala la libertad como un valor superior del ordenamiento jurídico, Igualmente el artículo 2º de la Constitución indica que las autoridades están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.

El carácter de la libertad en el ordenamiento constitucional colombiano se sintetiza en la sentencia C-176 de 2007 en los siguientes términos: “la libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento “primario” del ser humano para vivir en sociedad. Por esta razón, el constituyente no sólo otorgó a la libertad el triple carácter: valor (preámbulo), principio que irradia la acción del Estado (artículo 2º) y derecho (artículo 28), sino que diseñó un conjunto de piezas fundamentales de protección a la libertad física de las personas que aunque se derivan de ella se convierten en garantías autónomas e indispensables para su protección en casos de restricción. Dentro de estos se encuentran los derechos a ser informado sobre los motivos de la detención, a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y a ser detenido en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente (artículos 28 y 29 de la Constitución).”<sup>21</sup>

En cuanto a la seguridad ciudadana como tal, su concepto no aparece en la Constitución de 1991. Pero se entiende que el Estado colombiano tiene la

---

<sup>20</sup> La Constitución reconoce numerosos derechos de libertad, especialmente en el Capítulo I del Título II, tales como el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la libertad de conciencia (art. 18), la libertad de cultos (art. 19), la libertad de expresión y de información (art. 20). ...

<sup>21</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL C-176 de 2007 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá D. C., catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007).

obligación de garantizar la seguridad ciudadana, máxime en épocas de conflicto armado.<sup>22</sup>

Como el Derecho Internacional Humanitario fue inventado principalmente para regular la guerra entre países, uno de los conceptos clave es el de la ventaja militar vs. el daño colateral. Es un argumento que, se ha esgrimido con frecuencia para justificar bombardeos a las zonas guerrilleras donde se contabilizan muertos civiles. Sin embargo en contraposición a esta figura al interior del país se tiene el deber máximo de proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes

### **2.2.3 Seguridad y libertad del civil no combatiente**

El término “civil” se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva. La noción de “población civil” comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas. La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de “civil”, no altera el carácter civil de dicha población.

“La presencia de quienes están activamente involucrados en el conflicto no debe impedir la caracterización de una población como civil”<sup>23</sup>. Las personas civiles

---

<sup>22</sup>Toda persona afectada por el conflicto armado tiene derecho a sus garantías fundamentales, sin discriminación alguna: se respetará su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas, su seguridad; ningún agente civil o militar atentará contra su vida, su salud y su integridad física o mental ni contra su dignidad. En caso de diligencias penales, tendrá derecho a un proceso equitativo. Estas garantías se aplican igualmente en caso de conflicto armado no internacional

gozarán de la protección especial salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”

Concretamente, cuando civiles asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. No es el caso de la población civil colombiana que es ignorada en un combate y se convierte en un “daño colateral”.

La protección establecida por el principio de distinción cubre no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por<sup>24</sup> (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. El Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra dispone que Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. El que estas personas estén protegidas durante los conflictos armados refleja un principio de derecho internacional consuetudinario.

---

<sup>23</sup> TRIBUNAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso del Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros, sentencia del 14 de enero de 2000

<sup>24</sup> PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Protección a "personas fuera de combate". En: SENTENCIA C-291/07 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.



En este orden de ideas se puede concluir que queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: (a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse. Sin embargo, en el conflicto armado interno colombiano son muchas las personas que hacen parte de la población civil y que son atacadas sin derecho a que sus familiares o víctimas exijan indemnización o reparación toda vez que el estado colombiano las cataloga como “daños colaterales”.

El Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, cuya naturaleza consuetudinaria fue reconocida protege no solamente a las personas que no toman parte activa en las hostilidades sino también a los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y a las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, captura o cualquier otra causa.

Se prohíbe dirigir ataques contra la población civil.<sup>25</sup> Además, la prohibición de ataques dirigidos contra la población civil como tal o contra individuos civiles constituye, según el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja, una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable a todo tipo de conflictos armados. En términos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “de conformidad con los principios de distinción y protección de la población civil, solamente se puede atacar lícitamente los objetivos militares”.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> PROTOCOLOS DE GINEBRA. Protocolo Adicional II Relativo a la protección de víctimas en conflicto armado. El artículo 13-2 del establece: “No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles.1977

<sup>26</sup> MAZEAUD, Henri – León – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

La prohibición de dirigir ataques contra la población civil también ha sido categorizada a nivel internacional como una norma fundamental, básica o imperativa de Derecho Internacional, adjetivos que para la Corte Constitucional confirman su naturaleza autónoma de norma de ius cogens , ha sido clasificada expresamente por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia como una norma imperativa de derecho internacional<sup>27</sup>

En términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Además del artículo 3 común, los principios del derecho consuetudinario aplicables a todos los conflictos armados exigen que las partes contendientes se abstengan de atacar directamente a la población civil y a civiles en forma individual, y que al fijar sus objetivos distingan entre los civiles y los combatientes y otros objetivos militares legítimos”, cuya violación no se justifica en ningún caso, y contra la cual no es válido invocar motivos de necesidad militar, además de afirmar que la comisión de ataques contra la población civil o contra individuos civiles transgrede en forma grave un principio cardinal del Derecho Internacional Humanitario.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, lo ha afirmado como uno de los principios humanitarios básicos aplicables a todos los conflictos armados en distintas resoluciones, en el sentido de “que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal” que “las poblaciones civiles como tales no deberán ser objeto de operaciones militares”.

La prohibición de los ataques contra los civiles se deriva de un principio fundamental de derecho internacional humanitario, el principio de distinción, que obliga a las partes en conflicto a distinguir en todo momento entre la población civil

---

<sup>27</sup> La norma según la cual la población civil como tal, así como los individuos civiles, no serán objeto de ataques, es 146 El artículo 13-2 fue adoptado por consenso durante el proceso de negociación y aprobación del texto del Protocolo. Hay una disposición igual en el artículo 51(2) del Protocolo Adicional I, aplicable a los conflictos armados internacionales.

y los combatientes, y entre los objetos civiles y los objetivos militares, y en consecuencia dirigir sus operaciones únicamente contra objetivos militares.”

De acuerdo con los fundamentos anteriores se infiere que atacar a los civiles o bienes civiles es un delito, aun si se está justificado por necesidad militar, toda vez que se viola el derecho fundamental y principalísimo a la vida que prima sobre los demás derechos como ya se expuso. Por lo tanto, es indispensable eliminar el concepto y uso de daño colateral en nuestra legislación y hacer comparecer ante la justicia a quienes provocan la muerte de civiles en combate toda vez que los actores de este tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles.

La protección de los civiles en tiempos de conflicto armado, sea internacional o interno, es el basamento del derecho humanitario moderno. En efecto, hoy en día es un principio universalmente reconocido, recientemente reafirmado por la Corte Internacional de Justicia, que los ataques deliberados sobre los civiles o sobre bienes civiles están absolutamente prohibidos por el derecho internacional humanitario.

El acto de convertir a la población civil o a civiles individuales en el objetivo de un ataque resultante en la muerte o en lesiones a civiles, transgrede un principio cardinal de derecho internacional humanitario. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha reafirmado la prohibición de atacar a la población civil en distintas resoluciones sobre la protección de los civiles durante los conflictos armados tanto internos como internacionales, condenando en términos estrictos sus violaciones.

Para efectos de determinar si los ataques han sido dirigidos efectivamente contra una población civil, la jurisprudencia internacional ha tenido en cuenta factores tales como: los medios y métodos utilizados en el curso del ataque, el número y el

status de las víctimas, la naturaleza de los crímenes cometidos durante el ataque, la resistencia a los atacantes durante el avance, y la medida en la cual la fuerza atacante cumplió o intentó cumplir con el principio de precaución del Derecho Internacional Humanitario. No es necesario que el ataque sea dirigido contra la totalidad de la población civil de la entidad geográfica en la que ocurren los hechos; pero sí debe probarse que el ataque no se dirigió contra un número limitado de individuos. “No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa población sean civiles – es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate”.

El daño colateral o “bajas incidentales” durante el conflicto debe generar responsabilidad penal estatal por las violaciones serias del Artículo 3 Común<sup>28</sup>, tal y como las complementan otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de conflictos armados internos, y por violar población civil pueden

---

<sup>28</sup> En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto

constituir crímenes de guerra bajo el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos.

### **2.3 EL DAÑO COLATERAL COMO FIGURA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

El Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. Es parte del derecho internacional, que regula las relaciones entre los Estados. Gran parte está contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en el que son parte casi todos los Estados.

En el derecho internacional se habla de proporcionalidad de los ataques: “Ningún ataque podrá ser realizado cuando sea de prever que causará muertos o heridos de la población civil, o daños de bienes civiles, o ambos, manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.” Y en cuanto a ausencia de responsabilidad de las Fuerzas Militares, dice que “Cuando en desarrollo de una acción, operación militar u orden de servicio policial dirigida contra un blanco legítimo u objetivo militar ocurran daños colaterales o incidentales a bienes o personas civiles, y la planeación de la misma haya cumplido con el deber de verificación y los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, la orden de lanzar ese ataque no dará lugar a responsabilidad penal.”<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> BAUMAN Zygmunt Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global. Traducción de Lilia Mosconi FONDO DE CULTURA ECÓNOMICA. Madrid 2011. Páginas: 232

### **2.3.1 La limitación de los ataques lícitos a los objetivos “militares” principios para la protección de los civiles.**

Deducidos de los convenios o costumbre internacional, aplicables en los conflictos armados, representan el mínimo de humanidad aplicable en todas las circunstancias y sirven para interpretar el Derecho Internacional Humanitario

En cuanto los principios del derecho que tienen categoría de *ius cogens* La Corte afirma que son los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario por tener un carácter perentorio e imperativo, son: (i) el principio de distinción, (ii) el principio de precaución, y (iii) el principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate.

Las normas de *ius cogens*, o normas imperativas de derecho internacional, son reglas que por su naturaleza fundamental, tienen una especial jerarquía dentro del conjunto de las normas de derecho internacional. las normas de *ius cogens*<sup>30</sup> son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones; en consecuencia, solamente podrían llegar a ser modificadas por normas subsiguientes de derecho internacional consuetudinario con el mismo rango perentorio.

Para ser reconocidas como normas de *ius cogens* requieren un proceso denominado de "doble reconocimiento"-. Estos requisitos exigen el consenso de la

---

<sup>30</sup> CONVENCIÓN DE VIENA de 23 DE MAYO de 1969 SOBRE EL Derecho De los tratados. Artículo 53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

mayoría casi unánime de los Estados, ejemplo de ello es el caso de la prohibición del genocidio, y la prohibición de la esclavitud.

En cuanto a la naturaleza de *ius cogens* de una determinada norma de derecho internacional, está provista por el hecho de que esa norma consagre garantías de derechos humanos que no son derogables durante los estados de emergencia. Conexo a ellas se encuentran las "obligaciones *erga omnes*". Que son aquellas debidas por un Estado a la totalidad de la comunidad internacional, cuya violación es una ofensa contra el Estado directamente afectado, y contra todos los demás Estados que la componen.

El principio de **distinción** se da entre quienes participan directa o activamente en las hostilidades y quienes en ellas no tienen esa participación. Aplicar tal principio resulta necesario para determinar las obligaciones y los derechos que corresponden a unos y a otros en aras de proteger a la población civil de los efectos de la guerra<sup>31</sup>.

El artículo 13 del Protocolo Adicional II lo consagra así " 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares". La Corte Internacional de Justicia aclara que el principio de distinción busca "la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares".

---

<sup>31</sup> "las poblaciones civiles tienen una necesidad especial de mayor protección en épocas de conflictos armados" y "todos los Estados y las partes en los conflictos armados tienen el deber de proteger a los civiles en los conflictos armados de conformidad con el derecho internacional humanitario". Asamblea General de las Naciones Unidas

El principio de **precaución**<sup>32</sup> hace referencia a que los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares, debiendo determinarse previamente (verificarse) la condición de tales objetivos y adoptarse las precauciones exigibles para que el ataque no afecte a las personas y bienes civiles. Se adoptarán todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de combate para evitar o reducir al mínimo las bajas o daños incidentales.

**El principio de trato humanitario y de respeto por las garantías fundamentales de la persona.** De acuerdo con el principio de trato humanitario, las personas civiles y las personas fuera de combate deberán ser tratadas con humanidad. De este principio, que protege el bien jurídico de la dignidad humana en situaciones de conflicto armado<sup>33</sup>.

Estos principios tienen estrecha relación con las personas protegidas recordando que dentro del conflicto armado es obligatorio diferenciar entre combatiente y no combatiente, y entre objetivo militar, bienes protegidos y bienes de la población civil, apoyando en su intervención a la obligatoriedad de proteger a la población que no participa directamente en las hostilidades, por tanto, debe brindársele protección contra ataques que no está obligado a soportar, de donde surge el deber estatal de adoptar medidas especiales que garanticen el respeto de su dignidad humana y que minimicen las consecuencias nocivas del conflicto armado, conforme a las disposiciones del derecho internacional humanitario. Queda la duda entonces **¿que hacer con el llamado daño colateral?**

En el mismo sentido se debe aclarar que el combatiente es, en oposición a los no combatientes, toda persona que participa directamente en las hostilidades, es

---

<sup>32</sup> "Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente.

<sup>33</sup> "(...) que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".



decir, quienes como parte de una organización armada intervienen de la actividad militar, combaten y atacan al adversario, ya sean fuerzas armadas estatales o grupos armados organizados al margen de la ley.

Para más claridad en el tema trataremos cada principio de manera detenida.

### **2.3.1.1 El principio de distinción**

El principio de distinción es de vital importancia dentro de la reglamentación internacional para la conducción de hostilidades, en merito a este están prohibidas las acciones militares indiscriminadas, las partes en conflicto tienen la obligación de distinguir entre objetivos militares legítimos y personas civiles, toda vez que los ataques deliberados contra civiles son crímenes de guerra. Todas las partes deben tomar las medidas posibles para separar los objetivos militares de las áreas pobladas. “Si bien se acepta que puede haber víctimas civiles en situaciones de ataque contra objetivos militares, se exige que todas las partes tomen las medidas a su alcance para evitar causar heridos y muertos en la población civil, en la mayor medida posible”.<sup>34</sup>

En Sentencia C-291/07 la Corte constitucional, a propósito de las normas de derecho internacional habla del alcance de este principio “(...) cobija no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de "no combatientes", a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3

---

<sup>34</sup> El DIH en la conducción de hostilidades. En: [www.cidh.org/terrorism/span/b.htm](http://www.cidh.org/terrorism/span/b.htm). Consultado el 29 de septiembre de 2013.

Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates. Al igual que en el caso de los "civiles", cuando las personas fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto.<sup>35</sup>

### **2.3.1.2. El principio de precaución**

Este principio se deriva directamente del principio de distinción, de origen consuetudinario y su definición más apropiada para el caso es: "Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente."<sup>36</sup> la aplicación práctica del principio de distinción exige que quienes planean o lanzan un ataque tomen todas las precauciones posibles para verificar que los objetivos atacados no son civiles ni objetos civiles, para así proteger a estos, al mayor grado posible.

Se ha resaltado la naturaleza consuetudinaria del principio de precaución, así como su relación con el principio de protección de la población civil: "Para amparar a los civiles de los efectos de las hostilidades, otros principios del derecho consuetudinario exigen que la parte atacante tome precauciones para evitar o

---

<sup>35</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-291/07 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., 25 de abril de 2007.

<sup>36</sup> Sistematización del CICR, Norma 15. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia

minimizar la pérdida de vidas civiles o daños a la propiedad de civiles, incidentales o colaterales a los ataques contra objetivos militares<sup>37</sup>.

El principio de precaución es una norma consuetudinaria de derecho internacional humanitario, y por su carácter fundamental goza adicionalmente del rango de norma de ius cogens, en este caso directamente ligada a la naturaleza de ius cogens del principio de distinción, del cual el principio de precaución constituye una derivación inmediata, orientada a preservar idénticos valores esenciales.

Las principales expresiones de este principio son<sup>38</sup> (i) la obligación de las partes en conflicto de hacer todo lo posible para verificar que los objetivos que van a atacar son objetivos militares, (ii) la obligación de las partes en conflicto de tomar todas las precauciones posibles al elegir los medios y métodos bélicos que van a usar, para así evitar o minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente entre la población civil y proteger a los civiles de los efectos de los ataques, (iii) la obligación de las partes en conflicto de dar aviso en la medida en que las circunstancias lo permitan, con la debida anticipación y por medios efectivos, de cualquier ataque que pudiera afectar a la población civil, (iv) el deber de optar, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares que representen una ventaja similar, por aquél cuyo ataque represente menos peligro para las personas y bienes civiles, (v) la obligación de las partes en un conflicto de retirar a la población civil, al máximo grado posible, de la vecindad de los objetivos militares, y (vi) el deber de evitar ubicar objetivos militares en o cerca de áreas densamente pobladas.

### **2.3.1.3 El principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate.**

---

<sup>37</sup> GALINSOGA JORD, Albert. El Derecho internacional Humanitario y su aplicación al caso Couso. Universidad de Santiago de Compostela. España. 2012. Página 594.

<sup>38</sup> MAZEAUD, Henri – León – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

Las garantías fundamentales se aplican a todos los civiles en poder de una parte en conflicto que no participan o han dejado de participar activamente en las hostilidades, así como a todas las personas fuera de combate. Dado que las garantías fundamentales son normas primordiales que se aplican a todas las personas, en el estudio no se subdividieron en normas específicas según diferentes categorías de personas.

Todas estas garantías fundamentales tienen una base sólida en el Derecho Internacional Humanitario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. En el estudio, la mayor parte de las normas relativas a las garantías fundamentales están redactadas en el lenguaje del derecho humanitario tradicional, porque éste expresa mejor la sustancia de la norma consuetudinaria correspondiente

De acuerdo con el principio de trato humanitario, las personas civiles y las personas fuera de combate deberán ser tratadas con humanidad. De este principio, que protege el bien jurídico de la dignidad humana en situaciones de conflicto armado, se deriva una serie de garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias que son inherentes a la persona y deben ser respetadas en todo caso, así como la prohibición de generar males superfluos o sufrimientos innecesarios. El principio humanitario no sólo es el fundamento último del Derecho Internacional Humanitario como un todo, sino que en sí mismo es una norma de carácter convencional y consuetudinario; además de estar plasmado en los principales tratados que regulan el conflicto armado no internacional, forma parte indudable de la costumbre internacional, según lo han confirmado varios tribunales que incluyen la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> GALINSOGA JORD, Albert. El Derecho internacional Humanitario y su aplicación al caso Couso. Universidad de Santiago de Compostela. España. 2012. Página 594.

El principio de trato humanitario tiene el rango de norma de *ius cogens*, y varias de las garantías fundamentales derivadas del principio humanitario también tienen la naturaleza de normas de *ius cogens*. En efecto, el principio de trato humanitario es la esencia misma del Derecho Internacional Humanitario. El principio humanitario ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia, incluso de manera tangencial, desde sus primeros pronunciamientos.

“Las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad”, aplicable a conflictos armados tanto internos como internacionales.

La Corte Internacional hizo referencia a las “consideraciones elementales de humanidad” como una fuente autónoma de obligaciones internacionales. La trascendencia de los valores humanitarios sobre los que se erige la totalidad del derecho internacional humanitario fue resaltada posteriormente por la Corte Internacional de Justicia en 1996, al señalar que “es, indudablemente, por el hecho de que una gran cantidad de reglas de derecho humanitario aplicables en conflicto armado son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y las ‘consideraciones elementales de humanidad’.<sup>40</sup>

El principio humanitario provee el fundamento del derecho internacional humanitario como una unidad. La garantía general de trato humano provee el principio guía general subyacente a las convenciones de Ginebra, en el sentido de que su objeto mismo es la tarea humanitaria de proteger al individuo en tanto persona, salvaguardando los derechos que de allí se derivan.

La codificación del principio humanitario, con sus dos componentes básicos la formulación del principio general y la enunciación de las garantías fundamentales

---

<sup>40</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. Sentencia del 9 de abril de 1949 en el caso del Estrecho de Corfú. En Revista Internacional de la Cruz Roja, por Vincent Chetail. Junio 30 de 2003.

y salvaguardas humanitarias que le son inherentes- encuentra sus antecedentes en la cláusula Martens, posteriormente en la formulación del Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949, y finalmente se cristaliza en los Protocolos Adicionales de 1977. Dado que cada una de estas disposiciones forma parte, actualmente, del derecho internacional convencional y consuetudinario que vincula a Colombia, es relevante para el presente proceso detenerse sumariamente en su explicación.

### **2.3.2 La Cláusula Martens.**

La primera formulación escrita del principio humanitario se realizó en la llamada “Cláusula Martens”. Denominada así por el delegado de Rusia a la Conferencia de Paz de La Haya de 1899, la “Cláusula Martens” se incluyó por primera vez en la Convención de la Haya II sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, y su texto era el siguiente: “Hasta que se haya adoptado un código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes consideran apropiado declarar que en los casos no incluidos en las Regulaciones por ellas adoptadas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad, y de las exigencias de la conciencia pública.” La Corte Internacional de Justicia ha constatado el carácter consuetudinario de la Cláusula Martens. Se ha afirmado que una versión moderna aparece en el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Aleksovsky, sentencia del 25 de junio en donde se enuncia que la cláusula estudiada, forma parte del derecho de los conflictos armados desde que apareciera, por primera vez, en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre

La cláusula se basa en —y debe su nombre a— una declaración leída por el profesor von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899. Martens añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Gran parte de las fuerzas militares pensaba que debían ser consideradas como francotiradores y que eran punibles con la ejecución, mientras que los Estados más pequeños sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos. Aunque, en un principio, la Cláusula fue redactada para resolver este problema, aparecen, luego, distintas versiones —si bien similares— en tratados posteriores por los que se regulan los conflictos armados

La cláusula de Martens es importante porque, por la referencia que hace al derecho consuetudinario, señala la importancia de las normas consuetudinarias para la regulación de los conflictos armados. Además, menciona “los principios de humanidad” y “los dictados de la conciencia pública”. Es importante comprender el significado de esas expresiones. La expresión “principios de humanidad” es sinónima de “leyes de la humanidad”; en la primera versión de la cláusula de Martens (Preámbulo, II Convenio de La Haya de 1899) se dice “leyes de la humanidad”; para la última versión (Protocolo adicional I) se emplea “principios de humanidad”. Los principios de humanidad se interpretan en el sentido de que prohíben los medios y métodos de hacer la guerra que no sean necesarios para obtener una ventaja militar definitiva. Jean Pictet<sup>42</sup> interpreta el concepto de humanidad en el sentido de que “... la humanidad exige que se prefiera la captura

---

las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

<sup>42</sup> KWAKWA, E. *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Kluwer Academic, Dordrecht, 1992, p. 36 .En: La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados Revista Internacional de la Cruz Roja, por Rupert Ticehurst. 31 de marzo de 2007.

a la herida, la herida a la muerte, que, en la medida de lo posible, no se ataque a los no combatientes, que se hiera de la manera menos grave —a fin de que el herido pueda ser operado y después curado— y de la manera menos dolorosa, y que la cautividad resulte tan soportable como sea posible.

La vigencia actual de la Cláusula Martens ha sido confirmada por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el cual la ha elevado a criterio de interpretación en casos de duda en la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Todos los Estados están obligados por las reglas del Protocolo Adicional I que, al ser adoptadas, eran meras expresiones del derecho consuetudinario preexistente, tales como la Cláusula Martens, reafirmada en el primer artículo del Protocolo Adicional I.

El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (hors de combat). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora”.<sup>43</sup>

## **2.4 EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y EL DAÑO COLATERAL COMO UNA CONSECUENCIA**

### **2.4.1 Concepto de conflicto armado**

---

<sup>43</sup> PROTOCOLO DE GINEBRA. Artículo 3. Común los cuatro Convenios de Ginebra. Agosto 12 de 1949.



Para seguir con nuestro análisis es necesario intentar una **definición de conflicto armado**, teniendo en cuenta que no toda forma de violencia interna puede ser definida jurídicamente como un conflicto armado interno. Según el art. 1, II del protocolo adicional II de Ginebra, situaciones de tensión y disturbios internos no son conflictos armados internos y por ello, estos casos no son considerados por el DIH sino por el derecho penal interno de cada Estado y por los tratados sobre derechos humanos.<sup>44</sup> Se puede decir que actos de violencia individual, hechos criminales, protestas violentas o utilización de la fuerza espontánea que no constituyan una acción típica militar, no pueden ser subsumidos bajo el término “conflicto armado”.

El conflicto armado interno, en sentido jurídico, se encuentra definido en el artículo 3 común y en el protocolo adicional II de las Convenciones de Ginebra. Así mismo, existe una definición en el marco del derecho penal internacional. La Comisión de Expertos estableció una definición de conflicto no internacional o interno en 1962, basándose en lo dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra que dice así: “el conflicto armado interno comprendería las acciones armadas en el interior de un Estado que dan lugar a hostilidades dirigidas contra un gobierno legal, que presentan un carácter colectivo y un mínimo de organización.”<sup>45</sup>

El Artículo 3º Común es la única disposición de los Convenios de Ginebra aplicable a los conflictos armados no internacionales, esto lo convierte en la norma más importante del Derecho de los conflictos armados que regula situaciones internas, su contenido se traduce en la consagración de un “mínimo humanitario”

---

<sup>44</sup> “(...) El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

<sup>45</sup> CRUZ ROJA ESPAÑOLA 2008. Conflictos armados internos o no internacionales. En: [http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,12647152&\\_dad=portal30&\\_schema=PORTAL30](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647152&_dad=portal30&_schema=PORTAL30). Consultado el 22 de noviembre de 2013.

que deben observar las Partes en cualquier tipo de conflicto armado. Este se aplica en todos los casos de conflicto armado no internacional que se registren en el territorio de una de las Partes de los Convenios de Ginebra.

Según el artículo 1 I del protocolo adicional II, conflictos armados son aquellos que “se desarrollan (1) entre las fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que (2) bajo la dirección de un mando responsable, (3) ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y (4) aplicar el presente protocolo”.

El concepto de conflicto armado interno también aparece en el artículo 8 lit. c) del Estatuto de Roma<sup>46</sup> instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional que Colombia firmó el 10 de diciembre de 1998 y ratificó el 5 de agosto de 2002.

En el mismo sentido el caso contra Dusko Tadic<sup>47</sup> el Tribunal Penal Internacional para Ex-Yugoslavia (TPIY) ha definido el conflicto armado interno de la siguiente manera: “...entendemos que existe un conflicto armado (interno) cuando se da [...]

---

<sup>46</sup> 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, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;  
ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;  
iii) La toma de rehenes;  
(...) (iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

<sup>47</sup> Autoridad serbobosnia a quien se le formularon cargos por crímenes contra la humanidad (12), graves violaciones a los convenios de Ginebra (12), y a las prácticas convencionales de la guerra (10), por sus acciones in la región de Prijedor, incluido Omarsaka, Trnopolje y los campos de detención de Keraterm durante la guerra de Yugoslavia Dusko Tadic fue condenado a 20 años de prisión tras no mostrar ninguna señal de arrepentimiento por sus actos y "no haber cooperado de ninguna manera relevante con el Fiscal del Tribunal

prolongada violencia armada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en territorio de un Estado”.

Ahora bien A la luz del DIH, la situación existente en Colombia presenta todos los elementos constituyentes de un conflicto armado no internacional. Este se desarrolla desde principios de la década de los 60 por el enfrentamiento de grupos ilegales contra el estado. Es conocido este conflicto por sus manifestaciones de violencia y por las graves consecuencias que ha provocado en el desarrollo social y cultural de su población.

Las violaciones generalizadas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario siguen siendo una constante en Colombia después de 40 años de conflicto armado interno. Todos los actores del conflicto, sin excepción –guerrillas, grupos paramilitares y fuerzas armadas– son responsables de cometer masacres, asesinatos y secuestros y otras violaciones graves de derechos humanos que hoy son consideradas crímenes de guerra o crímenes contra la paz y la humanidad.

En Colombia y a causa del conflicto armado se presenta una falta de respeto al principio de distinción entre combatientes y civiles, la estigmatización, las presiones para colaborar generando represalias directas contra los civiles, la ocupación de bienes civiles privados o públicos y la contaminación por armas son otros factores agravantes que afectan la vida de las comunidades.

El conflicto armado en Colombia también afecta a la población civil residente en términos de acceso a servicios básicos tales como: la atención médica, la educación, el agua y saneamiento, sobre todo en áreas remotas. El acceso a estos servicios es aún más complicado por las consecuencias de la crisis económica y la baja inversión estatal.

## 2.4.2 Daño colateral en Colombia

Colombia país que se semeja a Macondo no solo cuenta con Cien Años de Soledad, sino que lleva a cuentas más de 60 años de conflicto armado. Las nuevas generaciones se han cimentado desde los referentes ofrecidos por un país con una terrible crisis de legitimidad, credibilidad y seguridad. Los colombianos conocen de los horrores de la guerra y sus consecuencias, es una herencia innegable que los más jóvenes tendrán que cargar con la obligación de reparar. Sin embargo, solo hasta la Presidencia de Juan Manuel Santos, y con la aprobación de la Ley de Víctimas y restitución de tierras se ha reconocido expresamente, en su artículo 3º, la existencia de un conflicto armado interno.<sup>48</sup> Por ende se hace necesario acatar normas internacionales relacionadas con el DIH, entre ellas Convenios de Ginebra y los Convenios de La Haya destinadas a limitar los efectos de los conflictos armados, cuyo objetivo es la protección de las personas y sus bienes, en situaciones de conflicto armado interno o internacional, mediante la regulación y limitación del uso de la fuerza.

Se debe inicialmente recordar que en un conflicto se interrelacionan diversos factores que tienden a nutrir su reproducción; las ideologías justificadoras de la violencia, las exclusiones políticas, económicas y sociales, la reproducción y el tráfico de drogas, el comercio ilícito y la proliferación de armas, el peso de otros intereses económicos y el empleo de la guerra como modus vivendi. // Por regla general, las principales víctimas de los conflictos armados son la población civil, en ese orden, surge la obligación de actuar conforme lo dictamina el Derecho Internacional Humanitario.

---

<sup>48</sup> LEY 1448 DE 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Artículo 3º Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno...

El Estado tiene obligaciones al respecto que deben ser consonantes con la aplicación del DIH, que buscan garantizar que los derechos vulnerados en este marco, sean efectivamente reconocidos y reparados, en consideración al especial estado de indefensión de las víctimas; así como el perjuicio urgente, inminente y, en muchas ocasiones, irremediable.

Colombia gana terreno al reconocer que realmente existe conflicto armado pues de lo contrario sería poner en peligro la existencia del Derecho Internacional Humanitario y el principio de distinción entre combatientes y civiles. "Desconocer la existencia de tal conflicto podría dar lugar a que los integrantes de los grupos ilegales se creyeran, equivocadamente, liberados de cualquier deber jurídico con respecto a la observancia de los principios internacionales de distinción, limitación y proporcionalidad y ajenos a cualquier exigencia internacional sobre el cumplimiento de los mismos"<sup>49</sup> Se advierte sin embargo que los actos de terrorismo y acciones deliberadas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población generadas , tanto dentro de un conflicto armado como fuera de él, constituyen crímenes atroces y son reprochables en toda circunstancia, independientemente de que sus autores sean o no partícipes directos en las hostilidades.

La sentencia C 297 de 2007 es quizá la más importante en cuanto al tema de definición de conflicto armado, el ámbito de aplicación temporal, geográfico y material del D.I.H., y la obligatoriedad de su aplicación por todas las partes enfrentadas en el conflicto armado, es necesario inicialmente hacer un recuento de la sentencia que refiere una demanda de inconstitucionalidad contra varias normas del código penal que tipificaban delitos contra personas y bienes especialmente protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (DIH). De ellas

---

<sup>49</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comunicado de prensa Sobre la importancia del principio humanitario de distinción en el conflicto armado interno. 30 de junio de 2003.

se acusaba que la expresión “combatientes” del artículo 135 del Código Penal. La demanda solicita la inconstitucionalidad de este término argumentando que su incorporación en el mencionado artículo desconocía los artículos 93 y 94 de la Carta Política, en la medida en que las normas de DIH que integran el bloque de constitucionalidad no utilizan la figura de los “combatientes” en el ámbito de los conflictos armados no internacionales era contraria a las reglas del DIH y para determinar si el Legislador había excedido su margen de configuración, al respecto la Corte consideró que: “el término “combatientes” en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término “combatientes” hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término “combatientes” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el “status de combatiente”, que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión en particular el status conexo o secundario de “prisionero de guerra”.

“Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término “combatientes” en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término “combatientes” en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como “status de prisionero de guerra”, no son aplicables a los conflictos armados internos”.

Se aclara que los miembros de los grupos armados al margen de la ley que participan en el mismo, tienen la condición de objetivos militares hasta que no concluyan su participación en las hostilidades, no le es aplicable el estatuto de prisioneros de guerra y en el momento en que dejen de participar en la confrontación armada les corresponderá la protección que el DIH otorga a los no combatientes la Corte apeló a la función integradora en los siguientes términos:

“En este caso se habrá de acudir al Derecho Internacional Humanitario en su función integradora como parte del bloque de constitucionalidad, puesto que si bien la Constitución Política incorpora principios cardinales como el de dignidad humana (art. 1º) y el de primacía de los derechos fundamentales (art. 5º) -que a su vez nutren los pilares centrales del Derecho Internacional Humanitario-, no contiene disposiciones específicas que incorporen literalmente las normas de este ordenamiento internacional al texto constitucional, limitándose a ordenar su respeto durante los estados de excepción (art. 214) y a remitir directamente, mediante los artículos 93, 94 y 44 Superiores, a las normas internacionales que lo componen”.

La Sala Declaró EXEQUIBLE, la expresión "*combatientes*" contenida en el numeral 6 del artículo 135 de la Ley 599 de 2000. Igualmente constató que varias expresiones del código penal reducían el ámbito de protección consagrado en el DIH (en particular las normas consuetudinarias que definen el delito de toma de rehenes), por lo que declaró su inexecutable.

Finalmente, en la Sentencia C-291 de 2007, la Corte reiteró la necesidad de compatibilizar la legislación interna con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

A raíz de acciones militares indiscriminadas, arbitrarias y sistemáticas, integrantes del Ejército del Estado Colombiano en medio de enfrentamientos armado en zona

poblada utilizan de escudo a civiles, afectan bienes civiles y bienes culturales, un ejemplo claro de ello es el conflicto presentado al suroccidente de Colombia, Departamento del Cauca, en el municipio de Toribío se han presentado entre otros los siguientes hechos:

“Domingo 8 de Mayo de 2011 Vereda Átala, Cerca de las 2:00 de la tarde inicia un enfrentamiento armado en zona poblada entre integrantes de la Brigada Móvil No. 14 e integrantes del sexto frente de las FARC-EP..

En medio de la confrontación armada, un grupo de pobladores les solicitaron a los militares que se retiraran del caserío porque la comunidad estaba en peligro y algunos niños lloraban asustados al escuchar el ametrallamiento por parte del ejército que está acantonado en toda la zona. Petición que no fue escuchada.

Debido a la intensidad de los enfrentamientos armados, y a la utilización de los hogares de los pobladores como trincheras de ataque y defensa, cerca de 60 personas se desplazaron forzosamente y se concentraron en un lugar de la vereda.

Martes 10 de mayo de 2011 Vereda Átala, Cerca de las 1:00 de la tarde se reinician los enfrentamientos armados en zona poblada entre integrantes de la Brigada Móvil No. 14 e integrantes del sexto frente de las FARC-EP.

En medio del ataque armado en centro poblado el ciudadano BERNARDO LEMUS, quien se encontraba en la finca de su propiedad fue impactado por esquirlas de artefacto explosivo en una de sus extremidades inferiores.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> URIBE GARCIA, Saul. Indemnización de Perjuicios a Víctimas de violaciones de Derechos Humanos. Publicado en Responsabilidad Civil del Estado No. 5. Julio de 1998. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado



Así mismo, se causaron daños a causa de impactos de artefactos explosivos y proyectiles de arma de fuego en los bienes de propiedad de los señores: Hirne Muñoz (impacto una granada de MGL), Floralba Medina identificada con CC. No. 34.600.840 (impacto de proyectil en el techo), Marlen Jhojana Prado identificada con CC. No. 106.752.5104 (Techo Averiado), Jhon Wilson Hernández identificado con CC. No. 10.491.336 (Pared averiada), LUZ Estela Medina Pacue identificada con CC. No. 34.601.356 (Techo Impactado), Iván Marino Prado identificado con CC. No. 1067.523.779 (Techo impactado), entre otros. A pesar de las solicitudes de la comunidad no fue recogida por los integrantes del ejército, ni se brindó algún tipo de protección a los civiles indefensos.”<sup>51</sup>

Relatos como el anterior dejan elementos para pensar que si el Estado se defiende frente a estos desmanes fundamentándose en que se trata de daño colateral, entonces es viable y legal esta figura en el derecho penal colombiano? Es opinión de los autores que estas victimas no pueden ser minimizadas a simples daños colaterales.

## **2.5 ESTATUTO DE ROMA Y SU CONSTITUCIONALIDAD**

En el sistema jurídico colombiano los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos o que forman parte del Derecho Internacional Humanitario, prevalecen en la legislación nacional por remisión expresa de los artículos 93 incisos 1 y 3, y 214 constitucionales. La integración de estas fuentes se ha hecho por medio de la noción de Bloque de Constitucionalidad, que armoniza el principio de soberanía constitucional con el de primacía del derecho internacional.

---

<sup>51</sup> Red de Derechos Humanos del Suroriente Colombiano. Violaciones de derechos humanos por parte del ejército a la población civil en medio del conflicto armado en Toribío lunes 16 de mayo de 2011. En <http://prensarural.org/spip/spip.php?article5862>. Consultado el 12 de octubre de 2013.

La Corte Constitucional ha estimado que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que sin estar formalmente en el texto de la Constitución (es decir, que no se encuentran plasmados directamente en su articulado), comparten... su misma fuerza normativa, puesto que la propia carta así lo ordena<sup>52</sup>.

Este fenómeno ocurre porque en un sistema jurídico, las normas materialmente constitucionales – esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales – esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional.<sup>53</sup> Por esta razón, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos o que forman parte del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho Internacional Penal tienen fuerza constitucional, en virtud del artículo 4 de la Carta Política<sup>54</sup>.

De conformidad con el principio del Bloque de Constitucionalidad, se consideran las siguientes normas y parámetros:

- a. **Normas de rango o jerarquía constitucional:** Los tratados internacionales sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional penal, en virtud de los artículos 93 incisos 1 y 3, y 214 constitucionales.
- b. **Parámetros de constitucionalidad de las leyes:** En los casos de algunas leyes estatutarias y de leyes orgánicas en lo pertinente, con respecto al resto de normas de inferior jerarquía del sistema jurídico, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 151, 152 y 153 de la Const. Pol.

---

<sup>52</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 406 de 1996, C – 010 de 2000, T – 568 de 1999, T – 1303 de 2001, T – 1319 de 2000. UPRIMNY, M.P. Rodrigo Yepes. En: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a Políticas Públicas en Materia de Desmovilización t Reinserción. Bogotá: Tomo I, 2006, p. 45.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 50.

<sup>54</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Op. cit.*, p. 44.

c. **Normas de relevancia constitucional para decidir casos concretos:** A los cuales no se les reconoce vinculatoriedad directa, como algunas de las declaraciones de los órganos del sistema de Naciones Unidas.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>55</sup> se encuentra una distinción entre los conceptos de “bloque de constitucionalidad en sentido estricto” y “bloque de constitucionalidad en sentido lato”.

d. **Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto:** hace referencia a la naturaleza de las normas que integran dicho bloque y que estaría compuesto por:

1. El preámbulo.
2. El articulado constitucional.
3. Los tratados de límites ratificados por Colombia.
4. Los tratados de derecho humanitario.
5. Los tratados de derechos humanos que reconocen derechos intangibles (no limitables durante los estados de excepción).
6. Los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Constitución.
7. Como criterio de interpretación, la doctrina elaborada por los órganos de control de los tratados sobre esas normas en particular, los convenios y recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

e. **Bloque de constitucionalidad en sentido lato:** Hace referencia a la función de las normas que integran dicho bloque (parámetros de interpretación y de constitucionalidad de las leyes) compuesto por:

1. Leyes estatutarias (por ejemplo: ley estatutaria de estados de excepción).

---

<sup>55</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 406 de 1996, C – 010 de 2000, T – 568 de 1999, T – 1303 de 2001, T – 1319 de 2000. UPRIMNY, Op. cit., p. 68.

2. Leyes orgánicas en lo pertinente.

f. **Estándares Internacionales en Materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario**<sup>56</sup>: Se entiende por estándares internacionales en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario todas aquellas normas y decisiones jurídicas que son fuente del Derecho Internacional Público, en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: a) Convenciones o tratados internacionales que imponen obligaciones a los Estados en materia de derechos humanos y DIH, b) Costumbre Internacional, c) Principios Generales de Derecho Internacional y d) Decisiones Judiciales y Doctrina internacional.

Con la actual evolución del Derecho Internacional hay una serie de fuentes a las que se les reconoce una cierta fuerza jurídica, tales como: a) las recomendaciones internacionales y, b) las resoluciones y declaraciones de la ONU sobre derechos humanos. Si bien algunas de estas fuentes no son obligatorias para los Estados, descartarlas puede constituir la violación de preceptos superiores consagrados en los tratados.

Para que Colombia adoptara el Estatuto de Roma en su calidad de instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional se hizo necesario tramitar una reforma de la Constitución, adoptada por Acto Legislativo 2 de 2001, antes de someter el Tratado a la consideración del Congreso y de la Corte Constitucional y que enmendó el artículo 93 Superior, en los siguientes términos: “El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

---

<sup>56</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Op. cit., p. 47.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él<sup>57</sup>

El Tratado fue aprobado por el Congreso mediante Ley 742 del 5 de junio de 2002, y declarado exequible por la Corte Constitucional según Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002 (Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

El 5 de agosto de 2002, el Presidente Andrés Pastrana ratificó el Tratado de Roma, pero dejó consignada la salvedad prevista en el artículo 124 del propio Tratado: "No obstante lo dispuesto en el párrafo I del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo I del artículo 123".

El Tratado entró en vigor para Colombia desde el 1 de noviembre de 2002, excepto para los crímenes aludidos en la norma transitoria del artículo 124 del mismo. Esos crímenes son únicamente los de guerra, entre los cuales podemos mencionar, a la luz del artículo 8 del Estatuto los que sean cometidos como parte de un plan o política en el marco de la guerra, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes; Infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12

---

<sup>57</sup> CONSTITUCION POLÍTICA COLOMBIA. Artículo 93. Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 el Acto Legislativo No. 2 de 2001. Editorial Temis 2012

de agosto de 1949, u otras violaciones graves de leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales y en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, los actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de la fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa.

Ahora bien, el propósito perseguido con la aprobación de la reforma constitucional consistió en solventar ciertas dificultades que se presentaban debido al hecho de que, por un parte, el Estatuto de Roma presenta algunas regulaciones que no son conformes con determinados artículos constitucionales entre ellos la cadena perpetua. Una vez aprobada la reforma constitucional, el Estatuto de Roma, y su correspondiente ley aprobatoria, fueron sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Corte<sup>58</sup>.

## **2.6 OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

En la sentencia C 291 de 2007, Para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados. Según el constituyente el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas.

---

<sup>58</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 578 de 2002 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, DC., treinta (30) de julio de dos mil dos (2002).

En cuanto al ámbito de aplicación geográfico, temporal y material del DIH se explica de la siguiente manera: el ámbito geográfico el DIH se aplica tanto a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates u hostilidades armados, como a la totalidad del territorio controlado por el Estado y los grupos armados enfrentados, así como a otros lugares en donde, si bien no ha habido materialmente una confrontación armada, se han dado hechos que se relacionan de cerca con el conflicto armado. "sería suficiente (...) que los crímenes alegados estuviesen relacionados de cerca con las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes del conflicto".

El ámbito de aplicación temporal Se aplica desde el momento en el que comienzan las hostilidades hasta el momento en que terminan. "Tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados no internacionales, el DIH regula la conducción de las hostilidades durante el 'conflicto armado.'"

Sin embargo, es necesario aclarar, que este sistema de protección, busca ante todo la protección integral de las personas y los bienes civiles, antes, durante y después de las hostilidades, desde la iniciación de tales conflictos armados, y se extiende más allá de la cesación de hostilidades

Se hace relación a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en un territorio entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

A la luz de la sentencia analizada El DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole temporal espacial y material; tales condiciones hacen que "el ámbito temporal y geográfico tanto de los conflictos armados

internos como de los internacionales se extienda más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades".

En términos materiales, para la aplicación del DIH es necesario que el hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto. . En este sentido debe existir un nexo causal directo entre el acto específico y el daño causado o probable a una operación militar a la capacidad militar de una de las partes o a las personas o bienes protegidos por el DIH. Así, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; "solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión".

El derecho internacional humanitario es de obligatoria aplicación para todas las partes enfrentadas en un conflicto armado interno. "las disposiciones obligatorias del artículo 3 común obligan y se aplican expresamente por igual a ambas partes de los conflictos internos, vale decir el gobierno y las fuerzas disidentes. Además, la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte." Los Estados, entre ellos el Estado colombiano, tienen la obligación primordial de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario. A nivel internacional, esta obligación se deriva de fuentes convencionales y consuetudinarias, y forma parte del deber general de los Estados de respetar el Derecho Internacional y honrar sus obligaciones internacionales. A nivel constitucional, esta obligación encuentra su fuente en diversos artículos de la Carta Política.

A nivel internacional, la obligación estatal de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se encuentra consagrada en el Artículo 1º común de las



Convenciones de Ginebra de 1949, y ha adquirido el rango de norma de derecho consuetudinario.

Según la sentencia en mención y en cuanto a la composición del DIH sobra aclarar que hace parte del bloque de constitucionalidad e incluye normas de origen tanto convencional como consuetudinarias que son vinculantes para Colombia, reconociendo así el valor vinculante de la costumbre internacional las reglas de derecho internacional humanitario que son indudablemente consuetudinarias.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Estado colombiano le competen tres obligaciones fundamentales: 1) el deber de respetar los derechos establecidos en los tratados, 2) el deber de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos reconocidos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y 3) adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.

Las dos primeras obligaciones se encuentran consagradas en el artículo 2 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

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

De acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La tercera obligación establece un deber para los Estados de adoptar, con arreglo a los tratados internacionales y a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, así como un recurso efectivo para la reclamación de las víctimas (art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Igualmente deberán derogar las disposiciones incompatibles con los tratados y se abstendrán de dictar tales medidas cuando conduzca a violar tales derechos y libertades.

El reconocimiento de dichos deberes tiene como consecuencia la introducción de unos límites al ejercicio de la función pública que se derivan de los atributos inherentes a la dignidad humana y que son en consecuencia superiores al poder del Estado. Por esta razón, será ilícito todo ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos en los tratados y convenciones sobre derechos humanos .

De conformidad con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia a la segunda obligación de los Estados, se deriva para

éste las obligaciones de: prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención.

- Deber de Prevenir las violaciones de los derechos humanos, ello comprende:

... Todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales... Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado...<sup>59</sup>.

- Deber de Investigar: Ha sido definido en los siguientes términos: El Estado ésta, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

“La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no

---

<sup>59</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención. En: anuario Interamericano de Derechos Humanos. 1995.

produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa” .

- Deber de Sancionar: Este deber ha sido reconocido por la Corte Interamericana así: “la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables,... es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación a los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad.”

Esta obligación abarca a todos los autores sean materiales o intelectuales de hechos violatorios de los derechos humanos, y puede implicar la modificación de la legislación interna, incluso las leyes de amnistía.

Igualmente, en el Derecho Internacional Humanitario las obligaciones de establecer sanciones penales adecuadas, investigar y juzgar a quienes cometan u ordenen cometer graves infracciones del derecho internacional humanitario se encuentran establecidas en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 (Convenio I, artículo 49; Convenio II, artículo 50; Convenio III, artículo 129; Convenio IV, artículo 146) y en el primer protocolo adicional a los mismos (Protocolo I, artículo 85).

- Deber de Reparar: Surge como una consecuencia de la declaración de responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63, numeral 1 estableció el deber de reparar de los Estados:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente,

que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

De igual manera en el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 2, inciso 3 “requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados”. “Toda reparación debe ser integral, adecuada, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima y comprenderá medidas individuales (restitución, indemnización y rehabilitación) y colectivas (medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición)”.

### **3 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE VELAR POR LA SEGURIDAD Y LA LIBERTAD DE SUS CIUDADANOS.**

Frente al tema de muertes de civiles en el conflicto armado ya sea porque no se cumplen los principios de distinción y proporcionalidad al lanzar un ataque, se puede hablar de la responsabilidad que tiene el Estado. Esta responsabilidad extracontractual surge en el evento en que entre la víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aun así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. La responsabilidad civil extracontractual "es la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso". Este concepto se refiere a una obligación en cuanto determina la necesidad jurídica de atender las consecuencias del hecho, a responder por tales consecuencias; esa responsabilidad debe ser patrimonial, de lo contrario, estaríamos frente a la responsabilidad penal que trae consecuencias no patrimoniales como la pena privativa de la libertad. Por lo anterior, cuando hay responsabilidad civil originada del delito, se entiende como la obligación de responder pecuniariamente por los daños causados con ocasión del delito.

El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes que en la responsabilidad extracontractual o delictual "no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que haya entrado en juego los principios de la responsabilidad."<sup>60</sup>

Para Martínez Rave, la responsabilidad jurídica "transciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo

---

<sup>60</sup> MAZEAUD, Henri – León – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 7.

tanto tiene repercusiones jurídicas. Esta responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en la sociedad. La finalidad de la responsabilidad es reparar el daño ocasionado a una persona. La responsabilidad se refiere a la "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño ocasionado".<sup>61</sup>

Entrando en materia sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano se debe recordar que dicha responsabilidad nace del principio de "Nominen Ladere" no hacer daño a ninguno, principio que se consolida en el siglo XX. Los antecedentes de este principio en materia de responsabilidad se dan al considerar en épocas pasadas al Estado irresponsable por ser ominado en su actuar, toda vez que quien detentaba el poder no rendía cuentas a nadie, su poder era absolutamente discrecional, con el tiempo esta característica fue variando hasta llegar a la discrecionalidad reglada y su perfecta aplicación so pena de reproche jurisdiccional.

Aparece un nuevo concepto la "expectativa inmaculada", los ciudadanos tienen expectativas frente al Estado y el Estado debe respetar esta expectativa, hoy se concreta con los principios de "confianza legítima" y "derechos adquiridos y consolidados".

En el ordenamiento jurídico colombiano, el tema de la responsabilidad civil extracontractual del Estado ha sido desarrollado, sustancialmente, por la cambiante jurisprudencia del Consejo de Estado, por los códigos y por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia; En el régimen de responsabilidad civil extracontractual de Estado desde 1991 requiere que se verifique solo el daño antijurídico frente a cualquier acontecimiento , contrario a lo que sucedía antes de

---

<sup>61</sup> MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 4ª ed. Medellín : Biblioteca jurídica Diké. 1988, pág. 11.

1991 donde el acontecimiento debía ser solo antijurídico y se verifica en el sujeto que lo realizaba con dolo o culpa grave.

### **3.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR ACTOS TERRORISTAS**

Nuestra carta política no es solo fuente formal del derecho, sino que también expresa cual es el ámbito de aplicación material, se estructura bajo una dogmática que contiene valores, principios, derechos fundamentales y un preámbulo que igualmente encierra un principio fundamental; y una parte orgánica que se refiere a los operadores jurídicos.

Frente a la situación de las víctimas de esta forma cualificada de violencia, una respuesta inspirada en los mas contenidos de justicia material fue dada en la sentencia N°8577 del 23 de septiembre de 1994 de la sección tercera del Consejo de Estado, donde se aplico por primera vez las teoría del daño especial como fundamento de justicia para quienes padecen los rigores del actuar terrorista, y si bien allí se destacaron los componentes esenciales del régimen conocido como “daño especial” la decisión judicial contiene un elemento más trascendente cual es la argumentación jurídico\_política como fundamento sobre la clase de Estado que es Colombia, se expuso: “La definición misma de Colombia como un Estado Social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran , permiten que el sentenciador maneje todo el campo de responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera”<sup>62</sup>. En su motivación, la sentencia apunta al nuevo orden jurídico consagrado en la carta política para dar aplicación a principios ligados a la moderna concepción de justicia tales como la solidaridad, la equidad y el Estado

---

<sup>62</sup> MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 4ª ed. Medellín : Biblioteca jurídica Diké. 1988.



Social de derecho. Se imprimió así por vía jurisprudencial, un criterio de ponderación al fundamento de la responsabilidad.

En cuanto al problema de la imputación de la responsabilidad frente a los atentados terroristas, la sentencia N° 1130 del 22 de octubre de 1997<sup>63</sup>, se ocupa del tema, haciendo algunas consideraciones en torno al concepto de imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del Estado, se parte de allí del tenor literal del artículo 90 de la C.P.. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. La parte final de la disposición transcrita “causados por la acción u omisión...”, hace relación a la causalidad y de ella depende el examen de la imputación o adjudicación del daño a “la autoridades públicas” que en caso de concretarse, o de ser factible de juicio de atributabilidad desencadena el factor o fundamento de la justicia.

Debe existir indiscutiblemente un título de imputación que permita dar respuesta a “quien debe responder”. La imputación significa una reelaboración gnoseológica sobre la causalidad, pero no es la causalidad misma, va mas allá de la entendida como “imputatio factis” que no solo obedece al criterio de vinculación, no necesariamente física, pudiendo también obedecer a criterios normativos y jurídicos, que igualmente apareja la aplicación de la justicia material deducible para el caso, bien a través de los hechos subjetivos u objetivos, lo que cubre la totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería, a la imputatio juris, quedando así conformada a satisfacción la imputación plena.

Por ello cuando se ha venido afirmando: “por lo tanto él (se refiere al vínculo causal) aparecerá deducido en los casos en que, como se ha señalado en la sentencia del 23 de septiembre de 1994 antes citada, se evidencia que “el objetivo

---

<sup>63</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. M.P. CARLOS BETANCOUR JARAMILLO Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011).

directo de la agresión fue un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones, al servicio del mismo, o un personaje de la cúpula administrativa”, se confunde y así se ha venido aceptando una simbiosis del vínculo causal con la imputación misma; si el objeto de la agresión fue el Estado, al menos de manera limitada y emblemática a los tres casos a que se contrae la decisión judicial, o en otros términos de fragmentos de la institucionalidad o la organización Estatal y se sacrifican intereses particulares en la acción dirigida contra el Estado mismo, es éste quien debe responder, pues el territorio político “es también un crimen moral, un crimen contra la humanidad, un ataque a nuestra seguridad, a nuestra concepción de la ley y la seguridad del Estado, también a la propia sociedad civilizada”<sup>64</sup>. Al exigirse que el acto terrorista vaya dirigido contra uno cualquiera de los tres objetivos que señala la jurisprudencia, muchas víctimas son excluidas de la posibilidad del resarcimiento, sin embargo existe un precedente que el mismo Consejo de Estado, ha dejado pasar inadvertido y que proyecta considerablemente el límite impuesto al concepto de la organización estatal como objetivo del ataque en su reducida concepción trídica; en la consolidación que viene haciendo la jurisprudencia sobre el tema resultaría plausible retomar su aplicación, por las consecuencias jurídicas que en este campo se darían damnificando la concepción ontológica del Estado, de manera tan reducida, se dijo “la precisión jurisprudencial a el cual alude toca con el tema discutido, y en torno al mismo, ha sido clara la posición según la cual la obligación de reparar el daño, cuando éste se produzca como consecuencia de un atentado terrorista o en general violento dirigido contra el estado, no importa como esté representado. Así se ha dicho puede ser un centro de comunicaciones al servicio del mismo, un personaje representativo de la cúpula administrativa, y en fin, un objeto claramente identificable como el Estado”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> RAPOPORT David C., La Moral del Terrorismo, Editorial Ariel, 198, pág 12.

<sup>65</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente N° 1118, M.P. JESUS ,ARIA CARRILLO BALLESTEROS.

Si la lucha es contra el Estado y el atentado terrorista deviene del ataque al mismo, debe tenerse en cuenta que este se beneficia de privilegios, que los ciudadanos contribuyen a sus cargas, deberes y obligaciones, al mantenimiento de la organización sociopolítica y de la fuerza pública, contribución que es impuesta equitativamente, de allí que con la misma razón resulta adecuado deducir que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños de quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no era la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo hace parte.

En Francia el principio de la indemnización de los daños causados por hechos de guerra inspiró en la ley del 26 de diciembre de 1914 que adoptó la noción de la solidaridad como principio fundante de la indemnización es, se predica así "... El legislador consagró un sistema de reparación totalmente autónomo, fundado en la noción de solidaridad nacional: la igualdad destrizada en detrimento de algunas personas solamente puede restablecerse porque existe en el corazón de la nación un sentimiento de solidaridad, el cual es un principio único, eterno, en el que reside la grandeza, por el que la nación debe extraer el motivo de su obligación: la deuda de la nación es impuesta a su soberanía por la solidaridad<sup>66</sup>.

Con motivo de las acciones terroristas se dota de prerrogativas especiales a los gobiernos no solo en cuanto a la prevención y represión de las mismas, lo que paradójicamente puede dar origen a la modificación de la construcción teórica que se tenga del Estado, y que hoy día plantea un delicado problema de origen constitucional en razón de la normatividad de los estados de excepción o estatutos antiterroristas que ponen límites a los derechos fundamentales, donde se traza una peligrosa línea fronteriza entre la legalidad y la ilegalidad del Estado. Colombia tiene una amplia experiencia en el uso de dicha normatividad excepcional. Los Estados de excepción están ligados a la razón del Estado.

---

<sup>66</sup> QUINTERO NAVAS, Gustavo. Conflicto armado y Responsabilidad del Estado: Análisis del Derecho Colombiano a la luz del Derecho Francés, Revista N°10 de Derecho Público, Universidad de los Andes, 1999.

Sobre el tema se ha dicho: “en todo caso, cuando hablamos de un estado de excepción constitucionalizado nos referimos más bien a lo que antes se ha llamado “legislación de crisis” porque, en este caso, no se elimina el orden jurídico normalmente en vigor para sustituirlo por el puro derecho de la necesidad, es decir al no derecho, sino que el antiguo orden jurídico se sustituye por otro régimen de legalidad, especialmente elaborado para los momentos de crisis<sup>67</sup> .

Un argumento traído frecuentemente por quienes no participan de la idea de la responsabilidad estatal por estos hechos, en desmedro del ordenamiento jurídico de la concepción del Estado y de la razón y fundamento del mismo que es la persona humana, es el de los costos económicos que según se afirma llevarán a la bancarrota, este es conocido como un criterio economista.

Existe también un precio o costo para reducir el terrorismo (o eliminarlo), y, a través del derecho limitarlo al máximo posible, a efectos de no tener que resarcir a las víctimas de los atentados de esta forma especial de violencia ante el criterio economicista, no debe olvidarse que el contrato social o pacto original tiene consecuencias vinculantes que obliga a los Estados a legitimarse a través de la eficacia o *pactum solutionis* , de lo contrario; “si los costos de tolerar el terrorismo se hacen demasiado elevados, se deberán pagar otros costos con el fin de reducir el riesgo. Este riesgo no podrá reducirse a cero, pero tampoco es posible reducir a cero ninguna de las otras molestias<sup>68</sup> .

No olvidemos que los mecanismos de indemnización son el resultado de las guerras Europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas. Estas fueron el aliciente para el avance en la materia y no la excusa para no reparar los daños ocasionados a la población<sup>69</sup> .

---

<sup>67</sup> LOPEZ GARRIDO, Diego, Terrorismo, Política y derecho. Alianza editorial, 1987. Pág, 159.

<sup>68</sup> RAPOPORT David C.. Ob, Cit. Pág, 168

<sup>69</sup>D. AHUTEVILLE: Indemnity of damages sustained by victims or terrorism. The new system of French laws, en AIDA : N°29, enero-marzo de 1998. Pág, 458 y ss.

Tanto en el derecho francés como en el español, para llegar a la materialización de las leyes indemnizatorias por daños ocasionados a las víctimas de los atentados terroristas se acudió al principio de la solidaridad. En nuestro medio la normatividad que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio, sino además el del “daño especial” que reciben dichas víctimas, pero en el plano de la realidad contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez administrativo en el horizonte de esos los principios (solidaridad y daño especial, encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no le pertenece).

### **3.1.1 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos**

3.1.1.1 El derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones al derecho a interponer recursos y obtener reparaciones

La resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 aprueba una serie de principios y directrices básicos, entre los cuales se encuentran la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos dimanada de:

- a) Los tratados en los que un Estado sea parte;
- b) El derecho internacional consuetudinario;
- c) El derecho interno de cada Estado.

Si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente:

- a) Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno;
- b) Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;
- c) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación;
- d) Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

Dicha obligación comprende el deber de:

- a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante.<sup>70</sup>

En los casos de violaciones manifiestas<sup>71</sup> de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables.

Los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros

---

<sup>70</sup> ORGANIZACIÓN de las NACIONES UNIDAS. Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005

<sup>71</sup> ARELLANO ORTIZ. Fernando. La Corte Penal Internacional. Bogotá 2008. En: [www.cronicon.net](http://www.cronicon.net). Consultado en noviembre de 2013.

Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos, conforme a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y sin perjuicio de disposiciones jurídicas internacionales tales como las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas.

Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especial para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no dé lugar a un nuevo trauma.

### **3.1.1.2 Responsabilidad internacional del estado por adopción de leyes contrarias a la convención americana de derechos humanos**

En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece para los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos en ésta. Esta obligación genera tres deberes para los Estados:



1. Deber de adoptar, con arreglo a los tratados internacionales y a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.
2. Deber de derogar las disposiciones incompatibles con los tratados.
3. Deber de abstenerse de dictar tales medidas cuando conduzcan a violar tales derechos y libertades.

En concepto de la Procuraduría General de la Nación, en su reciente estudio de Seguimiento a Políticas Públicas en Materia de Desmovilización y Reinserción, al respecto de la responsabilidad del Estado en la expedición de la ley 975, ley de justicia y paz, este organismo de control considera que el Estado Colombiano al expedir dicha normatividad, está incumpliendo la obligación primaria de adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida en que no cumplió en su deber de abstenerse de promulgar medidas de orden legislativo y reglamentario que conduzcan a la violación de los mismos. La expedición de ésta ley, como se ha advertido, es manifiestamente incompatible con las obligaciones internacionales contraídas en la CADH y configura un hecho ilícito internacional violatorio de los Derechos Humanos<sup>72</sup>.

En consecuencia la Corte IDH ante la ocurrencia de este hecho ilícito internacional, que viola la obligación primaria (adopción de medidas), puede declarar la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por vía directa (poder legislativo): La Corte concluye que la promulgación de un ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de

---

<sup>72</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Op. cit., p. 151.

que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado<sup>73</sup>.

Esta declaración implicaría para el Estado colombiano la necesidad de cesar el hecho ilícito y de proceder a la derogación de la mencionada ley y de su decreto reglamentario.

Se debe tener en cuenta el principio establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”<sup>74</sup>; igualmente se debe tener en cuenta que la Corte IDH, en el caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, advirtió acerca de algunos de los aspectos problemáticos de la ley de justicia y paz: (... ) La Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar que tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente. El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que éste tipo de hechos vuelvan a repetirse...

Sobre el particular, la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado

---

<sup>73</sup> CORTE IDH, 2002, p. 195 – 2000. En: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a Políticas Públicas en Materia de Desmovilización y Reinserción. Bogotá: Tomo I, 2006, p. 151.

<sup>74</sup> Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor para Colombia el 10 de mayo de 1985 en virtud de la ley 32.

cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de Amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos - ...ejecuciones y desapariciones -. El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que éste tipo de hechos vuelvan a repetirse...<sup>75</sup>.

### **3.1.1.3 Obligaciones del estado en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario**

Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Estado colombiano le competen tres obligaciones fundamentales: 1) el deber de respetar los derechos establecidos en los tratados, 2) el deber de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos reconocidos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y 3) adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.

Las dos primeras obligaciones se encuentran consagradas en el artículo 2 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de

---

<sup>75</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. En: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a Políticas Públicas en Materia de Desmovilización y Reinserción. Bogotá: Tomo I, 2006,

raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos<sup>76</sup>.

La tercera obligación establece un deber para los Estados de adoptar, con arreglo a los tratados internacionales y a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, así como un recurso efectivo para la reclamación de las víctimas (art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Igualmente deberán derogar las disposiciones incompatibles con los tratados y se abstendrán de dictar tales medidas cuando conduzca a violar tales derechos y libertades.

El reconocimiento de dichos deberes tiene como consecuencia la introducción de unos límites al ejercicio de la función pública que se derivan de los atributos inherentes a la dignidad humana y que son en consecuencia superiores al poder

---

<sup>76</sup> CORTE IDH, 1998. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de julio 29 de 1988. En: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a Políticas Públicas en Materia de Desmovilización y Reinserción. Bogotá: Tomo I, 2006, p. 54.

del Estado. Por esta razón, será ilícito todo ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos en los tratados y convenciones sobre derechos humanos<sup>77</sup>.

De conformidad con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia a la segunda obligación de los Estados, se deriva para éste las obligaciones de: *prevenir, investigar, sancionar y reparar* toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención.

- **Deber de Prevenir:** Las violaciones de los derechos humanos, ello comprende: (...) Todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales... Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado...<sup>78</sup>.
- **Deber de Investigar:** Ha sido definido en los siguientes términos: El Estado ésta, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere

---

<sup>77</sup> CORTE IDH. (1988). Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de julio 29 de 1988. Serie C No. Párrafo 165, 169 Y 170; DULITZKY, Ariel E. (2004). "Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos". En: MARTÍN, Claudia/ RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego/GUEVARA, José A. (Comp.) Derecho internacional de los derechos humanos. México: Universidad Iberoamericana, Academy on human rights and humanitarian law of the American university, Washington College of law, Fontamara, p. 84. En: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

<sup>78</sup> Ibíd., p. 55.

que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

“La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”<sup>79</sup>.

- **Deber de Sancionar:** Este deber ha sido reconocido por la Corte Interamericana así: “la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables,... es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación a los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad.”<sup>80</sup>

Esta obligación abarca a todos los autores sean materiales o intelectuales de hechos violatorios de los derechos humanos, y puede implicar la modificación de la legislación interna, incluso las leyes de amnistía.

Igualmente, en el Derecho Internacional Humanitario las obligaciones de establecer sanciones penales adecuadas, investigar y juzgar a quienes cometan u ordenen cometer graves infracciones del derecho internacional humanitario se encuentran establecidas en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 (Convenio I, artículo 49; Convenio II, artículo 50; Convenio III, artículo 129; Convenio IV, artículo 146) y en el primer protocolo adicional a los mismos (Protocolo I, artículo 85).

- **Deber de Reparar:** Surge como una consecuencia de la declaración de responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 58.

humanos establecidos en los tratados internacionales. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63, numeral 1 estableció el deber de reparar de los Estados: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

De igual manera en el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 2, inciso 3 “requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados”. “Toda reparación debe ser integral, adecuada, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido<sup>81</sup>. Deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima y comprenderá medidas individuales (restitución, indemnización y rehabilitación) y colectivas (medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición)”<sup>82</sup>.

### **3. 2 REGIMENES LEGISLATIVOS ESPECIALES DE INDEMNIZACIÓN**

#### **3.2.1 Estado social de derecho, derecho a la paz y derechos de las victimas**

---

<sup>81</sup> BOTERO MARINO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban. Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia, 2005. En: RETTBERG Angélica (comp.), Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Bogotá: Universidad de los Andes, Programa de Investigación sobre Construcción de Paz, Departamento de Ciencia Política – Facultad de Ciencias Sociales, Ediciones Uniandes – Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales (CESO), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, p. 44 y ss. Principios 15, 16, 17 y 18 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, 2005.

<sup>82</sup> Principio 34 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 2006.

El origen de la Constitución de 1991, resultado de un proceso de desmovilización de grupos armados, se definió por la Corte Constitucional, como una “Constitución para la Paz”.

En el preámbulo y en el artículo 1° se definió el Estado colombiano como un “Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La caracterización como Estado Social de Derecho, tiene como consecuencia la realización de tres objetivos principales<sup>83</sup>:

- a. Prestar y garantizar los derechos humanos y las libertades públicas de los ciudadanos, con el fin de buscar la convivencia pacífica.
- b. Delimitar los espacios y las competencias entre las ramas del poder público estatal (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), y demás organismos autónomos, entre ellos los órganos de control, con el fin de mantener el equilibrio y la colaboración armónica entre los mismos (artículo 113 Const. Pol.).
- c. La legalización del ejercicio del poder político, la cual tiene en el “imperio de la ley” su principio fundador. Sobre este particular, el principio del imperio de la ley, viene a superar el infranqueable ejercicio del legislador y prevalencia absoluta de la ley, con un *Nuevo concepto de soberanía e imperio de la ley*; en los regímenes democráticos actuales no solo la ley es acto de la manifestación de la voluntad soberana, antes de ella, está el constituyente primario y secundario o derivados.; por tal motivo antes que la legalidad, esta la constitucionalidad de cualquier acto, incluso de la ley. Por otra parte la Corte Constitucional ha dicho: La concepción clásica del Estado de Derecho no

---

<sup>83</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Op. cit., p. 40.



desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado Social de Derecho. En este sentido el concepto de Estado Social de Derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad, independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia<sup>84</sup>.

De lo dicho, podemos encontrar que, si bien existe un Estado de Derecho inmerso en la concepción del Estado Social de Derecho; es precisamente su apelativo a lo social, la primacía constitucional y el respeto por los derechos humanos y sobre todo por la dignidad humana, lo que permite que la ley no se convierta en un imperativo absoluto, y que, el ejercicio de la actividad legislativa se encuentre limitada por el querer de la soberanía popular, plasmada en el texto constitucional.

En desarrollo de la estructura del Estado Social de Derecho, la Constitución Política, en su artículo 22 estableció que “la paz es un derecho un deber de obligatorio cumplimiento”. La Corte ha caracterizado este derecho en los siguientes términos:... El Constituyente otorgó a la noción jurídica de la paz un triple carácter, pues la consideró un valor de la sociedad, fundamento del Estado y de los derechos humanos (preámbulo); la concibe como un fin esencial que irradia el ordenamiento jurídico y que, como principio, debe dirigir la acción de las autoridades públicas (art. 2). Y, también, la entiende como un derecho constitucional (art. 22), que si bien no es de aplicación inmediata, no es menos

---

<sup>84</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 449 de 1992. M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil tres (2003).

cierto que el mandato debe dirigir la acción de los particulares y las autoridades...<sup>85</sup>.

La búsqueda de la paz y el deber de prevenir la guerra le impone al Estado colombiano la obligación de crear y ejecutar políticas que garanticen el restablecimiento del orden público, la paz y la convivencia. Estas políticas deben tener en cuenta no solo a los actores del conflicto sino también a las víctimas del mismo y sus derechos.

En la sentencias C- 004 de 2003, la Corte Constitucional expresó:... Los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo (CP Preámbulo y art. 2º). Ahora bien, las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario configuran aquellos comportamientos que más intensamente desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados. Por ello, los derechos de las víctimas y perjudicados por esos abusos ameritan la más intensa protección, y el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 048 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil uno (2001).

<sup>86</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 004 de 2003. M.P. Eduardo Montelaegre Lynett. Bogotá D.C, veinte (20) de enero de dos mil tres (2003)

### 3.2.2 Derecho a la reparación integral

Toda violación de un derecho humano genera un derecho de la víctima o de sus derechohabientes ha obtener reparación, el cual implica un deber del Estado de reparar y de hacer cesar las consecuencias de la violación y el derecho de repetir contra el autor.<sup>87</sup> La reparación tiene el propósito de aliviar el sufrimiento de las víctimas y hacer justicia mediante la eliminación o corrección, en lo posible, de las consecuencias de los actos ilícitos y la adopción de medidas preventivas y disuasorias respecto de las violaciones.

La obligación de reparar, regulada en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades, y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno. Por tal motivo la reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH debe ser integral, adecuada, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, es decir, que debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima o sus derechohabientes,<sup>88</sup> incluido el “proyecto de vida”, éste ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos así:...Es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso completo, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo, en forma irreparable o muy difícil reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada

---

<sup>87</sup> CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Artículo 63, numeral 1.

<sup>88</sup> Principio 17 de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones de las normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Integracional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 2002. En: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a Políticas Públicas en Materia de Desmovilización y Reinserción. Bogotá: Tomo I, 2006, p. 86.

por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses<sup>89</sup>.

Con respecto al deber de reparar, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado que se requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Sino se otorga una reparación a dichos individuos, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple. Además de la reparación explícita exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada<sup>90</sup>.

En el sistema jurídico nacional la Corte Constitucional ha definido el derecho a la reparación integral de la siguiente manera:... Independientemente de la jurisdicción encargada de establecer el *quantum* de una indemnización de perjuicios, el operador jurídico deberá propender por que la reparación sea integral, es decir que cubra los daños materiales y morales causados, ya que a las autoridades judiciales les asiste el compromiso de investigar y juzgar los delitos, no sólo con el ánimo de protección de aquellos bienes jurídicamente tutelados de singular importancia para la comunidad, sino también para administrar justicia en forma que mejor proteja los intereses del perjudicado, quien es concretamente, el titular del bien jurídico afectado...<sup>91</sup>. Al igual que el derecho a la verdad, el derecho

---

<sup>89</sup> CORTE IDH (1998). Caso Loayza Tamayo, reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre derechos humanos). Citado en PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Op. cit., p. 86.

<sup>90</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2004. Observación General No 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta. Citado en PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Op. cit., p. 87.

<sup>91</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 163 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá D.C., febrero veintitrés (23) de 2000.

a la reparación posee una dimensión individual y una colectiva. En su dimensión individual la reparación a que tiene derecho la víctima de una violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario asume las siguientes modalidades: 1) restitución, 2) indemnización y 3) rehabilitación. En su dimensión colectiva la reparación puede realizarse por medio 1) medidas de satisfacción de alcance general y 2) garantías de no repetición<sup>92</sup>.

### 3.2.2.1 Dimensión Individual de las Reparaciones.

- **Restitución o Restauración.** También conocida como *restitutio in integrum*, busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación y comprende, entre otras cuestiones, “el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades”<sup>93</sup>.

En los casos de desaparición forzada de personas “la familia de la víctima directa tiene el derecho imprescriptible a ser informada de la suerte y/o el paradero de la persona desaparecida y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique independientemente de que se haya establecido la identidad de los autores o se los haya encausado”<sup>94</sup>.

“En el caso de las víctimas del delito de desplazamiento forzado de personas, se deben tener en cuenta así mismo los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas”<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> [www.procuraduria.gov.co/PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN](http://www.procuraduria.gov.co/PROCURADURÍA_GENERAL_DE_LA_NACIÓN), Op. cit., p. 89.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 89.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, p. 92.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 95.

- **Indemnización.** Los Estados están obligados a indemnizar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y el DIH, en forma apropiada y proporcional a la violación y a las circunstancias de cada caso, y a los perjuicios económicamente evaluables derivados de la vulneración, tales como los siguientes:
  - a. El daño físico o mental.
  - b. La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales.
  - c. Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.
  - d. Los perjuicios morales.
  - e. Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.
  
- **Rehabilitación.** Se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para reestablecer su integridad legal, física y moral después de la violación en su contra. Estas medidas deberían incluir según proceda, la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

### **3.2.2.2 Dimensión Colectiva de las Reparaciones.**

En su dimensión colectiva el derecho a la reparación determina la adopción de medidas dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por violaciones graves a los DD. HH y al DIH.

“A nivel colectivo, las medidas de carácter simbólico, en el concepto de reparación moral, el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los

actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar”<sup>96</sup>. Las reparaciones de dimensión colectiva también deben tener un carácter integral, abarcando no solo las indemnizaciones económicas sino también la reparación del daño moral y del proyecto de vida de las comunidades afectadas con la violación.

- **Medidas de satisfacción de alcance general.** Son medidas de carácter no pecuniario, destinadas a reparar el daño moral causado por la comisión de delitos del derecho internacional. Los estándares internacionales reconocen las siguientes medidas de satisfacción, de acuerdo a los principios señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:
  - a. Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas.
  - b. La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque mas daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones.
  - c. La búsqueda de las personas desaparecidas de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo expícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad.
  - d. Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente

---

<sup>96</sup> Informe final del relator especial SR. LOIS JOINET, acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos). En: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, p. 92.

vinculadas a ella. En este sentido, la Corte IDH ha considerado en reiterada jurisprudencia que la obtención de una sentencia por parte de la víctima como culminación de un proceso que ampare en alguna medida sus pretensiones, es por sí misma una forma de reparación.

- e. Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.
  - f. La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones.
  - g. Conmemoraciones y homenajes a las víctimas.
  - h. La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del DIH, así como en el material didáctico a todos los niveles.
- **Garantías de no Repetición.** Estas medidas están dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de las violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH que vulneren su dignidad. La comunidad internacional reconoce las siguientes garantías de no repetición<sup>97</sup>:
    - a) Adhesión consecuente de las instituciones públicas al imperio de la ley.
    - b) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad.
    - c) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad. Estas medidas deberán limitar exclusivamente la competencia

---

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p. 94.



de los tribunales militares a los delitos específicamente militares cometidos por personal militar.

- d) Con respecto al poder judicial los Estados deben emprender todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento independiente, imparcial y eficaz de los tribunales de conformidad con las normas internacionales relativas a las garantías procesales debidas. El derecho de habeas corpus, sea cual fuere el nombre por el que se conoce, debe considerarse un derecho no derogable.
- e) La protección de los profesionales del Derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos.
- f) Los grupos armados paraestatales o no oficiales serán desmovilizados y desmantelados. Se deberán investigar a fondo y reconstituir su organigrama, identificando a los ejecutores, a fin de poner de manifiesto, llegado el caso, su función en la Administración, en articular en el Ejército y en la Policía, y además determinando las conexiones ocultas que hayan mantenido con sus mandatarios activos o pasivos, en particular los pertenecientes a los servicios de información y de seguridad o, en su caso a grupos de presión. Las informaciones obtenidas por este conducto se harán públicas.

Los Estados deben establecer un plan de reconversión para garantizar la reintegración social de todos los miembros de tales grupos para evitar su tránsito hacia la delincuencia organizada de derecho común. Deben adoptarse medidas para asegurar la cooperación de terceros países que podrían haber contribuido a la creación y el fomento de tales grupos, en particular con apoyo financiero o logístico.

- g) Los niños que hayan sido reclutados o utilizados en las hostilidades serán desmovilizados o separados del servicio. Cuando proceda, los Estados prestarán a esos niños toda la asistencia apropiada para su recuperación física y psicológica y su integración social.
- h) La educación de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del DIH la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las Fuerzas Armadas y de seguridad.
- i) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las Fuerzas Armadas, además del personal de empresas comerciales.
- j) La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales.
- k) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del DIH o las permitan. Durante períodos de transición a la paz los Estados deberán emprender un examen amplio de su legislación y sus reglamentaciones administrativas.
- l) Los funcionarios públicos y los empleados que sean personalmente responsables de violaciones graves de los derechos humanos, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad, policial, de inteligencia y judicial, no deben continuar al servicio de las instituciones del Estado. Su

destitución se realizará de acuerdo con los requisitos del debido proceso y el principio de no discriminación. Las personas acusadas oficialmente de ser responsables de delitos graves, con arreglo al derecho internacional, serán suspendidas de sus deberes oficiales durante las actuaciones penales y disciplinarias.

### **3.2.3 Medidas restrictivas para evitar la impunidad de acuerdo a la normatividad internacional**

Además de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los Estados deben incorporar garantías contra las desviaciones de los sistemas penales, a fin de evitar que sus normas puedan convertirse en un incentivo a la impunidad, obstaculizando así el desarrollo de la justicia. De acuerdo al estudio realizado por la Procuraduría General de la Nación en materia de Políticas Públicas para la Desmovilización y Reinserción, estas medidas son:

- **La Prescripción.** La prescripción de la acción penal no será aplicable a las conductas que sean consideradas como crímenes internacionales (crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, entre otros), no correrá durante el período en que no existan recursos eficaces contra la acción cometida, en ningún caso será aplicable a las acciones civiles o administrativas que busquen la reparación de las víctimas.
- **La Amnistía.** Cuando sea necesario crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la aplicación de Amnistías tendrá los siguientes límites:

Los autores no podrán beneficiarse de la Amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia mediante un recurso efectivo.

No afectaran los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

Como la amnistía puede interpretarse como un reconocimiento de culpa, no podrá interponerse a las personas enjuiciadas o condenas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo, garantizado por los artículos 18 a 20 de la declaración universal de derechos humanos, y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones o plazos.

Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apartado anterior y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los artículos 10 y 11 de la declaración universal de derechos humanos y en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya establecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos y degradantes, especialmente bajo la tortura.

Es necesario hacer énfasis en que no importa cual sea la denominación de la medida, sino el resultado que pueda producir. Esta medida restrictiva cobija a todas las figuras similares que puedan conducir a la impunidad de grandes violaciones a los derechos humanos, o infracciones al derecho internacional humanitario.

- **Derecho de Asilo.** Los Estados no deberán otorgar asilo ni estatuto de refugiado a aquellas personas respecto de las cuales haya motivos fundados para creer que son autoras de delitos graves conforme a derecho internacional.
- **La Extradición.** Los autores de delitos graves conforme al Derecho Internacional no podrán, para evitar su extradición, ampararse en las disposiciones favorables que suelen aplicarse a los delitos políticos ni al principio de no extradición de los nacionales.
- **Non Bis in Idem.** El hecho de que una persona haya sido procesada en relación con un delito grave con arreglo al derecho internacional no impedirá su procesamiento con respecto a la misma conducta si la actuación anterior obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o si esos procedimientos no hubieran sido realizados en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional o lo hubieren sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

La nueva legislación procesal penal (ley 906 de 2004 artículo 192 – 4) creó la posibilidad de reabrir investigaciones o juicios “cuando un organismo internacional de derechos humanos, formalmente aceptado por Colombia, constata un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado Colombiano de Investigar en forma seria e imparcial las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, caso en el cual es posible revisar las decisiones nacionales que produjeron una situación de impunidad”, de acuerdo a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia C- 004 de 2003. Esta misma norma determinó los eventos de procedencia de la acción de revisión contra sentencias ejecutoriadas.

- **La Defensa de Rebeldía.** Con el fin de evitar la impunidad, los Estados pueden limitar la posibilidad de aceptar la defensa de ruptura, solamente para la etapa del juicio, a fin de permitir la realización de las tareas de indagación e investigación, la recepción de testimonios y la búsqueda, captura y detención de los presuntos responsables de violaciones de los derechos humanos y del DIH.
- **Las justificaciones que puedan vincularse a la obediencia debida, la responsabilidad y el carácter oficial.** El cumplimiento ciego (obediencia debida) de ordenes militares violatorias de derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana no puede ser alegado como causal de exclusión de responsabilidad penal, en virtud de una limitación de rango constitucional, derivada de la interpretación de la normatividad internacional que integra el bloque de constitucionalidad (convención contra la tortura de Naciones Unidas, artículo 2, Constitución Política artículo 93, numeral 1). Esa misma limitación se consagró en el numeral 4 del artículo 32 del Código Penal (Ley 599 de 2000), donde se estableció que no se podrá reconocer la obediencia debida como casual de exclusión de la responsabilidad cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada o tortura.

Por otro lado, los Estados deberán investigar a los superiores cuando éstos emitieron la orden que dio lugar a la violación o cuando tenían conocimiento o tenían motivos para saber que un subordinado estaba cometiendo o iba a cometer dicho delito y no hizo nada para impedirlo o castigarlo. El carácter del servidor público que comete la violación no lo exonerará de la responsabilidad ni será causal de reducción de la pena.

- **Efectos de las Leyes Sobre Divulgación o Sobre Arrepentidos.** Los Estados deberán limitar los efectos de las leyes de divulgación de información o de arrepentidos, a fin de que la revelación de las violaciones cometidas por el

autor o por otros para beneficiarse de leyes favorables no los exima de su responsabilidad penal o de otro tipo. Con el fin de contribuir al esclarecimiento de la verdad, la ley podrá conceder una reducción de la sanción penal a imponer.

- **Competencia de los Tribunales Militares.** En respeto al principio de juez natural (artículo 29 de la Constitución), la investigación y el juzgamiento de violaciones de derechos humanos y del DIH cometidas por miembros de la Fuerza Pública deberán llevarse a cabo por la justicia ordinaria.  
Tan sólo aquellas conductas que puedan ser legítimamente consideradas como actos del servicio podrán ser juzgadas por los jueces penales militares.
- **Principio de Inmovilidad de los Jueces.** Con el fin de garantizar el principio de independencia e imparcialidad de los jueces de la república, el Estado deberá respetar el nombramiento de aquellos que se han llevado conforme a las normas del Estado de Derecho. Por el contrario, y respetando el debido proceso, podrá removerlos.

En el derecho contemporáneo existen dos vías posibles para garantizar las indemnizaciones a las víctimas por actos terroristas, la vía jurisdiccional y los regímenes legislativos especiales de indemnizaciones y de asistencia pública, como ocurre entre otros en el derecho Español y en el Francés.

En Colombia fue instaurado un régimen de asistencia pública en el año 1993 a través de un Decreto expedido con base en las facultades extraordinarias propias del Estado de excepción (Decreto 444 de 1993), el cual tenía como finalidad adoptar medidas, para impedir la extensión de efectos perturbadores de orden público y de convivencia ciudadana causados por bombas y artefactos explosivos que afectaban indiscriminadamente a la población: el legislador ordinario recogió la materia establecida por este decreto, en la ley 104 de 1993, mediante la cual

se consagraron instrumentos para al búsqueda de la convivencia , la eficacia de la justicia y se dictaron otras disposiciones. El aspecto materia de nuestro estudio fue determinando en el titulo II “atención de víctimas de atentados terroristas, en el artículo 19 se dice que en desarrollo del principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas, éstas recibirán asistencia humanitaria. El artículo 18 de la ley, delimita el concepto de atentados terrorista, a aquellos cometidos con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afectan en forma indiscriminada a la población, los artículos 46 y 47 señalan que la asistencia prestada a las víctimas no implica reconocimiento por parte del Estado de responsabilidad alguna por los perjuicios causados por el atentado terrorista y en el evento de ser condenado el Estado, del monto total de los perjuicios causados se deducirán las sumas entregadas en razón de esta ayuda.

La Ley 241 titulada como “Instrumentos de búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia”, prorrogó la vigencia de la ley 104 de 1993, la modifica y adiciona. Descartándose que se mantiene el principio de solidaridad social y el daño especial que consagraba el artículo 19 de la ley 104 de 1993 y en general todo el titulo de la misma que se refería a “la atención de víctimas de atentados terroristas”, en el artículo 10 se modifica el artículo 18 de la ley 104 para atender por victimas aquellas personas que sufren perjuicios por razón de atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos, ataques guerrilleros y combates que afecten en forma indiscriminada a la población y masacres realizadas en forma indiscriminada por motivos ideológicos o políticos en el marco del conflicto interno.

En la ley 418 de 1997 se entienden por victimas aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres, etc.



Posteriormente en la ley 782 de 2002 se agregan al concepto de víctimas a los desplazados, y a toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades.

En Colombia este régimen legislativo, más que una indemnización representa una forma de asistencia pública que no permite la reparación completa de los perjuicios sufridos y diluye la idea de responsabilidad de su marco jurídico y el concepto de reparación integral de que trata el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Cabe destacar algunas ideas rectoras que comunican de manera uniforme la totalidad de leyes que se han ocupado de este tema tales como:

1. Es una constante en todas las leyes que han ocupado del asunto de la invocación al principio de la solidaridad y el daño especial sufrido por las víctimas de atentados terroristas.
2. Resulta claro que se trata de una ayuda o asistencia humanitaria y no una indemnización, resarcimiento o reparación integral.
3. El concepto de víctimas de actos terroristas se integra en el criterio de violencia política donde también se incluyen las categorías de combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado, e igualmente se tiene como víctimas de la violencia política a los desplazados y a toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades,
4. Como particularidad se consagra que las víctimas que sufren una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente de acuerdo a la ley 100 de 1993 y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.
5. No existe incompatibilidad entre la responsabilidad del Estado y la asistencia o ayuda humanitaria, por el contrario puede darse una complementación.
6. Se concluye que pese a lo difuso que resulta definir al acto terrorista, aún poniendo en juego el principio de legalidad que señala la descripción cerrada de los tipos de derecho penal, si se tiene que el acto terrorista presenta dos

características esenciales, 1) tiene como objetivo a los no combatientes y a la población civil, 2) la violencia es utilizada para generar pánico en amplios sectores de la población, el miedo colectivo distingue el terrorismo de otras formas delincuenciales “ el terrorismo básicamente es un arma psicológica, cuyo fin último es chantajear a un gobierno enfrentándolo a una opinión pública dispuesta a ceder por el miedo”.

### **3.3 POLÍTICAS DE ESTADO**

Colombia padece la crisis humanitaria más grande de su historia, la mayor del hemisferio occidental y una de las tres más profundas del planeta como resultado del conflicto interno. El país se ha situado en los últimos años entre las cuatro naciones del mundo con mayor número de desplazados internos, con Sudán, Irak y Afganistán, sin contar el número de muertes civiles por causa del conflicto armado que en algunos casos son catalogados como daños colaterales.

La superación de esta crisis tiene, entre sus principales retos, la atención de las víctimas y su reparación integral. Lo anterior implica, además de la atención coyuntural a las emergencias, la necesidad de dar respuestas institucionales para la estabilización socioeconómica de esta población y reparación de los daños a su patrimonio, mediante la restitución de sus bienes o la indemnización por sus pérdidas.

“Todas las normas nacionales e internacionales aprobadas en Colombia en materia de derechos humanos, derechos de las víctimas y reparación integral, han sido el fruto de conquistas del amplio movimiento social, entre las cuales igualmente se debe incluir la misma Ley 1448. Así mismo, es fundamental tener presente que todos estos antecedentes legislativos se impulsaron con ocasión de los múltiples crímenes que se cometían en Colombia, y que día tras día, con el

apoyo impune de sectores de la fuerza pública, de políticos y aún de poderes económicos, no necesariamente ilícitos, dejaban a su paso miles de víctimas, de esas mismas víctimas que hoy se pretenden reparar a través de la Ley 1448.”<sup>98</sup>

Esta Ley es la muestra de el avance del gobierno en materia de salud, educación vivienda, atención psicosocial, protección, ayuda humanitaria, entre otras, pese a que a la fecha no existe aún la logística para cumplirlas con esas medidas. Según el artículo 1° de la Ley 1448, la misma “tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley”. Ya sabemos que dicho artículo no contempla a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos ocasionadas al margen del conflicto armado. Igualmente lo señala el artículo 2° cuando declara que “La presente ley regula lo concerniente a ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación de las víctimas”.

Es un aporte importante en el largo proceso de construcción y consolidación de una legislación y una política pública sensible y garantista de los derechos de las víctimas. Sin olvidar que se requieren nuevas políticas públicas y reformas de instituciones que ayuden a la construcción de condiciones idóneas que faciliten una futura solución negociada del mismo conflicto armado, fruto de la cual se puedan impulsar reformas estructurales en el campo social, político y económico que posibiliten una paz estable y duradera.

### **3.3.1 Estrategias estatales para la ayuda a las víctimas.**

---

<sup>98</sup> CÓRDOBA CAVIEDES Álvaro F. Un año de la ley de víctimas, a la espera de respuestas efectivas Fuente: Semanario Virtual Caja de Herramientas N° 307. Semana del 15 al 21 de junio de 2012. Corporación Viva la Ciudadanía.

Ley de Víctimas es una ley significativa, ya que reconoce que existen víctimas del Estado, y esto significa visibilizar la situación, generando un espacio aunque reducido, para la reparación.

El texto de la Ley 1448 de 2011 ha dispuesto en el artículo 168-12 la creación, fortalecimiento e implementación de los Centros Regionales de Atención y Reparación, cuya finalidad se amplía en el párrafo del mismo,<sup>99</sup> como una estrategia para la ayuda de las víctimas, se propone definir los criterios y suministrar los insumos necesarios para diseñar las medidas de reparación colectiva de acuerdo a los artículos 151 y 152 e implementar las medidas de reparación colectiva adoptadas por el Comité Ejecutivo de Atención y Reparación a las víctimas.

El título segundo de la Ley desarrolla la ayuda humanitaria, así como las medidas de atención y asistencia para las víctimas. Se prevé la entrega de una ayuda humanitaria para que las víctimas puedan sobrellevar las necesidades básicas e inmediatas que surgen tras una victimización.

La Ley define la asistencia como el conjunto integrado de medidas, programas y recursos de orden político, económico, social, fiscal, entre otros, a cargo del Estado, orientado a restablecer la vigencia efectiva de los derechos de las víctimas, brindarles condiciones para llevar una vida digna y garantizar su

---

<sup>99</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48096 de junio 10 de 2011. ARTÍCULO 168. DE LAS FUNCIONES DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS. La Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las víctimas coordinará de manera ordenada, sistemática, coherente, eficiente y armónica las actuaciones de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas en lo que se refiere a la ejecución e implementación de la política pública de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas y asumirá las competencias de coordinación señaladas en las Leyes 397, 418 de 1997, 975 de 2005, 1190 de 2008, y en las demás normas que regulen la coordinación de políticas encaminadas a satisfacer los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas. Además, le corresponde cumplir las siguientes funciones:

incorporación a la vida social, económica y política. Por su parte, define la atención como la acción de dar información, orientación y acompañamiento jurídico y psicosocial a la víctima, con miras a facilitar el acceso y cualificar el ejercicio de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

### **3.3.1.1 Estrategias judiciales**

En cuanto a la asistencia jurídica y de la unidad de justicia y paz de fiscalía se propende por facilitar el registro y de seguimiento al proceso de participación de las víctimas en los procesos de reparación judicial, junto con una orientación y acompañamiento psicojurídico que consiste en realizar una valoración psicosocial y jurídica del caso de la persona para facilitar su participación en el proceso de atención y de reparación.

El título II <sup>100</sup>de la Ley nos ilustra sobre los derechos y garantías judiciales de la víctima, donde se aclara que la víctima y/o su representante deberán ser informados de todos los aspectos jurídicos, asistenciales, terapéuticos u otros relevantes relacionados con su caso, desde el inicio de la actuación y a fin de hacer efectivos sus derechos dentro de la actuación penal o en el marco de los procesos de justicia y paz, las víctimas deberán ser informadas del inicio, desarrollo y terminación del proceso, de las instancias en que pueden participar, de los recursos judiciales a su disposición y de la posibilidad de presentar pruebas, entre otras garantías previstas en las disposiciones legales vigentes. Se comunicará a la víctima sobre el inicio de la investigación formal y de la posibilidad de constituirse en parte dentro de la actuación, de la celebración de las audiencias públicas preparatorias y de juzgamiento y de la posibilidad de participar

---

<sup>100</sup> Ley 1448 de 2011. TÍTULO II.DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DENTRO DE LOS PROCESOS JUDICIALES. Artículo 35 al 46.

en ellas, de la sentencia, recursos y demás actuaciones procesales que afecten sus derechos.

La víctima tendrá derecho, a ser oída dentro de la actuación penal, a pedir pruebas y a suministrar los elementos probatorios que tenga en su poder.

Se creará un protocolo para la investigación de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en el que se contemplen medidas jurídicas y psicosociales y aspectos como el fortalecimiento de las capacidades de los funcionarios para la investigación, el trato, la atención y la asistencia a las víctimas durante todas las etapas del procedimiento, y acciones específicas para la atención de las mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas.

La Defensoría del Pueblo prestará los servicios de orientación, asesoría y representación judicial a las víctimas a que se refiere la presente ley. Para tal efecto, el Defensor del Pueblo efectuará los ajustes o modificaciones que sean necesarios para adecuar su capacidad institucional en el cumplimiento de este mandato. Igualmente prestará los servicios de representación judicial a las víctimas que lo soliciten mediante el Sistema Nacional de Defensoría Pública. Para ello, designará representantes judiciales que se dedicarán exclusivamente a la asistencia judicial de las víctimas a través de un programa especial que cumpla tal cometido, incorporando criterios de asesoría diferenciales y un componente de asistencia para mujeres víctimas.

### **3. 3.1.2 Estrategias administrativas.**

Se presenta un modelo de apoyo interinstitucional cuyos objetivos giran alrededor de brindar una estrategia de atención a las víctimas para satisfacer sus demandas y requerimientos en el ejercicio de sus derechos a la verdad, justicia y reparación

logrando la articulación interinstitucional adecuada para atender a la víctima integralmente. Implementar una estrategia de acompañamiento psicosocial y de atención integral con perspectiva de promoción de derechos que permita cualificar la participación de las víctimas en los procesos de reparación, generar procesos de recuperación sostenibles desde una perspectiva de fortalecimiento de vínculos sociales, comunitarios y familiares. Sensibilizar a los responsables de los procedimientos judiciales y los funcionarios responsables de la atención a las víctimas, de ubicar a las víctimas como el eje central del proceso y asociar el trabajo de atención y orientación a un apoyo psicoterapéutico, social y educativo.

En cuanto a la restitución jurídica y material de las tierras despojadas, la Ley crea la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, entidad Adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como instancia administrativa cuyo objetivo central es "servir de órgano administrativo del Gobierno Nacional para la restitución de tierras de los despojados" a que se refiere la Ley 1448 de 2011 y llevar el Registro Único de Tierras Despojadas. Esto significa que la Unidad será la encargada de diseñar y administrar el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas, en donde además del predio, se inscribirán las personas sujeto de restitución, su relación jurídica con la tierra y su núcleo familiar.

La Ley señala una indemnización por vía administrativa: Tienen derecho a la indemnización por vía administrativa las personas que sufrieron los hechos victimizantes y para hacerla efectiva se establece un procedimiento especial para evitar: (i) que víctimas con derechos se queden por fuera del proceso de indemnización, y (ii) que personas sin derecho sean incluidas en el sistema injustamente. Esta indemnización incluye la figura del Contrato de Transacción, según la cual la víctima podrá aceptar, de forma expresa y voluntaria, que la entrega y recepción de la indemnización administrativa se entienda realizada en el marco de un contrato de transacción en el cual la víctima acepta y manifiesta que

el pago realizado incluye todas las sumas que este debe reconocerle por concepto de su victimización, con el objeto de precaver futuros procesos judiciales o terminar un litigio pendiente. Lo anterior, sin perjuicio del reconocimiento de las demás medidas de reparación consagradas en la presente ley, de los derechos no patrimoniales de las víctimas, y en el entendido de que ello no releva al victimario de su obligación de reparar a la víctima según sea establecido en el marco de un proceso judicial de cualquier naturaleza

### **3.3.1.3 Estrategias sociales**

Se ofrece una orientación y acompañamiento psicosocial que pretende prestar apoyo preventivo y de atención terapéutica, a las víctimas y a los funcionarios, igualmente formar y sensibilizar a los funcionarios que están al frente de la atención a las víctimas, así como multiplicadores comunitarios, para tener acciones de incidencia y práctica institucional, extramurales, con base en un aporte específico de la atención psicosocial y prevención de la salud mental. Igualmente una atención especializada a niños y niñas con acciones de acompañamiento psicosocial, pedagógico y de fortalecimiento de vínculos familiares y comunitarios que permita fortalecer la capacidad de protección de la infancia afectada por el conflicto armado.

Las medidas en materia social, calidad de vida, dignidad están establecidas claramente en el título II de la Ley, se dan especiales herramientas para apoyar a las víctimas con los gastos funerarios, de igual manera, se incluye la asistencia de medidas especiales en materia de educación y salud para las víctimas.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Ley 1448 de 2011. TÍTULO III. AYUDA HUMANITARIA, ATENCIÓN Y ASISTENCIA. CAPÍTULO I. AYUDA HUMANITARIA A LAS VÍCTIMAS.



Lo que pretende la Ley en este acápite es brindar las condiciones para que la víctima lleve una vida digna y garantizar su incorporación a la vida social, económica y política, y brindar su derecho a la verdad, justicia y reparación. Las víctimas recibirán ayuda humanitaria de acuerdo a las necesidades inmediatas que guarden relación directa con el hecho victimizante, con el objetivo de socorrer, asistir, proteger y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica de emergencia, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas, y con enfoque diferencial, en el momento de la violación de los derechos o en el momento en el que las autoridades tengan conocimiento de la misma.

En cuanto a las instituciones hospitalarias, tienen la obligación de prestar atención de emergencia de manera inmediata a las víctimas que la requieran, en materia de educación se asegura el acceso y la exención de todo tipo de costos académicos en los establecimientos educativos oficiales en los niveles de preescolar, básica y media a las víctimas señaladas en la presente ley, siempre y cuando estas no cuenten con los recursos para su pago. En lo concerniente a salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la cobertura de la asistencia en salud a las víctimas de la presente ley, de acuerdo con las competencias y responsabilidades de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Y los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria todo por conducto del Ministerio de la Protección Social.

En cuanto a la atención a las víctimas del desplazamiento forzado se solicitará a la persona víctima de desplazamiento forzado rendir declaración ante cualquiera de las instituciones que integran el Ministerio Público, dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia del hecho que dio origen al desplazamiento, siempre y cuando estos hechos hubiesen ocurrido a partir del 1o de enero de 1985, y no se encuentre registrada en el Registro Único de Población Desplazada. La declaración hará parte del Registro Único de Víctimas, para ellos se establecen

tres fases o etapas para la atención humanitaria de las víctimas de desplazamiento forzado:

1. Atención Inmediata: es la ayuda humanitaria entregada a aquellas personas que manifiestan haber sido desplazadas y que se encuentran en situación de vulnerabilidad acentuada y requieren de albergue temporal y asistencia alimentaria.

2. Atención Humanitaria de Emergencia: es la ayuda humanitaria a la que tienen derecho las personas u hogares en situación de desplazamiento una vez se haya expedido el acto administrativo que las incluye en el Registro Único de Víctimas, y se entregará de acuerdo con el grado de necesidad y urgencia respecto de su subsistencia mínima.

3. Atención Humanitaria de Transición: es la ayuda humanitaria que se entrega a la población en situación de Desplazamiento incluida en el Registro Único de Víctimas que aún no cuenta con los elementos necesarios para su subsistencia mínima, pero cuya situación, a la luz de la valoración hecha por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, no presenta las características de gravedad y urgencia que los haría destinatarios de la Atención Humanitaria de Emergencia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá adelantar las acciones pertinentes para garantizar la alimentación de los hogares en situación de desplazamiento. De igual forma, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y los entes territoriales adoptarán las medidas conducentes para garantizar el alojamiento temporal de la población en situación de desplazamiento.

Si la víctima de desplazamiento forzado decide voluntariamente reubicarse, el Estado le ofrecerá condiciones de seguridad favorables,

#### **3.3.1.4 Estrategias económicas<sup>102</sup>**

Mediante la ley se creará fondo de reparación para las víctimas de la violencia que subsistirá con fuentes como el producto de las multas impuestas a los individuos o a los grupos armados al margen de la ley en el marco de procesos judiciales y administrativos; Las contribuciones voluntarias efectuadas por gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades; Las sumas recaudadas por entidades financieras como resultado de la opción de donación voluntaria al finalizar las transacciones en cajeros electrónicos y transacciones por Internet; Las sumas recaudadas por almacenes de cadena y grandes supermercados por concepto de donación voluntaria de la suma requerida para el redondeo de las vueltas; El monto de la condena económica de quienes han sido condenados por concierto para delinquir por organizar, promover, armar o financiar a grupos armados al margen de la ley y los recursos provenientes de los procesos de extinción de dominio que se surtan en virtud de la Ley 793 de 2002.

La Ley incluye un capítulo que habla sólo de las reparaciones y propone un novedoso proceso para activar la restitución de tierras despojadas.

Sin embargo, un aspecto que preocupa en el tema de la reparación es que está ligada a la estabilidad del presupuesto de la nación, “lo que significa que si hay presupuesto se repara, sino no. Muchos interrogantes surgen en relación a lo anterior es que si tenemos en cuenta la cantidad de personas que deberían ser

---

<sup>102</sup> Ley 1448 de 2011. TÍTULO V. CAPÍTULO V. FONDO DE REPARACIÓN PARA LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA.

reparadas ¿alcanzará el presupuesto para repararlas a todas?, ¿cuántas vigencias tendrán que pasar para responder a todas las víctimas, ¿Cual será el criterio para definir a quien se repara primero y a quien no?.

### **3.3.2 Aspectos procedimentales para la reparación de las víctimas en Colombia.**

**3.3.2.1 Titularidad del derecho a la reparación de las víctimas.** Como se ha señalado a lo largo de este trabajo en “el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el deber de garantizar los derechos humanos, el deber de garantizar los derechos humanos comporta para los Estados las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>103</sup>.

Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o de sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de repetir contra el autor.

Ni el Decreto 4760 de 2005 ni la ley 795 de 2005, regularon cómo el Estado deberá dar cumplimiento a esta obligación cuando los desmovilizados que sean condenados no satisfagan parcial o totalmente las reparaciones. En vez de reconocer la obligación internacional del Estado de reparar a las víctimas el decreto y la ley hacen responsables de tales reparaciones únicamente a los desmovilizados.

**3.3.2.2 Procedimiento para el pago de las Reparaciones.** El decreto 4760 no estableció un procedimiento por medio del cual se realizarán los pagos de las reparaciones que sean declaradas judicialmente. “Tampoco se aclaró que Acción

---

<sup>103</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Op. cit., p. 146.

Social – Fondo para la Reparación de Víctimas, en aras de garantizar los derechos de las mismas en igualdad de condiciones, no puede modificar el sentido de las decisiones judiciales que ordenan las reparaciones. Permitir lo contrario sería atentar contra los principios fundamentales del Estado Constitucional de Derecho que establece la división de funciones de los poderes públicos (artículo 113 de la Carta Política)”<sup>104</sup>

**3.3.2.3 Reparación Colectiva por parte del Gobierno Nacional.** Como se ha afirmado a lo largo de este trabajo el carácter integral de la reparación no se limita única y exclusivamente a indemnizaciones monetarias, sino que incluye la utilización de diferentes medidas, individuales (restitución, rehabilitación e indemnización) y colectivas (medidas de satisfacción y garantías de no repetición), a fin de satisfacer los derechos de las víctimas.

Por tal motivo la realización de las acciones de reparación colectiva que se consagraron en el artículo 12 del decreto 4760 no puede hacerse depender de los recursos presupuestales que se le asignen para tal efecto. Una vez que la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación haya establecido las medidas y los programas de reparación colectiva, el Estado está en la obligación de proveer los recursos necesarios para llevarlas a cabo.

- **Restitución directa de los bienes a las Víctimas.** En el párrafo 1 del artículo 12 del decreto 4760, se estableció la mera restitución de bienes por parte de los miembros de los grupos armados al margen de la ley; ésta norma de conformidad con los estándares internacionales y a la misma legislación nacional (ley 782 de 2002 y artículo 44 y s.s. de la ley 975 de 2005); no es suficiente para garantizar la satisfacción del derecho de las víctimas a una reparación integral, pues la entrega de los bienes es sólo uno de muchos actos de reparación.

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*, p. 147.

“Por otro lado, la redacción de este párrafo no aclaró que la condición de los desmovilizados no deberían contar con la posibilidad de escoger a las víctimas a las que les pretenden restituir directamente los bienes, lo mismo que los propios bienes objeto de restitución<sup>105</sup>.

- **Reparación colectiva y mecanismo de “autorreparación”.** “La medida de reparación colectiva consagrada en el párrafo 3 del artículo 12 no hace parte del listado de medidas de satisfacción y garantías de no repetición establecido en los artículos 48 y 49 de la ley 975 de 2005, por tanto excede la competencia reglamentaria de la ley de justicia y paz”<sup>106</sup>. De igual manera esta norma no beneficia la totalidad de las víctimas del conflicto armado a quienes debería estar dirigida, por cuanto solo incluye a los desplazados.

- **Saneamiento de bienes destinados para la reparación de las víctimas.** El decreto 4760, en su artículo 13 no reguló la situación de los bienes destinados para la reparación de las víctimas cuando éstos no pueden ser saneados por los desmovilizados o cuando los acuerdos de pago sobre las deudas se incumplen. En aras de garantizar los derechos de las víctimas el Estado está en la obligación de sanear los bienes que van a ser destinados para la reparación de las mismas con cargo al Fondo para la Reparación.

- **Publicidad de los bienes entregados al Fondo para la Reparación de las Víctimas.** Los medios de comunicación incluidos en la estrategia de información (oficinas de Acción Social a nivel territorial y medios tecnológicos de que disponga) que se establecieron en el artículo 16 del Decreto, no garantizan una difusión adecuada de la información acerca del listado de bienes destinados para la reparación. El mencionado artículo no garantiza la participación de los terceros y de las víctimas en la defensa de sus derechos sobre los bienes objeto de

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*, p. 148.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, p. 151.

extinción de dominio; se debe buscar que la estrategia de información abarque todo el territorio nacional.

**3.3.2.4 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.** El Decreto 4760 de 2005 no estableció el procedimiento de votación para la elección de los dos representantes de las organizaciones de víctimas como integrantes de la Comisión Nacional de Reparación y Conciliación, procedimiento que debería tener en cuenta mecanismos de participación democráticos e incluyentes, en los términos del preámbulo de la Constitución Política.

Por otra parte el Decreto 4760 no estableció los mecanismos destinados a garantizar a las víctimas su participación en los procedimientos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos, de acuerdo al artículo 52.1 de la Ley 975 de 2005

**3.3.2.5. Indemnización de Perjuicios a Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos.** Cuando el Estado colombiano a través de uno o varios de sus servidores vulnera los derechos fundamentales estipulados en la Constitución Política, que son una replica de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de los consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene que afrontar la indemnización de perjuicios, y para ello la víctima cuenta con varias herramientas jurídicas.

En primer lugar, se puede utilizar la figura jurídica de la Conciliación prejudicial contemplada en los artículos 59 a 64 de la ley 23 de 1991; la administración pública, ante hechos graves y evidentes, puede optar por citar a las víctimas para llevar a cabo audiencia de conciliación.

En segundo lugar, el artículo 86 del CCA, consagra la acción de reparación directa para lograr la indemnización de perjuicios por la responsabilidad extracontractual

del Estado, por cualquiera de las fuentes de imputación jurídica como son: la falla probada y presunta del servicio, desequilibrio frente a la desigualdad de las cargas públicas, daño especial y el riesgo excepcional. “Artículo 8 del C.C.A. “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos”.

En tercer lugar, está la opción de demandar al servidor público identificado, ante juzgado civil teniendo como título el delito o culpa como fuente de obligaciones (artículos 1494 y 2341 del C. C.).

En cuarto lugar, por el pronunciamiento que al respecto haga el comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señalando que el Estado colombiano violó los derechos humanos en un caso concreto y que está obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados. Artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prescribe “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”

El Congreso de la República mediante la ley 288 de 1996, reguló lo concerniente a la actuación interna que debe adelantarse para lograr la indemnización, por medio de ésta ley se establecen instrumentos para la indemnización del perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos.

**3.3.2.6. Ley 288 de 1996.** La ley 288 de 1996 consagra una serie de actuaciones internas que deben cumplirse a cabalidad para que la decisión del órgano



internacional protector de los derechos humanos sea una realidad y se concrete con la conciliación entre el Estado y las Víctimas de la violación a los derechos humanos o en el caso que no haya acuerdo conciliatorio con el trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental y como última instancia, al procedimiento arbitral. Para poder llevar a cabo la indemnización planteada en la ley 288, (artículo 2) es requisito fundamental las dos situaciones siguientes:

- a. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado Colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.
- b. Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos, proferido por un Comité constituido por: el Ministro del Interior, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Justicia y el Ministro de Defensa Nacional.

Con relación al literal a), mediante la ley 74 de 1968 Colombia se adhirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro del cual se regula el Comité de Derechos Humanos y mediante la ley 16 de 1972 se adhirió a la Convención Americana de Derechos Humanos dentro de la cual se regula la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia superior de aquella. Cada órgano internacional regula lo concerniente a su creación, organización, funcionamiento, procedimientos y decisiones correspondientes.

Cuando una persona se considere víctima de violación de los derechos humanos podrá presentar la denuncia o queja ante cualquiera de los dos órganos internacionales conocidos para que sea punto de partida en lo que luego de una serie de actuaciones sea potencial fallo condenando o absolviendo al Estado

Colombiano. También podrán presentar la denuncia un Estado miembro de la organización, cualquier persona o grupo de personas o entidades no gubernamentales reconocidas legalmente<sup>107</sup>.

Para la admisión de la denuncia ante los órganos internacionales deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a. Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.
- b. Que sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.
- c. Que la materia de petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.
- d. Nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de quien denuncia o representante legal si lo hace a nombre de la entidad que somete la petición.

Los numerales 1 y 2 no se aplican cuando:

- a. No exista legislación interna del Estado y debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados.
- b. No se haya permitido al lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos, y
- c. Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

---

<sup>107</sup> URIBE GARCIA, Saul. Indemnización de Perjuicios a Víctimas de violaciones de Derechos Humanos. Publicado en Responsabilidad Civil del Estado No. 5. Julio de 1998. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, p. 23 - 39.

## 4. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

### 4.1 ASPECTOS IMPORTANTES DE LA SENTENCIA C- 578 DE 2002

En el texto de la sentencia C-578 de 2002 se sostiene que el Estatuto de Roma no hacía parte del bloque de constitucionalidad, motivo por el cual no podía ser considerado en términos de parámetro para ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes:

“En el último acápite del numeral tercero, el Procurador estudia si el Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad. Concluye que ello no es posible porque se trata de un tratado internacional que regula lo atinente a la jurisdicción y competencia de una Corte para juzgar y sancionar determinadas conductas delictivas que afectan de manera gravísima derechos fundamentales, y no un tratado de derechos fundamentales”.<sup>108</sup>

La Corte Constitucional prefirió no pronunciarse acerca de si el mencionado tratado internacional, o al menos algunas de sus disposiciones, hacía parte del bloque de constitucionalidad. En la misma se explica además las particularidades que ofrece el control de constitucionalidad sobre el Estatuto de Roma, en los siguientes términos:

“No obstante, respecto del trámite del Estatuto de Roma, el control constitucional que ahora ejerce la Corte difiere del que tradicionalmente ha realizado. Esto en razón de la adopción y vigencia del Acto Legislativo 2 de 2001, por el cual se autorizó al Estado a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos del tratado firmado el 17 de Julio en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, a pesar de que algunas de las

---

<sup>108</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 578 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, DC., Treinta (30) de Julio de dos mil dos (2002).

disposiciones del Estatuto de Roma establecieran un “tratamiento diferente” al previsto por nuestro Ordenamiento Superior.”

Dentro del conjunto de soluciones para superar los problemas constitucionales relativos a la ratificación del Estatuto, el Estado Colombiano ha optado, entre otras, por la siguiente alternativa: La inserción de un nuevo artículo en la Constitución que permita superar todos los problemas constitucionales y evite la tendencia de incluir excepciones a cada uno de los artículos relevantes del Estatuto. Así lo hizo, por ejemplo, Francia, después de la respectiva decisión del Consejo Constitucional.

En efecto, aun cuando los principios de respeto a la dignidad humana y de garantía al goce efectivo de los derechos así como el derecho a acceder a la justicia, presentes en la Constitución de 1991, resultan compatibles con los fines que promueve la creación de la Corte Penal Internacional y, además, las disposiciones procedimentales del Estatuto de Roma se basan en su mayoría en los estándares de derecho internacional existentes en materia de procedimiento penal incluidos en tratados internacionales de los que hace parte Colombia, o en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, el constituyente derivado consideró que algunas de las disposiciones del Estatuto podían resultar ajenas a la tradición jurídica nacional y a ciertos principios de estirpe constitucional. En particular se interesó por las normas que establecen la posibilidad de imponer la reclusión perpetua como pena, la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la comisión de hechos punibles sancionados en el Estatuto, así como la inmutabilidad de las decisiones judiciales internas. Por esta razón, convino en establecer una adición al artículo 93 de la Carta Política, para facilitar el proceso de ratificación del Tratado de Roma, única y exclusivamente para efectos de la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional”.

De allí que en la misma sentencia, la Corte precise que “el acto legislativo citado no deroga ni sustituye a la Constitución sino que se incorpora a ella, bajo la técnica de la adición de un artículo constitucional, el 93 de la Carta. Esta adición empieza diciendo que “el Estado colombiano puede” reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional ya que el propósito final del acto legislativo no fue incorporar directamente el tratado a la Constitución ni hacer imperativa su ratificación”.<sup>109</sup>

En consonancia con lo anterior, la Corte precisó el alcance del control de constitucionalidad que realizaría, el cual comprendió: (i) el procedimiento de celebración del tratado; (ii) el trámite legislativo mediante el cual se expidió la ley aprobatoria; y (iii) un análisis material del tratado, con el fin de precisar aquellos “tratamientos diferentes”, de acuerdo con el Acto Legislativo 02 de 2001.

En materia de “tratamientos diferentes”, la Corte señaló que su competencia se limitaba a constatar la existencia de aquéllos, y en caso de presentarse, no procedería una declaratoria de inexecutable, “ya que el propósito del acto legislativo citado fue el de permitir, precisamente, “un tratamiento diferente” siempre que este opere exclusivamente dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de Roma” procediendo simplemente a declarar que “ellos han sido autorizados especialmente por el constituyente derivado en el año 2001”.

La Corte Constitucional realiza unas anotaciones adicionales importantes acerca de las relaciones existentes entre el Estatuto de Roma y el ordenamiento jurídico colombiano, entre las cuales se destacan:

- Las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional.

---

<sup>109</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-290/12 Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

- Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana.
- Cuando la CPI ejerza su competencia complementaria en un caso colombiano, podrá aplicar en su integridad el texto del Estatuto de Roma.
- Cuando las autoridades colombianas cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, aplicarán las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él.
- El tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

## **4.2 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL**

No existe propiamente una línea jurisprudencial de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por atentados terroristas, pues estos eventos son juzgados bajo los sistemas tradicionales, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales del art 90 de la C.P. se tiene falla del servicio como el título jurídico de imputación común, y se reconoce de manera excepcional otra forma de responsabilidad sin falta, con títulos de imputación de riesgo y en la equidad, en lo que atañe a la responsabilidad por dichos atentados; en el derecho Colombiano, antes de la constitución de 1991, el fundamento de la responsabilidad lo constituía el principio de igualdad ante las cargas públicas, que era el sustrato de los diferentes regímenes de responsabilidad administrativa, hoy en día el concepto de daño antijurídico enunciado en el artículo 90 de la constitución política es el

fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado (la extracontractual, precontractual y la contractual).<sup>110</sup>

La dificultad de delimitar conceptualmente la falla del servicio frete a la ocurrencia de actos terroristas se debe a la ausencia de factores objetivos y además a las nociones de imprevisibilidad y la de inevitabilidad propias de la esencia del acto terrorista, que paradójicamente son las que permiten aducir una fuerza mayor que como se sabe, exime de responsabilidad y corresponde a la víctima desvanecerla si quiere acreditar si quiere acreditar la falla del servicio y salir adelante en su pretensión.

El juez administrativo Colombiano tiene en cuenta el comportamiento de la víctima antes del evento dañoso, si éste tenía conocimiento o no de la potencialidad del mismo, si había pedido medidas de protección o no, pero de la solicitud de protección no cumplida no sigue automáticamente la existencia de la falla, y de la respuesta positiva de las autoridades (si se da el daño) a pesar de la protección también se puede eximir de responsabilidad a la administración; además tiene en cuenta las circunstancias de tiempo, modo, lugar y existencia de precedentes idénticas y recientemente ocurridos, como también pesan las circunstancias especiales del orden público que hacer parte de las autoridades previsible la comisión de atentados terroristas.

Hasta el año de 1967 el Estado Colombiano no respondía patrimonialmente por este tipo de conductas, posición que venía desde el siglo pasado con el paso “Pedro Sales”, cuyo pronunciamiento fue el 3 de enero de 1865 por el Honorable Corte Suprema Federal, donde se consagró la irresponsabilidad patrimonial del Estado bajo el argumento de que no existía ley aplicable al caso

---

<sup>110</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero.

por los hechos de guerra, interpretación realizada bajo la idea de una sacralización de texto legal.

En sentencia de 17 de noviembre de 1967, expediente N° 414 “Alfonso Salazar y otros “, el honorable Consejo de Estado, sección tercera, abandonó la tesis de la irresponsabilidad patrimonial de la administración en ese tópico, y para ello acudió a dos argumentos, un tipo de político, el beneficio de los privilegios que tiene el estado lo obliga a responder por los perjuicios causados y el otro jurídico, la ruptura del principio frente a las cargas públicas , se expuso; “Todo conduce a indicar que en la esfera más amplia yante todo el desequilibrio de las cargas públicas, siempre se encontrará el sujeto responsable. La nación es la que responde, comunidad supra funcional, como se llama, porque en su seno se registran todas las acciones y todas las reacciones, no debe enriquecerse a costa de nadie.

Ha sido regla general de la jurisprudencia del consejo de Estado el negar las indemnizaciones de los daños causados por los atentados terroristas, amparado en el criterio de la eximente de la responsabilidad que considera el daño sufrido por los particulares como consecuencia del atentado terrorista, un claro evento típico de fuerza mayor<sup>111</sup>.

Hoy día existe una tendencia muy marcada en el Consejo de Estado que propende a eliminar la responsabilidad con fundamento en el daño especial, en los eventos de atentados terroristas, y resolver este tipo de asuntos por los regímenes de falla del servicio y del riesgo excepcional<sup>112</sup>, señalado inclusive, para desnaturalizar el caso del daño especial, que lo que ocurre cuando el atentado va dirigido contra un alto dignatario del Estado y se lesiona a particulares, es más ni

---

<sup>111</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, Novena Edición, editorial Tecnos, 1989 Pág 254.

<sup>112</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia 10 de agosto de 2000, expediente N° 11585



menos, dar por establecido que se ha expuesto a unas personas más que a otras a un riesgo; o en los casos en que el atentado tiene como objetivo construcciones, subsiste latente la idea del riesgo; o en los casos de confrontación entre la subversión y la autoridad se afirma que se está exponiendo a un riesgo de a la población. En síntesis, según se pretende por el Consejo de Estado, bajo los regímenes de la falta del servicio y del riesgo excepcional se resolvería la situación de responsabilidad de la administración pública por atentados terroristas, reglas por demás comunes al sistema general de responsabilidad estatal.

A continuación se analizaran diferentes providencias con el fin de puntualizar los criterios de la máxima corporación de lo contencioso administrativo para determinar la responsabilidad del Estado en los atentados.

#### **4.3 SENTENCIA DEL 3 DE FEBRERO DE 1994**

##### **Expediente 8710 M.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta:**

Precisó que hay situaciones en que los ciudadanos tienen que soportar las dificultades y daños que las operaciones de control del orden público les puedan causar.

En actuaciones amparadas por la ley tales como la retención de personas, el allanamiento, la requisa, la detención preventiva, entre otras que realizan las fuerzas del orden para neutralizar el accionar terrorista de los grupos al margen de la ley, el Estado no es responsable de los perjuicios que en desarrollo de esas actividades se causen en razón a que las víctimas tienen el deber de soportarlas. Se consideró con el apoyo en el artículo 90 de la Constitución que en esos eventos el perjuicio no es antijurídico.

#### **4.4 SENTENCIA DEL 13 DE MAYO DE 1994**

##### **Expediente 8820, MP. Dr., Daniel Suarez Hernández:**

Predica la responsabilidad del Estado por los tratos inhumanos y violatorios de derechos fundamentales en la investigación de supuestas actividades terroristas.

#### **4.5 SENTENCIA DEL 5 DE FEBRERO DE 1998**

##### **Expediente 12043 M.P. Dr. Daniel Suarez**

Responsabilidad del Estado por daños causados por las fuerzas subversivas a particulares que colaboran con el Ejército.

La administración es responsable cuando grupos al margen de la ley causan daño a las personas que desempeñan una misión oficial por órdenes del ejército independiente de la vinculación legal o contractual que pudiera tener una institución militar. Dicha responsabilidad se determina con apoyo en la tesis de la falla del servicio materializada en la omisión en adoptar medidas de seguridad frente al riesgo del transporte del cual se beneficiará el Ejército Nacional.

Igualmente es predicable la responsabilidad del Estado bajo la óptica de la teoría del daño especial, cuando el Ejército ante el evidente imposibilidad de superar las fuerzas al margen de la ley, acude al servicio de los particulares para satisfacer una necesidad esencial de la tropa en donde el daño causado resulta desde todo punto de vista antijurídico.

## 5. PROPUESTA

La reforma constitucional para el Fuero Penal Militar tiene el propósito de asegurar una nueva base jurídica para juzgar los delitos en que incurran los miembros de la fuerza pública. (...)“esta reforma constitucional se constituirá en una anulación de la justicia civil frente a crímenes y conductas tipificados en el Derecho Internacional como de lesa humanidad, con el agravante de que no solamente abarcará las conductas que se puedan cometer a futuro, sino de todas aquellas investigaciones, procesos judiciales o revisión ante las cortes de los procesos que han sido fallados o sentenciados.”<sup>113</sup>

El problema de la reforma del artículo 221 de la Constitución radica en que al enumerar los delitos que en ningún caso conocerá la Justicia Penal Militar no incluye los crímenes de guerra que entre otras cosas es un delito sobre el cual tiene competencia expresa la Corte Penal Internacional. Se excluyen de la Jurisdicción Penal Militar los crímenes de lesa humanidad, los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violación y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y reclutamiento y uso de menores. Salvo los delitos anteriores, las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares. **Por ende, se quedarían impunes delitos que se registrarían como daños colaterales y el estado no tendría armas jurídicas para juzgarlos.**

Frente a ello y para presentar una propuesta en este trabajo nos basamos en el artículo 121 del Estatuto de Roma, donde con determinados requisitos se da la potestad de enmendar dicho estatuto.

El artículo dice:

---

<sup>113</sup> CEPEDA, Iván representante a la Cámara en <http://www.elheraldo.co/noticias/politica/fuero-penal-militar-en-la-mira-del-congreso-81199>. Consultado el 22 de noviembre de 2013.

“1. Transcurridos siete años desde la entrada en vigor del presente Estatuto, cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas a él. El texto de toda enmienda propuesta será presentado al Secretario General de las Naciones Unidas, que lo distribuirá sin dilación a los Estados Partes.

2. Transcurridos no menos de tres meses desde la fecha de la notificación, la Asamblea de los Estados Partes decidirá en su próxima reunión, por mayoría de los presentes y votantes, si ha de examinar la propuesta, lo cual podrá hacer directamente o previa convocación de una Conferencia de Revisión si la cuestión lo justifica.

3. La aprobación de una enmienda en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión en la que no sea posible llegar a un consenso requerirá una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

4. Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados Partes un año después de que los siete octavos de éstos hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión.

4. Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda.

6. Si una enmienda ha sido aceptada por los siete octavos de los Estados Partes de conformidad con el párrafo 4, el Estado Parte que no la haya aceptado podrá denunciar el presente Estatuto con efecto inmediato, no

obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 127 pero con sujeción al párrafo 2 de dicho artículo, mediante notificación hecha a más tardar un año después de la entrada en vigor de la enmienda.

7. El Secretario General de las Naciones Unidas distribuirá a los Estados Partes las enmiendas aprobadas en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión. <sup>114</sup>

Se deben reformar tanto las circunstancias eximentes de responsabilidad, el artículo 31 del Estatuto de Roma que trata de las Circunstancias eximentes de responsabilidad penal<sup>115</sup> y agregar la tipificación de delitos culposos, preterintencionales y dolosos eventual reformando los artículos pertinentes que señalan únicamente como punibles dentro del estatuto los delitos con dolo.

---

<sup>114</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma. Roma, Italia. 17 de julio de 1998. Artículo 121.

<sup>115</sup> 1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera; c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado; d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control. 2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo. 3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

## 6.CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El concepto de “Daño colateral” tiene su origen en la guerra, Significa que en los escenarios donde se desarrollan los conflictos armados, suceden eventos no previstos, que ocurren pero que no hacen parte del desarrollo táctico de la misma. No son pensados para ser ejecutados, pero que suceden en el marco del conflicto. Por ejemplo las muertes de inocentes de la población civil que son alcanzados por las ondas explosivas de las bombas dirigidas para destruir al enemigo.

La jurisprudencia internacional ha explicado que esta violación de las leyes y costumbres de guerra, que puede cometerse tanto en conflictos armados internos como internacionales, busca proteger a la población civil como un todo –o a civiles individuales- que no toman parte en las hostilidades, de actos o amenazas de violencia perpetrados con el objetivo principal de generar terror, es decir, “para crear entre la población civil una atmósfera de miedo extremo o de incertidumbre de ser sometida a la violencia”<sup>169</sup>. El vínculo directo entre esta prohibición y derechos fundamentales de especial importancia ha sido resaltado por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el cual ha señalado que además de su proscripción tanto en las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales como en el derecho consuetudinario, “la exposición al terror es una negación del derecho fundamental a la seguridad personal, que se reconoce en todos los sistemas nacionales y está contenido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, la Sala de decisión considera que el aterrorizamiento viola un derecho fundamental establecido en el derecho internacional consuetudinario y convencional”.

La violación de las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario que proscriben los ataques contra la población civil, genera responsabilidad penal individual. Así, los ataques contra la población civil

pueden constituir crímenes de guerra bajo el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos. El Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica los ataques contra la población civil como crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales.

El principal rasgo característico de la Constitución Política de Colombia es el de ser una Constitución para la Paz originada en un consenso democrático en el que participaron diversos sectores de la sociedad, impulsada en parte, por un proceso de paz, que determinó además su contexto político.

La misma Constitución impuso al Estado la obligación de garantizar el restablecimiento del Orden Público, la paz y la convivencia, teniendo en cuenta no sólo a los actores del conflicto sino además a las víctimas del mismo y sus derechos. Las herramientas utilizadas para el cumplimiento de estas obligaciones deben adecuarse a la estructura de valores, principios y derechos consagrados en la Constitución.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Estado Colombiano le competen tres obligaciones fundamentales: a) el deber de respetar los derechos establecidos en los tratados, b) el deber de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos reconocidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción y c) el deber de adoptar las medias necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.

Surge de las obligaciones internacionales y de los principios constitucionales mismos la necesidad de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario; así mismo se da la necesidad de superar los conflictos armados internos, de tal manera que se debe armonizar los derechos de acceso a la justicia, la verdad y la reparación, con las diferentes medidas tomadas de manera transitoria para superar esos conflictos.

En Colombia el conjunto de normas que se han expedido para superar estas situaciones, han surgido en diferentes momentos históricos, políticos y sociales, obedeciendo mas a las necesidades del momento, en función de las conveniencias del proceso de negociación de cada época y de los actores que adelantan el proceso. Esto ha generado que las normas no obedezcan a una política clara del Estado, que ofrezca continuidad y solución a las causas y hechos mismos del conflicto; sin poder caracterizar más allá de la coyuntura política el conflicto que vive nuestro país desde un punto de vista político y jurídico a la luz del derecho internacional y del derecho interno.

Los Estados son responsables ante la comunidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones primarias establecidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial, por el incumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adopción de medidas necesarias para la protección de los derechos. Cuando se declara la responsabilidad del Estado por la ocurrencia de un hecho ilícito internacional, imputable ya sea directa o indirectamente al Estado, surge una obligación secundaria de reparar y de hacer cesar las consecuencias de la violación. Por tal motivo, toda violación de un derecho humano genera un derecho de la víctima o de sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica un deber del Estado de reparar y el derecho de repetir contra el autor.

El Estado colombiano al expedir la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005), podría estar incumpliendo la obligación primaria de adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades consagrados en la normatividad internacional y constitucional, en la medida en que no cumplió con su deber de abstenerse de promulgar medidas de orden legislativo que podrían conducir a la violación de derechos humanos y a los derechos de verdad, justicia y reparación. La expedición de esta normatividad, incompatible con las obligaciones internacionales contraídas en diferentes tratados, podría configurar para el Estado colombiano un hecho ilícito internacional violatorio de los derechos humanos, y por



ende los órganos de control de los tratados de los sistemas universal e interamericano podrían declarar la responsabilidad internacional del Estado colombiano.

Las víctimas de derechos humanos cuentan con varias herramientas jurídicas contra el Estado y contra los autores de dicha violación para la exigencia de la investigación e indemnización de sus perjuicios. Cuando el Estado colombiano a través de uno o varios de sus servidores vulnera los derechos fundamentales estipulados en la Constitución Política, que son una replica de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de los consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene que afrontar la indemnización de perjuicios, y para ello la víctima cuenta con varias herramientas jurídicas.

El Congreso de la República mediante la ley 288 de 1996, reguló lo concerniente a la actuación interna que debe adelantarse para lograr la indemnización; por medio de ésta ley se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos.

## 7.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ✓ ARELLANO ORTIZ. Fernando. La Corte Penal Internacional. Bogotá 2008. En: [www.cronicon.net](http://www.cronicon.net). Consultado en noviembre de 2013.
- ✓ ANMISTIA INTERNACIONAL. LA POBLACIÓN CIVIL, VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO DE COLOMBIA. 27 febrero, 2009.
- ✓ BAUMAN Zygmunt Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global. Traducción de Lilia Mosconi FONDO DE CULTURA ECÓNOMICA. Madrid 2011.
- ✓ CINEP Estadísticas de noviembre de 2011.
- ✓ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- ✓ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Editorial Temis. 2012.
- ✓ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 449 de 1992. M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil tres (2003).
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. Magistrado Ponente. Doctor Alejandro Martínez Caballero.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 163 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá D.C., febrero 23 de 2000.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 048 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D. C., 24 de enero de 2001.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 578 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, DC., 30 de 2002.

- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 004 de 2003. M.P. Eduardo Montelaegre Lynett. Bogotá D.C, 20 de enero de 2003.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL C-176 de 2007 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra Bogotá D. C., 14 de marzo 2007
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-291 de 2007 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.. Bogotá D.C. 25 de abril de 2007.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-290 de 2012 Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.
- ✓ CORTE PENAL INTERNACIONAL sentencia del 9 de abril de 1949. Caso del Estrecho de Corfú
- ✓ CONSEJO DE ESTADO.Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente N° 1118, M.P. Jesús ,Aria Carrillo Ballesteros
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 10731 de Febrero 8 de 1999. M.P: Ricardo Hoyos Duque.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente N° 1118, M.P. Jesús ,Aria Carrillo Ballesteros
- ✓ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. M.P. Carlos Betancour Jaramillo Bogotá, D.C., 7 de marzo de 2011.
- ✓ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969
- ✓ CONVENCIÓN DE VIENA de 23 DE MAYO DE 1969 SOBRE El Derecho de los tratados.

- ✓ CÓRDOBA CAVIEDES Álvaro F. Un año de la ley de víctimas, a la espera de respuestas efectivas Fuente: Semanario Virtual Caja de Herramientas N° 307. Semana del 15 al 21 de junio de 2012. Corporación Viva la Ciudadanía.
- ✓ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Sentencia del 9 de abril de 1949 en el caso del Estrecho de Corfú. En Revista Internacional de la Cruz Roja, por Vincent Chetail. Junio 30 de 2003.
- ✓ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Roma, Italia. 17 de julio de 1998.
- ✓ GALINSOGA JORD, Albert. El Derecho internacional Humanitario y su aplicación al caso Couso. Universidad de Santiago de Compostela. España. 2012. Página 594.
- ✓ GOMEZ LOPEZ. Jesús Orlando Tratado de Derecho Penal antijuridicidad y causas de justificación. Tomo IV. Ed. Doctrina y Ley 2011.
- ✓ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, Novena Edición, editorial Tecnos, 1989.
- ✓ GIL GIL, Alicia. Derecho Penal Internacional. Ed. Tecnos, Madrid 1999.
- ✓ KWAKWA, E. The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application, Kluwer Academic, Dordrecht, 1992, p. 36 .En: La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados Revista Internacional de la Cruz Roja, por Rupert Ticehurst. 31 de marzo de 2007.
- ✓ LEY 1448 DE 2011 Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. Diario Oficial 48096 de junio 10 de 2011
- ✓ LOPEZ GARRIDO, Diego, Terrorismo, Política y derecho. Alianza editorial, 1987. Pág., 159.

- ✓ MOLINA PARRA Rigoberto EL DERECHO A LA VIDA EN COLOMBIA RESUMEN ANALÍTICO ESTRUCTURADO (R.A.E) departamento de Caldas ciudad de Manizales agosto 28 de 2009.
- ✓ PAPACHINI Angelo. Derecho a la Vida. 3ª Edición. Cali: Editorial Universidad del Valle y Colciencias. 2001.
- ✓ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a Políticas Públicas en Materia de Desmovilización t Reinserción. Bogotá: Tomo I, 2006.
- ✓ 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. Objetivos militares.
- ✓ QUINTERO NAVAS, Gustavo. Conflicto armado y Responsabilidad del Estado: Análisis del Derecho Colombiano a la luz del Derecho Francés, Revista N°10 de Derecho Público, Universidad de los Andes, 1999.
- ✓ RAPOPORT, David C. La Moral del Terrorismo, Editorial Ariel, 1989.
- ✓ ROBERTSON Geoffrey. Crímenes contra la humanidad. Ed. Siglo XXI, Madrid 2008.
- ✓ THOMPSON, Robert No Exit From Vietnam, David McKay company, Inc., New York, 1969.
- ✓ TRIBUNAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso del Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros, sentencia del 14 de enero de 2000
- ✓ VALENCIA VILLA. Alejandro. Derecho Humanitario para Colombia. Defensoría del pueblo. Bogotá, 1994.

## INFOGRAFÍA

- ✓ CINEP de noviembre de 2011. En [www.cinep.org.co/index](http://www.cinep.org.co/index) Consultado en mayo de 2013.
- ✓ Daño Colateral. En: [http://es.wikipedia.org/wiki/Da%C3%B1o\\_colateral](http://es.wikipedia.org/wiki/Da%C3%B1o_colateral). Consultado el 12 de octubre de 2013.
- ✓ Red de Derechos Humanos del Suroriente Colombiano. Violaciones de derechos humanos por parte del ejército a la población civil en medio del conflicto armado en Toribío lunes 16 de mayo de 2011. En <http://prensarural.org/spip/spip.php?article5862>. Consultado el 12 de octubre de 2013.
- ✓ El DIH en la conducción de hostilidades. En: [www.cidh.org/terrorism/span/b.htm](http://www.cidh.org/terrorism/span/b.htm). Consultado el 29 de septiembre de 2013.
- ✓ CRUZ ROJA ESPAÑOLA 2008. Conflictos armados internos o no internacionales. En: [http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,12647152&\\_dad=portal30&\\_schema=PORTAL30](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647152&_dad=portal30&_schema=PORTAL30). Consultado el 22 de noviembre de 2013.
- ✓ El DIH en la conducción de hostilidades. En: [www.cidh.org/terrorism/span/b.htm](http://www.cidh.org/terrorism/span/b.htm). Consultado el 29 de septiembre de 2013.

## 8. ANEXOS

**ANEXO A** *Escrito del ciudadano Gustavo Gallón Giraldo, folio 201 Cuaderno 1 del expediente, Por ejemplo, indica el interviniente que en el apéndice titulado “Intensidad del conflicto armado y las iniciativas de paz (1978 2003)” del Texto Movimiento por la Paz en Colombia 1978 — 2003, se consignan las siguientes cifras desde 1978 hasta el año 1984 construidas a partir del texto: "Los modelos de Represión", en Solidaridad, No. 100, 1998:*

Año	Muertos en combate	Asesinatos políticos	Desapariciones forzadas	Víctimas civiles	Total de víctimas	Secuestros
1978	24	96	6	102	126	59
1979	50	105	23	128	178	29
1980	21	92	4	96	117	44
1981	95	269	101	370	465	99
1982	69	525	130	655	724	136
1983	173	594	109	703	876	167
1984	225	542	122	664	889	299
TOTAL	657	2223	495	2718	3375	883

### 8 El error invencible

El único eximente de responsabilidad para los delitos de lesa humanidad es que el militar haya cometido un “error invencible”. La pregunta es cómo se puede cometer este tipo de error cuando se trata de un “ataque generalizado o sistemático”. Este artículo ha disparado las alarmas de algunos puesto que en su último informe, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU en

Colombia dice que ve con preocupación que funcionarios en el mindefensa hablen de errores militares, que en principio no existen bajo el DIH.

#### 9 El poder preferente del Tribunal de Garantías

En la reforma quedó establecido un Tribunal de Garantías compuesto por ocho magistrados, cuatro exmiembros de la Fuerza Públcos y cuatro civiles. Esta ley establece que este Tribunal tiene el “poder preferente” para intervenir en cualquier proceso penal que se adelante contra un miembro de la Fuerza Pública, incluso cuando lo adelanta la justicia ordinaria. Y puede tumbar una acusación de la Fiscalía cuando considera que se violan las garantías de los acusados. Dado que cualquier hecho que ocurra en combate va a ser investigado inicialmente por la policía judicial militar, a la Fiscalía le quedará muy difícil acceder a las pruebas necesarias para sostener sus decisioens frente a este tribunal.

#### 10 El proyecto no fue consultado con el resto del Gobierno

Este proyecto, que marcará una vez sea aprobado, la conducción de la guerra fue elaborado por el Ministerio de Defensa con la asesoría de prestigiosos juristas como Manuel José Cepeda. Sin embargo, se presentó a la Unidad Nacional y al Congreso sin haber sido previamente concertado y conciliado con el resto de entidades del Gobierno que tienen que ver con el tema como el Ministerio de Justicia. Ni siquiera la Secretaria Jurídica de Palacio lo había visto. Esto plantea la pregunta sobre si el Presidente Juan Manuel Santos lo conoce y sobre si realmente refleja su percepción sobre el futuro del conflicto en Colombia.