

PROYECTO FINAL SEMINARIO ALEMÁN



**CARLOS ANDRÉS CERÓN MUÑOZ
DANIELA CAROLINA FAJARDO GARCIA
EDWIN JAVIER ALARCÓN GENOY
LEIDER ESTERLY GUACA GAVIRIA**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE POPAYÁN

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

POPAYÁN – CAUCA

20/ABRIL/2.021

Responsabilidad del Estado por las víctimas de los ataques de las bandas criminales

Elaborado por

Resumen

Con ocasión de que a partir de los últimos procesos de desmovilización se han proliferado las bandas criminales en Colombia, con consecuencia desastrosas para la población civil, expresada en ataques en contra de su integridad personal y de sus bienes. El objetivo del presente documento es analizar la configuración de la responsabilidad del Estado por ataques terroristas perpetrados por las bandas criminales. Para ello se empleó una revisión bibliográfica, encontrando que actualmente en el país existe un debate en torno a la naturaleza de tales estructuras dentro del conflicto armado. Debate que ha provocado que desde la doctrina nacional e internacional se postule que se debe regir la responsabilidad, teniendo en cuenta su ocurrencia en el marco del conflicto. En tanto que en la jurisprudencia contencioso administrativa a tales actos se los cataloga como perpetuados por la delincuencia común, siendo atribuibles al Estado, únicamente cuando se demuestre que las autoridades no han hecho todo el esfuerzo necesario para combatir dichas estructuras.

Palabras clave: Bandas criminales, actos terroristas, responsabilidad del Estado, conflicto armado, repertorios de violencia, víctimas.

Abstract

Since the latest demobilization processes have proliferated criminal gangs in Colombia, with disastrous consequences for the civilian population, expressed in attacks against their personal integrity and property. The objective of this document is to analyze the configuration of the State's responsibility for terrorist attacks perpetrated by criminal gangs. For this, a bibliographic review was used, finding that there is currently a debate in the country regarding the nature of such structures within the armed conflict. Debate that has caused national and international doctrine to postulate that responsibility should be governed, taking into account its occurrence within the framework of the conflict. Whereas in the

contentious-administrative jurisprudence, such acts are classified as perpetuated by common crime, being attributable to the State, only when it is shown that the authorities have not made all the necessary effort to combat said structures.

Keywords: Criminal gangs, terrorist acts, State responsibility, armed conflict, repertoires of violence, victims.

Introducción

Como lo dice el Centro Nacional de Memoria Histórica (2013) en Colombia se ha vivido un prolongado conflicto armado interno, inundando el país de variados repertorios de violencia que se han extendido por diversos espacios del territorio nacional, dejando un estimado de 218.084 muertes en periodo comprendido entre 1958 y 2013, de los cuales se calcula que un 81% se corresponden con civiles.

Según Melamed & Pérez (2018) dentro de la dinámica del conflicto los actores que forman parte del mismo se han ensañado con la población civil. Lo cual se ve reflejado en que en el marco del conflicto armado colombiano se han generado miles de víctimas por actos terroristas, perpetrados por terceros, a saber: los grupos armados ilegales que han sido reconocidos como partes del conflicto armado como son guerrillas y grupos paramilitares y, las denominadas bandas criminales, las que en desarrollo de su

accionar ilícito, han cometido actos violentos del mismo alcance y nivel que el de los grupos tradicionales, pese a ello la postura del gobierno se ha desconocido la participación de las Bacrim como actores directos del conflicto, lo que ha afectado negativamente el reconocimiento de los derechos, especialmente el derecho a la reparación de sus víctimas en los estrados judiciales, concretamente, dentro de los procesos en los que se pretende la declaratoria de Responsabilidad Patrimonial del Estado, y en la adopción de medidas administrativas de reparación, las cuales son destinadas específicamente a víctimas del conflicto.

Bajo tales circunstancias, la presente investigación tiene por objeto analizar la institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado frente a actos violentos ejecutados por las Bacrim.

Para tal efecto, en primer lugar se presenta una caracterización de las denominadas bandas criminales

emergentes y su papel en el conflicto armado colombiano; luego, se presenta un análisis de la responsabilidad del Estado por ataques terroristas desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, finalmente se presentan unas conclusiones.

Caracterización de las bacrim como actores participantes en el conflicto armado colombiano

Cuando en el presente trabajo se hace referencia a las bandas criminales, se entiende que se tratan de estructuras delincuenciales, surgidas con posterior al proceso de desmovilización de los paramilitares, cuya acción delincencial se concentra en ocupar los territorios, las rutas del narcotráfico y las economías ilegales que controlaban las Autodefensas Unidas de Colombia a saber: el narcotráfico, la extorsión, préstamos de dinero, contrabando, robo de combustible, minería ilegal, etc. (Sánchez Franco, 2013). Organizaciones que se han venido nutriendo a partir de la llegada al país de grupos de narcotraficantes extranjeros, principalmente llegados de México. Así se destaca que,

Entre las más destacadas encontramos “Las Autodefensas Gaitanistas de Colombia o Águilas Negras lideradas en su momento por alias “Don Mario” son un grupo narco paramilitar de Colombia con una existencia momentánea, surgido el 15 de octubre de 2008 en el Urabá Antioqueño, y desaparecido en julio del 2009, pocos meses después de la captura de su líder Daniel Rendón Herrera alias “Don Mario”. Estaba conformado por estructuras de las BACRIM (Bandas Criminales Emergentes). El capo realizó la conformación de este grupo con los fines de reconsolidar el Paramilitarismo en Colombia, tomando los lugares dejados por las AUC (Autodefensas Unidas de Colombia), y de tratar de evadir los cargos que pesan en su contra por Narcotráfico, Homicidio, Extorsión y por promover el accionar de bandas delincuenciales como “Los Urabeños” y el “Bloque Héroes de Castaño”, identificándose con la causa de un ejército contrainsurgente (Revista Semana, 2012)

Frente al interrogante sobre las razones de este fenómeno, se ha considerado que el

fenómeno de las bandas criminales responde a la realización de una desmovilización que no garantizó la resocialización a gran parte de los combatientes que dejaron las armas, conduciendo a que tales personas se integraran a lo que sabían hacer, es decir, desarrollar actividades ilícitas partir de integrar a profesionales expertos en el uso de las armas y el manejo de negocios ilícitos. En otros términos, la realidad fue que muchas personas que dejaron las armas no encontraron posibilidades reales de un cambio de vida que les permitiera transitar a la legalidad, situación que fue aprovechada por las estructuras residuales que no se desmovilizaron (Sánchez Franco, 2013).

Así las cosas, las bandas criminales emergentes integraron a sus filas personas recién desmovilizadas, conocedoras del arte de la guerra, cuyo horizonte en el escenario de la legalidad no era tan claro; se estaba en presencia, entonces, de un escenario ideal para el acrecentamiento y fortalecimiento del crimen organizado, lo cual finalmente se vio plasmado en el reciclaje de las actividades ilícitas realizadas por la AUC por diversos grupos armados.

Ahora, si bien uno de los principales rasgos que definen el fenómeno de las BACRIM se trata de que son diversas estructuras que organizadas de manera separada. Siguiendo a Prieto (2013) se puede decir dichos grupos delincuenciales poseen las siguientes características a saber: 1) se trata de una expresión del crimen organizado en la que convergen organizaciones criminales cuya fuente de financiación gira en torno a actividades ilícitas como el narcotráfico, la minería ilegal, la extorsión, etc; 2) desde el punto de vista teórico no encajan dentro de los presupuestos para ser consideradas como partes dentro del conflicto armado, por lo que no les resulta aplicable el derecho internacional humanitario; 3) están dotadas de suficiente capacidad para dominar territorios y ejercer control social en el ámbito local; 4) con disposición para hacer alianzas estratégicas con grupos guerrilleros, carteles internacionales en torno al mercado de las drogas ilícitas y el comercio de armamento; 5) cuentan con capacidad suficiente para infiltrar la institucionalidad estatal y cooptar miembros de la fuerza pública y funcionarios públicos en beneficio de sus actividades ilícitas (Prieto, 2013).

En lo que se refiere a la participación de las BACRIM en el marco del conflicto armado colombiano se presenta el inconveniente en que por la naturaleza de tales estructuras ilegales las mismas no encajan dentro de los grupos reconocidos en el DIH como actores parte de un conflicto armado; de lo que se desprende que a tales organizaciones residuales no les resulta aplicable la normatividad del Derecho Internacional Humanitario, razón por la cual los actos que comentan se cobijan como delincuencia común, siendo la jurisdicción ordinaria la encargada de investigar tales ilícitos y de asegurar la garantía de los derechos de las víctimas.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que las BACRIM no encajan dentro de lo exigido en el derecho internacional humanitario, lo cierto es que su aparición se produce en marco de los fenómenos que hacen que el conflicto subsista como son la economía ilegal que gira en torno al narcotráfico, la corrupción estatal y la falta de compromiso del Estado para desarrollar una transformación social profunda, además de los fallidos intentos de paz parciales

En tales condiciones, cabe señalar que no obstante las BACRIM no cumplan con los elementos que el Derecho Internacional Humanitario exige para que se las tomen como parte en el conflicto, lo cierto es que para nadie es un secreto que por las condiciones en que sea ha desarrollado en conflicto en Colombia sea válido afirmar que las bandas criminales no son actores importantes en el conflicto armado en Colombia. Ya que se tratan de organizaciones criminales germinadas después de la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia, organizaciones que han entrado a reemplazar a los paramilitares, con el fin inicial de lograr la conservación del dominio territorial de los frentes de esta confederación (Mendoza & Ramírez, 2019).

En atención a ello, organismos que son referentes para la protección de derechos humanos han afirmado que las Bacrim actualmente forman parte activa de la dinámica de conflicto armado en el país, en vista de que:

(...) entre los actos de violencia cometidos por estos grupos en 2009, se registraron masacres, asesinatos

selectivos, amenazas, desplazamientos forzados y violencia sexual. Entre las víctimas de estos grupos hay líderes y lideresas sociales, indígenas, afrocolombianos y funcionarios locales, en muchos casos vinculados con procesos de restitución de tierras o manejo de recursos públicos. Los ataques han estado dirigidos contra quienes se oponen a las exigencias de estos grupos, poseen propiedades de su interés, son percibidos como colaboradores o miembros de otros grupos, o están en una zona de disputa con grupos rivales. Entre las víctimas también hay numerosos desmovilizados por ajustes de cuentas o por negarse a integrarse a estos grupos.

Algunos de estos grupos operan de un modo parecido a las antiguas organizaciones paramilitares, y participan en actividades criminales tales como narcotráfico, extorsión, despojo de tierras, prostitución y trata de personas, así como en actividades lícitas, aunque a veces irregulares, como loterías y seguridad privada. En las filas de estos grupos hay personas desmovilizadas y no desmovilizadas de las antiguas organizaciones paramilitares,

reclutadas voluntaria o forzadamente. Varios de los actuales cabecillas fueron anteriormente mandos medios de esas organizaciones o militares (Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010: 59 – 61).

Siguiendo el mismo sentido, la Comisión Colombiana de Juristas (2013) expone que se tratan de los nuevos actores del conflicto armado colombiano, en razón a que existe:

a) Continuidad de los integrantes de las AUC. En este sentido, “casi todos los líderes de los grupos sucesores [de los paramilitares] son jefes de las AUC de rango medio que nunca se desmovilizaron o que continuaron participando en actividades delictivas pese a que aparentaron haberse sumado a la desmovilización” (Human Rights Watch, 2010). En tal sentido, las estructuras de los grupos paramilitares no solo se mantienen, sino que, más que una desmovilización y/o reconfiguración, lo que se ha producido es una transmisión de mando.

b) Cumplen con los requisitos del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. Este

análisis se suma al enunciado anteriormente, según el cual la persistencia del paramilitarismo se evidencia en que los mandos medios de las estructuras existentes antes de la supuesta desmovilización lideran hoy en día los nuevos grupos (Comisión Colombiana de Juristas, 2013: 4).

Entonces, hay que señalar que las personas afectadas por los actos violentos de estas estructuras deben tenerse como víctimas en el marco del conflicto armado.

Responsabilidad del Estado por ataques terroristas perpetrados por terceros

Para comenzar es importante poner de presente el concepto de terrorismo; pues bien, el mismo “se entiende que es todo aquello que causa terror o pánico en la población, y en ese amplio espectro del concepto de terrorismo, este hoy, se acomoda a algunas de las acciones de cualquier grupo actor de violencia política” (Torres, 2017, pág. 16).

En lo que atañe a la responsabilidad por los actos terroristas, como bien lo dice el Consejo de Estado de Colombia, los daños ocasionados por actos violentos de terceros, en principio, desde el punto de

vista ontológico no alcanzan a comprometer la responsabilidad del Estado, pues no existe por parte de este, participación fáctica alguna en el acto violento (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 26161, 2014).

En tal condición, resulta trascendental preguntarse, entonces, de donde se desprende el fundamento de imputabilidad de la responsabilidad al Estado de los actos violentos cometidos por terceros.

Así las cosas, se debe decir que actualmente la responsabilidad del estado en la actualidad tiene justificación normativa en el artículo 90 de la Constitución el cual establece “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Galvis, 2020)

Siguiendo tal derrotero, el Consejo de Estado ha adoptado una serie de títulos de imputación de la responsabilidad de Estado: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por actos terroristas de terceros el Consejo de Estado ha construido tres

escenarios en que los mismos pueden ser atribuidos a la Responsabilidad del Estado.

En primer, en aquellos casos en que el acto en el terrorista se produce como consecuencia de una acción u omisión del Estado que contribuye a la producción del daño, considerándose ilegítima e imputable a este, el fundamento de la responsabilidad lo constituye la falla del servicio (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 21515, 2012).

En segundo lugar, se refiere si el acto terrorista se produce en el marco de la realización de una actividad por parte del Estado legítima y, además, riesgosa, y el daño es producto de la concreción del peligro que ella conscientemente crea para el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales asignados, el fundamento será el título de riesgo excepcional con algunas evoluciones (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 18472, 2012)

En tercer lugar, cuando a acción del Estado es legítima y no es riesgosa y se ha desarrollado en cumplimiento de un encargo o mandato legal y en beneficio del interés general, pero con ella se ha producido un perjuicio concreto, grave y

especial a un particular o a un grupo de particulares, imputable al Estado, el fundamento será el título de daño especial (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 26161, 2014).

Configuración de la responsabilidad del Estado por los ataques a la población civil perpetrados por las Bacrim

El presente trabajo de investigación se aborda la Responsabilidad Patrimonial del Estado colombiano por ataques terroristas perpetrados por Bacrim desde la perspectiva del garantismo jurídico. Enfoque en el que se acepta que la Responsabilidad del Estado derivada de actos que no son producto directo del actuar de entidades o sujetos que representan al Estado. Desde la perspectiva del presente trabajo, es una clara muestra de este modelo teórico jurídico que somete a los administradores de justicia, ramas del poder, y ordenamiento jurídico general, al respeto, protección y garantía de los principios de la Constitución, los cuales abogan por la defensa de los derechos fundamentales y garantías mínimas (Cano & Llano, 2015: 49) comprendiendo, explicando y aplicando el derecho como un sistema de

límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos, al permitir a los administrados recurrir a mecanismos de reparación de los daños que no debían soportar, y de los cuales el Estado no es responsable directo, y que en palabras,

Sientan una concepción del Estado como instrumento al servicio de la protección de los derechos y del cientista jurídico, no como mero observador acríptico de aquello que ocurre en los distintos estratos jurídicos, sino como sagaz perseguidor de los desajustes entre el deber ser y el ser del Derecho, entre el horizonte de valores propuesto por la Constitución y el comportamiento de los operadores jurídicos, empezando por el legislador que con frecuencia frustra o desatiende dicho horizonte [...] Mediante el empleo de las garantías actualmente disponibles en el propio ordenamiento jurídico o, si estas son insuficientes, el diseño de nuevas garantías que permitan colmar la laguna causada por la existencia de una norma

constitucional inconscientemente garantizada. (Prieto, 2003: 106).

La institución a investigar se analiza desde esta perspectiva porque la temática central encuentra su fundamento en el artículo 90 constitucional, que consagra la cláusula de Responsabilidad Estatal, premisa que irradia a su vez el contenido de La ley 1437 de 2011, la cual materializa en el plano legal los puntos neurálgicos del tema de estudio, y que en criterio del tratadista Augusto Hernández Becerra,

Reafirma la antigua vocación democrática del derecho administrativo colombiano y, bajo la influencia poderosa de la Constitución de 1991, ratifica la idea de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como institución de defensa social y de salvaguardia de la justicia y del derecho y, en términos más generales, la idea de que el derecho administrativo tiene como objeto primordial la protección de todas las personas en sus intereses individuales y colectivos, y el amparo de las garantías sociales consignadas en la Carta Fundamental. (Hernández, 2011).

Se parte además del criterio según el cual las Garantías brindadas a las víctimas

a través de la institución de Responsabilidad Estatal por actos terroristas de Bacrim, entre ellas la protección a los derechos fundamentales y especialmente el derecho a la reparación de las Víctimas de daños antijurídicos en los que el Estado vea comprometida su responsabilidad y la aplicación del Principio de reparación integral, contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, son de origen constitucional y representan una inescindible relación del Derecho Administrativo con los postulados constitucionales, pues su finalidad es obtener por parte de la Administración el resarcimiento pleno y defensa de los intereses legítimos afectados por la producción de un hecho dañoso.

La influencia del garantismo incidió determinantemente en el alcance de la Ley 1437 de 2011 la cual reproduce la disposición constitucional sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado (art, 90), con dos anotaciones especiales, reemplazando la expresión autoridades públicas por agentes del Estado, palabras sinónimas en opinión de la Corte Constitucional y cambiando la palabra “causados” por la de “producidos”, refiriéndose a los daños, lo que da una

especial interpretación a la relación de causalidad como elemento configurativo de la Responsabilidad Patrimonial, que no implica una acusación directa del daño por parte del Estado para que una persona afectada por un daño pueda interponer la acción de reparación directa (Arenas, 2016: 32-33). Lo que resulta en una interpretación más garantista del derecho administrativo que aboga por la defensa de los derechos de los administrados frente a actos de Terrorismo realizados por terceros.

El análisis de la temática desde esta perspectiva teórica aboga por qué en la práctica, las víctimas que ven afectadas sus condiciones de vida por hechos ajenos a su voluntad realizados por terceros y en los que se pueda ver vinculada la Responsabilidad del Estado, tengan la facultad de exigir con un fundamento legal legítimo, el resarcimiento de los daños, que aunque no implican una superación total de los efectos nocivos como lo consagra el Principio de Reparación Integral, mitiguen y resarzan en cierta medida, las consecuencias nefastas de aquellos los hechos que ellas no motivaron y que el Estado directa o indirectamente propició, por acción u omisión.

Una de las producciones académicas que más aporta al entendimiento de la Evolución y desarrollo de la Responsabilidad extracontractual del Estado, El nexos causal, la relación de causalidad y los regímenes de imputación desde el enfoque del terrorismo, es la Tesis Doctoral “Responsabilidad del Estado frente a los miembros de la fuerza pública por los hechos de la guerra y el terrorismo” de Jaime Alberto Duque Casas, de la universidad complutense de Madrid, en la que el autor hace un análisis profundo de la temática desde la teoría de la previsibilidad y resistibilidad de los ataques del conflicto armado y los actos terroristas, concluyendo entre otros aspectos que

La víctima del daño adquiere un papel protagónico al convertir la ecuación de la responsabilidad en un elemento plano.

En la que la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado genera automáticamente el deber de reparar. Sobre ese aspecto considera además que la labor de la rama judicial es trascendental para garantizar los derechos de los afectados, en su opinión

El juez debe buscar que la víctima sea reparada integralmente y que tal reparación sea efectiva, no sólo con la indemnización económica de los perjuicios materiales e inmateriales, sino utilizando otros medios de reparación, como las medidas de satisfacción personal que aunque en algunos casos sean simbólicos, en cierta medida, alivian el dolor recibido (Duque, Casas 2016: 293).

Los mecanismos jurídicos de reparación a víctimas de actos terroristas en Colombia, no se agotan únicamente en las normas que desarrollan la responsabilidad del Estado por actos terroristas de terceros, que con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, buscan la imputación de responsabilidad del Estado en los juicios de reparación directa llevados en Tribunales y Juzgados Administrativos por falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial, sobre los cuales no existe un consenso que garantice los derechos de las víctimas de Bacrim, ni en las condenas que en virtud de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de indemnizaciones pecuniarias, contemplan medidas de reparación simbólicas (Yepes, 2010) por faltas del Estado a su deber de

prevención y protección, ante la omisión en la intervención para evitar el daño, que como bien lo expresó el máximo órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 4 de octubre de 2007,

“surgen ante un quebrantamiento de la posición de garante institucional, del que derivan los deberes jurídicos de protección, precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado” (Consejo de Estado, 2014 C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

La Ph. D Yolanda Margaux Guerra García, en su artículo científico Responsabilidad Estatal y Actos Terroristas. Caso Colombiano, expone que la responsabilidad del Estado por actos terroristas, parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos al Estado, trátese de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo, imputados al Estado como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando evidencia una actuación falante o

irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero (Guerra García, 2010: 155-156).

Es destacable que en su criterio, la imputación se enfoca en análisis de la previsibilidad del acto terrorista para la administración y las autoridades, factor que determina si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión. Hace especial énfasis la autora en que no es la previsión de la generalidad de los hechos, es decir el Estado de anormalidad del orden público, sino de aquellas situaciones que sobrepasan la situación de violencia ordinaria. Argumento que no obstante ser válido, debe aplicarse con cuidado en los casos de víctimas de Bacrim, pues las particulares características y modus operandi de estos grupos criminales, como estructuras que evolucionan de acuerdo a las necesidades del negocio criminal, no usan distintivos, no tienen un control de territorio determinado, no ejecutan los actos terroristas con un objetivo político o de presión al Estado, solo eminentemente económico, circunstancias que difuminan

los límites entre una situación evidente y previsible y una situación imprevisible, de manera tal que la aplicación rigurosa de este concepto, podría dejar sin protección judicial a los afectados.

Sobre la adopción de medidas jurídicas de reparación a las víctimas del Conflicto por parte del Estado colombiano, estas se acogen en virtud de los postulados del Derecho Internacional contenidos en resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2005, que establece como premisa, que “todos los Estados deben garantizar la reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuírsele, conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales” (Cruz, 2010); deber que más allá de ser una obligación internacional, constituye un elemento teleológico del Estado, pues “una reparación adecuada, efectiva y rápida promueve la justicia, remediando las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario cuando son proporcionales a la gravedad y al daño sufrido (Martin, 2014), sin que su dimensión sea meramente económica, pues las medidas no sólo son de tipo indemnizatorio, si no que abarcan otros

ámbitos, tal como lo expone Isa Fernández, en su texto denominado “Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia”:

La Reparación se tiene que abordar como un intento omnicomprensivo que busque un nuevo equilibrio político y social, no sólo material.

[...], Según el Derecho Internacional, las medidas de reparación son de cuatro tipos, la restitutio in integrum, la indemnización, Medidas de rehabilitación, Medidas de satisfacción y Garantías de no repetición, no obstante, los Estados en función de las circunstancias particulares de cada caso y de cada país, pueden acudir a alguna otra forma de reparación individual y social. (Isa, 2014).

En el contexto Colombiano, diversas son las medidas de reparación destinadas a las víctimas del conflicto armado, sin embargo, como se ha expuesto previamente, pese a que lo hechos victimizantes sufridos por las víctimas de actos terroristas de Bacrim son en ocasiones de igual magnitud que los perpetrados por actores del conflicto, este grupo poblacional ha sido expresamente excluido de su beneficio, por no considerarse a sus victimarios como

actores del conflicto, debate álgido y vigente que merece ser abordado, desde una propuesta que mire más allá de los requerimientos formales y se enfoque en la realidad material, si se pretende hablar de garantías y respeto de los derechos fundamentales de una población azotada por violaciones sistemáticas y masivas a sus derechos.

La obra “el conflicto en Colombia y los acuerdos de paz en perspectiva internacional” del autor español Félix Fernández, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, el cual aborda de manera histórica y sistemática el fenómeno de las bandas criminales, su origen y características principales, además hace un análisis del marco jurídico interno del proceso de desmovilización con las AUC y el acuerdo de paz con las Farc y su adecuación al contenido mínimo esencial de la justicia transicional, aspectos que se deben analizar para una mejor comprensión de las consecuencias jurídicas de los procesos negociadores, en la reparación integral y garantía de los derechos de las víctimas de bandas criminales. (Vacas, F, 2017)

Además de comprender el fenómeno de las Bandas criminales, es importante profundizar en el conocimiento del conflicto armado interno y las consecuencias del acuerdo de paz sobre el mismo, considerando que con la suscripción de los acuerdos y teniendo en cuenta las intenciones del gobierno nacional de poner fin al conflicto con otros actores del conflicto, entiéndase exclusivamente grupos de guerrilla ELN y EPL, las Bacrim como grupos criminales se verán seriamente impactados, negativa y positivamente, pues los actores criminales que no tengan la intención de incorporarse dentro de los procesos negociadores, al igual que aquellos que se desmovilizan pero posteriormente desean reincidir en el negocio criminal, entran a engrosar las filas de estos grupos criminales frente a los cuales los procesos negociadores tradicionalmente adelantados no surtirán igual efecto, pues es claro que con las bandas criminales un proceso negociador no se puede adelantar en base a una negociación política o ideológica, Pues su única intención es el control del negocio criminal, la minería ilegal, el narcotráfico, la extorsión, el secuestro, el desplazamiento forzado,

condiciones que el gobierno deberá enfrentar con una propuesta diferente y lo suficientemente eficiente para terminar realmente el flagelo del terrorismo y la guerra en el país.

Desde la postura que propone el autor no es beneficioso para la garantía de los derechos de las víctimas de las bandas criminales afirmar que Colombia se termina el conflicto armado por la suscripción de los eventuales acuerdos de paz sólo con los grupos de guerrilla y se hace necesario iniciar el debate jurídico sobre la participación de las Bacrim en el conflicto existente o la declaratoria de un conflicto armado interno de baja intensidad con características especiales frente a estos grupos Delincuenciales. Los elementos legales y doctrinales para lanzar y sustentar la propuesta se encuentran en la normatividad internacional y textos de académicos como Rodrigo Uprimny, quien en un texto que presentó para dar respuesta al debate suscitado por el reconocimiento o no de un conflicto armado interno entre el Estado colombiano y los grupos de guerrilla y autodefensas, expresó:

para que pueda hablarse de conflicto armado en un Estado, la

violencia debe (i) superar una cierta intensidad, ya que debe ocasionar al menos un cierto número de víctimas; además, debe tratarse de una violencia (ii) relativamente organizada, pues deben existir combates; lo cual supone que (iii) el actor armado que se enfrenta al Estado debe contar con una estructura militar básica, y (iv) ser capaz de ofrecer una resistencia armada que perdure al menos un cierto período. (Uprimny, 2011).

El hecho de considerar que en Colombia existe un conflicto armado interno de baja intensidad con las Bacrim, no es un mero capricho que legitime las acciones de los grupos armados ilegales, ni que instigue el uso de la violencia o persista en el flagelo del que se pretende salir, por el contrario implica que se reconozcan a las víctimas de Bacrim, los mismos derechos que tienen las víctimas de los grupos de guerrilla y autodefensas, pues este grupo poblacional ve afectadas sus condiciones de vida por acciones terroristas de bandas que si bien carecen de un componente ideológico y político, perpetran el mismo tipo de acciones que los grupos del conflicto armado actualmente reconocidos. Es una manera de mantener la relevancia y preocupación

nacional e internacional para que se tomen medidas frente a las violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos que se dan en el marco del negocio criminal, el cual se transforma, es resiliente y persiste aún después de la firma de los acuerdos de paz con grupos de guerrilla, siendo necesario aplicar y fortalecer todo el marco normativo de protección a las víctimas y los criterios para producir fallos oportunos y garantistas en los procesos judiciales de reparación.

En la obra “Conflicto Armado en Colombia: un estudio desde el paradigma neoconstitucional”, se revisa el papel de las instituciones estatales con miras a la superación del conflicto social y armado, y se analizan las estrategias que se utilizan para la defensa, garantía y optimización de los principios y derechos fundamentales desde el paradigma neoconstitucional (Montalvo, 2012).

Otro gran aporte lo brinda el texto “en búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales” en esta obra los autores brindan criterios académicos para formular una propuesta de respeto de los

derechos de las víctimas de Bacrim, de acuerdo a las especificidades de estos grupos, pues exponen que

Para tomar en serio el ideal de reparación integral se deben tener en cuenta las características de los contextos transicionales, en especial en sociedades con desigualdades profundas y pobreza extendida, que implican tensiones fuertes entre la justicia correctiva y la justicia distributiva. [...] proponen recuperar los enfoques de justicia transicional “desde abajo” que pretenden valorizar las perspectivas de las víctimas en sus contextos particulares y de acuerdo con las realidades derivadas de las atrocidades ocurridas.

Argumento que fundamenta la opinión manejada en este trabajo, según la cual la única forma de garantizar realmente el principio de reparación integral y la defensa de los derechos fundamentales de las víctimas del terrorismo de las Bacrim es que en los estrados judiciales se atiendan las características especiales de estos grupos criminales y se comprenda que su modo de operación y ejecución de los hechos victimizantes, en muchas ocasiones no es previsible ni evidente, es

diferente al de otros actores armados, difumina en gran medida ese requisito jurisprudencialmente impuesto para elegir cualquiera de los títulos de imputación en los términos que actualmente se manejan en los casos de Responsabilidad Patrimonial del Estado, y por tanto es necesario flexibilizar el análisis sobre la configuración de los elementos de la responsabilidad, según las circunstancias de cada caso, siempre apuntando a la mayor garantía de los derechos de los afectados.

Finalmente, en el marco de las propuestas y reflexiones académicas sobre las maneras de superar el terrorismo, el libro “Responsabilidad del Estado colombiano por actos terroristas, estudio derecho público y sociología jurídica”, de Brajhan Santiago Obando Obando, brinda buenas herramientas. El autor resalta la importancia de proyectos educativos, leyes, políticas criminales e instituciones dedicadas a la prevención y lucha contra el terrorismo de las bandas criminales además responde desde su perspectiva a la pregunta por el formulada, ¿de repetirse hechos violentos tras la firma de un acuerdo final para la terminación del conflicto con los grupos al margen de la

ley en Colombia, cuál sería la noción sociológica que daría lugar a la responsabilidad estatal por actos terroristas, si se supone que institucionalmente el conflicto fue terminado mediante un acuerdo de paz? sugiriendo la creación jurisprudencial de un criterio de imputación especial denominado daño a la paz, como una medida de protección a nuevas víctimas del incumplimiento a los acuerdos por parte de los grupos al margen de la ley. (Obando, 2017) argumentos que nutren y complementan las propuestas que se manejan en el trabajo investigativo para garantizar la reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de actos terroristas de Bacrim, tanto en los estrados judiciales donde se adelantan juicios De Responsabilidad Patrimonial del Estado colombiano por esos actos como en las medidas administrativas de reparación adoptadas por el gobierno nacional y la rama legislativa las cuales complementan aquellas judicialmente Dictadas.

Responsabilidad del Estado por los actos terroristas de las bandas criminales desde la jurisprudencia del Consejo de Estado

En lo que se refiere a los ataques terroristas y en general los actos violentos cometidos por las bandas criminales el pronunciamiento más reciente del Consejo de Estado postula que la atribución de tales acciones al acto del Estado se ubica en el ámbito de la responsabilidad subjetiva del Estado (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 34017, 2016)

En el sentir de la Corporación para que resulte procedente declarar la responsabilidad del Estado por tales actos debe acreditarse en el proceso contencioso administrativo una actitud omisiva de las autoridades nacionales y de la región, en otras palabras, debe quedar acreditado que tales autoridades nunca realizaron acciones, o que las que realizaron fueron insuficientes, para detener a los integrantes de esa banda criminal y así evitar los vejámenes; en segundo lugar, la Corporación exige que la perpetración de tales actos deben de ser continua, vale decir, que debe ser de público conocimiento de tal actuar de las Bacrim, situación que se agrava si se comprueba la existencia alianzas entre funcionarios públicos y estos ilegales; entonces, lo que permite la imputabilidad del Estado por tales actos violentos se

corresponde al parcial o completo abandono del Estado para con los ciudadanos, entidades religiosas y humanitarias radicadas en la zona (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 34017, 2016).

En el sentir de la Corporación, la atribución de la responsabilidad se desprende de la falta de autoridad, abstención u omisión del Estado en controlar el orden público en la región de influencia de la estructura criminal, en su sentir tal situación que propicia que las bandas criminales proliferen (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 34017, 2016)

Entonces, según la jurisprudencia el factor determinante en la atribución es la permisividad del Estado de que la Bacrim ejerza actividades delincuenciales en una determinada zona, como consecuencia de la omisión o pretermisión atribuible a la autoridad. En efecto, lo que se le reprocha en la inactividad, es decir, no realizar ninguna acción tendiente a proteger y brindar seguridad de la población y sus bienes, por tanto, el Estado está obligada, en dichos casos, al pago de una indemnización por los perjuicios antijurídicos causados.

Así las cosas, en dichos escenarios, en el sentir del Consejo de Estado le son atribuibles los actos terroristas y en general los actos violentos que cometan las bandas criminales en contra de las personas y sus bienes.

Conclusiones

1. La larga duración que ha presentado el conflicto armado Colombia y la subsistencia de los factores que lo estructuraron ha generado que el mismo esté continua fluctuación, lo que se expresa tanto en un amplio repertorio de violencia desarrollada en el país, tanto en los actores que han ido participando en el tiempo.
2. Si bien es cierto que las Bandas Criminales no cumplen con las exigencias de los instrumentos internacionales que permitan catalogarlas como parte en el conflicto armado, lo cierto es que en la actual realidad del país dichos grupos son los principales continuadores de las autodefensas y de su accionar militar, teniéndose como los mayores perpetradores de los repertorios de violencia en la actualidad.
3. Si bien es cierto que es de los ámbitos académicos, así como de los organismos internacionales autorizados en materia de derechos humanos se aboga en que las Bacrim se corresponden con partes en el conflicto armado, la posición del gobierno y en la jurisprudencia es que se trata de bandas de delincuencia común.
4. Desde el punto de vista doctrinal, se presenta la responsabilidad del Estado por actos terroristas por tener la connotación de ser actos desarrollados en marco del conflicto armado, razón por la cual le sería aplicables las reglas fijadas por el Consejo de Estado sobre la materia.
5. El Consejo de Estado en su jurisprudencia vigente sostiene que la responsabilidad del Estado por los actos terroristas de las Bacrim se rigen por la responsabilidad subjetiva, vale decir, se predicen cuando las autoridades públicas no han combatido dichos grupos delincuenciales-

Referencias bibliográficas

- Isa, F. (2014). "Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia". Revista Derecho del

- Estado N.º 33, julio-diciembre, pp. 35-63. Universidad Externado de Colombia.
- Martín, L. (2014). Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho Internacional. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVII 133-162/ISSN. Universidad Complutense de Madrid.
- Cruz, M.(2010). el derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos. Revista de Derecho Político 185 N.o 77, enero-abril. págs. 185-209.
- Duque, Casas. (2016). Responsabilidad del Estado frente a los miembros de la fuerza pública por los hechos de la guerra y el terrorismo, análisis de la política pública de seguridad integral para la prosperidad. Pag, 293.Tesis Doctoral, universidad complutense de madrid.
- Montalvo, C. M. (2012). ConFlicto armado en Colombia: un estudio desde el paradigma neoconstitucional. Pensamiento Americano.
- Arenas, Mendoza Hugo. (2016). La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la constitución de 1991, Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilidad, contratos y procesal. Pag 32-33. Bogota. Editorial Ibañez.
- Cano, Nicole & Llano, Vladimir (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional en el contexto colombiano. Págs. 49-73. ISSN: 1692-6013. Volumen 9 No. 2, Julio - Diciembre 2015.
- Hernández, Becerra A, (2011). El Nuevo Código Administrativo de Colombia, Carta de Derechos Ciudadanos. Pág 7. México. Revista UNAM.
- Prieto Sanchís, L. (2003): Justicia constitucional y derechos fundamentales. Pag 106. Madrid. Editorial: Trotta.

- Obando, B. (2017). Responsabilidad del Estado por actos terroristas: estudio de derecho público y sociología jurídica. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.
- Consejo de Estado de Colombia. Exp. 18472, 18472 (de Estado, Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth. 29 de octubre de 2012).
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad. Informe general Grupo de Memoria Histórica*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Consejo de Estado de Colombia. Exp. 21515, 21515. (Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Hernán Andrade 19 de abril de 2012).
- Consejo de Estado de Colombia. Exp. 26161, 05001-23-31-000-1998-03751-01(26161) (Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Ramiro de Jesús Pazos 26 de junio de 2014).
- Galvis Pulido, I. L. (2020). *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS, UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO*. Obtenido de Repositorio Universidad Santo Tomás: https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/31253/2020iva_ngalvis.pdf?sequence=5&isAllowed=y
- Melamed Visbal, J. D., & Pérez Espitia, C. D. (2018). La bandas criminales y el caribe colombiano. Viejos desafíos, nuevos escenarios. En S. Latorre Restrepo, *Conflicto armado y transición hacia el posconflicto. Una aproximación desde el caribe* (págs. 73-84). Baranquilla: Grupo Editorial Ibañez.
- Mendoza Tovar, V. H., & Ramírez Peña, V. H. (2019). ¿SON LAS BACRIM UN ACTOR ARMADO SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL? *Revista Misión Jurídica*, 12(16), 235 - 248. doi: <https://doi.org/10.25058/1794600X.992>
- Prieto, C. A. (marzo de 2013). *Las Bacrim y el crimen y organizado en Colombia*. Obtenido de <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/09714.pdf>
- Revista Semana. (17 de agosto de 2012). ¿Qué son las Águilas Negras? *Revista Semana*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/que-aguilas-negras/87686-3/>
- Sánchez Franco, J. M. (2013). *Surgimiento y conformación de*

bandas emergentes.

Conformación y confrontación de las bandas emergentes. Obtenido de

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11334/SanchezFrancoJoseManuel2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Torres Vásquez, H. (2017). El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de Derechos Humanos. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos-Facultades Santo Agostinho*, 5(1), 13-30.