

Responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado de personas*

(Construcción línea jurisprudencial en las decisiones del Consejo de Estado)

The State non-contractual liability because of forced displacement of persons
(Setting up a line of case law in State council decisions)

Recibido: 24 de octubre de 2012 - Revisado: 21 de diciembre de 2012 - Aceptado: 30 de enero de 2013

Diego Armando Yáñez Meza**

Resumen

En un principio, la teoría de la reparación del daño causado por acción u omisión atribuible al sujeto-Estado se enfrentó al dogma de la irresponsabilidad. Un paradigma que en el contexto del nuevo derecho constitucional no debe permitírsele vigencia alguna porque ya no se trata del ejercicio de un poder divino o *leviatán* por ser superior a sus habitantes como tesis institucionalistas de otrora. Sin embargo, como se evidenciará, existe posición jurisprudencial que hace remembranza de ella en materia de responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado de personas y realidades doctrinales que plantean su retorno atenuado, dado que el derecho de la responsabilidad extracontractual se presenta como una opción poco adaptada para las víctimas. De allí la necesidad de determinar el esquema de resolución al problema jurídico que formula la justicia administrativa con el fin de identificar sus particularidades y establecer la hoja de ruta trazada a la reparación de una de las violaciones más flagrantes a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Palabras clave

Responsabilidad, Estado, desplazamiento forzado, falla del servicio, acciones constitucionales y legales.

Abstract

Initially the theory of repairing the damage caused by act or omission attributable to the state as a subject faced the dogma of irresponsibility. This was a paradigm that in the context of the new constitutional law should not be allowed any validity because it is not a case of the exercise of a divine power or Leviathan because of its superiority over the inhabitants, as institutionalist theses of yore held. However, as it will be evident, there is some jurisprudence position that reminds us of those theses concerning the state responsibility because of the case of displaced persons and there are doctrinal realities that pose their attenuated return since the law of non-contractual liability appears as an option which is ill-suited for the victims. Hence the need to determine the pattern of resolution to the legal problem posed by the Administrative Justice in order to identify its characteristics and to establish the road map drawn to repair one of the most flagrant violations of human rights and humanitarian international law.

Key words

Responsibility, state, forced displacement, failure of the service, constitutional and legal actions.

*Este artículo es producto de la investigación en el proyecto: "El Derecho de la Jurisdicción. Concepciones discutibles y estudio sobre la institución en la vértebra axiológica del juzgar" desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, perteneciente al Centro de Investigaciones Seccional, siendo auxiliares de investigación Mónica Viviana Duarte Esteban, Andrés Manuel Silva Sánchez y Jefferson Arley Castellanos Castellanos.

** Abogado de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta. Msc. en Derecho Administrativo. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta.

Correo electrónico:
diegoarmando416@hotmail.com
diegoymezabogado@gmail.com

Introducción

Exigir que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado en algunos casos de gran impacto y discutible responsabilidad se ha convertido para los coasociados en una posibilidad real que permite materializar aquello que, a través de la Carta Constitucional y en el marco de un Estado social de derecho, se concibe como un fin que debe asegurarse¹. En Colombia se han interpuesto acciones de grupo² y de reparación directa³, de naturaleza constitucional y legal respectivamente, las cuales han llegado a ser resueltas en última instancia por el Consejo de Estado en sus secciones Tercera y Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa, siendo estas las vías y el juez que ha asumido el reto en la determinación del daño sufrido por las víctimas del desplazamiento forzado. Un número de colombianos no baladí, en magnitud y dimensión, que distrae la atención sobre la verdadera efectividad de los derechos en Colombia y cuestiona poco a poco la legitimidad y existencia (Estrada Villa, 2011) del Estado mismo.

El desplazamiento forzado constituye un fenómeno social definido en doctrina como “el flagelo más ignominioso, que atenta contra la convivencia pacífica del tejido social colombiano” (Álvarez Díaz, 2008); en Jurisprudencia Constitucional como

Una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar. Por una parte, es claro que estas personas tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de las amenazas directas que les son formuladas o de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia. El desplazamiento forzado comporta obviamente una vulneración del derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, al igual que de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos, estas personas

ven conculcados sus derechos de expresión y de asociación. De igual manera, en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse, se presenta un atropello de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, de los discapacitados y de las personas de la tercera edad. Además, todas las personas forzadas a abandonar sus lugares de origen sufren un detrimento en sus ya de por sí muy afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias (Sentencia de Tutela 1150, 2000).

Todos conceptos que apuntan en dirección clara frente al indiscutible papel que deben desempeñar el Estado y la sociedad desde un “enfoque de asistencia social” y un “enfoque de derechos”, los cuales se han diseñado con la pretensión de atender la condición de las víctimas de este inhumano suceso.

La magnitud del desplazamiento forzado en Colombia hacia 2008 en cifra que disponía el gobierno nacional como reporte general de la población desplazada alcanzaba los 2.577.402 colombianos, conforme a la información obtenida por la entidad encargada de implementar la política pública de atención a esta población⁴. A partir de esta fecha, y transcurridos tres años, encontrándose vigente previa declaratoria formal un Estado de cosas inconstitucional (Sentencia de Tutela 025, 2004), donde se consideró que los hechos y situaciones de vida que soporta ese conjunto de colombianos son contrarios a la Constitución Política de 1991, ese reporte que debiera entenderse progresivo en disminución del número de afectados, al 20 de mayo de 2011 en estadísticas de aquella, rodea los 3.700.381 colombianos (Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, 2012). Otras fuentes revelan que son más los afectados, la ONG Codhes considera que a 2011 “la cifra real de desplazados por el conflicto armado interno desde mediados de los años ochenta supera los 5.000.000 de colombianos” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2012).

Una realidad que en la reparación del daño sufrido, en la esfera de la más alta Corte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la decisión judicial, se reduce a la emisión de seis sentencias. En otras palabras, en más de 50 años de conflicto sobre el daño más significativo a causa de la guerra interna y en aumento día a día, aun en el escenario de un proceso de paz, la justicia administrativa ha fallado en seis ocasiones y en una línea poco recta, constante en el extremo valle o la cresta de gallo, el problema de la reparación del daño sufrido por desplazamiento forzado, que no es cualquiera y que merece un tratamiento autónomo.

Este artículo científico es el resultado final de un trabajo desarrollado en el Centro de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cúcuta, Grupo de Investigación en Derecho Administrativo, entre octubre de 2011 y julio de 2012.

Metodología

En el presente escrito se construirá una línea jurisprudencial utilizando el método de análisis dinámico de ley establecido en la gran obra *El derecho de los jueces* (López Medina, 2008). La corporación sobre la cual se desarrolla el estudio es el Consejo de Estado y la materia seleccionada es la declaratoria de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado colombiano frente a los hechos generadores del daño sufrido por las víctimas del desplazamiento forzado. Para ello se escrutará en el pasado para así formular el *nicho citacional*⁵, identificar la *sentencia Arquimédica*⁶, la *sentencia hito*⁷, la *sentencia fundadora*⁸ y las *sentencias confirmatorias de línea*⁹.

Se desataca un diseño investigativo cualitativo, propio de un tipo descriptivo y explicativo con base en técnica de análisis documental.

El problema jurídico

A partir de las decisiones encontradas y su estudio pormenorizado se descubre que han sido

distintos los medios utilizados para acceder a la reparación del daño sufrido por las víctimas del desplazamiento forzado y solicitar la responsabilidad extracontractual del Estado cuando este fenómeno acontece. Se encontró que el 83,4% de las sentencias correspondían a acciones constitucionales de grupo y el 16,6% a acciones de reparación directa, interpuestas por víctimas del desplazamiento forzado como consecuencia de actos violentos ejercidos por grupos armados al margen de la ley, siendo solicitado al juez contencioso administrativo el reconocimiento de diversas tipologías de daños tales como: *daño moral*, *daño a la vida de relación*, *alteración a las condiciones de existencia*, *daño emergente*, *lucro cesante* y reconocidas otras por iniciativa propia del juez tales como las derivadas de *medidas de justicia restaurativa*.

Se emitieran algunos juicios críticos sobre las variables del juicio en las consideraciones del Consejo de Estado con el propósito de identificar futuros elementos cuyo alcance puedan enriquecer este proceso en sus fundamentos y modos de reparar el daño. Se logró establecer que los supuestos fácticos de todas las sentencias halladas eran similares, requisito fundamental para la realización de la línea jurisprudencial¹⁰ y a partir de allí, se formuló la cuestión que se considera aplicable para todas las decisiones en los siguientes términos:

¿Cuáles son las subreglas o elementos axiológicos establecidos en la jurisprudencia contencioso administrativa para la procedencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado cuando un grupo armado al margen de la ley (tercero) ejerce actos de violencia en una población e impulsa su desplazamiento forzado?

Objeto de investigación

A partir de la construcción de la línea jurisprudencial se pretende identificar de qué manera resolvió el Consejo de Estado el problema jurídico que se ha planteado y cuáles han sido

las subreglas que ha establecido para ello y que, en consecuencia, marcan un precedente vertical y horizontal para la resolución de casos futuros que tengan los mismos hechos presentados en las sentencias hasta ahora proferidas. Que exista un precedente constituye una herramienta que garantiza a los coasociados un ambiente de seguridad e igualdad jurídica, propio de la predecibilidad y coherencia que han de tener las decisiones judiciales (Sentencia de Constitucionalidad 634, 2011) y el derecho dentro del cual se desarrolla nuestro Estado social de derecho y su Constitución (Aguiló Regla, 2004).

Para estos efectos, las decisiones del Consejo de Estado han realizado significativas consideraciones a cerca de dos conceptos jurídicos —el desplazamiento forzado y la responsabilidad extracontractual del Estado—, los cuales resultan de vital importancia tanto en el problema jurídico como en su esquema de resolución. De allí la necesidad de ampliar el entendimiento de estos con el fin de comprender mejor las variables que se emplean en busca de la determinación del responsable por los hechos generadores del desplazamiento forzado y la reparación del daño. Ineludibles serán las consideraciones sociológicas y las argumentaciones de vida que describen esta situación como fuentes de postulados jurídicos.

El desplazamiento forzado y responsabilidad extracontractual

Las personas víctimas del desplazamiento forzado son sujetos que ostentan una *doble especial protección constitucional*, la que adquieren al ser víctimas del delito y la que ya poseen en razón de su pertenencia a cierto grupo: indígenas, minorías, campesinos, pastores, en virtud de lo establecido en la cláusula abierta del Principio Rector 9 y la Constitución: mujeres, niños, jóvenes, personas de la tercera edad, débiles físicos y psíquicos, campesinos, comunidades afrodescendientes, indígenas. En fin, en un sentido más amplio, la que adquiere cualquier grupo que experimenta una dependencia

especial de su tierra o un apego particular a ella y es desplazado.

Una característica que debe tener consecuencias jurídicas relevantes dado que “el desarraigo de millones de personas siendo esta la más grave tragedia humana de los últimos tiempos. Algunos se han visto obligados a salir de sus territorios y asentarse en lugares completamente ajenos a sus modos de vida, y otros, a cruzar las fronteras de su país, en circunstancias de extrema precariedad. La situación del mundo es, por decir lo menos, alarmante” (Alpargatero Ulloa, 2011).

El Consejo de Estado ha destacado y ratificado que toda víctima del desplazamiento forzado tiene derecho a la reparación de los daños que le fueren causados, siendo el hecho del desplazamiento un daño cierto y enfatizando, en referencia a jurisprudencia constitucional que:

Con relación al penoso tema del desplazamiento, motivo de vergüenza para la nación como que en gran medida obedece a la marcada incapacidad del Estado para conjurar la guerra interna que vive el país, la Corte Constitucional se ha referido a dicha problemática en innumerables situaciones. Al respecto esta corporación señaló que “...al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, porque las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los asociados”, pero también ha dicho que si “no fue capaz de impedir que sus asociados fueran expulsados de sus lugares de origen, tiene por lo menos que garantizarles a los cientos de miles de colombianos que han tenido que abandonar sus hogares y afrontar condiciones extremas de existencia la atención necesaria para reconstruir sus vidas”. Lo anterior comporta que la situación de

cada una de las personas y familias desplazadas por la violencia deba ser un asunto prioritario de las autoridades (Sentencia de Tutela 754, 2006).

En lo particular, en la última jurisprudencia del Consejo de Estado, más que acudir a la ley y demás normas del ordenamiento jurídico que desarrollan la *política pública* que el Estado ha diseñado para la atención al desplazamiento forzado, se respalda el juez en la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera insistente y preferente, para alcanzar fundamentos suficientes y válidos que doten su decisión de fuerza jurídica efectiva y coordinada con la jurisdicción constitucional. Una característica que, sin duda alguna, humaniza el fallo de cara a la Norma de Normas y los compromisos adquiridos por Colombia vinculantes en virtud del bloque de constitucionalidad y su evolución en los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

La reflexión sobre la irresponsabilidad del Estado, tesis que en el entendimiento actual vendría desueta e inaplicable frente al desplazamiento forzado en decisión del Consejo de Estado, adquirió plena vigencia. No debe olvidarse que el Estado social de derecho en sus fundamentos enseña que el Estado debe tener el monopolio de la fuerza (Naranjo Mesa, 2003) y que la acción y la omisión construyen hechos generadores de responsabilidad siendo la resistencia a tal reconocimiento incontestable (Marienhoff, 2001), debiendo ofrecerse un trato equilibrado en el proceso sobre la prueba de los hechos porque frente a víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario no puede existir pruebas difíciles y menos aún, imposibles.

Con el paso del tiempo, afortunadamente, asimilada un poco más la Constitución y apartándose de la concepción que lo estigmatiza como juez de la legalidad bajo la realidad de una conciencia mundial que despertó este grupo de personas, el discurso, la *ratio decidendi* y

obiter dictas del Consejo de Estado tienden al cambio y la responsabilidad del Estado se torna más adecuada al contexto. Lo cual no significa que exista el silogismo hecho generador -Estado-responsabilidad de manera automática para establecer el daño, su atribución y condena, la determinación de ciertos supuestos que debe cumplir la omisión que se endilgue (impulsora de una falla del servicio) otorgan al Estado instrumentos de defensa, siendo el proceso resarcitorio un verdadero desarrollo de conocimiento, como debe serlo, en el que se descubre lo que realmente ocurrió con fundamento en el objeto de la prueba, los hechos¹¹.

Construcción de la línea jurisprudencial

Seis sentencias del Consejo de Estado se han encargado de la resolución de acciones de grupo y reparación directa interpuestas con la pretensión de que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por haberse presentado un desplazamiento forzado de personas como consecuencia de la ejecución de actos violentos cometidos por grupos armados al margen de la ley en exclusiva o con paralela colaboración de la Fuerza Pública sobre una población determinada.

Primero, se analizarán en forma descriptiva y detallada las sentencias que se identificaron dentro de la estructura de la línea jurisprudencial que se construyó; en segundo lugar, se realizará la gráfica para observar el movimiento que han tenido los pronunciamientos del Consejo de Estado en torno al tema y, finalmente, se darán los resultados y conclusiones que se derivaron del análisis jurisprudencial formulado en un estilo crítico frente al juicio de responsabilidad.

Sentencia arquimédica

Bajo este concepto se comprende la sentencia más reciente en la materia objeto de análisis y a partir de la cual se construye el nicho

citacional resultante de la búsqueda de todos los pronunciamientos que la corporación ha emitido al respecto, con una particularidad en este caso, sin importar la acción utilizada para acceder a la reparación. Se ha identificado como Sentencia Arquimedica (Sentencia Reparación Directa 03713, 2010) la emitida por el Consejo de Estado el 18 de febrero del 2010. En esta decisión se revocó la sentencia apelada, recurso admitido el 12 de julio de 2000, emitida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 24 de febrero del año 2000, que denegó la pretensión indemnizatoria de la demanda presentada el 16 de marzo de 1998 e instaurada por Manuel Narváz Corrales, quien solicitaba declarar administrativamente responsable por los perjuicios sufridos a causa del desplazamiento forzado¹² a: (i) la Nación - Ministerio de Defensa, (ii) Ministerio de Agricultura, (iii) Ministerio del Interior y de Justicia, (iv) Municipio de La Gloria y (v) el departamento del Cesar, debiendo condenárseles por concepto de *daño moral*, *daños materiales* (lucro cesante y daño emergente) y *daño a la vida de relación y familiar*. Esta providencia se emitió habiéndose dispuesto la prelación del fallo el 27 de septiembre de 2006.

Los hechos que sustentaban la pretensión de reparación directa indicaban, entre otras¹³, que (1) a partir de 1989 cerca de 250 familias campesinas ocuparon pacíficamente unos predios rurales en la Hacienda Bellacruz, de los Municipios de Pelaya, La Gloria y Talameque, departamento del Cesar; (2) la ocupación originó diferentes acciones violentas de desalojo contra los campesinos allí ubicados, razón por la cual se instauró una Unidad Militar en la vereda Vista Hermosa dentro de la misma hacienda; (3) a pesar de los intentos de desalojo, los ocupantes alcanzaron el disfrute de la posesión material de la tierra para su aprovechamiento a través de la siembra de diversos cultivos; (4) hacia finales de 1995 los campesinos sufrieron numerosas agresiones de grupos paramilitares, al parecer con anuencia y colaboración de la Fuerza Pública, por lo que el demandante y sus hermanos Eder y Eliseo asumieron un compor-

tamiento de defensa de la comunidad; (5) en la noche del 14 de febrero de 1996, un grupo paramilitar junto al administrador de la hacienda, cometiendo múltiples atropellos contra las familias, impuso un plazo de cinco días “para que abandonaran la tierra y se alejaran por lo menos unos 100 kilómetros de distancia, de lo contrario no respondían por sus vidas”; (6) se causó el desalojo de unas 280 familias; (7) la Fuerza Pública no intervino a pesar de contar con bases militares en la hacienda y otras dos a pocos kilómetros, no hizo nada para repeler el ataque del cual fueron víctimas; (8) el desplazamiento forzado del que fueron víctimas se produjo con el apoyo, tolerancia y aquiescencia de la Fuerza Pública para con los grupos paramilitares; (9) los campesinos instauraron varias querrelas policivas ante las Alcaldías de los municipios de Pelaya, La Gloria y Talameque denunciando los hechos; (10) las autoridades se abstuvieron de tomar medidas para la protección de sus derechos; (11) ante el silencio se dirigieron a la ciudad de Bogotá tomándose pacíficamente, en varias ocasiones, las instalaciones del Incora, entidad que suscribió acuerdos con las familias campesinas y creó una Comisión de Verificación para garantizar su cumplimiento; (12) las condiciones de seguridad continuaron siendo precarias; (13) ante lo escrito decidieron regresar a los predios, siendo asesinados por este hecho Eder y Eliseo, hermanos del demandante, el 28 de septiembre de 1996, por el grupo paramilitar que los había expulsado; (14) las autoridades nacionales y locales incumplieron los compromisos asumidos para con los campesinos en cuanto a la seguridad y fueron incapaces de garantizar el retorno a los predios respecto de los cuales ejercían posesión pacífica; (15) debido a las múltiples amenazas y falta de garantías de seguridad todo el núcleo familiar se vio obligado a abandonar el país en enero de 1997.

La primera instancia pese a encontrar acreditada la existencia de una falla en el servicio, ante la omisión al deber de seguridad y protección de los campesinos ocupantes, en cuanto tuvieron conocimiento directo de los graves he-

chos que por largo tiempo se presentaban, al no demostrarse el daño por cuya indemnización se demandó, y esto es asombroso en nuestro criterio, ya que no se demostró la posesión del predio ocupado ni la propiedad de los bienes y animales de los que alegaban ser dueños, no podía declararse la responsabilidad. Es particular la posición del tribunal porque en la formación del juicio de responsabilidad si se encontrase que el daño no existió este debía terminar allí, ya que adentrarse en el estudio de la imputación es inoficioso. El tribunal confundió el problema del daño, el desplazamiento forzado, con el de su cuantificación, lo cual resulta aún más gravoso porque olvida que la ley lo habilita para acudir a la equidad para fijar cuantías, o para actuar de oficio en ese propósito, o para condenar en abstracto y definir en concreto posteriormente, a través de incidente, las sumas de dinero. Con todo, carece de sentido desde cualquier arista que, demostrada la existencia del daño y encontrando el título de imputación aplicable, no se declare la responsabilidad porque no se sabe a cuánto debe condenarse, ¿juez garantista liberal o autoritario?¹⁴

El Consejo de Estado, establecido el tratamiento normativo y jurisprudencial del desplazamiento forzado en la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró: **(a)** que el desplazamiento forzado constituye una violación múltiple, masiva, generalizada, continua y sistemática de los derechos y **(b)** que en los casos en que se persigue configurar y declarar la responsabilidad del Estado atribuyendo a la administración una omisión derivada del presunto incumplimiento de las funciones u obligaciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado a su cargo, el título de imputación aplicable es el de la *falla del servicio*, procediendo a establecer los requisitos que deben cumplirse para que esta se materialice, los cuales se deben verificar en el caso concreto para así declarar la responsabilidad del Estado, al siguiente tenor:

- (1) Debe existir un daño antijurídico, para el caso lo constituye el desplazamiento forzado.
- (2) Debe efectuarse el contraste del contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado¹⁵.
- (3) Debe verificarse el grado de cumplimiento u observancia del mismo por la autoridad demandada en el caso concreto¹⁶, atendiendo las exigencias derivadas de la posición de garante¹⁷. Imputación del daño.
- (4) Debe examinarse si la falencia ha tenido o no relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño¹⁸.

Acreditados estos elementos se tiene que la conducta de la autoridad fue inadecuada, configurándose la lesión causada al particular como un daño antijurídico.

Con base en los hechos probados, el Consejo de Estado determinó que: **(i)** existió una incursión de un grupo ilegal que sembró el terror en las familias campesinas, amenazó para que abandonaran los predios ocupados, quemó y destruyó viviendas, cultivos, animales, lo cual condujo al desplazamiento forzado; **(ii)** el grupo ilegal avanzó sin tropiezo hasta cumplir sus amenazas, desconociendo los derechos fundamentales de las personas; **(iii)** las acciones del grupo armado ilegal fueron conocidas por el Estado, el grupo ilegal hizo pública la amenaza de tomarse los predios y atentó contra la vida e integridad; **(iv)** las familias desplazadas estuvieron informando y solicitando protección a las autoridades civiles, militares, policivas y organismos nacionales. Denuncias y quejas que no fueron atendidas en forma efectiva; **(v)** existieron acuerdos entre los campesinos y el gobierno para garantizar protección y seguridad luego del desplazamiento, siendo estas medidas incapaces e incumplidas; **(vi)** a pesar de tratarse de un hecho previsible y de contar la Fuerza Pública con un número superior a 130 efectivos en la región (contaba con los recursos suficientes para hacerlo), no se adoptaron medidas estatales serias, contundentes y eficaces que hubieran impedido o confrontado la incursión paramilitar o producida esta, que enfrentara

y devolviera el goce y disfrute de la posesión pacífica que se ejercía, existiendo una conducta pasiva o al menos totalmente ineficaz; (vii) si la Fuerza Pública hubiese decidido evitar la agresión (incapacidad e indiferencia) y defender a la población bien habría podido interrumpir el proceso causal iniciado con las amenazas; (viii) el Ejército Nacional en cuanto tuvo conocimiento efectivo de la situación de peligro asumió posición de garante frente a la integridad de las personas; (ix) si bien el desplazamiento forzado fue generado por un tercero, su resultado (daño anti-jurídico) es atribuible a la administración pública por el desconocimiento del deber de protección y cuidado establecido en el artículo 2º constitucional.

De otra parte, en lo que constituye *ratio decidendi*, se hizo referencia a un elemento adicional transcendental al indicar: (x) si el grupo de desplazados no hubiese solicitado en forma expresa seguridad y protección a la Fuerza Pública, esta debía ser suministrada de forma espontánea y sin requerimiento alguno dada la cercanía de unidad militar; (xi) aunque no existe prueba de la participación directa y activa de la Fuerza Pública en la incursión armada, sí se acredita que el desplazamiento no fue sorpresivo, por el contrario, estaba anunciado (no fue un evento instantáneo, se prolongó en el tiempo y durante varios meses) y el conocimiento (no se trató de un asunto imperceptible y de poca monta) previo de las autoridades permitía y exigía haber tomado las medidas correspondientes; (xii) aunque no se acreditó que se hubieren impuesto sanciones penales o disciplinarias a los oficiales que fueron sindicados del delito de concierto para delinquir, es particular que después de un plazo de cinco días que otorgó el grupo paramilitar a los campesinos, no hubiese habido reacción alguna de la Fuerza Pública; (xiii) la *relatividad de las obligaciones del Estado*, conforme a la cual “nadie está obligado a lo imposible” (no son imputables los daños cuando son causados por los particulares ya que las obligaciones del Estado están limitadas por las capacidades que en cada caso se establezcan), no lo excusan del incumplimiento de sus

obligaciones, debiendo indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir con lo que le correspondía; (xiv) no acreditó el Ejército y la Policía Nacional, que le hubiera sido imposible defender a la población desplazada; imposibilidad que sí se predica frente a las entidades territoriales y ministerios demandados; (xv) acreditó el demandante su calidad de poseedor de un predio y su explotación económica.

El juez encontró que el daño era imputable jurídicamente a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército y Policía Nacional, a título de falla del servicio, siendo procedente declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial al tipificarse las cuatro subreglas mencionadas, puesto que al estar en posición de garante incumplieron con los deberes de protección y seguridad encomendados constitucionalmente, al actuar de manera permisiva en la producción del daño que constituye una grave violación de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, en una de sus más censurables y execrables modalidades.

Por lo anterior, el Consejo de Estado condenó al Estado por concepto de *daños inmateriales*, al *daño moral* debido a que, reiterando jurisprudencia en esta tipología, constituye un hecho notorio que el desplazamiento forzado produce un daño moral, en la cuantía por la que se condena cuando se considera que existió mayor grado de intensidad del daño (100 SMLMV, Salario Mínimo Legal Mensual Vigente), exceptuando por este rubro a uno de los hijos del demandante ante la inexistencia de pruebas que acreditaran la relación de parentesco¹⁹; por concepto de *alteración grave de las condiciones de existencia*²⁰, en análisis de los hechos y en reiteración jurisprudencial, consideró que se configuraba este tipo de daño, cuya causación se constituye en un hecho notorio condenando al pago de 50 SMLMV; por concepto de *daños materiales* se consideró que no existían elementos de prueba que permitieran acreditar un perjuicio cierto a pesar de existir posesión sobre el lote de terreno del cual fueron desplazados

y el cual explotaba económicamente, no podía determinarse la pérdida de ingresos ni el periodo a indemnizar, siendo incoherente el dictamen que se presentó con tal fin, dada la poca credibilidad de sus conclusiones; así condenó en abstracto para que en incidente posterior de liquidación de perjuicios se establezca el monto por medio de peritos y señaló los criterios que debía tener en cuenta el dictamen. El Consejo de Estado consideró que un periodo de tiempo razonable para estimar que el desplazado se ha recuperado frente al hecho dañino es de dos años, debiendo realizarse la liquidación de los perjuicios materiales con base en este lapso.

Asimismo, por tratarse de una grave violación de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y con fundamento en la reparación integral del daño, determinó, bajo el principio de justicia restaurativa, *medidas de satisfacción* simbólicas o conmemorativas, compensatorias y no sancionatorias, solicitar el inicio de investigaciones penales, la publicación de la parte resolutive de la sentencia en los municipios y batallón involucrado y responsable, así como el establecimiento de una placa en los mismos para el conocimiento de los hechos para las futuras generaciones, y *garantías de no repetición*, medidas de carácter administrativo basadas en la función preventiva de la responsabilidad, protección de la dimensión objetiva de los derechos o restablecimiento del núcleo del derecho, procedente a causa de la magnitud, anormalidad y excepcionalidad del daño, de remisión de la parte resolutive de la sentencia y el acápite de la responsabilidad por omisión a toda la estructura militar del país.

Sentencia fundadora

Bajo este concepto se comprende la primera sentencia que emitió la corporación en torno a la materia objeto de análisis y se obtiene una vez se ha construido el nicho citacional resultante de la búsqueda de todos los pronunciamientos que ella ha emitido al respecto con una particularidad, se reitera, sin importar la acción

utilizada para acceder a la reparación. El rastreo de las sentencias que conforman el nicho citacional arrojó como resultado que la Sentencia Fundadora (Sentencia Acción de Grupo 9001, 2002) de la línea corresponde a la emitida por el Consejo de Estado el 5 de diciembre de 2002. En esta decisión se confirmó la sentencia apelada, emitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 27 de junio de 2002, que denegó la pretensión resarcitoria de grupo de la demanda presentada e instaurada por siete núcleos familiares integrados por 33 personas, en representación del grupo, quienes solicitaban obtener el reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios sufridos a causa de los hechos que dieron lugar a su desplazamiento involuntario de parte de: (i) la Nación-Ministerio de Defensa, (ii) Ejército Nacional, debiendo condenársele por concepto de *daño moral*, *alteración de las condiciones de existencia* y *daños materiales* (lucro cesante y daño emergente). Esta providencia se emitió sin haberse dispuesto prelación para su fallo. El grupo en la demanda, ante la “protuberante omisión estatal”, se consideró integrado por 7000 personas.

Los hechos que sustentaban la pretensión indicaban, entre otros: (1) en el segundo trimestre de 1998, entre el 5 y el 18 de noviembre, el jefe de las Autodefensas Unidas de Colombia, Carlos Castaño Gil, y el “cabecilla paramilitar de Santander y el sur del Cesar”, alias Camilo Morantes, anunciaron públicamente su intención de desarrollar “ofensivas totales” en el sur del Bolívar y el Magdalena Medio hasta controlar estos territorios y para lo cual destinarían “centenares de hombres, armas e ingentes recursos económicos”; (2) en cumplimiento del anuncio se cometieron varias masacres, asesinatos colectivos, saqueos, destrucción de bienes civiles, ocupación de caseríos y cabeceras municipales por varios días, en distintos municipios del sur del Bolívar; (3) realizaron continuos “retenes” sobre los ríos Cauca y Magdalena en los que “desaparecieron personas, decomisaban alimentos y anunciaban masacres”; (4) la Fuerza Pública no combatió ni neutralizó tales ac-

tos; **(5)** ante el “temor y la incertidumbre” producida en los pobladores de la zona “millares de campesinos y pequeños mineros” se vieron forzados a desplazarse de sus fundos y propiedades hacia los municipios de San Pablo y Arenal (Bolívar), Barrancabermeja (Santander) y Bogotá D.C.; **(6)** los desplazados exigieron al gobierno nacional la instalación de una mesa de trabajo para abordar el tema del desplazamiento forzado y buscar fórmulas para garantizar un retorno seguro. El 20 de agosto de 1998 el presidente de la República atendió a los voceros comprometiéndose a instalarla en Barrancabermeja a través del Ministerio del Interior; **(7)** la “Mesa Regional de Trabajo Permanente por la Paz del Magdalena Medio”, como espacio de interlocución y negociación, fue instalada el 23 de agosto de 1998. El auspicio y apoyo abierto de militares y otros agentes del Estado, de grupos económicos y multinacionales a los grupos paramilitares, el desmonte de los servicios especiales de vigilancia privada conocidas como “Convivir”, diseño de políticas estatales de control y lucha contra el paramilitarismo, inversión social en las zonas y creación de condiciones para el retorno seguro de los desplazados, entre otros, fueron las temáticas tratadas; **(8)** el éxodo de “cerca de 10.000 campesinos” se inició el 29 de junio y culminó el 4 de octubre de 1998, día en que se firmó con el presidente de la República un acuerdo de garantías para el retorno, este contó con el aval de la Fiscalía General y el procurador general de la Nación y se comprometían a garantizar la seguridad pública y a proteger la vida de los habitantes; **(9)** los grupos paramilitares durante el 25 de octubre y el 18 de noviembre, en diferentes incursiones a los municipios, veredas y corregimientos del sur de Bolívar, asesinaron, secuestraron, desaparecieron personas, saquearon, destruyeron y hasta incineraron bienes muebles e inmuebles e interrumpieron temporalmente la circulación de transporte terrestre y fluvial en parte del territorio; **(10)** el Estado no hizo presencia pese a los llamados urgentes realizados por los voceros de los campesinos, las ONG, derechos humanos y distintas entidades del gobierno para que pro-

tegieran la vida, libertad, tranquilidad y bienes de los pobladores de la zona; **(11)** el 18 de noviembre de 1998 los paramilitares abandonaron los sectores agredidos tomándose previamente la cabecera del municipio de Río Viejo, lugar en el que se encontraban más de 4000 desplazados, reuniéndolos en un establecimiento deportivo donde maltrataron y vejaron a algunos, profiriendo amenazas y advirtiendo que solo podían retornar a la zona después de un término de seis meses quienes estuvieran “limpios”; **(12)** ni el Ministerio de Defensa ni el Ejército Nacional actuaron para garantizar los derechos fundamentales de los pobladores del sur de Bolívar pese a tener en el área “varias unidades”; **(13)** los hechos ocasionaron el desplazamiento forzado.

El tribunal negó las súplicas de la demanda debido a que si bien encontró probado que en el periodo señalado por los solicitantes se produjo “una incursión de un grupo armado ilegal correspondiente a las autodenominadas autodefensas”, es evidente que tal organización es la causante directa de los perjuicios alegados, pues fue quien perpetró los ataques a la población civil desarmada y no las autoridades demandadas por la omisión en que se funda la demanda. El tribunal también señaló que no existe prueba que demuestre el daño patrimonial sufrido²¹; que existieron comunicaciones dirigidas entre las autoridades municipales que dan cuenta de los hechos, pero con fecha posterior al ataque que produjo el desplazamiento; que se determinó en acta que 16 municipios de ese departamento no cuentan con presencia de la Fuerza Pública e informe que indica que ella no dispone de recursos económicos ni materiales, pero que el gobierno debe realizar esfuerzos; que en materia de orden público existe la probabilidad de atentados terroristas, pero la incapacidad del Estado para prevenir tal situación no necesariamente constituye una falla del servicio; que se constató que en los municipios no hay estacionados en forma permanente unidades de Policía debido a que se han retirado a causa de los ataques que destruyen las instala-

ciones, bajas en la fuerza y es un territorio extenso de mínimo desarrollo urbano e insuficiente presencia estatal; que al Estado, en la época y actualmente, no le es posible brindar protección militar a todas las personas y propiedades debido a que no cuenta con los recursos materiales ni humanos para controlar las extensas porciones del territorio que resultan afectadas por la presencia de grupos armados e ilegales, la protección de los habitantes no puede entenderse de manera absoluta y hay que entender objetivamente las condiciones reales del Estado. En consecuencia, en su sentir, no se probó la falla en el servicio y el nexo causal.

El Consejo de Estado constató la integración de cada núcleo familiar (lo cual evidenciaba claramente un número mayor a 20 personas conforme a la exigencia del artículo 46 de la Ley 472 de 1998), adentrándose en un estudio detallado, *in extenso*, de la acción de grupo señalando: **(a)** el grupo se define solo con quienes fueron desplazados antes de suscribirse al acuerdo y que a raíz de este retornaron a sus lugares de origen para luego, por los hechos sucedidos entre el 5 y el 18 de noviembre de 1998 y ante la presunta omisión del Estado, ser forzados a movilizarse a otros lugares del país; **(b)** estas condiciones uniformes respecto de la causa no las reúnen todos los demandantes porque no se demostró que hubieran sido desplazados antes del 4 de octubre de 1998, ni que hubieran retornado a sus lugares de origen luego de firmarse el acuerdo y menos que por los hechos descritos hubieran tenido que desplazarse; **(c)** los anteriores son los aspectos que permiten, de prosperar la acción, el reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios morales sufridos; **(d)** no se prueba ni siquiera de forma sumaria la propiedad de los bienes inmuebles y muebles sobre los cuales se pide el reconocimiento y pago de indemnización por perjuicios materiales; **(e)** no se demuestra que con antelación a los sucesos presentados en las distintas poblaciones, aceptando que los hechos afirmados en la demanda ocurrieron, la Fuerza Pública hubiera tenido el conocimiento suficiente que le

permitiera tomar oportunamente las medidas para evitar la incursión de los grupos armados al margen de la ley y así evitar el daño generado por el posterior desplazamiento; **(f)** entre el 5 y el 18 de noviembre de 1998 existieron hechos que generaron desplazamiento en los lugares que indica el libelo, teniendo conocimiento de los mismos las autoridades a través de diferentes comunicaciones que fueron posteriores a la ocurrencia de cada uno de los actos; **(g)** las fuerzas armadas utilizaron los recursos con los que contaban para dar cumplimiento a su deber; **(h)** si bien podría considerarse que no fueron suficientes las medidas para contrarrestar el ataque paramilitar, no se demostró que las fuerzas militares contarán con equipo humano y técnico disponible, suficiente en calidad y cantidad para evitar los hechos que dieron lugar al desplazamiento; **(i)** está probado que el Ejército ejerció actividades de control militar de la región a pesar de que los recursos con que contaban fueran insuficientes; **(j)** conforme al texto del acuerdo no puede este considerarse incumplido por el gobierno nacional; **(k)** en la respuesta a la demanda se indica que las actuaciones de los grupos alzados en armas son inciertas, lo cual constituye caso fortuito o fuerza mayor, por lo que precisa que en todo caso las autoridades y en especial la Fuerza Pública estarán atentas a conjurar toda actuación de orden público que pueda provocar el fenómeno del desplazamiento forzado.

El juez encontró que la ley exige rigor en la técnica para la elaboración de la demanda en la acción de grupo, razón por la cual se requiere de abogado, lo que para el caso no se cumplió porque el grupo no reunía las condiciones uniformes respecto de la causa que pudo originar perjuicios individuales, al igual que no se presentaron los demás elementos que podrían configurar la responsabilidad. Todo lo cual, en su criterio, debe verificarse al momento de resolver la admisión de la demanda.

De este análisis no queda menos que el asombro y una impresión de desazón en el inte-

lecto. Según el Consejo la pretensión en las acciones de grupo debe resolverse en la admisión de la demanda. Ninguna otra conclusión puede obtenerse si exige que en este acto se examine y tenga plena certeza que se encuentran presentes los elementos que configuran la responsabilidad. Gravosa afirmación que desconoce el agotamiento del debate probatorio, la necesidad de la traba en la relación jurídico-procesal, los conceptos de presupuestos procesales y presupuestos de la pretensión y la naturaleza cognoscitiva del proceso en la determinación de la existencia de un daño y su reparación.

Contradictorio, por decir lo menos, resulta también la afirmación de que la Fuerza Pública no tuvo conocimiento previo al acaecimiento de los hechos cuando, precisamente, lo que impulsó la celebración del acuerdo fueron los actos violentos, la valoración del contexto es nula. Asimismo se observa cómo se asume una posición apática e insensible frente a la situación de las víctimas al indicar que “los hechos que violan los derechos humanos efectuados por grupos paramilitares contra la población civil en esa región llevan ‘más de una década’”. Un estado de normalidad en criterio de la decisión.

Las pruebas en el proceso apuntaban a configurar una falla en el servicio por omisión y a formular la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado. Sin embargo, ello no fue posible porque el Consejo de Estado aplicó al caso la lógica de la responsabilidad del Estado por actos terroristas, la cual es radicalmente distinta a la que se deriva del desplazamiento forzado. En otras palabras, se desconocieron los hechos, las pruebas y la jurisprudencia constitucional existente hasta la fecha de la sentencia²². Es este un vivo ejemplo de vía de hecho en casi todas sus manifestaciones y del establecimiento de una carga probatoria imposible de cumplir para la víctima, carga propia del régimen desafortunadamente aplicado que en *ratio decidendi* dirá que: **i)** el desplazado debe demostrar que las fuerzas militares contaban con equipo humano y técnico disponible, suficiente en calidad

y cantidad para evitar los hechos que dan lugar a un desplazamiento forzado, **ii)** a pesar de que las medidas que tome la Fuerza Pública para contrarrestar un ataque sean insuficientes, se da cumplimiento al deber al darse utilización a los recursos con que se cuentan, **iii)** la celebración de acuerdos con las comunidades en los que se reconocen derechos y obligaciones pueden ser incumplidos (sin que ello se traduzca en una omisión) sin consecuencia alguna, basta con que la administración allegue diferentes documentos que demuestren “el compromiso de respeto a los derechos humanos” en el papel²³, **iv)** las actuaciones de los grupos alzados en armas son inciertos, lo cual constituye caso fortuito o fuerza mayor, **v)** las autoridades y en especial la Fuerza Pública estarán atentas a conjurar toda actuación de orden público que pueda lesionar la vida de las personas o provocar el fenómeno del desplazamiento forzado, lo cual en el caso fue retórico.

Sentencia hito

Bajo este concepto se comprende la sentencia en donde la corporación incluye subreglas para resolver el problema jurídico. Generalmente la sentencia hito marca el cambio de dirección en la resolución de la cuestión hecha por el juez, se reitera, sin importar la acción utilizada para acceder a la reparación. Se ha identificado como sentencia hito (Sentencia Acción de Grupo 00213, 2006) la emitida por el Consejo de Estado el 26 de enero del 2006. En esta decisión se modificó la sentencia consultada, emitida por la subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de julio del año 2004, que accedió a la pretensión indemnizatoria de grupo de la demanda presentada el 29 de mayo de 2001 e instaurada por un núcleo familiar integrado por cinco personas, en representación del grupo, quienes solicitaban declarar responsable, a título de falla del servicio por acción y omisión, por los perjuicios sufridos a causa del desplazamiento forzado a: la Nación - (i) Ministerio de Defensa, (ii) Ejército Nacional, (iii) Policía

Nacional, debiendo condenárseles por concepto de *daño moral*, *daños materiales* (lucro cesante y daño emergente) y por *alteración a las condiciones de existencia y a la vida de relación*. Esta providencia se emitió sin haberse dispuesto la prelación del fallo, la misma se solicitó pero fue negada.

Los hechos que sustentaban la pretensión indicaban, entre otros: (1) en la edición de marzo 15 de 1999 se publicó en el periódico *El Tiempo* de Bogotá una entrevista concedida por el cabecilla paramilitar Carlos Castaño en la que anunció una arremetida militar contra la región del Catatumbo, Norte de Santander; (2) las operaciones paramilitares iniciaron el 29 de mayo de 1999, cuando centenares de paramilitares pretendieron tomarse la cabecera del corregimiento de La Gabarra; (3) siendo contenidos por grupos guerrilleros, que les opusieron resistencia; (4) razón por la cual instalaron una base y un retén permanente en la vereda Vetas de Oriente, cometiendo múltiples crímenes, dando muerte a cinco activistas comunales de la región; (5) ante lo inminente del ataque paramilitar, más de 3000 pobladores de La Gabarra se desplazaron buscando refugio en la República Bolivariana de Venezuela; (6) mediante acuerdo de los gobiernos de Colombia y Venezuela los refugiados fueron transportados por el Ejército hasta el municipio de Cúcuta, donde fueron entregados a las autoridades colombianas y conducidos al coliseo Eustorgio Colmenares; (7) un lugar que abandonó la mayoría de las familias por las precarias condiciones en las que se encontraban, para buscar refugio en casas de amigos o familiares; (8) en aquel lugar permanecieron 120 personas en búsqueda de una solución definitiva a su problema; (9) ante la presión de la opinión pública y la comunidad internacional, el gobierno ordenó el cercamiento militar de la cabecera del corregimiento de La Gabarra; (10) operación que no tuvo ningún efecto porque los paramilitares continuaron controlando el ingreso y la salida de los habitantes de la población, así como de alimentos y medicamentos, cometieron homi-

cidios y desapariciones forzadas de personas y se enfrentaron a grupos guerrilleros; (11) una situación que motivó a más de 700 pobladores a desplazarse, instalándose en improvisados ranchitos de plástico, al margen del río Catatumbo, donde enfrentaron fuertes lluvias, desabastecimiento alimentario y nulas condiciones sanitarias; (12) centenares de personas, individualmente o por grupos familiares, también se desplazaron forzosamente hacia lugares del país, entre ellas la familia del señor Jesús Emel Vacca, quienes el 2 de junio de 1999 abandonaron todo cuanto tenían para desplazarse hacia la ciudad de Cúcuta, donde se enteraron de que todos sus bienes habían sido ocupado por los paramilitares y entonces buscaron refugio en casa de familiares en el municipio de Pie de Cuesta, Santander; (13) el 17 de junio de 1999, el grupo paramilitar incursionó en el municipio de Tibú sin encontrar ninguna resistencia de los agentes de la Policía instalados en el cuartel ni de los efectivos del Batallón n.º 25, masacraron a 13 personas y dejaron heridos a un número indeterminado de pobladores civiles; (14) el 21 de agosto de 1999, los paramilitares ocuparon La Gabarra, sin encontrar resistencia de las tropas del Ejército Nacional, y dieron muerte a 29 personas e hirieron a más de 12; (15) las investigaciones penales y disciplinarias adelantadas por la Fiscalía y la Procuraduría General de la Nación han permitido establecer que el ingreso de estos grupos fue coordinado por efectivos de la Policía y del Ejército Nacional.

La instancia concluyó que los requisitos para la procedencia de la acción se cumplieron y que dada la pretensión de contenido exclusivamente indemnizatorio, era pertinente declarar la responsabilidad patrimonial ya que se acreditó el desplazamiento forzado a que se sometió la población y la falla en la prestación del servicio por la omisión de las autoridades públicas de cumplir su deber de protegerla, ya que no adelantaron ninguna operación estratégica ni militar tendiente a impedir la incursión paramilitar, a pesar que tenían conocimiento previo de que esta se iba a producir y que los

violentos pasaron por los sitios donde se encontraban instalados el Batallón de Contraguerrilla n.º 46 y la estación de Policía de La Gabarra y solo hicieron presencia en el corregimiento el día siguiente de la toma, cuando ya se había consumado la masacre de los pobladores y el desplazamiento forzado.

El Consejo de Estado determinó que: (i) se dio cumplimiento a los requisitos de procedibilidad de la acción²⁴, (ii) se acreditó el hecho que dio origen al daño cuya indemnización se reclama, el desplazamiento forzado, (iii) del grupo de personas que salieron del corregimiento como consecuencia de la incursión paramilitar, algunos tuvieron la condición de desplazados al tener allí su residencia o ejercer actividad económica habitual, en total 265 personas, (iv) el Estado debe utilizar todos los medios que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas de parte de las demás autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal²⁵, (v) para declarar la responsabilidad del Estado por omisión es necesario que:

- (1) Exista una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios.
- (2) La omisión de poner en funcionamiento los recursos con que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso.
- (3) Un daño antijurídico.
- (4) La relación causal entre la omisión y el daño²⁶.

(vi) Las autoridades públicas tenían la posibilidad de interrumpir el proceso causal porque tuvieron conocimiento previo de que el hecho se iba a producir, (vii) para que pueda considerarse que el Estado es responsable por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se re-

quiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a este no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Cuando la situación de amenazas es conocida, notoriedad pública, por la autoridad ni siquiera se necesita de un requerimiento previo, (viii) las actuaciones adelantadas por la nación no solo no mostraron ninguna eficacia para impedir o confrontar la incursión paramilitar, sino que tampoco la mostraron para confrontarla e impedir el desplazamiento de pobladores, (ix) se evidencia de las pruebas, que se dejó a cargo de los miembros del Ejército y Policía que operaban en la región la responsabilidad para confrontar un ataque de proporciones muy considerables, (x) existió ausencia de intervención de los miembros de las fuerzas armadas y de Policía que operaban en la región, ante la llegada del numeroso grupo de paramilitares en su paso por sitios donde se hallaban instalados los comandos, además de la colaboración que, según investigación disciplinaria, prestó un miembro de este último, (xi) la incursión paramilitar, comisión de masacres selectivas y amenazas, dieron lugar a los daños derivados del desplazamiento forzado, ante el temor de perder la vida, (xii) la incursión era previsible, fue conocida por la autoridad policial, sin ejercer los deberes de protección de los derechos fundamentales de la población, (xiii) el hecho pudo ser resistible y controlable teniendo en cuenta el número de insurgentes y los medios con los que se desplazaron, (xiv) no es dable hablar de solidaridad cuando la Policía y el Ejército no son más que organismos de una misma persona jurídica y la responsabilidad solidaria es propia del daño que se causa por dos o más personas.

Frente a la tipología de daños cuya reparación se solicitó, desde esta decisión se definió que el *daño moral* constituye un hecho notorio, condenándose al pago a cada miembro del grupo, por este rubro, de 50 SMLMV. Al margen de este análisis se hace referencia a un elemento determinante de la indemnización y es que ella no se afecta porque las víctimas o algunas de

ellas hubiesen retornado al sitio de expulsión. De otra parte, no se reconocieron *daños materiales* ya que no fueron debidamente demostrados. Lo mismo aconteció de cara a la *alteración a las condiciones de existencia y a la vida de relación*.

Sentencias confirmatorias

Bajo este concepto se comprenden los fallos en los que la corporación mantiene una manera constante de resolver el problema jurídico, siendo indiferente si es declarada o no la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado; lo importante en el punto es que las subreglas fijadas en la sentencia hito se observen, que el esquema de resolución a la cuestión se formule con base en lo allí establecido. Se han identificado como sentencias confirmatorias las emitidas por el Consejo de Estado el 16 de marzo de 2006, 15 de agosto de 2007 y 15 de agosto de 2007.

Sentencia confirmatoria 1

En esta decisión (Sentencia Acción de Grupo 01472, 2006) el tribunal consideró que se probó la existencia del desplazamiento forzado cuya coacción, entre otras, se descubre en la realización de una masacre y la falla en la prestación del servicio a causa de la situación de desprotección de los pobladores, ya que existió conocimiento oportuno del ataque subversivo inminente. Las respuestas a las peticiones elevadas son incomprensibles y desconocen por completo las coordenadas geográficas del lugar donde se presentaban los conflictos, muestra de la falta de interés de la Fuerza Pública ya que si se hubieran tomado las medidas militares a tiempo se hubiese podido evitar la tragedia. Si el hecho es de carácter súbito e inesperado para las autoridades no puede imputarse responsabilidad, lo cual ocurrió. El Consejo de Estado revocó al considerar que el Estado no fue el que causó jurídicamente el daño, que el a quo analizó situaciones que ocurrieron en un primer momento de coacción que no fue el hecho deman-

dato, el cual fue posterior, pasó por alto toda la diligencia estatal dentro del concepto de la responsabilidad relativa²⁷ y también los medios de convicción sobre imprevisibilidad, la cual le fue suficiente por el estado de desorden público que se había presentado en el pasado en la región, siendo ello insuficiente, aunque se haya acreditado el daño.

El Consejo encausó el problema jurídico en el escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas, donde la conducta dañosa es desarrollada por un tercero ajeno a la estructura pública, siendo ella imputable al Estado por acción u omisión bajo los títulos de falla del servicio²⁸ o riesgo excepcional²⁹, según el caso. Por lo anterior, el análisis de la responsabilidad patrimonial lo formuló bajo el título de *falla probada del servicio*, conforme al cual corresponde probar a quien alegó las afirmaciones definidas³⁰ en la demanda, los elementos que estructuran la responsabilidad: la conducta de omisión, retardo, irregularidad o ineficiencia de la administración; el daño anti-jurídico y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre la anomalía y el daño. Según el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa la falla probada del servicio constituye, en estos casos, el orden lógico procesal, cualquier otra consideración sería invertirlo.

El Consejo de Estado dio absoluta credibilidad a los documentos públicos de las fuerzas militares, que tenían la firme intención de repeler los ataques, calificando de ineficaces las declaraciones de parte frente aquellos, descalificando el daño que se encontraba debidamente probado y sus nefastas consecuencias a pesar del conocimiento previo de la coacción que se presentaría. El Consejo cometió un error craso al delimitar los hechos a unas 24 horas precisas, el demandante fue claro al establecer una franja de tiempo porque todo él (tres semanas), entendido como un contexto, fue el causante del desplazamiento, de tal forma que los hechos antecedentes fueron causas que impulsaron la

expulsión. Una interpretación muy rígida, obnubilada por la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas, propia de los ánimos de la época, redujo al papel de derecho que por las circunstancias y bajo el entendido adecuado de la materia debía haberse concedido. En el caso no era siquiera necesario el requerimiento de solicitud expresa porque la situación de amenaza era conocida y notoria. Se desconoció en esta decisión, sin duda alguna, el precedente fijado en la sentencia del 26 de enero de 2006.

Sentencia confirmatoria 2

En esta decisión (Sentencia Acción de Grupo 0004, 2007) el tribunal negó las pretensiones de la demanda debido a que si bien se cumplieron los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la acción, que se acreditó efectivamente la ocurrencia de los hechos y daños, no se encontró acreditada la falla del servicio que se atribuye al Estado en relación con los daños sufridos, ya que fueron realizados por grupos al margen de la ley, en actos que fueron contrarrestados con gestiones que estuvieron al alcance para contrarrestar la acción del grupo armado, sin existir prueba que demuestre que se actuó en complicidad de los irregulares. No puede exigírsele al Estado que se convierta en ser omnipotente ya que es una función imposible de lograr. Finalmente, hace referencia a la sentencia fundadora, la cual calificó de “sentencia analógica cerrada”, en una especie de seguimiento dogmático o religioso, imposibilitándose la imputación del daño al Estado.

El Consejo de Estado revocó la sentencia recurrida accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda para reconocer la indemnización a quienes demostraron que tenían su domicilio o ejercían habitualmente su actividad económica en el corregimiento de Filo Gringo antes de septiembre de 1999 y se vieron forzados a desplazarse, lo anterior debido a que **i)** se dio cumplimiento a las formalidades y requisitos de procedibilidad de la

acción, **ii)** existió una migración masiva de los pobladores de Filo Gringo, **iii)** existe prueba de la condición de desplazados de algunos de los accionantes conforme a la ley, **iv)** el desplazamiento causó dolor moral y alteró las condiciones materiales de existencia de las víctimas. El daño moral bajo el desplazamiento forzado lo calificó como un hecho notorio apoyado en jurisprudencia constitucional. La alteración de las condiciones materiales de existencia se concedió por lo que significa el hecho en sí mismo, no le dio la entidad de hecho notorio y se condenó por ambas tipologías al pago de 50 SMLMV, **v)** el grupo armado ilegal causó daños a algunas viviendas, **vi)** existía un verdadero conflicto en el Catatumbo vinculado con la incursión violenta en Filo Gringo, **vii)** si bien no puede derivarse responsabilidad del Estado por haber colaborado la Fuerza Pública con la llegada e incursión del grupo a la región o por haber participado en las masacres, existió omisión de la conducta debida y posibilidad que de haberse actuado se hubiera impedido la producción del daño, **viii)** para que exista responsabilidad del Estado por omisión al imputarse un daño por falta de protección se requiere previo requerimiento a la autoridad, requerimiento que no exige ninguna formalidad ya que todo depende de las circunstancias de cada caso, al punto que ni siquiera este es requerido cuando la situación de amenaza es conocida por la autoridad. En el caso las autoridades tuvieron conocimiento previo, inclusive antes de su ejecución, no solo del momento en que se produjo la incursión sino de las amenazas y, si bien fueron emitidas órdenes, instrucciones y operaciones para detener los ataques, no existe prueba que acredite que las mismas fueron efectivamente cumplidas, ni de haber sido atendidas, en qué circunstancias lo fueron ni mucho menos cuál hubiera sido el resultado de las mismas, hasta qué punto implican una protección, **ix)** las amenazas lanzadas fueron cumplidas, objetivo hasta el cual avanzó con paso seguro, con permanencia en el lugar durante un tiempo que permitió la causación de daños materiales, sin

que durante esta permanencia se haya demostrado que hubiese habido enfrentamientos con la Fuerza Pública, **x**) no se adelantó ninguna acción eficaz tendiente a impedir la coacción ni a proteger la población civil, las acciones tomadas fueron posteriores a la incursión que ocasionó los daños, sus resultados fueron mínimos y aislados en proporción a la grave situación de violencia que se vivía, la cual se traduce en una respuesta omisiva y falla del servicio de seguridad, **xi**) la entidad del ataque por la gravedad de los delitos cometidos y el numeroso grupo de insurgentes ameritaba medidas estatales serias que, de manera contundente y exitosa, impidieran o confrontaran la incursión, o producida, la frenaran o enfrentaran, **xii**) la defensa se dejó a cargo de la fuerza que operaba en la zona, para quien sí era imposible defender a la población, que ante su incapacidad para confrontar tan desproporcionado actuar asumió una conducta pasiva, totalmente ineficaz, no siendo esta posición predicable de la Fuerza Pública, **xiii**) para el ejercicio eficaz de la defensa de todas las personas contra cualquier agresión se entrega al Estado el monopolio de las armas, por ello le es exigible adelantar todas las acciones militares necesarias y eficaces, **xiv**) si el Estado hubiera decidido evitar la agresión y defender a la población hubiera podido interrumpir el proceso causal.

Frente a los daños materiales, aunque se carece de información sobre los daños causados, en aplicación al principio de equidad, la Red de Solidaridad Social concedió ayuda humanitaria por destrucción de bienes por 10 SMLMV. Asimismo indicó que no hay lugar a descontar de la indemnización las sumas que las víctimas recibieron del Estado durante el desplazamiento.

Sentencia confirmatoria 3

En esta decisión (Sentencia Acción de Grupo 00385, 2007) el tribunal consideró que se configuró una falla en el servicio de seguridad, el cual corresponde al Estado a través

de las Fuerzas Militares, a partir de que el ataque no fue sorpresivo ya que las autoridades estaban alertadas sobre la posible ocurrencia de los hechos. Las operaciones de registro y control realizadas antes y después de los hechos violentos fallecen al presentarse ausencia en el combate de las tropas directamente responsables de la seguridad en la región, siendo además ineficaces para contrarrestar el ataque, omisión que facilitó la arremetida y, en consecuencia, se configura un daño imputable al Estado. El Tribunal condenó por daño moral, no reconoció la alteración en las condiciones de existencia por ausencia de pruebas, ni daño material alguno.

El Consejo de Estado, al profundizar sobre la naturaleza y características de la Acción de Grupo y el tratamiento normativo y jurisprudencial del fenómeno del desplazamiento interno forzado, sobre el caso concreto determinó que los requisitos de procedibilidad³¹, dentro de los cuales se encontraba la preexistencia del grupo que fue expulsada desde la Sentencia C-569/04, se cumplieron a cabalidad. Asimismo reitera que cuando se endilga a la administración una omisión derivada del supuesto incumplimiento de las funciones u obligaciones legalmente a su cargo, el título de imputación aplicable es la falla del servicio, luego, si se establece que la entidad responsable no ha atendido el contenido obligacional o lo ha hecho de manera deficiente o defectuosa, omitido el cabal cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, debe precisarse si dicha falencia tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada³².

Frente a los elementos que deben concurrir para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa determinó: **i**) que existen obligaciones normativamente atribuidas al Ejército, **ii**) se comprobó la falta de atención o la atención irregular o inoportuna de la obligación del Estado, lo anterior a

causa de que existió una incursión violenta de grupos paramilitares, estando las autoridades debidamente advertidas acerca de la posible ocurrencia de los hechos acaecidos además de encontrarse la región en el momento en que se desarrolló la escalada violenta de las autodefensas, en situación de desprotección, con lo cual existió relación causal entre la omisión y la producción del daño, del cual se derivó el desplazamiento de personas. Si el Ejército hubiese puesto efectivamente en funcionamiento todos los recursos humanos y técnicos que dispone para atender en forma adecuada y oportuna las correspondientes obligaciones legales, los hechos seguramente no hubieran ocurrido o no en la magnitud que determinó el desplazamiento masivo.

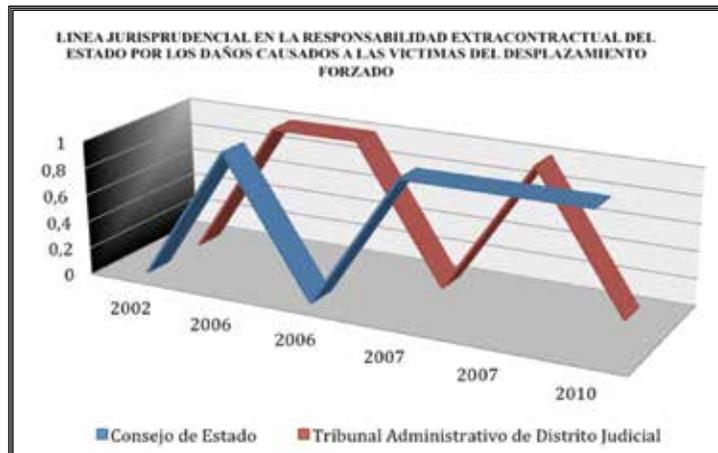
Resulta particular que en esta decisión el Consejo de Estado para la identificación del grupo, tanto en la motivación de la sentencia como para el trámite administrativo de reconocimiento y pago de las compensaciones o indemnizaciones, el certificado de inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, lo cual atenta contra la totalidad de la jurisprudencia constitucional en la materia y el precedente creado hasta la fecha de la sentencia. El máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa encontró que por el diseño normativo de la acción colectiva, en su sede administrativa, ante la imposibilidad de reabrir el debate probatorio para encontrar la calidad individual de desplazado ni la existencia y monto de los perjuicios, era necesario e idóneo utilizar la inscripción. El argumento es contradictorio: por un lado se indica que el hecho de estar registrado no debe entenderse como obligatorio, pero ante las deficiencias probatorias de los demandantes, herramientas objetivas y generales de las acciones colectivas, es preferible tenerla, y la afirmación va más allá dado que “quien quiera acreditar la condición de desplazado mediante otros medios y/o solicitar el reconocimiento de indemnizaciones extraordinarias ha de acudir a las acciones individuales pertinentes”.

Para proceder a la reparación del daño se hizo una distinción entre el grupo demandante y el grupo afectado. Frente al primero, en el daño moral se reconoció el pago de 50 SMLMV. De otro lado, se destacó la necesidad del abandono en el *nomen* de la otra tipología del daño no pecuniario de *daño a la vida de relación* a la *alteración (grave) de las condiciones de existencia* por, supuestamente, comprender con mayor amplitud no solo la relación de la víctima con el mundo exterior sino los cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto a tal y como expresión de la libertad y el albedrío como atributos esenciales de la dignidad humana; fue esta sentencia la primera en la que se estableció que esta segunda especie del daño inmaterial resulta ser un hecho notorio, por tal razón se condenó al pago de 25 SMLMV. Es importante destacar, en términos del juez, que quien toma la iniciativa de promover la demanda hace suya la carga de la prueba. En relación al segundo, se presentan dos hipótesis, el Consejo determinó como eventual grupo beneficiario a 82 personas, la misma cantidad del grupo inicial y con base en ello estableció una suma ponderada que administraría el Fondo Nacional para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, si se presenta un número inferior de beneficiario la suma restante debe ser devuelta a la entidad demandada, por el contrario, si este número es superior, la indemnización se reduce al dividirse en suma ponderada entre quienes eligieron acogerse a los efectos de la sentencia.

Graficación de la línea jurisprudencial

La gráfica 1 que en esta investigación se construye de la línea jurisprudencial muestra el conjunto de decisiones adoptadas por los diferentes Tribunales Administrativos de Distrito Judicial y el Consejo de Estado. El valor 0 indica las ocasiones en que el juez denegó las pretensiones de la demanda y el valor 1, las oportunidades de protección de la pretensión reparadora.

Gráfica 1.
Línea jurisprudencial en la responsabilidad extracontractual



Fuente: Autor

En esta se observa (línea azul) que solo dos de las sentencias responden de manera desfavorable al problema jurídico planteado (sentencia fundadora y confirmatoria 1), mientras que las cuatro restantes lo responden en forma positiva (sentencia arquimédica, hito y confirmatorias 2 y 3). A su tiempo, se advierte en las instancias (línea roja) que tres providencias respondieron en forma negativa el problema jurídico y las tres restantes con criterio favorable.

Las Sentencias del Consejo de Estado que resolvieron el problema jurídico de responsabilidad patrimonial y administrativa en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional, declarados responsables al tiempo o solo el primero en alguna de las providencias, al serles imputada una falla del servicio por omisión, fueron pronunciadas en: **i)** 5 de diciembre de 2002, **ii)** 26 de enero de 2006, **iii)** 16 de marzo de 2006, **iv)** 15 de agosto de 2007, **v)** 15 de agosto de 2007 y **vi)** 18 de febrero de 2010. El 83,4% de las sentencias (**i)**, (**ii)**, (**iii)**, (**iv)** y (**v)**) corresponden a acciones constitucionales de grupo y el 16,6%, a la acción legal de reparación directa (**vi**).

La pretensión de reparación decidida el 5 de diciembre de 2002 se conoció por la Sección

Cuarta del Consejo de Estado porque para la fecha de presentación de la demanda se encontraba vigente el Acuerdo n.º 58 de 1999, que asignaba el conocimiento de este tipo de acciones a la sección. Posteriormente, al modificarse el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado a través del Acuerdo n.º 55 del 5 de agosto de 2003, el conocimiento de

“5. Los procesos de reparación directa por hechos, omisiones u operaciones administrativas a que se refiere el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y el inciso 3 del artículo 35 la Ley 30 de 1988” y “6. Las acciones de grupo de competencia del Consejo de Estado” fueron asumidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la especialista en la resolución de las acciones resarcitorias (Auto 00213, 2005).

En promedio, las acciones constitucionales de grupo surten su trámite judicial total, primera y segunda instancia, en 4,77 años. La acción legal de reparación directa, en ese mismo recorrido procesal, tienen un lapso de duración de 11,10 años. En las primeras, el trámite preferencial y sus plazos perentorios e improrogables, cuyo incumplimiento acarrea para el juez incurrir en causal de mala conducta sancionable con destitución del cargo, son varia-

bles que seguramente impulsan esta dosis de celeridad. Sin embargo, los tiempos continúan siendo irrazonables conforme al artículo 8.1 “garantías judiciales” de la Convención Americana de Derechos Humanos, que conforme a la jurisprudencia (Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, 1997) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe tomar en cuenta tres elementos: **a)** complejidad del asunto, **b)** la actividad procesal del interesado y **c)** la conducta de las autoridades judiciales³³.

En una primera época de la jurisprudencia, el Consejo de Estado se preocupaba apasionada y nocivamente por el examen de la acción a través de la cual se pretendía acceder a la reparación del daño, cumplimiento de los requisitos de procedibilidad y admisibilidad, enunciando un contenido obligacional casi nulo, excesivamente precario. Con el paso del tiempo, el discurso, la *ratio* y *obiter dicta* del Consejo de Estado tienden al cambio y la responsabilidad del Estado se torna más adecuada al contexto y realidad. Se acude en forma insistente a la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Al respecto, se estima que esa es la razón por la cual desde el año 2007 las sentencias que ha emitido tutelan la pretensión indemnizatoria, contrario a lo ocurrido en el año 2002 y 2006, cuando la preocupación más marcada del Consejo se centraba en el estudio del instrumento a través del cual se pretende la reparación.

El contraste del contenido obligacional del Estado en la construcción del juicio de responsabilidad se encuentra, en primer lugar, en la *Constitución Política de 1991*, partiendo del incumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2), principio de responsabilidad jurídica (art. 6), la libertad de locomoción y domicilio (art. 24), responsabilidad extracontractual del Estado (art. 90), integración de la Fuerza Pública (art. 216) y las fuerzas militares (art. 217).

De otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o ‘Pacto de San José

de Costa Rica’, aprobada por la Ley 16 de 1972, derecho de circulación y residencia (art. 22); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, compromiso de respeto y garantía de los derechos (art. 2), derecho de circulación y residencia (art. 12); Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), prohibición de los desplazamientos forzados (art. 17).

Ley 387 de 1997, “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”, de los principios (art. 2) y de la responsabilidad del Estado (art. 7), también construyen referentes de obligación.

El Decreto 1512 de 2000, “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones”, dirección (art. 2), dirección de la Fuerza Pública (art. 3), objetivos del Ministerio de Defensa Nacional (art. 4), funciones del Ministerio de Defensa Nacional (art. 5), funciones del Ministro de Defensa Nacional (art. 8), fuerzas militares (art. 27), tablas de organización y equipo (art. 29), Policía Nacional (art. 33).

Asimismo, aunque su fuerza vinculante en el ordenamiento interno sea discutible, se hace referencia, mayoritariamente en forma tímida, menguada y desconfiada, a los *Principios rectores de los desplazamientos internos* (M. Deng, 1998), describiendo la garantía de respeto del derecho internacional, los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario (Principio 5), el derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios (Principio 6); la obligación específica del Estado en la toma de medidas de protección contra el desplazamiento de grupos que experimentan dependencia especial a su tierra (Principio 9); derecho a conocer el destino y paradero de los familiares desapa-

recidos (Principios 16.1 y 16.2); obligación y responsabilidad del Estado en la asistencia, recuperación o indemnización adecuada o reparación justa (Principio 29.2).

Igualmente, se identifican los *Principios sobre la restitución de las viviendas y el Patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas* (Pinheiro, 2005), describiendo el derecho a la protección contra el desplazamiento (Principio 5).

Constituyen también referentes para encontrar contenido obligatorio los *acuerdos* que se celebran entre la comunidad y el gobierno para dar solución a las situaciones presentes en cada uno de los casos. Desde la Sentencia T-098/02 se definió su carácter vinculante.

Asimismo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente, se citan en las decisiones las Sentencias: SU-1150/00, T-754/06 y C-278/07, en donde se vislumbra la omisión del Estado en el cumplimiento de sus funciones por el solo hecho de la producción del desplazamiento sin valorar si existe o no falla del servicio.

La estrategia de defensa del Estado se concentró para demostrar que no existió acción u omisión, en señalar que el Ejército y la Policía Nacional: **i)** no causaron ni participaron en los hechos violentos que impulsaron el desplazamiento, fue un daño producido exclusivamente por un tercero, lo cual constituye causal de exoneración de responsabilidad, **ii)** no omitieron sus deberes de defensa del orden público, al adoptar las acciones militares necesarias, teniendo en cuenta los medios reales que se disponían, para enfrentar al grupo armado y repeler el ataque, una vez se tuvo conocimiento de los hechos, **iii)** los grupos al margen de la ley actúan de manera furtiva e inopinada, terrorista, imprevisible e irresistible, a mansalva, sobresesuros, son inciertos sus actos, pueden presentarse en cualquier lugar y hora, utilizando el factor sorpresa, lo cual imposibilita su control

o la oportuna acción, además por factores operativos y de estrategia, constituyéndose un caso fortuito o una fuerza mayor. La alteración del orden público se presenta en casi todo el territorio, **iv)** debido a la gran extensión del terreno y factores climáticos resulta imposible contener tales desmanes, se aprovecha la difícil topografía del país y la carencia de vías de comunicación. El Estado no tiene el don de la ubicuidad para evitar todas las manifestaciones peligrosas en una situación de violencia generalizada, **v)** los desplazados no utilizaron la vía judicial adecuada para la defensa de su derecho de posesión material o propiedad sobre sus predios, acciones civiles y penales en la justicia ordinaria al ser daños causados por particulares. La perturbación sobre estos derechos no puede ser socorrida en forma oficiosa por la Policía sino que requiere solicitud expresa de protección, la cual no se presentó, **vi)** no existe prueba de parentesco entre el demandante y quienes afirma son sus hijos, **vii)** se determinó, mediante archivo o falta de pruebas, en el proceso penal adelantado por los hechos que particulares fueron los únicos responsables del delito y mal podría imputarse el hecho a una entidad pública, asimismo investigaciones disciplinarias contra miembros de la Fuerza Pública fueron favorables constituyéndose los señalamientos en los delitos de injuria y calumnia, **viii)** no se establece la relación de causalidad existente entre los demandantes y los hechos alegados, **ix)** no existe prueba suficiente y razonable de los daños que se predicen causados.

Asimismo se alegó la **x)** excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, ya que para que haya lugar a la indemnización se deben cumplir ciertos requisitos: que el daño sea cierto, que esté debidamente demostrado y suficientemente cuantificado, todo lo cual brilla por su ausencia, **xi)** para declarar la responsabilidad y la consecuente reparación, las condiciones particulares de cada demandante y la condena deben ser de carácter individual y concreto, no siendo posible una cuantificación en forma generalizada, **xii)** desafortunadamen-

te que los agentes generadores de violencia no hayan permitido restaurar el orden público no implica responsabilidad del Estado por acción u omisión, **xiii**) debe desvincularse del proceso ya que en la demanda no se les señaló como generadores del daño producido sino como deudores solidarios de los perjuicios, sin indicar la razón por la cual debían concurrir en tal calidad, **xiv**) los intereses alegados no corresponden a los señalados taxativamente en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, el cual enuncia derechos e intereses colectivos, no es procedente obtener un resarcimiento patrimonial no amparado en la ley, **xv**) la acción fue interpuesta por un número inferior a 20 personas, **xvi**) la acción está basada sobre los mismos presupuestos de la acción de reparación directa por falla en el servicio y no es dable a quien acude a los tribunales “trocar ni calificar *ad libitum* las especies jurídicas”, **xvii**) la reparación pretendida debe reclamarse por el trámite de un proceso diferente al que corresponde, a través de la acción de reparación directa, **xviii**) no se acreditó la existencia de condiciones uniformes respecto de la causa del detrimento ni de los demás elementos que integran la responsabilidad, porque estos no son iguales y la fuente del derecho es distinta, **xix**) si con los hechos se puso en peligro la vida e integridad física y se debió abandonar el lugar de residencia procedía la tutela porque la violación del derecho colectivo estaba en conexidad con un derecho fundamental, **xx**) no se cumplió el requisito de procedibilidad de la acción atinente a la preexistencia del grupo.

En el mismo sentido, se indico que **xxi**) no se establecieron en la demanda los criterios para identificar al grupo de personas afectadas, **xxii**) no se certificó que las personas del grupo ni los demandantes cumplieran con los requisitos señalados por la Red de Solidaridad Social para que se les reconozca la condición de desplazados, **xxiii**) debe vincularse a la Gobernación por no haber hecho uso de los procedimientos necesarios para la protección de la población, evitar o contener el ataque, a pesar de tener conocimiento de la incursión paramilitar,

xxiv) la Red de Solidaridad Social otorgó ayuda humanitaria a la población, al punto de que todos regresaron a su lugar de origen o fueron reubicados, **xxv**) las alertas tempranas son extremadamente generales y no fijan límites especiales. Muchas de las alertas que se emiten no son más que señuelos que distraen la tropa, **xxvi**) de encontrarse responsable al Estado deben descontarse las sumas que las víctimas recibieron por concepto de ayuda humanitaria de emergencia, **xxvii**) la responsabilidad que se imputa por el desplazamiento le incumbe a la Red de Solidaridad Social, **xxviii**) inexistencia de las obligaciones de pagar indemnización, **xxix**) los demandantes ni siquiera se conocían a la fecha de los hechos, **xxx**) no comprende la demanda todos los litisconsortes necesarios en la legitimación por pasiva.

Seguidamente, también se indicaba que **xxxi**) no se estableció la solicitud previa de ayuda de parte de las comunidades, la autoridad solo tuvo conocimiento después de ocurrida la coacción, **xxxii**) se probó que el municipio no cuenta con estación de Policía, **xxxiii**) la actividad que desarrolla la Fuerza Pública es de medio y no de resultado, brindar seguridad y protección es una obligación que no puede entenderse en términos absolutos, **xxxiv**) si el Estado debe reparar el daño sufrido por el grupo la indemnización debe ser cubierta a través del Fondo Nacional para la Atención Integral de la Población Desplazada por la Violencia, cuenta especial administrada por el Ministerio del Interior, **xxxv**) no existe nexo causal entre el daño sufrido por el grupo afectado y la supuesta omisión del Estado, **xxxvi**) se acreditó que el desplazamiento no solo fue motivado por las amenazas del grupo subversivo sino también por la baja producción de la hoja de coca a cuya siembra se dedicaba la gran mayoría de la población, **xxxvii**) los subversivos superaban en número a las fuerzas militares, los hechos excedieron la capacidad de reacción del Estado. Las fuerzas disponibles tenían a su cargo otras misiones de protección, **xxxviii**) el incumplimiento de funciones asistenciales en

la atención de personas desplazadas no puede imputarse al Ministerio de Defensa, por lo cual existe falta de legitimación por pasiva, **xxxix**) la Policía presta sus servicios en grupos reducidos y en las áreas urbanas de las poblaciones, siendo imposible que puedan cumplir sus labores en zonas rurales distantes, **xl**) la estimación de los perjuicios resulta desproporcionada e incoherente con la realidad productiva de la región basada en la autosubsistencia de carácter familiar.

Finalmente, se argumentaba que **xli**) en nuestro ordenamiento la prueba idónea para demostrar la propiedad de los bienes inmuebles es el certificado de libertad y tradición, no declaraciones extrajudiciales sin el cumplimiento de los requisitos de ley, **xlii**) los daños ocasionados por conductas delictivas requieren de una denuncia penal, **xliii**) no se reúnen los requisitos de procedibilidad de la acción, algunos poderes aparecen sin presentación personal, otros se otorgan por el grupo familiar sin discriminar quienes son afectados directamente por los hechos.

Resultados

- 1) El derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado sobre los daños sufridos por las víctimas del desplazamiento forzado, en las decisiones del Consejo de Estado, es escaso en cuanto a la cantidad de sentencias que se han proferido. La primera de ellas emitida en el año 2002, existiendo en el lapso de 10 años (2002-2011) tan solo seis providencias en la materia. Lo anterior significa que en más de 30 años, desde la década de los ochenta, punto a partir del cual la jurisprudencia constitucional identifica la existencia de un estado de emergencia social (Sentencia de Tutela 1150, 2000), solo un diminuto número de colombianos ha encontrado en la justicia la reparación del daño sufrido.
- 2) La jurisprudencia del Consejo de Estado identifica como la primera decisión constitucional en materia de desplazamiento a la Sentencia T-227/97, afirmación que no resulta del todo acertada dado que a esta le precede la providencia T-160/94, que aunque no abordó el problema frente al traslado de docentes a causa de la coacción de grupos al margen de la ley como desplazamiento forzado, hace referencia tímida del fenómeno y concedió la protección con identidad a sus postulados.
- 3) El contenido obligatorio podrá ser de carácter constitucional, legal, reglamentario, jurisprudencial o cualquier otra manifestación de voluntad o decisión del Estado, e internacional a través del concepto de Bloque de Constitucionalidad y su evolución en los Estándares Internacionales en Materia de Derechos Humanos. La estructuración de la falla del servicio debe fundarse en el presunto incumplimiento de funciones y obligaciones que el ordenamiento jurídico le atribuye al Estado, porque este no solo se encuentra en la ley, como pareciera entenderse del concepto que en algunos apartes reseña el Consejo de Estado.
- 4) Existen diferencias sustanciales entre la reparación del daño a través de la acción de reparación directa y la acción de grupo. En esta última, en ocasiones, se condena por el daño moral al pago de 50 SMLMV por persona, en otras, en rubro conjunto al lado del daño a la alteración a las condiciones de existencia, también se condena por 50 SMLMV; asimismo, cuando se ha compensado independientemente el daño por alteración a las condiciones de existencia se condenó por 25 SMLMV. Cuando se utiliza la acción de

reparación directa el daño por alteración a las condiciones de existencia se condena en 50 SMLMV y por el daño moral, a 100 SMLMV. El tiempo que da la celeridad de la acción constitucional de grupo se opaca con la dramática reducción en los montos que se conceden a título de reparación. Las cuantías también podrían verse sustancialmente reducidas si el número de beneficiarios que hace parte luego de proferida la sentencia supera el estimado por el Consejo de Estado.

- 5) Los derechos que el Consejo encontró vulnerados son: **i)** *derecho a circular libremente por el territorio nacional*, el cual solo puede ser limitado por el legislador, **ii)** *derecho a escoger voluntariamente el lugar del territorio en el cual cada persona decide domiciliarse, habitar, vivir, residenciarse o establecerse de manera temporal o con vocación de permanencia*, **iii)** *derecho a entrar y salir del territorio nacional*, **iv)** *derecho a no ser desplazado forzosamente*, **v)** *derecho a permanecer y residenciarse en Colombia*, en su propio hogar y tierra, **vi)** *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, **vii)** *derecho de expresión*, **viii)** *derecho de asociación*, **ix)** *derecho a la vida en condiciones de dignidad*, **x)** *derechos de los niños*, **xi)** *derechos de las mujeres cabeza de familia*, **xii)** *derechos de los discapacitados*, **xiii)** *derechos de las personas de la tercera edad*, **xiv)** *derechos de grupos especialmente protegidos*, **xv)** *derechos económicos, sociales y culturales*, **xvi)** *derecho a la unidad familiar y a la protección integral de la familia*, **xvii)** *derecho a la salud*, **xviii)** *derecho a la integridad personal*, **xix)** *derecho a la seguridad personal*, **xx)** *derecho al trabajo*, **xxi)** *derecho a escoger libremente profesión u oficio*, **xxii)** *derecho a una alimenta-*

ción mínima, **xxiii)** *derecho a la educación*, **xxiv)** *derecho a una vivienda digna*, **xxv)** *derecho a la paz*, **xxvi)** *derecho a la igualdad*, **xxvii)** *derecho a la libertad personal*, **xxviii)** *derecho a la propiedad privada*, **xxix)** *derecho a conocer la verdad*, **xxx)** *derecho a que se haga justicia*, **xxxi)** *derecho a obtener la reparación de los daños que le fueran causados*. Todos elementos que engrosan el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Conclusiones

1) Las decisiones judiciales en las Altas Cortes deben ofrecer ciertas fechas sobre determinados actos que permitan un *control social sobre la rapidez de los procesos*. Para los efectos debe señalarse en el acápite que corresponde el día de: **a)** presentación de la demanda, **b)** admisión de la demanda en primera instancia, **c)** emisión de la sentencia en primera instancia, **d)** concesión de recurso de apelación, grado jurisdiccional de consulta u equivalente, **e)** admisión y **f)** emisión de sentencia en segunda instancia o grado jurisdiccional de consulta u equivalente. En esta línea algunos datos no figuran y ante el acceso difícil al expediente el juez puede suministrar a la academia una información que resulta relevante dado que, sin duda, la justicia se mide, entre otras, por la duración de los procesos judiciales.

2) La responsabilidad del Estado a causa del desplazamiento forzado no resulta de la aplicación silogística de hecho generador-Estado-responsabilidad. El establecimiento de ciertos supuestos que deben cumplir la acción y la omisión como causantes de una falla del servicio, para que esta se configure, hacen de la pretensión un verdadero proceso de cono-

cimiento. Las subreglas establecidas para que el juicio de responsabilidad sea favorable a las víctimas son:

(a) Existencia de un daño antijurídico, para el caso lo constituye el desplazamiento forzado.

(b) Existencia de una obligación normativamente atribuida a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional: debe efectuarse el contraste del contenido obligacional que las normas pertinentes fijan y confirmarse el grado de cumplimiento u observancia del mismo en el caso concreto —incumplimiento de un deber (falta de atención), cumplimiento inadecuado (atención irregular o inoportuna de la obligación)—, atendiendo las exigencias derivadas de la posición de garante.

(c) Examinar si la falencia tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño (relación causal entre la omisión y la producción del daño).

3) Si se acredita la existencia del daño y el título de imputación aplicable, el juez no puede desestimar el derecho a la reparación por no encontrar demostrada la cuantía del daño por cuya indemnización se demandó. No puede confundirse el problema del daño, desplazamiento forzado, con el de su cuantificación. El juez debe tener presente, aunque lo olvida constantemente, que la ley lo habilita para acudir a la equidad y fijar montos, para actuar de oficio en esa búsqueda de la verdad o para condenar en abstracto y definir, posteriormente en concreto, las sumas de dinero. Si se trata de daños no pecuniarios la *arbitrio judicis*, lo pedido y lo concedido en precedentes son el parámetro de cuantificación; si se trata de daños pecuniarios los indicios, ante la imposibilidad de pruebas directas, y el haberse entregado ayuda humanitaria por destrucción de bienes de parte del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social o sus antecesores, permiten que el principio de equidad asegure un monto, en el que igualmente hace presencia la *arbitrio judicis*. Asimismo si se acredita la posesión sobre bienes puede alcanzarse su reparación.

4) La teoría sobre la cual se construye la responsabilidad del Estado, la falla del servicio por omisión, derivada del incumplimiento de funciones u obligaciones, aún no consolidada, porque no se ha abordado suficientemente su estudio de manera autónoma, al vincularse en algunos casos con el tratamiento dado a la responsabilidad del Estado por actos terroristas (sentencia fundadora y confirmatoria 1), se ve ahora influida para bien, por la teoría de la posición de garante del Estado (sentencia arquimédica), que aparentemente tiende a atenuar la exigencia del nexo causal para atribuir en una forma más directa, quizás no al punto de “objetiva”, la responsabilidad a la Fuerza Pública.

5) La responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado merece un tratamiento autónomo que le desligue de la responsabilidad por actos terroristas. Existen diferencias sustanciales marcadas; bajo esta remisión los requisitos sobre los que se ha construido la línea jurisprudencial se observan, en algunas ocasiones, muy exigentes y rígidos, la carga de la prueba es imposible, lo cual lleva a desestimar las pretensiones sobre daños efectivamente causados como producto de un desplazamiento forzado. Sin duda se presenta una falla en el servicio, siendo este el título de imputación adecuado y único posible por este daño, al que se remite además de que puede imputarse un riesgo excepcional. Tan nociva ha sido esta remisión, que en la sentencia fundadora la instancia refiere a los “perjuicios militares”, una nueva tipología de daño de la que podría pensarse que las víctimas resultan responsables.

6) La acción y la omisión como hechos generadores de responsabilidad extracontractual en la sentencia fundadora no fueron valorados, dado el establecimiento de una carga sobredimensionada de la prueba que exige a las personas víctimas del desplazamiento forzado experticia en el arte de la guerra al exigir que el demandante demuestre que la Fuerza Pública contaba con equipo humano y técnico disponible, suficiente en calidad y cantidad para evitar

los hechos que dan lugar al traslado de las personas. En otros términos, se le exige a la persona ser letrada en tácticas de guerra, estrategia militar y conocimiento sobre asuntos propios de inteligencia militar cuando, en la mayoría de los casos, nuestros campesinos no alcanzan la educación primaria.

7) El desplazamiento forzado es la consecuencia más grave del conflicto armado interno colombiano, sus efectos son tan relevantes que sobre el acontecimiento de su suceso constituyen hechos notorios la ocurrencia de dos tipologías del daño: el daño moral (sentencia hito) y la alteración a las condiciones de existencia (sentencia confirmatoria 3), como especies dentro del *daño inmaterial o no pecuniario*.

8) La determinación del daño moral y la alteración a las condiciones de existencia como hechos notorios no requieren prueba para su reconocimiento porque se derivan del daño en sí mismo, es una creación propia del Consejo de Estado y no de la Corte Constitucional. Esta última es utilizada para mostrar la tragedia, SU-1150/00, T-1635/00, T-721/03 y C-278/07, pero en ningún momento en su texto se señala que sean hechos notorios. Sea oportuno señalar que para fundamentar ese contexto que atribuye esa calidad a estas tipologías del daño se cita la sentencia T-1215/97, sobre la cual no se encuentra existencia o registro en la relatoría de la página de la Corte Constitucional.

9) El juicio de reparación de un daño no puede girar en torno a establecer si se tienen o no recursos para cubrir condenas, por el contrario, debe concebirse como una consecuencia lógica del Estado Social de Derecho en un esfuerzo por afianzarse y legitimarse ante una realidad concreta de prestación inadecuada de un servicio que causa un daño.

10) El hecho dañino causado por el desplazamiento forzado es *continuado*. Ello significa que se es desplazado hasta tanto no cese la producción del daño, por ser una conducta censu-

rable de violación sistemática, continua, permanente y masiva de los derechos fundamentales. La condición de desplazado no se extingue con la reubicación o retorno y la estabilización socioeconómica se alcanza cuando es reparado el daño en forma integral en las diversas tipologías que se reconocen como objeto de indemnización y compensación por la ley y la jurisprudencia.

11) El acápite de los fundamentos de derecho en la demanda debe dejar de ser un apartado en el que simplemente se enumeren artículos aplicables o no. Cuando existe una línea clara acerca de un problema jurídico concreto, como lo es el caso, este acápite debe adentrarse más en un juicio del juicio, que en una especie de diagnóstico que le brinde al juez un criterio interpretativo en esa incesante búsqueda de la verdad soportada en las pruebas, no en deseos, pasiones o experiencias vividas.

12) El grado de cumplimiento de la autoridad de su contenido obligacional se descubre a partir de la noticia que se tiene frente a la ocurrencia de los hechos generadores del desplazamiento: la amenaza, la implantación del terror de parte de los grupos al margen de la ley o de la coacción cualquiera sea su origen. A su vez, se observan las medidas que adoptó la autoridad frente a esas situaciones y su grado de efectividad operativa y real de cara al ataque o las presiones que se ejercieron para motivar el éxodo. La autoridad que haya tenido conocimiento de que el hecho probablemente ocurriría, que haya existido la alarma y que frente a ello haya reaccionado en forma precaria o no se haya presenciado respuesta, abre la puerta de la responsabilidad administrativa, lo cual se agrava si el contexto de conflicto es conocido o se tiene Fuerza Pública cercana al lugar de expulsión porque la forma en que se asume la entidad tiene noticia, no requiere de solicitud expresa, no exige requerimiento alguno de parte de la comunidad afectada.

13) Existe una línea jurisprudencial bien definida con el paso del tiempo, que permite

consolidar ciertas variables de la reparación del daño. Una conclusión contundente del estudio de la línea jurisprudencial arroja que las víctimas esperan entre 4,7 y 11,10 años para que no se reconozca la existencia del daño y sus perjuicios o solo le sea concedida la reparación del daño moral y la alteración a las condiciones de existencia dentro del rubro de daño no pecuniarios, y respecto a los daños materiales para que se condene en abstracto y que en incidente posterior se establezcan en concreto los montos pertinentes. Una espera que carece de todo sentido frente a sujetos que ostentan una doble protección constitucional especial, que viven en un Estado de cosas inconstitucional, para quienes el derecho a la reparación es fundamental, es absolutamente viable aplicarles el principio de discriminación positiva con el propósito de abrir caminos extraordinarios o no explorados con el rigor suficiente para acceder a la reparación.

Finalmente, el derecho a la reparación en los términos de la jurisprudencia administrativa consume un lapso de tiempo irrazonable, circunstancia alejada a su esencia de fundamental, tal como se le catalogó en reciente jurisprudencia constitucional tutelante del derecho (Sentencia de Tutela 085, 2009) y no protectora del mismo (Sentencia de Tutela 299, 2009) y decisión par del Consejo de Estado (Sentencia de Tutela 01594, 2010) que le reconoce. Las acciones hasta ahora utilizadas son inadecuadas frente a la entidad del Derecho Fundamental a la Reparación Adecuada, Justa, Efectiva y Rápida, en los términos de la Constitución Política de 1991, el Bloque de Constitucionalidad y su evolución en los Estándares Internacionales en Materia de Derechos Humanos.

Todas las anteriores son razones que nos permiten demostrar la hipótesis enunciada al inicio del presente documento porque se presentan vestigios de irresponsabilidad estatal propios de la preconstitucional doctrina del *ius eminens* (con su formulación anglosajona: *the king can do not wrong*) donde “lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin com-

pensación” (Garrido Falla, 1999), lo cual se evidencia en la tesis de la sentencia fundadora y porque “el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado en esta materia se presenta como una opción poco adaptada para las víctimas” (Peláez Gutiérrez, 2007) no solo por el carácter temporal de las acciones ante el juez, el requisito de conocimiento previo de la autoridad que hace irresponsable al Estado en la mayoría de los casos, la identificación de un juicio de compromiso que se quiere asimilar al juicio extracontractual por actos terroristas cuando requiere de un tratamiento autónomo, el temor del juez ante condenas de gran entidad dado el numeroso grupo que podría demandar, etcétera, sino por la resistencia en el reconocimiento de otro proceso judicial que resulta adecuado para la reparación del daño dentro del “enfoque de derechos” que atiende la política pública de la población víctima del desplazamiento forzado.

Notas

¹ Al respecto, la Constitución Política de 1991 dispone: Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. 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. Asimismo, el artículo 90 señala: Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la

conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este. Tomado de: <http://www.secretariasenado.gov.co/>, abril 30 del 2012.

² Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos: <http://www.secretariasenado.gov.co/>, abril 30 del 2012.

³ Artículo 86. Acción de reparación directa. Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente: Subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o exservidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública: <http://www.secretariasenado.gov.co/>, 30 de abril de 2012.

⁴ El gobierno del presidente Juan Manuel Santos a través del Decreto n.º 4155 del 3 de noviembre de 2011, transformó la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional en el Departamento Administrati-

vo para la Prosperidad Social, perteneciente al Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, y fijó su objeto y estructura. La expedición de este decreto se hizo con fundamento en el ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirieron los literales a), e) y f) del artículo 18 de la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011.

⁵ El nicho citacional consiste en agrupar, para su posterior análisis, todos los pronunciamientos que la corporación ha emitido en torno al tema. Para ejecutar esto se debe iniciar con la sentencia más reciente que haya al momento de hacer el análisis y revisar toda sentencia que se cite en ella. Posteriormente, se realiza un análisis sucesivo de las citas que se encuentran en las resoluciones que cita la sentencia arquimédica y así sucesivamente hasta armar lo que López Medina denomina como el “nicho citacional” y del cual se deben descartar las sentencias que tengan supuestos fácticos diferentes a las demás.

⁶ La sentencia arquimédica corresponde a la más reciente que se haya emitido en la materia al momento de iniciar el análisis.

⁷ La sentencia hito corresponde al dictamen en el que la corporación incluye reglas o subreglas para resolver el problema jurídico. Generalmente las sentencias hito marcan el cambio de dirección en la resolución del problema jurídico del juez.

⁸ La sentencia fundadora corresponde a la primera sentencia que emitió la Corporación en torno a la materia objeto de estudio. Se identifica una vez se ha construido el nicho citacional.

⁹ Las sentencias confirmatorias de línea corresponden a las demás sentencias en las que la corporación mantiene una manera constante de resolver el problema jurídico.

¹⁰ Debe señalarse que la construcción de la línea debe partir de la definición del problema jurídico que se busca resolver. El problema debe vincular los hechos relevantes, razón por

la cual la definición de los hechos concretos y la búsqueda de acontecimientos similares es un paso relevante en la aplicación del método.

¹¹ Sobre el particular puede consultarse un escrito de mi autoría sobre *el objeto de la prueba*, publicado en la página de internet de la firma de abogados <http://www.colmenaresabogados.com/academia/vernoticia.php?id=62>. En este documento se demuestra, a hombros de gigante, en la doctrina más autorizada, que el objeto de la prueba no lo son las afirmaciones, no lo es la conducta, las circunstancias u cualquier otra variable que pretenda enrostrarse como tal. El estudio concluyó: i) el objeto de la prueba son los hechos, no las afirmaciones, no la conducta, ii) a través de la prueba se hacen presentes hechos pasados, de ahí la imposibilidad de separar estos conceptos. Hecho y prueba están indefectiblemente unidos; iii) con juegos de palabras se ha querido distanciarlos y el costo ha sido alto, llegando a incorporar en la legislación criterios tales como los establecidos en la cláusula abierta del artículo 455 de la Ley 906 de 2004 (nulidad derivada de la prueba ilícita).

¹² El demandante, a través de su apoderado, atribuyó la responsabilidad a causa de “los hechos y omisiones en que incurrieron los agentes del Estado a raíz de los hechos ocurridos en predios de la hacienda Bellacruz, a partir del 14 de febrero de 1998 hasta la fecha”. En el caso el demandante no destaca como daño el hecho del desplazamiento forzado confundiéndolo con el elemento imputación del daño.

¹³ Unos hechos se describen al tenor del acápite de los acontecimientos en la sentencia y otros, complementarios, del acápite de los probados en el proceso.

¹⁴ Al respecto, inevitable es la lectura de las posturas ideológicas encontradas en punto de las pruebas de oficio, de lectura obligatoria, entre las siguientes obras: Parra Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*

(primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A. y Velloso, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio* (primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

¹⁵ Existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública.

¹⁶ Incumplimiento de un deber (falta de atención) o cumplimiento inadecuado, defectuoso (atención irregular o inoportuna de la obligación por el Estado en el caso concreto). Alcance de la obligación legalmente incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración, precisando en qué forma se debió haber cumplido, qué era lo que a ella podía exigírsele y si en las circunstancias concretas no obró como una administración diligente (anormalmente deficiente), la omisión se considera como causa del daño haciendo procedente la reparación que se pretende.

¹⁷ Que se atiendan las exigencias derivadas de la posición de garante significa que cuando a la administración se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, este asume posición de garante en relación con la víctima, y si el daño se concreta este es imputable a la administración por el incumplimiento de ese deber en igual entidad a las que se atribuirían al autor material y directo del hecho. Deber objetivo de cuidado es lo que exige la teoría y se aplica siempre que se comprueba jurídica y fácticamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida. El juicio se configura a partir del grado de capacidad evitadora del resultado que se exige a la acción omitida partiendo de valoraciones normativas. La teoría de la posición de garante surge ante la imposibilidad de la causalidad por explicar la omisión, problema que no se tiene bajo el influjo de la imputación objetiva.

¹⁸ Relación causal entre la omisión y la producción del daño. Este cuarto requisito se atenúa en el tercero, sin embargo el Consejo de

Estado sí hace referencia a la relación causal, esa es la razón por la que se incluye en este análisis, resistencia nostálgica.

¹⁹ El Consejo de Estado condenó a 1000 gramos oro por el daño moral, teniendo en cuenta que ese era el valor máximo que se concedía para la fecha de la presentación de la demanda, en los eventos en el que el perjuicio moral adquiriría mayor intensidad.

²⁰ Bajo esta tipología se comprendió el daño solicitado y denominado como “daño a la vida de relación social y familiar”. Este daño, a diferencia del daño moral, rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida exterior. Por este concepto en la demanda se solicitó pagar el monto que resultara probado en el proceso y aunque en factores objetivos no se estableció su quantum, se condenó en 50 SML-MV, *arbitrio iudicis*.

²¹ En este aparte la decisión confunde el daño con la tipología de daños que en el escenario de la reparación se compensan o indemnizan, y lo más grave no termina allí, siguiendo en el error y en obediencia ciega a un informe de la Gobernación y pronunciando esa letra frente a elementos que constituirían daño emergente, señaló que a pesar de concluir que efectivamente “fueron destruidas varias propiedades, no se constituye plena prueba de los perjuicios particulares de los demandantes”. Es contradictorio afirmar que hay daño moral pero no hay daño patrimonial.

²² Las decisiones que la Corte Constitucional había emitido (14) hasta la fecha de la Sentencia del Consejo de Estado son: T-160/94, C-225/95, T-227/97, T-733/98, T-1132/00, SU-1150/00, T-1635/00, C-177/01, T-258/01, T-327/01, T-1346/01, T-098/02, T-215/02 y C-232/02. Otra habría sido la decisión si se hubiera procedido a la lectura de la línea trazada en la época, la cual se encontraba dirigida a la superación del Estado de cosas inconstitucional, como textualmente se reconoce en la T-215/02,

es decir, anterior a la emisión de la Sentencia T-025/04 que declaró formalmente la existencia del Estado de cosas.

²³ Desconocer la vinculatoriedad de los acuerdos que representan la unión de voluntad entre la comunidad y el Estado, los cuales deben cumplirse siendo la tutela un mecanismo adecuado para exigir lo allí pactado, desconoce el precedente trazado en la Sentencia T-098/02, que sobre el particular acto analizó su naturaleza jurídica y de exigibilidad.

²⁴ La demanda fue interpuesta oportunamente (dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo); se cumplió con el número mínimo de integrantes del grupo afectado y la titularidad de la acción de los demandantes; se suministraron los criterios para identificar el grupo, que se formaría por quienes demostraran que para el 29 de mayo de 1999 habitaban el corregimiento de La Gabarra o desempeñaran de manera habitual su actividad económica y se vieron forzados a desplazarse, donde la preexistencia del grupo es irrelevante; los demandantes actúan a través de abogado; los perjuicios individuales se hacen derivar de una causa común y se imputan; las pretensiones son netamente reparatorias en donde se reclama indemnización de perjuicios individuales, no colectivos.

²⁵ El desinterés en brindar protección lo encontró evidente el Consejo en el hecho que, ante el anuncio del ataque, ni siquiera se dotó al corregimiento de estación de Policía.

²⁶ Aquí el Consejo, inspirado en la distinción realizada en el Derecho Penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, señala que lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión.

²⁷ También conocida como *concepto de relatividad de la falla del servicio o relatividad de las obligaciones a cargo del Estado*. El deber general de protección y vigilancia se entiende dentro de lo que normal y razonablemente puede exigírsele al Estado de acuerdo con circunstancias particulares como: disposición de personal, medios físicos al alcance, capacidad de maniobra, condiciones mayor o menor previsibilidad, entre otras.

²⁸ Bajo este título de imputación el daño se produce por la omisión del Estado en la prestación del servicio de protección y vigilancia, por no utilizar todos los medios que tiene a su alcance para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso, cuando ha tenido conocimiento previo de la posible ocurrencia del acontecimiento. Aquí la previsibilidad constituye el aspecto más importante en el título de imputación, pues no es la previsión de todos los posibles hechos lo que configuran la omisión y el consecuente deber de reparar, sino las situaciones individuales de cada caso, circunstancias propias del evento sub iudice, que no dejan margen para la duda y que sobrepasen la situación de violencia ordinaria. La sola circunstancia que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causa que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia, deben además valorarse las circunstancias indicadoras que permitan entender que se cometería el acto terrorista.

²⁹ Bajo este título de imputación el daño se produce cuando el Estado expone a ciertos particulares por virtud de que sus instrumentos de acción, en cumplimiento de sus funciones, que son para proteger a la comunidad, son blando delincuenciales, rompiendo el principio de igualdad frente a las cargas públicas y sin consideración a que el daño es causado por un tercero.

³⁰ Esta postura se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que desarrolla la Carga de la Prueba: “Incumbe a las partes probar el supuesto de

hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persigue. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

³¹ El Consejo señala que los requisitos de procedibilidad deben ser verificados en la admisión de la demanda, un auto que tiene calidad de auto interlocutorio dado que se debe constatar: *i)* que el grupo de afectados esté conformado, al menos, por veinte personas; *ii)* que el demandante demuestre pertenecer al grupo en nombre del cual ejerce la acción; *iii)* que el grupo reúna condiciones uniformes respecto de la causa del daño; *iv)* que la acción tenga como pretensión principal la de obtener el reconocimiento y pago de perjuicios; *v)* que la acción sea ejercida por conducto de abogado y *vi)* que al momento de la presentación de la demanda no hayan transcurrido más de dos años contados a partir de la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante

³² La *teoría de la causalidad adecuada*, teoría alemana atribuible al profesor Von Kries, informa que en el *iter* de producción de un daño intervienen múltiples eventos y que no solo el inmediatamente anterior a la materialización del daño es al que puede imputársele como causante del mismo, de tal forma que serán parte del juicio aquellas causas que decididamente (conforme a la regularidad con que se producen los fenómenos, los elementos que debían objetiva y normalmente producirlos) influyeron en la producción del daño. De otra parte, se mira la *teoría de la equivalencia de las condiciones* o también mentada como *teoría de la causalidad ocasional*, radicalmente distinta porque aquí se considera que todos los antecedentes del daño son jurídicamente causas del mismo. Asimismo se encuentra la *teoría de la causalidad eficiente*, en donde lo que se debe investigar es si el hecho ha desempeñado o no un papel preponderante, una función activa en la producción del daño.

³³ En esta decisión analizó por primera vez la Corte Interamericana la satisfacción del criterio de plazo razonable.

Referencias

- Abel Antonio Jaramillo y otros vs. Red de Solidaridad Social y otros, (2004, enero, 22). Acción de tutela sentencia de Tutela 025, (Corte Constitucional).
- Acción de constitucionalidad (2007, abril, 18). Sentencia C-278, (Corte Constitucional).
- Acción de tutela (1994, marzo, 24). Sentencia T-160, (Corte Constitucional).
- Acción de tutela (1997, mayo, 5). Sentencia T-227, (Corte constitucional).
- Acción de tutela (2000, agosto, 30). Sentencia SU-1150, (Corte Constitucional).
- Acción de tutela (2000, noviembre, 27). Sentencia T-1635, (Corte constitucional).
- Acción de tutela (2002, febrero, 14). Sentencia T-098, (Corte constitucional).
- Acción de tutela (2003, agosto, 20). Sentencia T-721, (Corte constitucional).
- Acción de tutela (2006, agosto, 31). Sentencia T-754, (Corte constitucional).
- Acosta, P.A., Arnaud, A. - J., Bartolomé, C., Buitrago, J., Cortés, E., Duarte, J., Dornelles, J. R. W, et al. *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los derechos humanos*, (pp. 275-302). Universidad Externado de Colombia.
- Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. (2012). *Acción Social*. Recuperado de <http://www.accionsocial.gov.co/EstadisticasDesplazados/GeneralesPD.aspx?idRpt=1>.
- Aguiló Regla, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional* (Vol. 2). Lima, Perú; Bogotá D.C., Colombia: Palestra Editores S.A.C., Editorial Temis S.A.
- Alpargatero Ulloa, L. L. (2011). *La política pública de desplazamiento forzado en Colombia: una visión desde el pensamiento complejo*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2012). *Situación Colombia*. Recuperado de Desplazamiento interno en Colombia: <http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/>.
- Álvarez Díaz, O. (2008). *Estado social de derecho, Corte Constitucional y desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana.
- Antonio María Ordóñez Sandoval y otros vs. La Nación-Ministerio de Defensa. (2007, agosto 15). Acción de grupo sentencia 00385, (Consejo de Estado).
- Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. (1997, enero 29). Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, (Corte Interamericana de Derechos Humanos)
- Claudia Amparo Mejía y otros vs. Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos de la Defensoría del Pueblo (2010, septiembre 13). Acción de tutela sentencia 01594, (Consejo de Estado)
- Constitución Política de Colombia de 1991. Congreso de la República de Colombia (1991).
- Constitución política de 1991 vs. Artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 (2011, agosto 24). Acción de constitucionalidad sentencia 634, (Corte Constitucional).

- Decreto 1512 de 2000. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial No. 44.125. Presidente de la república (Agosto 11 de 2000).
- Defensoría del Pueblo Regional Antioquia vs. Inspección 8B Municipal de Policía de Antioquia y otros (2000, agosto 30). Acción de tutela sentencia 1150, (Corte Constitucional).
- Estrada Villa, A. (2011). *El Estado. ¿existe todavía?* (1a ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Unaula.
- Garrido Falla, F. (1999). Panorama general de la responsabilidad “civil” de la administración pública. En J. L. Martínez López-Muñiz, & A. Calonge Velásquez, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, (pp. 26). Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Jesús Emel Jaime Vacca y otros vs. La Nación-Ministerio de Defensa (2005, febrero, 10). Acción de grupo, auto 00213, (Consejo de Estado).
- Jesús Emel Jaime Vacca y otros vs. La Nación-Ministerio de Defensa y otros, (2006, enero 26). Acción de grupo sentencia 00213, (Corte Constitucional).
- Ley 74 de 1968, Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, Diario oficial No. 32.682. Congreso de la República (26 de diciembre de 1968).
- Ley 16 de 1972, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Diario oficial No. 33.780. Congreso de la República (30 de diciembre de 1972).
- Ley 387 de 1997, Desplazados internos por la violencia en Colombia, Diario oficial No. 43.091. Congreso de la República (24 de julio de 1997).
- Ley 30 de 1998, Diario oficial No. 38.264. Congreso de la República (29 de julio de 1998).
- Ley 472 de 1998, Acciones Populares y de grupo, Diario oficial No. 43.357. Congreso de la República (5 de Agosto de 1998).
- López Medina, D. (2008). *El derecho de los jueces* (2a ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.
- Luis Francisco Orozco García y otros vs. Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, (2009, febrero 16). Acción de tutela Sentencia 085, (Corte Constitucional).
- M. Deng, F. (1998). *Informe del representante del secretario general presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1998/53/Add.2**. Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.
- Manuel Narváez Corrales y otro vs. La Nación-Ministerio de Defensa y otros (2010, febrero 18). Reparación directa sentencia 03713, (Consejo de Estado)
- Marienhoff, M. S. (2001). *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva”*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Martha Cecilia Chacón Castañeda vs. Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional (2002, diciembre, 5). Acción de Grupo, sentencia 9001, (Consejo de Estado).
- Naranjo Mesa, V. (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (9a ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

- Octavio Feria Cárdenas y otros vs. Instituto Colombiano de Desarrollo Rural y otro, (2006, agosto 31). Acción de tutela sentencia de 754, (Corte Constitucional).
- Parra Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio* (primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Peláez Gutiérrez, J. C. (2007). Los límites del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia de desplazamiento forzado. En *Cátedra Unesco*.
- Pinheiro, P. S. (2005). *Informe definitivo del relator especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro. E/ CN.4/Sub.2/2005/17 28*. Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, Organización de las Naciones Unidas ONU, Consejo Económico y Social.
- Raúl Alberto Bermúdez Murillo vs. Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. (2009, abril 27). Acción de tutela sentencia 299, (Corte Constitucional).
- Velloso, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio* (1a ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- William Ángel Quina y otros vs. La Nación-Ministerio de Defensa y otros. (2006, marzo 16). Acción de Grupo, sentencia 01472, (Consejo de Estado).
- Yudy Esther Cáceres y otros vs. La Nación-Ministerio de Defensa y otros. (2007, agosto 15). Acción de grupo sentencia 0004, (Consejo de Estado).